

III. Disolución del vínculo matrimonial

NULIDAD

En México, hasta la aparición de la Ley de Divorcio de 1914, la única forma de poner fin a un matrimonio era por medio de la nulidad.

La nulidad sanciona al matrimonio, como a cualquier acto jurídico, que se haya realizado contraviniendo los requisitos que le darían validez. Sus efectos son retroactivos al momento de la celebración del matrimonio pero, a diferencia de lo que sucede en otros actos jurídicos, la anulación del matrimonio no desconoce la comunidad de vida —tanto a nivel económico como afectivo— que existe o existió entre las personas que contrajeron nupcias en condiciones de anulabilidad, tampoco desconoce la paternidad y maternidad que posiblemente hubieran surgido en dicha unión.⁵²

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

En este capítulo se pueden volver a tomar las reglas de nulidad de los actos jurídicos, según lo afirmado en párrafos anteriores, pero el CC establece la presunción de que el matrimonio es válido y sólo se considerará nulo cuando exista una sentencia que así lo declare y que haya causado ejecutoria.

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

Así, la nulidad que nace del error sólo puede ser ejercitada por el cónyuge que incurrió en él y su acción caduca si éste no hace la denuncia correspondiente en cuanto advierte el error. El matrimonio de quienes no han cumplido 16 años siendo varón y 14 años siendo mujer, se convalida a la mayoría de edad de los cónyuges

⁵² Hay quienes ven con desagrado a la figura de la nulidad del matrimonio, precisamente porque puede complicar la reorganización de la familia, en especial cuando hay descendencia. *Vid Catherine Labrusse-Riou, Droit de la famille. I. Les personnes*, Passo, París, 1984, pp. 74 y ss.

o si hay descendencia; la acción de nulidad por falta del consentimiento del padre, la madre, los abuelos —paternos o maternos— o del tutor, según el caso, sólo podrá ser invocada por las personas que debieron otorgar dicho consentimiento y no lo hicieron, además de que el matrimonio puede convalidarse por su ratificación o por caducidad de la acción, la cual acontece a los 30 días de que las personas que debieron dar su consentimiento para que se celebraran las nupcias, tengan conocimiento del matrimonio.

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

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

La nulidad que surge del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre sólo podrá hacerse valer por los hijos o hijas de la víctima del atentado o por el Ministerio Público y caduca a los seis meses de la celebración del matrimonio; la acción de nulidad que se origina del miedo o violencia que vician el consentimiento otorgado para la celebración del matrimonio, siempre que tales vicios sean graves; es decir, que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes del cónyuge o de las personas que están bajo su patria potestad o tutela, y puede hacerse valer sólo por el cónyuge agraviado y dentro de los 60 días contados a partir de que cesó la causa del vicio. Lo mismo sucede con el rapto.

La acción de nulidad que se deriva de la embriaguez habitual, así como del uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes, de la impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y el padecimiento de enfermedades crónicas e incurables que, además, sean hereditarias o contagiosas, sólo puede ser intentada por los cónyuges dentro de los 60 días posteriores a la celebración del matrimonio.

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

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

Sin embargo, la nulidad del matrimonio es una figura que sólo encaja en la teoría de las nulidades porque su declaración implica la desaparición de los efectos del acto en que recae, pero, por tratarse de un acto jurídico complejo relacionado no sólo con el patrimonio de las personas, sino con su vida afectiva, e incluso con

los posibles descendientes, no pueden desaparecerse con una sentencia judicial todos los efectos de un matrimonio anulable. En realidad, en esta figura se refleja un interés superior de la sociedad, como se puede observar en la presunción que menciono párrafos adelante sobre la validez del matrimonio y de que fue contraido de buena fe. Además, respecto de los hijos e hijas, los efectos del matrimonio siguen existiendo, aunque se haya declarado su nulidad, pues es inadmisible que se cuestione, por ejemplo, la filiación de los hijos e hijas habidos en estos matrimonios por un tecnicismo jurídico. Así lo entendió nuestro legislador y así lo estableció en nuestro ordenamiento legal.

El interés mencionado también se refleja en la figura de los matrimonios ilícitos que se sanciona en el artículo 264. Es el único caso señalado en nuestro ordenamiento en que la ilicitud del acto jurídico no lo nulifica. Éste es el caso de los matrimonios contraídos sin haber conseguido, aún, la dispensa de un impedimento, o la dispensa requerida por el tutor o tutriz para contraer nupcias con el pupilo o pupila, o aquellos contraídos antes del vencimiento de los términos señalados en los artículos 158 y 289. En estos artículos se establece que la mujer no puede contraer nupcias hasta que hayan pasado 300 días de la disolución del matrimonio anterior, término que se computa desde que se interrumpió la cohabitación; que en los casos de divorcio necesario el varón o la mujer que dio motivo al divorcio no puede volver a contraer nupcias hasta después de dos años de la sentencia que lo decretó y, en los casos de divorcio voluntario, los cónyuges no pueden contraer nupcias sino después de un año de la sentencia.

Las razones de estos términos son poco claras, como lo es la figura en sí. En la doctrina mexicana se le ha prestado poca atención, hay autores que ni siquiera la mencionan, o si lo hacen es como mera referencia o para argumentar sobre los impedimentos para contraer nupcias.⁵³

Galindo Garfias expresa que la ilicitud “connota una idea de reprobación jurídica” a los matrimonios que se contrajeron contraviniendo normas específicas que no implican la nulidad.⁵⁴ En general existe un consenso para calificar estas normas como imperfectas. Sin embargo, ello no clarifica a la figura, ni la razón de los términos en los que no debe contraerse nupcias. Respecto al tiempo, es evidente que el término de 300 días que debe esperar una mujer entre un matrimonio y otro se estableció para evitar la confusión de la paternidad entre un cónyuge y otro. Sin embargo, esta razón sólo tiene valor desde el punto de vista de las estructuras patriarcales, pues apunta en el mismo sentido que el deber de fidelidad, de la mujer, y no en un interés real por los derechos del niño o niña por nacer, y menos de la mujer que tendrá que esperar ese plazo para volver a contraer nupcias, pero el legislador pecó de ingenuo al pensar que con esta norma se evitaba la mencionada confusión, pues esta espera no implica la ausencia de intimidad sexual entre la mujer

⁵³ Un ejemplo muy claro de esta corriente en México es lo planteado por Antonio de Ibarrola en su obra *Derecho de familia*, Porrúa, México, 19??, pp. 233 y ss. *Vid* también Jorge Mario Magallón Ibarra, *Instituciones de derecho civil*, t. III, *Derecho de familia*, Porrúa, México, 1988, pp. 253 y ss.

⁵⁴ Ignacio Galindo Garfias, *Derecho civil*, op. cit., p. 526.

y otro hombre diferente al primer cónyuge y, por tanto, esta duda seguirá existiendo en las demás personas, excepto en la propia mujer. Incluso, se puede presumir, erróneamente, que el hijo o hija que nace dentro de ese término es del primer matrimonio atentando contra su derecho de conocer sus orígenes. En realidad es más sencillo presumir que la mujer sabe quién es el padre de sus hijos e hijas.

Por lo que se refiere a los términos para los diferentes casos de divorcio es fácil concluir que se trata de sanciones que el legislador ha establecido para los divorciantes, pretendiendo con ello hacerlos recapacitar sobre la responsabilidad que se tiene frente a la sociedad cuando se contraen nupcias. Incluso de ahí puede originarse la “reproducción jurídica” a que alude Galindo Garfias. Al respecto pienso que esta sanción desconoce la complejidad de la naturaleza humana y los efectos que producen en el ánimo de las personas las relaciones afectivas, así como los conflictos que surgen en ellas.

INEXISTENCIA

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

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

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

Sin embargo, tanto desde el punto de vista doctrinal como de la relación, la falta de objeto es difícil de definir y, por tanto, cuestionable. ¿Cuál es el objeto del matrimonio? La respuesta que encontramos en la doctrina es la procreación.⁵⁵ Galindo Garfias afirma que “la imposibilidad para realizar uno de los fines primordiales del matrimonio, como la procreación, lo hace inexistente”. Esta afirmación es discutible, ya que la falta de capacidad para la procreación no puede

⁵⁵ Vid por ejemplo, a Ignacio Galindo Garfias, *Derecho civil, op. cit.*, p. 511.

volver inexistente al matrimonio pues ésta no es el objeto de la institución, como se señaló con anterioridad. Afirmar esto, es tanto como sostener que el matrimonio de personas estériles por edad o por anomalías en el aparato reproductor es inexistente, lo cual es absurdo y contrario a los derechos humanos.

El propio Galindo Garfias afirma que “la identidad de sexos entre los contratantes produce la inexistencia del acto por falta de objeto”. Yo me pregunto si ésta es la verdadera razón de la inexistencia o si la nulidad obedece a que se trata de un acto ejecutado contra el tenor de una norma de interés público.⁵⁶

En resumen, no puede haber un objeto institucional del matrimonio y, si existe, sólo puede ser la creación de una comunidad de vida entre un hombre y una mujer. La procreación y la fidelidad —fines tradicionales del matrimonio— deben dejarse a la decisión de la pareja involucrada.

DIVORCIO

Discusión ética en torno al divorcio

Parece obligado hacer un análisis de tipo moral siempre que se toca el divorcio, sin embargo, debido a los límites de espacio a que está sujeto este trabajo, no es posible abarcar todas las vertientes a analizar, por lo tanto, nos limitaremos a decir que la vertiente de la psicología es el apoyo de la valoración ética de esta institución, ya que por medio de los elementos que aporta esta ciencia es posible evaluarlo como un instrumento más al servicio de las familias. Esta afirmación les puede parecer contradictoria —e incluso absurda— a los autollamados defensores de la familia o a quienes utilizan argumentos de tipo moral y religioso, sobre todo los que se derivan de la tradición judeocristiana.⁵⁷ No obstante, deben comprender que en la familia se conjugan poderosos elementos afectivos que no pueden ser considerados sólo desde el deber ser moral o religioso. ¿Qué más da que la separación de los cónyuges no sea aceptada por la sociedad si tanto las parejas como sus hijos e hijas resultan afectivamente beneficiados con ella?

Algunos considerandos éticos señalan al divorcio como la “causa” de desintegración de la familia, otros lo definen como un “mal necesario”, ya que remedia una situación familiar conflictiva, aunque al hacerlo la desintegra. Desde mi punto de vista ninguno de los dos extremos es exacto.

El divorcio como institución no puede ser calificado en términos de bueno o malo, como se ha hecho hasta ahora, sino en términos de utilidad. Hay que

⁵⁶ Hasta antes de la reforma al artículo 130 era una respuesta válida, pues se definía al matrimonio como un contrato civil entre un hombre y una mujer. Al efectuarse la reforma eliminaron tal definición pretendiendo que deberá estar contenida en el ordenamiento civil, pero no sucedió así. En este contexto la nulidad por identidad de sexos ya no tuvo un fundamento jurídico preciso, se basó únicamente en la moral e ideología imperante en la mayor parte de la sociedad.

⁵⁷ Véase nuevamente Antonio de Ibarrola, *op. cit.*, pp. 283 y ss.

preguntarse si es útil a la sociedad y las razones de que lo sea o no. En estos términos, el divorcio es, indudablemente, un instituto útil en las relaciones familiares, debido a que, aunque no es perfecto, aporta un principio de solución a un conflicto, lo que lo convierte en un instrumento de tipo jurídico para resolver un problema afectivo. En otras palabras, es un instituto que se estructura en un plano diferente al conflicto que pretende resolver, razón por la cual sólo lo resuelve de manera parcial. El resto le corresponde resolverlo a la pareja que se divorcia.

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

König explica este desconocimiento afirmando que matrimonio y divorcio necesariamente responden a una determinada ideología.⁵⁸ si la “familia conyugal” es la ideal, el vínculo se debe preservar a toda costa. Sostiene que para la tradición judeocristiana este vínculo es independiente de la voluntad e intenciones de los esposos, de tal suerte que aunque éstos se separen el vínculo persiste. Esta ideología se observa prácticamente en todos los sistemas jurídicos occidentales, pues aunque el divorcio ya se haya aceptado se pretende a toda costa impedir el rompimiento en los matrimonios.

Por otra parte, también influye en las parejas que se unen con la idea consciente o inconsciente de que su unión es “hasta que la muerte los separe”; lo que los obliga, una vez agotada la voluntad de amarse, a buscar “motivos” que justifiquen el haber decidido terminar la relación. Esta búsqueda encuentra su respuesta en el conflicto.

Tanto König como Fromm, desde sus respectivas disciplinas, afirman que la real causa del divorcio es el rompimiento o agotamiento de las relaciones y de los sentimientos que llevaron al matrimonio a la pareja (en derecho romano se conocía a estos sentimientos como *affectio maritalis*).⁵⁹ Ambos también afirman que esta ruptura franca no afecta a los hijos e hijas, como se plantea desde posturas moralizantes, más bien es al contrario, frente a las desavenencias cotidianas y conflictos graves que llevan a la ruptura, circunstancias que realmente los dañan, la separación franca y honesta es lo más conveniente.

El bienestar de los hijos e hijas de divorciados se emplea con frecuencia para atacar a esta institución. Sin embargo, cada vez mayor número de antropólogos, sociólogos y psicólogos rebaten estos argumentos. Por ejemplo, Rheinstein critica al sistema judicial afirmando que

En realidad no existen huérfanos del divorcio, sino sólo huérfanos como consecuencia de la separación o el abandono, si se habla del debilitamiento del matrimonio. Tal depravación es el efecto de la sentencia del tribunal de divorcio de la cual puede seguirse o no la ruptura fáctica del matrimonio. Si estamos interesados en la estabilidad de la familia, en las tendencias de su desarrollo y en las formas en que pueda ser protegida o fomentada debemos fijarnos, por tanto, en los casos de quiebra efectiva del matrimonio más que en las sentencias del divorcio.⁶⁰

⁵⁸ René König, *op. cit.*, cap. X.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 122 y Erich Fromm, *El arte de amar*, pp. 99 y ss.

⁶⁰ Citado en René König, *op. cit.*, p. 137.

Dicho en otras palabras: si realmente queremos fortalecer a la familia pongamos más atención en los sentimientos de los involucrados en el núcleo familiar en vez de en la forma externa de la relación. Al respecto, la doctrina italiana, en un intento por clasificar la diferencia entre nulidad del matrimonio, separación conyugal y divorcio ha tenido que partir desde la definición puntual de la naturaleza del vínculo conyugal, la cual se ha enriquecido desde la reforma al derecho italiano, pues una de sus consecuencias es la distinción entre acto y relación referidas al matrimonio. Se afirma, desde una perspectiva de interpretación que comparto, que el derecho civil debe dar mayor importancia a la comunidad de vida entre los cónyuges que al acto que la genera. En este contexto el divorcio no es más que una alternativa funcional que la sociedad pone al servicio de la pareja cuando su relación ha dejado de ser satisfactoria, cuando ha dejado de cumplir sus fines o se ha vuelto tan conflictiva que ya no tiene sentido el mantener la unión externa.⁶¹

La misma doctrina italiana presenta al divorcio como un estabilizador de las relaciones conyugales en el sentido de que nulidad y separación son institutos que, llevados a los extremos de su interpretación, crean seguridad en el vínculo. Al respecto pienso que también para la realidad mexicana el divorcio es un estabilizador, pero no precisamente de las relaciones conyugales, sino de las relaciones familiares, ya que en casos de conflicto tiene la virtud, como instrumento jurídico, de señalar bases de organización entre los divorciantes, y entre éstos y los hijos e hijas para cuando no sea posible la convivencia armónica y a la ruptura interna deba corresponder una ruptura externa.

Aprovecho este momento de la exposición para proponer que se revise este instituto en nuestro país, pues tal y como se encuentra reglamentado, es poco útil para nuestras relaciones conyugales y familiares. Se consideran muchas causales, y la mayoría de ellas busca un culpable, con lo que se propician conflictos aún mayores en las parejas que se divorcian, amén del desgaste emocional que implica tratar de probar las causales y el tiempo que esto se lleva.

Divorcio necesario: sus causas

De las dieciocho causales enumeradas en el artículo 267, dieciséis se consideran de divorcio necesario; es decir, son causas que buscan un culpable de la ruptura.

En la doctrina se divide a estas dieciséis causales en dos grandes rubros: las que implican una sanción para el “culpable” y las que son necesarias o un remedio. La distinción entre unas y otras es muy sutil y más teórica que práctica. Se dice que son causales de sanción aquellas que presentan la disolución del vínculo matrimonial como un castigo para el o la cónyuge que, en cualquier forma es el responsable de la disolución por haber violado los deberes que le impone el matrimonio. Son causales necesarias o remedio aquellas que, sin existir un responsable directo de la ruptura, permiten proceder al divorcio por razones de salud, pues se presentan como

⁶¹ Vid A.M. Goloppini, et al., *Commentario sul divorzio*, Milano, Giuffrè, 1980, *passim*.

una alternativa de protección a la salud tanto del o la cónyuge sano como de los hijos e hijas. Se imponen por razón de considerarlas inadecuadas a la vida en común y para los fines del matrimonio. Otros juristas las clasifican en: causas de orden criminológico, relacionadas con un hecho castigado más o menos severamente por la ley; causas de orden eugenésico, ligadas a ciertas ineptitudes para la vida conyugal; causas indeterminadas, admitidas por algunas legislaciones para incluir todos aquellos casos de grave perturbación de la vida familiar, que sería difícil precisar de manera categórica y concreta, y causas de orden individual.⁶²

La realidad es que estas dieciséis causales de divorcio implican un procedimiento muy desgastante para todos los involucrados.⁶³

El divorcio necesario se ventila en los juzgados familiares y en la vía ordinaria civil, sólo podrá ser demandado por el o la cónyuge que no lo haya provocado y dentro de los seis meses siguientes al día en que se haya tenido noticia de los hechos en que se funde la demanda (art. 278).⁶⁴

Divorcio voluntario

Si la institución del divorcio es criticada lo es mucho más esta modalidad, pues se alega que el matrimonio es la base de sustento de la familia y, por tanto, no puede aceptarse que su permanencia quede al arbitrio de los cónyuges. En respuesta a estos argumentos conviene retomar las reflexiones expuestas en el primer apartado de este numeral, añadiendo que la modalidad que ahora explico tiene la enorme ventaja de permitir que los divorciantes resuelvan sin litigio su conflicto afectivo. Es una verdadera alternativa en la búsqueda de soluciones reales, adultas y civilizadas a la relación dañada; soluciones que atañen tanto a la pareja que se divorcia como a los hijos e hijas; y en las que los propios afectados sean quienes aporten las bases para organizar la relación una vez roto el vínculo matrimonial, pues aunque jurídicamente el vínculo se disuelva, cuando hay descendencia, es imposible eliminar todo contacto entre los divorciados, por lo que deben intentar un acuerdo en beneficio de esa prole. Éste es el significado filosófico jurídico que debe darse al divorcio voluntario, aunque no sea una concreción real para todos los divorciantes.

En nuestro derecho existen dos procedimientos para obtener el divorcio por mutuo consentimiento: uno es el administrativo, el cual se tramita ante el juez del Registro Civil, y otro el judicial que se ventila en los juzgados familiares.⁶⁵

⁶² Vid entre otros, Sara Montero Duhalt, *Derecho de familia*; Rafael de Pina, *Derecho civil mexicano*, t. I, Porrúa, México, 1973.

⁶³ Para mayor información sobre cada una de las causales Vid mi libro *Derecho de familia*, pp. 106 y ss.

⁶⁴ Para los particulares del procedimiento vid op. cit., supra, pp. 126 y ss.

⁶⁵ Ibid., pp. 133 y ss.

El divorcio de hecho

El divorcio de hecho se ha dado por llamar a la causal XVIII del artículo 267 del CC que fue adicionada el 27 de diciembre de 1983. Fue una acción inusitada y novedosa del legislador mexicano, pero al mismo tiempo un gran acierto. La fracción reza: “La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.”

Esta figura apunta a la realidad concreta de la pareja ligada por matrimonio que sólo existe jurídicamente porque se ha roto la convivencia; es decir, la comunidad íntima entre los cónyuges. Éste es el único extremo que se debe demostrar y para ello existe la presunción legal que cuando la separación dura más de dos años sin que se haya buscado la razón para ello, se concluye que no existe cónyuge culpable. ¡Gran avance en la búsqueda de relaciones sanas!

El divorcio, como ya se expuso, tiene un gran número de enemigos entre los “defensores” de la familia, sin embargo, la realidad ha conseguido que se imponga, ya que desde su aparición se ha invocado con frecuencia debido a que simplifica el conflicto que ya existe en la pareja. En esto se basan los “defensores” para atacarla, argumentando que desarticula a las familias. La respuesta sigue siendo la misma: el divorcio no desarticula, ni rompe, ni desune, sólo ofrece una solución, una base para organizar la relación cuando el afecto entre los cónyuges ha dejado de existir y en su lugar sólo han quedado frustrantes conflictos.