

382
21-



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN

“PROPUESTA DE REFORMA A LAS
CAUSALES DE DIVORCIO (ABANDONO DEL
HOGAR CONYUGAL) PREVISTAS EN EL
ARTÍCULO 253 FRACCIONES VIII Y IX DEL
CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE
MEXICO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JACINTO L QUIRINO SILVERIO



ENEP ARAGON

México,

1997.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A Nuestro Padre Celestial
Porque me ha Bendecido grandemente
y me ha permitido obtener la vida,
una familia y una Profesión.**

A mis Padres.

**Ma. Marcelina Silverio de Quirino
y Miguel Quirino Pérez.
Por ser los Medios de mi Procreación
y por su amor y ayuda infinitas.**

A mi Esposa e hijas

**Iraa Patricia Catsin Sánchez.
Sheidy Shantal Quirino Catsin.
Olga Aurora Quirino Catsin.
Por su apoyo y fortalecimiento.**

A mis hermanos

**Por nuestra infancia y
nuestra hermandad.**

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, A LA
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ARAGON", A
TODOS MIS MAESTROS, A MIS AMIGOS, A MIS COMPAÑEROS
QUIENES DE ALGUNA FORMA CONTRIBUYERON A MI FORMACION
PROFESIONAL.

A MI ASESORA LA LIC. CECILIA LICONA VITE
POR SU AYUDA Y ASESORAMIENTO PARA CUMPLIR
MI META DE TITULACION.

A TODAS Y CADA UNA DE LAS PERSONAS
QUE ME APOYARON PARA PODER
TERMINAR MI TESIS.

"PROPUESTA DE REFORMA A LAS CAUSALES DE DIVORCIO (ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL) PREVISTAS EN EL ARTICULO 253 FRACCIONES VIII Y IX DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO".

I N D I C E

INTRODUCCION	I
---------------------	----------

CAPITULO I

NOCIONES ELEMENTALES DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO

A) EL MATRIMONIO	1
a.- CONCEPTO	1
b.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONYUGES. EL DEBER DE COHABITACION. LA AYUDA MUTUA. EL RESPETO MUTUO.	7
B) EL DIVORCIO	13
a.- CONCEPTO	15
b.- TIPOS	21

CAPITULO II

ANALISIS DE LAS CAUSALES DE SEPARACION CONYUGAL EN EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

A) LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA	.33
a.- EL CONCEPTO Y LA FUNCION DEL HOGAR CONYUGAL	34
b.- LA SEPARACION DEL HOGAR SIN CAUSA JUSTIFICADA	.43
c.- EL TERMINO DE MAS DE SEIS MESES	58
B) LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL, ORIGINADA POR UNA CAUSA QUE SEA BASTANTE PARA PEDIR EL DIVORCIO SI SE PROLONGA POR MAS DE UN AÑO, SIN QUE EL CONYUGE QUE SE SEPARO ENTABLE LA DEMANDA DE DIVORCIO	66
a.- LA SEPARACION CON JUSTA CAUSA	67
b.- EL TERMINO DE MAS DE UN AÑO	76
C) COMPARACION DE LAS CAUSALES DE SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL CON LA DE LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION	84

CAPITULO III

CRITICA Y PROPUESTA SOBRE EL CASO DE ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

A) ALGUNAS DEFICIENCIAS EN LA CAUSAL DE SEPARACION DEL HOGAR POR MAS DE SEIS MESES	105
B) DEFICIENCIAS Y CONFUSIONES EN LA CAUSAL DE SEPARACION DEL HOGAR POR MAS DE UN AÑO	111
C) ALGUNAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CAUSAL DE SEPARACION CONYUGAL POR MAS DE DOS AÑOS	115
D) LA PROPUESTA DE REFORMA SOBRE EL CASO DE ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL, COMO CAUSAL DE DIVORCIO	122
CONCLUSIONES	129
BIBLIOGRAFIA	-134

I N T R O D U C C I O N

La propuesta de reforma a las causales de divorcio relativas a la separación del hogar conyugal, es un trabajo con la finalidad de rescatar los aspectos positivos que la ley establece sobre ellas, y al mismo tiempo las lagunas jurídicas que presentan en el momento de invocarse y aplicarse en la práctica en un caso en concreto, como lo es el divorcio.

La separación del hogar conyugal es un hecho que se encuentra constantemente en acción en nuestra sociedad, y como está relacionado con la vida familiar y conyugal de los matrimonios, es necesario enfocarlo y regularlo en actualización a las necesidades de los derechos y obligaciones que con tal hecho se sujetan tanto el cónyuge abandonado como el cónyuge separado.

En el primer capítulo del presente trabajo, se hace referencia al matrimonio y sus derechos y obligaciones, sobre todo al deber de cohabitación, se ven principalmente sus tipos y características para que el lector conozca de donde se origina el tema principal. Dentro de los tipos de divorcio está el llamado divorcio necesario, el cual contempla dieciocho causales, entre las cuales están las de separación del hogar conyugal.

En el capítulo II se hace un análisis de las causales de separación del hogar conyugal, es decir, la separación

II

del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada; la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio. Y la comparación de estas causales con la de separación de los cónyuges por más de dos años. Este análisis lleva a encontrar y conocer deficiencias jurídicas en el divorcio y sus consecuencias.

En el capítulo III, referente a la crítica y propuesta sobre el caso de abandono del hogar conyugal como causal de divorcio, se señalan aspectos positivos y negativos de las causales multicitadas para resolver un conflicto de intereses en el divorcio, se señala también el texto de la causal propuesta en reforma con sus ventajas a resolver un conflicto de intereses en el ejercicio y trámite del juicio de divorcio propuesto por una de las partes, ya sea cónyuge abandonado o cónyuge separado, delimitando el ejercicio de la acción.

CAPITULO I**NOCIONES ELEMENTALES DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO.**

Dadas las características del tema principal, es necesario hacer una breve introducción sobre el matrimonio y el divorcio, por eso debemos saber que no puede haber divorcio sin matrimonio, pues éste es el antecedente inmediato de aquél.

A) EL MATRIMONIO.

Al matrimonio se le ha estudiado desde diferentes puntos de vista, como son: el cultural, el religioso y el legal entre otros, pero tomando en cuenta que es una investigación de índole jurídica, entonces se verá únicamente al matrimonio civil.

a.- CONCEPTO

Dar a conocer un concepto unitario del matrimonio es difícil, sin embargo para entender y conocer al mismo, analizaremos los varios conceptos que se han formulado por estudiosos de la materia, tal es el caso de Sara Montero, para quien el matrimonio es: "La forma legal de constitución de la

familia, a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos, determinados por la propia ley".¹

Analizando el concepto anterior, podemos hacer las siguientes observaciones:

Al considerar esta autora que el matrimonio es la forma legal de constitución de la familia, nos podemos dar cuenta de que el matrimonio civil genera la única familia legítima de nuestro país, porque ni el concubinato, ni cualquier otra unión que no reúna los elementos, finalidades y características como las legalmente establecidas para el matrimonio podrá generar la familia legítima.

Ramón Sánchez nos dice que la familia legítima es aquella que: "Se funda en la unión natural y legal de un hombre y una mujer, de carácter estable, conforme a las buenas costumbres y que crea siempre relaciones jurídicas con respecto a los hijos provenientes de dicha unión".²

¹ Montero Duhalt, Sara, Derecho de familia, México, Ed. Porrúa, 1992 (5ª ed.), pág. 97.

² Sánchez Medel, Ramón, Los cambios en el derecho de familia de México, México, Ed. Porrúa, S.A., 1991 (2ª ed.), pág. 112.

Al referirse Sara Montero a dos personas de distinto sexo, lo hace al hombre y a la mujer, cuyas características naturales son diferentes entre sí. Nótese desde luego en este caso que la homosexualidad o el lesbianismo, entre otros, no son sexos, sino más bien, desviaciones sexuales.

También debemos tener en cuenta que la relación o la unión entre un sólo hombre y una sola mujer, tiene como fin principal, el de crear entre ambos un beneficio espiritual, social y biológico, lo cual no se podría obtener de una relación insana, aparte de que no existe en nuestro país institución alguna que acepte una unión entre dos personas de igual sexo, porque se contravendrían las buenas costumbres de los principios más íntimos de la humanidad, la voluntad de Dios y el sano desarrollo psicológico de las personas.

En lo que respecta al tercer elemento: "Que crea entre ellas una comunidad de vida", podemos decir lo siguiente: Esto es el verdadero objetivo y espíritu del matrimonio, una de las varias finalidades del mismo, ya que la intención primordial es que los esposos vivan o hagan cohabitación conjuntamente, para que al mismo tiempo sea posible la realización de los demás elementos; la ayuda mutua, el diálogo, la comprensión, etc. etc.

"Total y Permanente" es el cuarto elemento, también básico en el matrimonio, es el ideal del mismo, es lo que las buenas costumbres y los buenos principios morales otorgan, es lo que el amor y la sabiduría de cada hombre o mujer hacen posible que el matrimonio se vea no como una unión parcial y discontinua, sino como una unión total y permanente, porque cada cónyuge pasa a formar una familia independiente, una nueva vida conyugal y comunitaria en la que no deben haber recelos, ni reservas en la entrega espiritual y física que cada uno debe al otro.

Respecto al quinto elemento "Con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley", efectivamente, el matrimonio civil genera consecuencias jurídicas, y una de éstas son los derechos y las obligaciones entre los cónyuges, otras son las relativas a los derechos y obligaciones entre aquellos y los hijos.

Las personas que quieran contraer matrimonio y aun las que ya viven en matrimonio, deben entender que antes que una obligación, está el amor y la ayuda espiritual, moral y física que como seres humanos podemos dar a quienes realmente amamos, sin necesidad de que se nos obligue a cumplir con nuestras responsabilidades, como padres, esposos o hijos.

Así es que, si uno de los conyuges no cumpliera con sus responsabilidades voluntariamente, la ley en este caso lo sancionará por no cumplirlas y lo obligará a cumplirlas.

Otros conceptos del matrimonio civil son los siguientes: Knecht, citado por Chávez Ascencio, define al matrimonio así: "Es la unión válida de un hombre y una mujer celebrada conforme a las leyes del Estado y ante un magistrado civil..."

Este autor maneja la palabra unión válida, lo cual significa que existen diferentes tipos de uniones, pero hablando de la unión matrimonial civil, sólo es válida la que reúne los requisitos y las condiciones que la ley establece; y por lo que toca al funcionario ante el cual se celebra este unión, el artículo 132 del Código Civil para el Estado de México, establece:

"Artículo 132.- El matrimonio debe celebrarse ante los oficiales del Registro Civil y con las formalidades que establece la ley".

Citado por Chávez Ascencio, Manuel F., La familia en el derecho (Relaciones jurídicas conyugales), México, Ed. Porrúa S.A., 1990, (2a. ed.), pág. 70.

Kodoito de Ibarroia afirma que el matrimonio: "Es una realidad del mundo jurídico que, en términos generales, puede definirse como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana..." *

Estos dos conceptos se apegan también a las características que se han venido manejando en los anteriores.

Como podemos analizar de los anteriores conceptos, se utilizan los elementos: unión legítima, entre un sólo hombre y una sola mujer, para formar una familia, con derechos y obligaciones recíprocos, con las condiciones y requisitos que establece la ley. Por lo tanto quien formule una idea del matrimonio con algunos de estos elementos se tendrá por aceptada.

Por otro lado en nuestros códigos y leyes Mexicanos, no existe un concepto definido del matrimonio civil, sin embargo el artículo 131 del ordenamiento civil mencionado anteriormente nos da una idea de lo que es aquél.

"Artículo 131.- El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente".

Para Kipp y Wolff el matrimonio civil es: "La unión de un hombre y una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas; es el que contempla el derecho con consecuencias jurídicas para los contrayentes y terceras personas". "

b.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONYUGES. EL DEBER DE COHABITACION. LA AYUDA MUTUA. EL RESPETO MUTUO.

El matrimonio crea para los cónyuges derechos y obligaciones recíprocos, entre los que se cuentan a la ayuda mutua, el diálogo, el respeto, la fidelidad y la cohabitación, entre otros. Pero puesto que el análisis y estudio de cada uno de estos elementos es muy amplio únicamente visualizaremos en forma básica en el presente acápite, a la ayuda y respeto mutuo, así como el deber de cohabitación que tienen los cónyuges con motivo de su matrimonio.

Mucho se ha dicho sobre las diferencias y similitudes entre los deberes y las obligaciones en el matrimonio, pero dado que no es tema de análisis, únicamente veremos los principales derechos y obligaciones que nacen al contraer matrimonio.

Desde luego nuestra legislación civil Estatal, establece que los cónyuges: deben ayudarse mutuamente, guardarse fidelidad, tenerse consideraciones iguales y autoridad similar, pero primordialmente el vivir juntos, así lo establece el artículo 149 del Código civil para el Estado de México: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal...", viendo la textualización del citado artículo, nos podemos dar cuenta de que se toma en cuenta la esencia del matrimonio para llevar a cabo el cumplimiento de los demás derechos u obligaciones.

Así es, la ley no obliga a nadie, únicamente señala cuales deben ser las bases del matrimonio, y dependiendo de la voluntad de cada cónyuge, podrá ser un derecho o una obligación, ya que cuando se quiere dar cumplimiento a este derecho, se le llamará así, en cambio cuando no se quiere dar cumplimiento, entonces se llamará obligación.

Al respecto Sara Montero nos dice: "El siguiente derecho-deber entre los cónyuges es el de cohabitar. Deben vivir juntos en el domicilio conyugal". *

Por su parte Jorge M. Magallón considera que: "La cohabitación como obligación personalísima e íntima de la relación, encuentra su origen en la naturaleza propia del matrimonio". ⁷

Manuel Chávez, ha tenido bien considerar que la vida en común es: "Habitar bajo un mismo techo, es uno de los principales deberes, dado que a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines objetivos del matrimonio". *

Esto es cierto y acertado, ya que si no hay vida común entre los esposos, no se podrá conocer a su pareja, saber sus necesidades, y lo más importante progresar y madurar como matrimonio social, cultural, espiritual y jurídica, para después ser familia.

* Montero Duhalt, Derecho de familia, Op. cit., pág. 141.

⁷ Magallón Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de derecho civil, Tercer volumen. (Derecho de Familia), México, Ed. Porrúa S.A., 1988, PÁG. 301.

* Chávez Ascencio, Manuel F., La familia en el derecho, (Relaciones Jurídicas Conyugales), México, Ed. Porrúa S.A., 1990, pág. 71.

Respecto al respeto y ayuda mutua, Magallón Ibarra, da el nombre de efectos del matrimonio a la cohabitación, el débito conyugal, la fidelidad, y la ayuda mutua, señalando así: "La ayuda recíproca... impone a los cónyuges el deber de aportar los bienes materiales que son necesarios para la subsistencia mutua y de su familia". *

Al referirse este autor a los bienes materiales, señala que son: la comida, el vestido, la habitación, la asistencia médica, y el estudio escolar.

Chávez Ascencio da un matiz diferente a los elementos señalados y los clasifica como fines del matrimonio, al decir: "La ayuda y el socorro mutuo no se refieren sólo a situaciones de emergencia aisladas, sino a todo momento y durante toda la vida del matrimonio". "A través de ellos se pretende lograr uno de los fines del matrimonio: La promoción integral de los cónyuges, porque se comprende no sólo el aspecto material como podrían ser lo relativo a los alimentos, sino también el asistencial y el moral que corresponde a los cónyuges, tanto en casos normales como de enfermedad o de dificultad". ¹⁰

* Magallón Ibarra, Instituciones de derecho civil, Op. cit., pág. 71.

¹⁰ Chávez Ascencio, Manuel F., La familia en el derecho (Relaciones jurídicas familiares), México, Ed. Porrúa S.A., 1990, (2° ed.), pág. 368.

Por su parte Montero Dunalt, al referirse a los elementos que se han venido viendo, refiere que son consecuencias jurídicas en las personas de los cónyuges, y por lo que respecta a la ayuda mutua, observa: "La ayuda mutua entre consortes debe manifestarse no solamente en el terreno económico, sino también, de manera preeminente en el terreno moral y afectivo. Más estos aspectos escapan a la legislación. No puede ordenarse ni exigirse coercitivamente que los esposos se amen, se respeten, sean leales, indulgentes, corteses, amables entre sí..."¹¹

Como se comprende del texto de las premisas señaladas anteriormente, la ayuda y el socorro mutuo, son diferentes, por cuanto que la ayuda mutua es básicamente un aspecto material o económico y en cambio el socorro mutuo es relacionado con lo moral o espiritual. Estamos de acuerdo en que sean consecuencias jurídicas en las personas de los cónyuges mientras no hayan hijos, y que la ayuda mutua mientras subsista el matrimonio y la intención de mantenerse, debe darse voluntariamente, sin que sea necesario un medio coercitivo, porque solamente puede hacerse de esta forma cuando ya no se pretenda continuar con el matrimonio o se perjudiquen intereses al cónyuge.

¹¹ Montero Dunalt, Derecho de Familia, Op. cit., pág. 143.

Ahora bien, la legislación civil Estatal, señala:

"Artículo 148.- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente".

"Artículo 150.- El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tuviere bienes propios o desempeñare algún trabajo, o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia...".

En resumen, podemos decir que las personas que contraigan matrimonio, por naturaleza propia saben que harán vida independiente como pareja, sin que otros familiares tengan interferencia en su vida, dándose entre sí todas aquellas cosas materiales y espirituales que fomenten la vida matrimonial y que no sean contrarias a las leyes, principios morales y humanos, tales como la ayuda y el socorro mutuo, el diálogo, el respeto, la autoridad hogareña, la fidelidad y ante todo la cohabitación.

B) EL DIVORCIO.

Tan trascendente y controvertido como el matrimonio lo es el divorcio, por eso desde su creación y hasta la fecha, hay personas quienes están a favor y hay quienes están en contra de su aplicación y vigencia, creándose así dos corrientes al respecto y dependiendo desde que corriente se visualice al divorcio, se podrá dar una opinión o un criterio del mismo.

Dentro de nuestra sociedad mexicana se dan en demasía los divorcios, motivo por el cual es necesario tratar de frenarlos con medios suficientes aptos, en beneficio de los consortes, hijos, matrimonio y familia mexicana.

No podemos negar que el divorcio civil ha evolucionado conforme al ritmo social, costumbres y necesidades de nuestro país, tal es el caso de los códigos de 1870 y 1884, y demás subsecuentes, que otorgaban al divorcio diferentes características jurídicas a las de hoy.

"En el código de 1870 se parte de la noción de que el matrimonio es una unión indisoluble, por lo que se rechaza el divorcio vincular. Se señalan siete causas de divorcio, es decir de separación de cuerpos, cuatro de las cuales constituyen delitos. Se prohibía el divorcio por separación de

tiempo, cuando el matrimonio tenía veinte años o más de constituido..."

"Codigo de 1884. En este codigo el articulo 226 señala como unico divorcio el de separación de cuerpos, por lo tanto subsistia el vinculo matrimonial, suspendiéndose algunas obligaciones civiles que imponia el matrimonio..."

Por tanto, tener una idea de lo que es el divorcio civil importa tanto, porque es la piedra angular sobre el cual versa nuestro tema principal.

Saber tambien cuantos tipos de divorcio hay en nuestro pais, hace mejor que las personas comprendan el tema, y al mismo tiempo puedan diferenciar el tipo, procedencia e invocación de cada uno de ellos.

Para iniciar veremos el concepto de lo que es el divorcio civil para la doctrina y la ley.

a. -- CONCEPTO.

Para Eduardo Pallares, el divorcio es: "Un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal, y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros".¹³

Ya veremos más adelante que el divorcio se divide en dos tipos, de los cuales dependiendo el que se promueva puede ser por la vía judicial, o por la vía administrativa, de aquí que este autor haga alusión al acto jurisdiccional o administrativo, al inicio de su concepto.

Por otro lado, la sentencia que decreta la autoridad que conozca del divorcio, si es éste aceptable, resolverá sobre la disolución del vínculo matrimonial de los cónyuges, con apego a la ley civil aplicable.

Dentro del mismo concepto, se dice que el matrimonio es un contrato, y que concluye al decretarse el divorcio, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros. Es preciso advertir que la naturaleza jurídica del matrimonio ha sido analizada por estudiosos de esta materia, y

¹³

Pallares, Eduardo, El divorcio en México, México, Ed. Porrúa S.A., 1979, (2ª ed.), pág. 36.

caso, desde su particular punto de vista sobre la misma, puede decirse que es una "institución" otros que es "un acto administrativo", y para otros como Pallares, "es un contrato".

Para Magallón Ibarra, el divorcio es: "El rompimiento y disolución del vínculo conyugal, que surge válidamente a una pareja que, mediante una sentencia, de las dos partes en aptitud de contraer legalmente un nuevo enlace".

Respecto a este concepto, el vínculo conyugal es la unión espiritual que se establece entre los cónyuges dentro del matrimonio, decretado de la ley. Y esta unión se ve rota por el divorcio, el cual al decretarse por sentencia, ofrece oportunidad a los divorciados para volver a casarse.

Es importante señalar que este concepto utiliza, como medio para obtener la sentencia, de lo cual se desprende que habla únicamente del divorcio por la vía judicial, y no toma en cuenta al divorcio que se obtiene por vía administrativa, como veremos más adelante.

¹⁴ Magallón Ibarra, Instituciones de derecho civil, cit., pág. 356

Un concepto más amplio, sobre lo que es el divorcio, nos da Galindo Garfias, al decir que es: "La rotura del vínculo matrimonial firme, en vida de los cónyuges, resuelta por autoridad competente y motivada por una de las varias causas legales establecidas por la ley".¹⁵

Nótese en esta concepción que el autor utiliza la idea del matrimonio firme, y éste no es otro que el matrimonio legalmente establecido, porque si éste tiene algún vicio en su validez, es nulo y no firme.

Importante es resaltar que en esta causa que disuelve el matrimonio y no es necesario al cabo ningún juicio, de aquí que, en el artículo 273 diga que en vida de los cónyuges, así nos lo dice De Pina: "La muerte de cualquiera de los cónyuges y la nulidad del acto son causas que producen el divorcio, con arreglo a la legislación civil".

El Código Civil para el Estado de México, señala en el artículo 273, el deceso de un cónyuge en el tránsito de vida, con las siguientes consecuencias:

¹⁵ Galindo Garfias, Ignacio, Primer curso de derecho civil, Parte General, México, Ed. Porrúa S.A., 1979, (2^a ed.), pág. 356.

¹⁶ De Pina, Rafael, Elementos de derecho civil mexicano (Vol. II), México, Ed. Porrúa S.A., 1979, (1968), pág. 337.

"Artículo 273.- La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto, tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio".

Hablando aun sobre el concepto del divorcio que nos dio Garfias, nótese que se menciona que una autoridad competente será la que resuelva sobre la rotura del matrimonio firme. En tales caracteres entendemos que se dan dos situaciones diferentes, a saber:

Primero.- Puede referirse a la competencia de la autoridad por territorio, en la cual se toma en cuenta el domicilio conyugal.

Segundo.- Puede referirse también a la competencia de la autoridad por razón de la materia, en la cual se tome en cuenta la naturaleza del litigio, es decir por la vía judicial o, por la vía administrativa.

Froylán Bañuelos, nos dice que: "Competencia por razón de la materia es la que se determina por la naturaleza del litigio", y nos cita a Rocco, quien define a la competencia por materia, diciendo: "La competencia se determina no sólo por el valor, sino además por la naturaleza de la acción ejercitada,

pues con ello se determina la naturaleza de la relación procesal."

Continuando con el análisis del concepto de Garfias, diremos por último que, en el Código Civil para el Estado de México, en el artículo 253 se establecen actualmente diferentes causales de divorcio, de aquí que sea utilizada la frase: "motivada por una de las varias causas legales".

Comparten el mismo criterio en cuanto a las características de lo que es el divorcio: Rafael de Pina, quien dice que es: "Extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso".¹⁷

Así como es difícil dar un concepto unitario del matrimonio, también lo es para el divorcio, por eso simple y llanamente, la legislación civil ya mencionada anteriormente nos establece en el artículo 252 los efectos principales del divorcio:

¹⁷ Bañuelos Sánchez, Froylán, Práctica civil forense, (Tomo II), México, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, (9ª ed.), pág. 726.

¹⁸ De Pina, Elementos de derecho civil mexicano, Op. cit., pág. 338.

"Artículo 252.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Resumiendo podemos decir que:

1.- El divorcio civil es el que se encuentra regulado por las leyes y el derecho de nuestro país, el cual tiene tantos requisitos para su configuración que en caso de no cumplirse, no se podría decretar la disolución del vínculo matrimonial.

2.- No toda separación es divorcio, sino cuando se disuelve el vínculo matrimonial jurídicamente, y se menciona porque en nuestra legislación civil estatal, está permitido separarse de su cónyuge legalmente, sin que para ello se de el divorcio.

Así lo señala el Artículo 261.- "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio, fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 253 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge; y el juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

3.- Para saber y entender al divorcio, es importante señalar, en base a las características de los conceptos ya analizados, que éste es: el que disuelve el vínculo matrimonial y por lo tanto no existirán más las relaciones a que jurídicamente estaban obligados los cónyuges, como son: ayuda mutua, fidelidad, vida en común, deberes y derechos entre ellos.

b.- TIPOS

El Código Civil para el Estado de México, establece que el divorcio se puede obtener por mutuo consentimiento, y por una de las causas taxativamente expresas que se contemplan para tal efecto.

Ahora bien, de acuerdo a las características que se presentan para solicitar el divorcio, éste puede invocarse en forma bilateral por mutuo consentimiento: en la vía administrativa o en la vía judicial, y en forma unilateral por una de las causales de divorcio: únicamente por la vía judicial.

Al respecto Froylán Bañuelos, declara que en la ley civil mexicana se llama divorcio por mutuo consentimiento, cuando es por ambas partes solicitado, y se llama divorcio necesario cuando una sola de las partes divorciantes solicita el divorcio con base en una de las causales: "En el derecho mexicano

se presentan dos aspectos distintos para ejercitarse la acción de divorcio: I.- Divorcio por mutuo consentimiento, y II.- Divorcio Necesario". 19

En la práctica forense, al divorcio se le divide en tres tipos, como son:

El divorcio necesario.- Cuando se funde en una causal.

El divorcio administrativo.- Cuando se tramita ante un oficial del Registro Civil.

El divorcio voluntario.- Cuando ambos cónyuges están de acuerdo en su divorcio y lo tramitan ante un juez de lo familiar.

DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.- Se le llama divorcio voluntario judicial, porque entra en la fórmula: mutuo consentimiento, lo cual quiere decir, que no se toma en cuenta la causa, motivo o razón que orilló a los consortes a solicitar su divorcio, sino que únicamente se toma en cuenta la libre voluntad y disposición de querer divorciarse.

¹⁹ Bañuelos Sánchez, Práctica civil forense, Op. cit., pág. 1761.

Al respecto Carlos Arellano nos dice: "Convergen las voluntades de ambos cónyuges con una sola tendencia: ambos quieren la disolución del vínculo matrimonial..."²⁰

Su trámite es por la vía judicial, porque se lleva a cabo ante un Funcionario del Poder Judicial, como lo es el Juez de lo Familiar.

Por otro lado, requisito "sine que non" indispensable es, que ambos solicitantes del divorcio, exhiban dentro del procedimiento, un convenio que reúna los requisitos legales establecidos.

Sara Montero, resume las características del convenio, en los siguientes puntos:

1.- La persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.

2.- El modo de cubrir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después.

²⁰

Arellano García, Carlos, Procedimientos civiles especiales, México, Ed. Porrúa S.A., 1987, pág. 323.

3.- El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

4.- Los alimentos que un cónyuge dará al otro, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse.

5.- La forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidarla al ejecutoriarse el divorcio.

Asimismo nos agrega que: "Deben comprobar además, que llevan más de un año de casados, pues antes de este término no puede pedirse el divorcio por mutuo consentimiento".²¹

Debe hacerse notar que estas mismas características, las requiere el Código Civil para el Estado de México en su artículo 257.

Para Guillermo Cabanellas, el divorcio voluntario es el divorcio convenido por ambos cónyuges, con la finalidad de dar por concluida su relación matrimonial: "...es el

²¹ Montero Duhalt, Derecho de familia, Op. cit., pág. 256.

que se plantea y se concreta por mutuo disenso conyugal, sin alegación de otra causa".²²

En efecto, por desgracia o por beneficio, los cónyuges que no quieran causarse daños materiales y jurídicos, podrán invocar a su favor este tipo de divorcio.

Consideramos que este tipo de divorcio prevé una mejor situación, tanto para los cónyuges como para los hijos, pues en forma pacífica resuelven sus problemas con independencia del motivo, razón o causa que haya originado el ánimo de divorciarse ambos cónyuges.

Por último diremos que en este tipo de divorcio, no existe un cónyuge culpable o uno inocente, esto por derecho, aunque de hecho si lo haya.

EL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.- A este tipo de divorcio por mutuo consentimiento se le denomina administrativo, porque su acción se lleva a cabo por la vía administrativa, es decir, se debe intentar ante un oficial del Registro Civil.

²²

Citado por Arellano García, Procedimientos civiles especiales, Op. cit., pág. 320.

El divorcio administrativo se puede obtener mediante un trámite administrativo como se ha dicho anteriormente, y no mediante un procedimiento o trámite judicial, de ahí la diferencia.

En cuanto a los requisitos para este divorcio, se clasifican en los siguientes: mayores de edad, que no hayan procreado hijos, y que de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, al respecto se citan los siguientes artículos del Código Civil Estatal:

"Artículo 258 bis. Primer párrafo.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron..."

Un requisito más para la procedencia del divorcio en estudio es el hecho de que se haya cumplido más de un año de matrimonio para poder solicitarse por ambos cónyuges la disolución de su vínculo matrimonial.

"Artículo 258 bis. Párrafo cuarto.- El divorcio por mutuo consentimiento a que se refiere este precepto, no podrá pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio".

En este tipo de divorcio no existe un cónyuge culpable ni uno inocente, como en el anterior divorcio judicial, porque lo que la ley civil establece es la voluntad de ambos cónyuges de divorciarse, y no se toma en cuenta el motivo, la razón o la causa por la que deciden ambos cónyuges divorciarse, aunque de hecho si existan esos motivos.

Llenados los requisitos anteriores podrán los cónyuges asistir personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, y manifestando de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse, desde luego comprobando con su acta de matrimonio su estado civil, así como la certificación de su mayoría de edad, el Oficial del Registro Civil levantará una acta en la que hará constar la solicitud de divorcio, y dará trámite a ella.

En cuanto a los requisitos de trámite, el artículo 258 bis, párrafo segundo del Código Civil Estatal, establece: "Artículo 258 bis... párrafo segundo.- El Oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará una acta en la que hará constar la solicitud de divorcio, y en un término de quince días, citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla y al Ministerio Público para que manifieste lo que a su representación social corresponda, y vea liquidar la sociedad conyugal. Previa la exhortación correspondiente, si los consortes hacen la ratificación y no

existe oposición del Ministerio Público, el Oficial del Registro Civil, los declarará divorciados, levantando el acta respectiva, haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio".

Es importante mencionar que si los cónyuges solicitantes de este tipo de divorcio niegan tener hijos, y si los tienen, no es procedente el divorcio administrativo, pero sí el divorcio voluntario judicial, y por otro lado se hacen acreedores a una sanción penal, por declaraciones falsas, porque en todo divorcio en los que en el matrimonio haya hijos, deben preservarse y resguardarse primeramente los intereses de éstos, y por consiguiente aquella acción no lo hace efectivo cuando se miente.

DIVORCIO NECESARIO.- En la práctica forense se le denomina divorcio necesario, al que se funda en una de las varias causales establecidas en el artículo 253 del Código Civil para el Estado de México:

"Artículo 253.- Son causas de divorcio necesario:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

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

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, si no cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración, con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para 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, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII.- Padecer enajenación mental incurable;

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX.- La separación del hogar conyugal, originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

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

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

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, siempre que no puedan hacerse efectivos los derechos que les conceden los artículos 151 y 152;

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos, ya lo sean éstos de ambos o de uno sólo de ellos;

XVIII.- 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".

Fundamentalmente el divorcio denominado necesario se caracteriza porque uno de los cónyuges es el que inicia o demanda al otro cónyuge el divorcio, con base en una de las varias causales señaladas anteriormente, y el otro contesta y se defiende.

Así es, en el divorcio necesario existe un cónyuge culpable y uno inocente, y dependiendo de que tipo de pruebas hayan aportado cada uno de ellos en el procedimiento judicial, se podrá saber para el juez familiar, si la acción es justa y el actor es inocente.

Esto no sucede con los divorcios anteriormente visualizados, pues en aquellos su formulación es especial, y por lo tanto los solicitantes no contienen procesalmente en cuanto a sus derechos y obligaciones, sino que únicamente se concretan a reunir los requisitos que la ley les exige para la procedencia de su divorcio, ya sea voluntario judicial o voluntario administrativo.

Por último, en este tipo de divorcio, existen sanciones civiles como son: pérdida de la patria potestad y hasta pago de daños y perjuicios, mismos que debe pagar o cumplir el cónyuge culpable de divorcio.

CAPITULO II

ANALISIS DE LAS CAUSALES DE SEPARACION CONYUGAL EN EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.**A) LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA.**

Esta causal es una de las más invocadas por los abogados litigantes al patrocinar un divorcio necesario, y se hace así porque existe en los matrimonios de nuestros días, un virus más frecuente y con mayor fuerza que en tiempos anteriores, en efecto, se está hablando de las separaciones o abandonos del hogar conyugal.

La situación económica, política y social de nuestro país, han repercutido negativamente en el progreso y sano desarrollo de las diferentes instituciones sociales, tal es el caso del matrimonio, el cual cada día pierde más fuerza y se desmorona por el rompimiento de los lazos conyugales y familiares a través de la separación del hogar conyugal.

Ante tal situación, es ahora más que nunca buscar y dar bases jurídicas para la regulación de esos actos o hechos sociales, y es así, como la causal en cita trata de

regular esa situación social al ámbito legal, pero lo importante no es sólo su regulación, sino también su justa y equitativa aplicación a un caso en concreto.

Por ello es que, a través del presente trabajo, se pretende hacer un estudio y análisis del texto de la presente causal, viendo realmente cuales son sus alcances y cuales son sus limitaciones, tanto en su interpretación como en su aplicación.

a.- EL CONCEPTO Y LA FUNCION DEL HOGAR CONYUGAL

El hogar conyugal es uno de los presupuestos indispensables de la causal en estudio, por ser la base o el lugar donde el matrimonio se formará, la familia radicará y la ley y la sociedad la aceptarán.

Al hogar conyugal se le suele denominar con diferentes acepciones, por lo que casa y domicilio conyugal son sinónimos, así lo dice Miguel Manzanilla: "Al referirse a la causal la definen como la separación del hogar conyugal, y en otros puntos se habla de casa conyugal, lo que nos lleva a la

integración de que domicilio, casa u hogar conyugal significan lo mismo". "

El hogar conyugal reúne características materiales, espirituales, emocionales y biológicas entre otras, y cada uno de estos elementos son tan importantes, que en la mayoría de los casos en que se trata al hogar conyugal, se ve simplemente como una construcción o una casa formada de cualquier material, lo cual no debe ser, en beneficio de la familia mexicana.

Es importante saber ¿cuándo? y en ¿dónde? se tiene por establecido el hogar conyugal, ya que en caso de no acreditarse este elemento, la causal en estudio sería improcedente, de ahí la importancia que tiene en el trabajo de los abogados, ya que a estos corresponde respetar las características del mismo.

Castán Tobeñas le otorga características jurídicas al hogar conyugal, aclarando que es el lugar en el cual los esposos y los hijos si los hay, cumplen con sus responsabilidades y adquieren personalidad social: "Sede jurídica

y legal de la familia o de las personas donde se ejercitan sus derechos y se cumplen sus obligaciones".²⁴

Para Miguel Manzanilla, el hogar conyugal reúne más características basándose básicamente en las finalidades del matrimonio y de la condición jurídica de los cónyuges: "...domicilio conyugal es aquel en donde los cónyuges conviven bajo un mismo techo, con la finalidad de cumplir con las obligaciones impuestas por el matrimonio y agotar los fines de la institución, teniendo libertad, mando e independencia de terceras personas en la conducción del hogar".²⁵

Por otro lado, la legislación civil del Estado de México establece que ambos cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, pero no establece qué debe entenderse por el mismo, en cambio la legislación civil del Distrito Federal, si establece las características de aquél al disponer: "...se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales..." (artículo 163)

Es de gran importancia diferenciar al hogar conyugal del hogar o domicilio de las personas físicas. Por lo

²⁴ Citado por De Ibarrola, Antonio, Derecho de familia, México, Ed. Porrúa S.A., 1984, (3ª ed.), pag. 337.

²⁵ Manzanilla Pavón, El abandono del hogar conyugal, Op. cit., pág. 22.

que toca al primero, debemos tener en cuenta, que este es el lugar donde la nueva pareja matrimonial inicia una fase más de la vida humana, dejando atrás todas las cosas que de solteras pensaban u obtenían, como lo es por ejemplo el lugar donde vivían y algunas actividades que realizaban. por consiguiente, su nueva vida será recíproca, es decir, en forma conjunta y comunitaria, motivos por los cuales deben darse a conocer como matrimonio a la sociedad, teniendo desde luego un hogar que ya no va a ser individual, sino colectivo, y en el cual se ayuden mutuamente y cumplan cada uno con los caracteres que de acuerdo a su sexo sean compatibles.

Al respecto, Miguel Manzanilla nos dice: "Al hablar de domicilio, casa u hogar conyugal, es claro que no podemos contemplarlo en base a una persona, porque el vincularse a otra en virtud del matrimonio, el hogar será precisamente aquel lugar en donde los cónyuges se asientan con el propósito de hacer la vida conyugal, de vivir y cumplir con las recíprocas obligaciones, como lo son: el cuidado y sostenimiento del mismo, el vivir bajo el mismo techo, el procurarse alimentos, etc." ²⁶

Volviendo a lo anteriormente expuesto, en relación a que existe una laguna jurídica sobre el concepto del hogar conyugal en la legislación estatal, pero para llenar esta laguna la Suprema Corte ha sustentado la siguiente tesis:

²⁶ Ibid, pág. 21.

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL, CUANDO LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS.- Por domicilio conyugal debe entenderse la morada donde ambos cónyuges disfrutaban de independencia para organizar su vida y su hogar, teniendo la misma autoridad y se dispensen mutuas consideraciones a efecto de obtener los fines del matrimonio, estando los trabajos de la morada bajo la dirección y el cuidado de la mujer,... Así pues, si en un caso la esposa no ejerce sus funciones de consorte en forma libre e independiente, debido a la intervención de los parientes del marido como el jefe del hogar, es obvio que no existe domicilio conyugal..." 27

Por desgracia, aun y con la igualdad jurídica de la mujer y el hombre, no se ha podido superar el fantasma del machismo en nuestro país, ya que es conocido y sabido que el cónyuge varón es el que escoge o decide el lugar en el cual establecerán su domicilio conyugal. Este es el principal problema que tienen que enfrentar las esposas, ya que la mayoría de esos lugares son efectivamente como nos lo menciona la tesis transcrita anteriormente, la casa de los padres, de un amigo o de otros familiares, lo cual anula la esencia del hogar conyugal en esa situación. También se considera que los cónyuges deben disfrutar consideraciones iguales.

27 Citada por Manzanilla Pavón, Op. cit., pág. 23.

El matrimonio tiene como finalidades: la cohabitación, la ayuda mutua y la vida en común entre otros, éstas no son susceptibles de realización, si no existe un lugar para tal efecto.

Jorge Magallón dice: "La cohabitación como obligación personalísima e íntima de la relación encuentra su origen en la naturaleza propia del matrimonio". "Se llama casamiento en castellano porque al contraerlo los cónyuges, forman su casa u hogar". ²⁶

Miguel Manzanilla otorga al hogar conyugal la característica espiritual, es decir, dentro de él se formarán principios de buena moralidad, pues los matices que se originan dan formación a una familia, y además no sólo eso, sino que crea también a individuos con características especiales, debiendo tener como base espiritual el evangelio de Jesucristo y el amor hacia Dios. Por eso este autor opina que: "No debemos pensar en el domicilio conyugal como la simple casa-habitación, porque el concepto es más de naturaleza espiritual que material, pues se integra con la reunión de los padres y los hijos si los hay, formando una célula básica social: la familia". ²⁷

²⁶ Magallón Ibarra, Instituciones de derecho civil, Op. cit., pág. 301.

²⁷ Manzanilla Pavón, El abandono del hogar conyugal, Op. cit., pág. 22

El domicilio conyugal debe reunir también requisitos de salubridad, así nos lo señala el código civil para el Estado de México, que en su artículo 149 señala: "...Los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando... se establezca en lugar insalubre o indecoroso".

Al respecto, existe la siguiente tesis de Amparo Directo, sustentado por nuestros máximos tribunales colegiados: "Si el local que el esposo señala como hogar conyugal no consta de los elementos necesarios indispensables para considerarlo como el asiento de la familia, que en un principio, forman ambos cónyuges, se justifica la resistencia de la esposa de convivir con su esposo en dicho lugar, y opera la excepción que contiene el artículo 99 del Código Civil del Estado de Veracruz, en cuanto indica que los tribunales pueden eximir a uno de los cónyuges de convivir con el otro, cuando éste establezca el hogar conyugal en un lugar insalubre e indecoroso".³⁰

Esto es frecuente en nuestra vida social, ya que la esposa casi siempre, acepta tácitamente el lugar que su esposo le señala para convivir como matrimonio, aunque no goce ese lugar de normas de seguridad e higiene.

³⁰

A.D. 1976/1973, Citada por Chávez Ascencio, (Relaciones jurídicas familiares), Op. cit., pág. 366.

Una característica más que reúne el hogar es el hecho de mantener económicamente a la familia, es decir, el hogar conyugal es el lugar donde ambos cónyuges cumplen la obligación de alimentar y sustentar a los hijos, así lo señala la siguiente tesis de Competencia 105/1953: "DIVORCIO. Domicilio conyugal. Debe admitirse que el domicilio conyugal se encuentra en el lugar en que el marido estableció a su esposa e hijos menores de edad, y en el cual cumplía sus obligaciones familiares, de manera principal, la de proporcionarles el dinero suficiente para que cubrieran sus necesidades..."²¹

Ahora bien, en el Código Civil para el Distrito Federal, se establece en los artículos 31 fracción IV y 29, lo siguiente:

"Artículo 31.- Se reputa domicilio legal: Fracción IV.- De los cónyuges, aquel en el cual éstos vivan en común, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 29".

"Artículo 29.- El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia

²¹ Citada por Pallares, Eduardo, Formulario de juicios civiles, México, Ed. Porrúa S.A., 1980, (20ª ed.), págs. 267 y 268.

de estos, el lugar donde simplemente residan y en su defecto, el lugar donde se encontraren".

Es menester señalar también que el artículo 163 del mismo ordenamiento civil, establece:

"Artículo 163.- Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales..."

En resumen, podemos decir que es obligación de los cónyuges el formar o tener un hogar conyugal en el cual puedan cumplir con todos y cada uno de los fines del matrimonio, asimismo para que puedan cumplir con sus obligaciones ante la sociedad.

Toda unión de hombre y mujer, legalmente establecida va evolucionando progresivamente de acuerdo a la voluntad de ambos cónyuges, en efecto, primero son matrimonio, y ya después con la asistencia de hijos serán familia.

Hay dos formas para que los cónyuges puedan cumplir y ejercitar sus derechos y obligaciones, la primera es dentro del matrimonio en el domicilio conyugal y la segunda es

fuera del matrimonio (Divorcio), en el lugar que señala el artículo 29 anteriormente transcrito.

Para el matrimonio el hogar conyugal es un elemento indispensable, seguido de la comunidad conyugal, en el cual ambos cónyuges deben tener consideraciones iguales, autoridad propia, y cumplan cada uno de acuerdo a sus condiciones físicas y humanas en provecho y beneficio de el matrimonio y la familia.

b.- LA SEPARACION DEL HOGAR SIN CAUSA JUSTIFICADA

Existe en la ley y en la doctrina una terrible confusión en cuanto a dejar bien definido lo referente a la separación y a la frase: sin causa justificada, que se contemplan en el contexto de la presente causal de divorcio.

Ahora bien por lo que respecta al término separación y su relación o diferencia con el término abandono que la ley ha venido manejando al hacer referencia a la conceptualización de la presente causal de divorcio, es menester saber que hay varios autores que al respecto, consideran que ambos términos son diferentes, tal es el caso de Manuel Chávez, quien considera que: "En primer lugar, debemos tomar en consideración que la separación no es abandono. Por lo tanto, la

simple separación, aunque se estuvieren cumpliendo los otros deberes familiares o conyugales debe producir esta causal de divorcio. Es decir, la separación se considera suficiente en la legislación actual para que proceda el divorcio, al romperse toda posibilidad de convivencia y unidad del matrimonio, necesarios para que se cumplan los deberes conyugales".³²

Hay otros autores, como Miguel Manzanilla, que consideran que ambos términos son sinónimos: "En tanto la Jurisprudencia y tesis vertidas en relación a la causal que se analiza, se refiere siempre al abandono del domicilio conyugal, es significativo advertir que los códigos civiles hablan de separación de la casa conyugal por más de seis meses de lo cual tenemos que concluir que los términos abandono y separación son utilizados a manera de sinónimos".³³

Como puede verse se está hablando en las dos hipótesis anteriores de dos elementos muy diferentes que vienen a terminar en el concepto o la idea de lo que es el abandono y lo que es la separación, así es, por su parte Manuel Chávez, considera que no toda separación es abandono, pero también considera que la simple separación del hogar conyugal es suficiente para que proceda la presente causal, al respecto cabe

³² Chávez Ascencio, Relaciones jurídicas conyugales, Op. cit., pág. 492.

³³ Manzanilla Pavón, El abandono del hogar conyugal, Op. cit., pág. 27

advertir que como bien dice Miguel Manzanilla, son términos que se utilizan en cuanto a su legislación en el código civil, separación, y en cuanto a su interpretación colegiada, abandono, sinónimos.

Desde luego, dar o tener un concepto de lo que sería la separación o el abandono, es examen de minuciosa atención, pero no trataremos en este trabajo dicho concepto, sino únicamente la consecuencia jurídica o el acto que debe generar el derecho a invocar la presente causal.

Para iniciar y para una mejor comprensión, entendamos que ambos términos son sinónimos jurídicamente, viéndolo desde el punto de vista del interés en el ejercicio de la acción de divorcio.

Lo anteriormente señalado se irá visualizando hasta el final del presente trabajo, así es que estamos de acuerdo en lo señalado por Manzanilla.

Por otro lado, es importante resaltar que el texto en estudio señala que la separación es del hogar conyugal, y no que la separación sea de un cónyuge hacia el otro, es decir, y si así se quiere entender, que el interés del legislador al crear aquella frase, lo hizo para salvaguardar la convivencia comunitaria conyugal que impone el matrimonio a los cónyuges.

Al respecto Sara Montero, señala: "El código no habla de abandono de un cónyuge por el otro, sino únicamente de separación de la casa conyugal". "La separación de la casa conyugal sin causa justificada, significa el incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges: vivir juntos en el domicilio conyugal".²⁴

Entendemos que Montero considera que la separación de la casa u hogar conyugal sin causa justificada es ilícita porque no lo permite la ley, es decir, la ley prohíbe a los cónyuges separarse de su hogar conyugal y que cuando uno de ellos quebranta esta disposición, su acto se encuadra en la presente causal si lo hizo sin causa justificada. Obsérvese que hay en este momento dos aspectos negativos en la separación del hogar conyugal sin causa justificada, el primer aspecto es la separación del hogar conyugal y el segundo es sin causa justificada.

Manuel Chávez, señala que: "...la ley al referirse en la fracción VIII a la separación injustificada de la casa conyugal, toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación más importante en el matrimonio... o sea la de hacer vida en común, la de vivir bajo el mismo techo".²⁵

²⁴ Montero Duhalt, Derecho de familia, Op. cit., pág. 230

²⁵ Chávez Ascencio, Relaciones jurídicas conyugales, Op. cit., pág. 495.

Por su parte el Código Civil para el Estado de México dispone en su artículo 149.- "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal".

A lo anterior, podemos deducir que la separación simple y llana que se hace del hogar conyugal, es un hecho negativo porque la ley prohíbe separarse del hogar conyugal, ahora bien debemos saber que toda separación del hogar conyugal no sigue la misma línea, es decir, hay separaciones justificadas y separaciones injustificadas, de las cuales sólo por consentimiento de la ley se puede estar dentro de una excepción a la regla, es decir, a la ley prohibitiva.

Así también, podemos deducir que el texto señala que la separación del hogar conyugal sea sin causa justificada, de lo cual se debe comprobar que el cónyuge separado lo hizo sin que hubiese una causa, motivo o razón para separarse, y por lo tanto el cónyuge separado en estas características, viola una ley prohibitiva y su conducta se encuadra en el texto de la presente causal de divorcio.

Para poder delimitar los parámetros sobre las anteriores hipótesis, existen tesis sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados, entre las cuales, hay unas en las que se establece que para que exista realmente abandono o separación del hogar conyugal, es necesario

que el cónyuge separado rompa totalmente con los lazos matrimoniales y se despreocupe totalmente de su cónyuge e hijos:

"DIVORCIO. ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL COMO CAUSAL DE.- Sólo puede darse abandono o ausencia del hogar conyugal, cuando el cónyuge rompe totalmente con los lazos matrimoniales y se despreocupa por completo de su cónyuge. No hay abandono por la simple terminación de las relaciones sexuales que, en todo caso, podrían dar lugar a una causal distinta, y mucho menos puede hablarse de abandono, cuando media una situación pacífica que permite a los esposos visitarse frecuentemente y cumplir con los demás deberes, inclusive el de la educación de los hijos".

Amparo Directo 5775/70 Luis Rojas Arroyo. 7 de Enero de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela. S.J.F. VII época, Vol. XXXV, Cuarta parte, página 20.

Cabe hacer notar que el amparo anterior acepta que no importa que no haya cohabitación entre los cónyuges sino más bien, considera que cuando hay una mediación pacífica, no existe la separación del hogar conyugal sin causa justificada, de otra forma entendida, hay separación de cuerpos pero no de sentimientos, y a lo mejor está mal conceptuado este término, puede ser que haya separación de cuerpos pero cumplimiento de algunas obligaciones que impone el matrimonio.

Otra tesis, contraria a la anterior, sostiene que el hecho de que uno de los cónyuges se aleje, se separe o abandone el hogar conyugal, es suficiente para ser motivo de divorcio, ya que la ley prohíbe, como ya se dijo anteriormente, ejecutar ese acto, sin importar si cumple o no con alguna de las otras obligaciones matrimoniales:

"La causal de divorcio prevista en el artículo 267 fracción VIII del código civil para el Distrito Federal, tiene como razón de ser, el incumplimiento a una de las principales obligaciones que adquieren los cónyuges con motivo del matrimonio, la cual se encuentra prevista en el artículo 163 del código civil para el Distrito Federal, y que se refiere a la convivencia de los consortes en el domicilio conyugal. Es evidente que la observancia de esta obligación contribuye al cumplimiento de los otros deberes del matrimonio, incluyendo el socorro mutuo que deben prestarse los esposos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 del cuerpo legal citado. En esa virtud, la separación de la casa conyugal implica que el esposo que se aparta deja de prestar al otro cónyuge y a los hijos la protección y auxilio a que está obligado, haciendo con la separación, imposible los fines del matrimonio al suspender la vida en común. La contribución económica al sostenimiento del hogar constituye tan sólo una de las obligaciones del matrimonio, pero no es la única que genera tal vínculo, sino que representa apenas uno de los múltiples actos que implica el socorro mutuo

que deben prestarse los consortes. En esas condiciones, como la ayuda económica no agota todas las obligaciones del matrimonio derivadas de la vida en común que deben hacer los esposos en el hogar conyugal, no cabría afirmar válidamente, que la causal de divorcio prevista en el artículo 267 fracción VIII del código civil para el Distrito Federal deja de surtirse, si el cónyuge que se separa continúa contribuyendo económicamente al sostenimiento del hogar, porque aun cuando cumpla con esta obligación quedarían incumplidas otras, que sólo es posible colmar con la convivencia, como serían el auxilio moral, la educación de los hijos, etc. etc."

Amparo Directo 718/86 Martha Ruiz Monterrosa
de Paredes. 16 de mayo de 1986, Unanimidad de votos. Ponente:
Mauro Miguel Reyes Zapata, Secretario: Eduardo López Pérez
(Informe 1986, Tribunales Colegiados. pág. 225).

Como se había dicho al principio de este acápite, la simple separación del hogar conyugal es causa de divorcio, pero cuando dicha separación se hace con causa justificada, entonces ya no tiene aplicación la anterior tesis de amparo.

Muy cierto, la ayuda mutua, el débito sexual,
el diálogo y los demás deberes sólo se pueden cumplir cohabitando

ambos cónyuges bajo el mismo techo, pues de lo contrario se estaría desmoronando la vida matrimonial y hasta familiar.

La separación del hogar conyugal con justa causa no es causal de divorcio, pues el artículo 149 del Código Civil en vigor para el Estado de México, en su párrafo segundo establece: "Los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social o se establezca en lugar insalubre o indecoroso". Esto podría decirse que es separación del hogar conyugal con causa justa, autorizado por un juez familiar.

Sobre la separación del hogar conyugal justificada, como excepción a la regla de que la separación del hogar conyugal en forma llana y lisa es causal de divorcio, existen los siguientes Amparos Directos:

"Cuando el abandono se debe a la actitud violenta del otro cónyuge (golpes, amenazas, mal comportamiento), no puede hablarse de abandono".

"Tampoco hay abandono cuando la separación se lleva a efectos debido a la necesidad de salvaguardar, poner a

salvo la integridad personal, la salud o la dignidad del cónyuge que la realiza". "

En conclusión podemos decir que cuando la separación es simple y llana y no lleva consigo una causa, un motivo o un elemento que la justifique, es injustificada.

Ahora bien, para que la separación del hogar conyugal se considere que ha nacido a la vida jurídica, es necesario que esa separación dure más de seis meses, pues de lo contrario, no nacerá ni se configurará como elemento de la causal de divorcio en estudio, y se dice esto porque así lo textualiza la misma. En tal inteligencia, el cónyuge que se ha separado por menos de seis meses de su hogar conyugal, puede reintegrarse a él, sin que sea cónyuge culpable de divorcio, y al mismo tiempo, el cónyuge abandonado no podrá ejercitar su acción o invocar la presente causal, si no han pasado esos seis meses, luego entonces, podemos decir que aunque la separación de inicio se considere ilícita porque nadie se puede separar de su hogar conyugal, no se considerará separación legal, aunque de hecho se haya habido separación corporal.

²⁶

A.D. 6501/58. 2 de septiembre de 1960. BIJ XV, 8372-3:
A.D. 7693/60. 5 de mayo de 1962. BIJ XVII, 9758; Se
citan 10 ejecutorias en el mismo sentido: B.S.J.F. III,
mar. 1976, 27. A.D. 7877/57. 11 de febrero de 1959. BIJ
XIV, 6911. Citadas por De Ibarrola, Derecho de familia,
Op. cit., pág. 350.

Veamos ahora la frase: sin causa justificada, y recordemos que se está visualizando la separación del hogar conyugal sin causa justificada.

Para aclarar un poco más de lo que se está viendo, podemos decir, que todo lo que la ley establece como un derecho o una obligación, debe necesariamente establecer también de qué forma se sancionará al cónyuge que incumpla con esa obligación o viole el derecho del otro cónyuge. Por lo tanto si la ley obliga a ambos consortes vivir juntos en el hogar conyugal, es lógico deducir que en nuestra legislación civil o su interpretación colegiada, deben regular la separación del hogar conyugal, primer elemento negativo como se ha dicho anteriormente.

Nótese, que el texto de la causal: LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA, no establece si la separación de la casa conyugal es justa o injusta, sino más bien, nos dice que la separación del hogar conyugal se haya realizado sin causa justificada, y hecha una búsqueda en el código civil para el Estado de México, no se encontró ninguna referencia al respecto, es decir, no se encontró norma jurídica que señalara o estableciera ¿cuándo la separación del hogar conyugal es sin causa justificada?.

Desde luego en el sentido anterior, la ley no ha tomado en cuenta esta diferencia, y en tal circunstancia ha decretado o sostenido que para la procedencia de la presente causal es suficiente el acto de separación de la casa conyugal que realiza uno de los cónyuges, y por otro lado, también se establece que no hay separación o abandono, cuando no se rompen totalmente los lazos matrimoniales o no hay despreocupación total por el cónyuge separado de su cónyuge abandonado e hijos.

Entonces consideramos, que si nuestros legisladores y nuestros máximos tribunales colegiados, sostienen y manifiestan que la simple separación del hogar conyugal es suficiente para que sea procedente la presente causal de divorcio, entonces se deben reformar o derogar los otros elementos componentes: término de seis meses y la frase: sin causa justificada, pero consideramos que no es posible, por la excepción a la regla ya mencionada anteriormente.

Y por otro lado, si la ley toma en cuenta que sólo con el rompimiento total de los lazos matrimoniales es procedente la presente causal, entonces se estaría dejando en un estado de indefensión con violación del derecho de cohabitación que tiene el otro cónyuge, y en este caso, la ley estaría permitiendo situaciones anómalas en perjuicio del matrimonio y de la familia.

La acción de divorcio que se puede intentar con fundamento en la presente causal, es en favor del cónyuge abandonado, ya que éste tiene la calidad de cónyuge inocente por haber sufrido la separación o abandono de su hogar conyugal. En tal situación no podríamos decir que el cónyuge que quedó en el hogar conyugal sea el culpable de divorcio, porque entonces ya no se estaría hablando de la presente causal, sino de otra que el cónyuge separado intente a su favor, y por lo tanto como estamos viendo la causal de separación del hogar conyugal sin causa justificada, debe estarse a lo señalado al principio de este párrafo.

Al hacer uso el cónyuge abandonado del ejercicio de la acción de divorcio con fundamento en la causal que se analiza, debe probar dentro del procedimiento civil los hechos constitutivos de su acción, así lo señalan los artículos 269 y 270 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México: "Artículo 269.- El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción, y el reo los de sus excepciones". "Artículo 270.- "El que niega sólo está obligado a probar: I.- Cuando la negativa envuelva la afirmación expresa de un hecho..."

Ante tal circunstancia, cabe afirmar que el cónyuge actor puede probar los elementos constitutivos de su acción, fundada en la causal prescrita, pero como el texto final de la misma establece: sin causa justificada, y no hay en la ley

civil regulación de éstas, aparte de ser un aspecto negativo, no está obligado a probar este último elemento, así debería ser.

Sobre el tópico cuestionado, la S.C.J. de la Nación, ha sostenido la siguiente Jurisprudencia:

"DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.- La actual integración de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no comparte el criterio que se había venido sosteniendo en el sentido de que para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal competía al actor demostrar, entre otros extremos, la separación injustificada del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos, y no comparte dicho criterio porque ello equivaldría a obligar al actor a probar generalmente un hecho negativo, cual es que la separación no es justificada, y siendo un principio de derecho que el que afirma está obligado a probar, la conclusión que se impone es que si el cónyuge abandonante admite la separación del hogar conyugal, pero agrega que esta tuvo causa o motivo, como por ejemplo, que su consorte lo golpeó o lo corrió o lo amenazó de muerte, etc., es al cónyuge abandonante a quien incumbe acreditar esos hechos que justificarían la separación. Así pues, para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal a que se refiere la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal y de los Códigos Civiles de

los Estados que tienen igual disposición, al actor sólo compete demostrar: 1.- la existencia del matrimonio; 2.- la existencia del domicilio conyugal; 3.- La separación del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos. Acreditado el hecho de la separación o abandono del hogar conyugal, corresponde al cónyuge abandonante demostrar que tuvo causa justificada para hacerlo".

Tercera Sala, Novena Epoca, Cuarta Parte,
Apéndice 1985, Sección Especial, Tesis 200, pág. 306.
(Precedente: A.D. 5164/74)

La tesis anterior, viene a dar matices diferentes al texto de la causal en estudio, básicamente podemos decir que la frase: sin causa justificada, ha sido obsoleta o desechada como elemento probatorio de la causal del actor, más sin en cambio, corresponde al cónyuge separado probar que tuvo causa justificada para hacerlo, pues de lo contrario será cónyuge culpable de divorcio.

Consideramos que lo anterior, en vez de solucionar un problema en concreto, como es la separación del hogar conyugal sin causa justificada, ha venido a dar más confusión e inseguridad jurídica, para los cónyuges abandonados, en el ejercicio de sus derechos, pues lo único que se está provocando con esto es que la parte demandada, es decir, el

cónyuge separado, se escude con una posible mentira de que fue amenazado, golpeado o corrido de su hogar.

Lo que debe hacerse es dejar bien normado y establecido ¿cuándo la separación del hogar conyugal es sin causa justificada?, desde luego señalando también ¿cuáles son las causas justificadas de separación del hogar conyugal?.

C.- EL TERMINO DE MAS DE SEIS MESES

En nuestra legislación civil, existen normas jurídicas que establecen días o tiempo para la configuración de un derecho o de una obligación, y tal es el caso que se nos presenta en la causal en análisis, ya que señala que la separación del hogar conyugal debe ser por más de seis meses.

Ya dijimos, que la invocación de la presente causal corresponde al cónyuge abandonado, y en tal circunstancia debemos saber que el ejercicio de este derecho, puede hacerse únicamente cuando el cónyuge separado tenga ya más de seis meses de haber abandonado su hogar conyugal.

Dicho término, lo establecieron los legisladores, básica y primordialmente para el efecto de que la situación jurídica del cónyuge abandonado, no quedase en un

estado de incertidumbre, y así la separación jurídica del cónyuge abandonado no fuera indefinida, aunque materialmente si sea indefinida.

Es indudable que la imposición del mencionado término, genera dos hipótesis a saber:

I.- Dé la oportunidad al cónyuge separado de promover acción judicial a su favor y en contra del cónyuge abandonado.

II.- Después de seis meses, podrá el cónyuge abandonado intentar su acción de divorcio en contra del cónyuge separado.

Por otro lado, el cónyuge que sufre las consecuencias es el cónyuge abandonado, y decimos esto, porque es bien conocido que en nuestra sociedad hay una gran explosión demográfica, y con motivo de ello los servicios públicos y las necesidades de cada persona se van mermando por esa causa. También es sabido que la demanda de casas-habitación para los nuevos matrimonios es cada día mayor y necesaria, y al no contar ellas, trae como consecuencia que la mayoría de los esposos tengan que vivir en calidad de arrimados en el hogar de otro familiar o en su caso vivir con inquilinos es una vivienda.

En los casos anteriores, cuando se presenta la separación o el abandono de uno de los cónyuges (generalmente es el varón), la gran mayoría de las cónyuges abandonadas carecen de otro ingreso que no sea el de su esposo, y ello trae como consecuencia que no sólo se vea impedida a sufragar o solventar las necesidades más primordiales como son la alimentación, el vestido, el calzado, etc., sino que también tienen la carga de pagar la cuota rentística del hogar en el cual viven rentando.

Al respecto se ha dictado el siguiente Amparo

Directo: "DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. DEBE DEMOSTRARSE LA EXISTENCIA DEL DOMICILIO TANTO ANTES COMO DESPUES DEL ABANDONO.- No es válido aceptar que puede proceder la acción de divorcio por abandono del domicilio conyugal sin causa justificada, aun cuando no se haya acreditado la existencia del hogar conyugal (por vivir en calidad de arrimados en la casa de los padres del actor), por haberse demostrado que el demandado abandonó a su cónyuge y a su menor hija, sin que se haya ocupado para nada de ellos, pues esta Tercera Sala, en la tesis Jurisprudencial número 153, visible en la página 479 del Apéndice de Jurisprudencia al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, establece que para que proceda la causal de abandono del domicilio conyugal sin causa justificada se requiere de la comprobación plena de los hechos o supuestos que la integran y que son: a).- La existencia del matrimonio; b).- La existencia del domicilio conyugal; c).- La

separación de uno de los cónyuges de la morada conyugal por más de seis meses sin motivo justificado. Cada uno de estos elementos tiene supuestos lógicos y jurídicos que deben ser debidamente acreditados, y el segundo de los referidos elementos descansa en el hecho o supuesto lógico de que el domicilio conyugal debe existir antes de la separación". 37

Otro Amparo Directo, es el siguiente, "DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.- (legislación del Estado de Veracruz).- Para que prospere la acción de divorcio fundada en la separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada (artículo 141 fracción VII, del código civil del Estado de Veracruz), no basta que el actor demuestre que su cónyuge abandonó el hogar sin causa justificada, con anterioridad de más de seis meses, sino que es preciso que demuestre en forma plena e indubitable que el domicilio conyugal del que aquel que se separó, subsiste o subsistió por lo menos hasta el final del citado lapso..."

A.D. 4398/69 Gregorio Rodríguez Pablo. 10 de junio de 1970. 5 Votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. S.J.F., Séptima Epoca, Cuarta Parte, Volumen 18, pág. 46.

37

A.D. 1160/77. Rosalinda Cabrera Ramírez. 10 de octubre de 1977. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Gabriel Santos Ayala.

Esto es totalmente injusto cuando el cónyuge abandonado no tiene las posibilidades económicas para mantener subsistente el domicilio conyugal abandonado por el lapso de más de seis meses consecutivos que se establece y se requiere.

Ahora bien, existe otro Amparo Directo que libera de esta obligación, y elemento comprobatorio, al cónyuge abandonado, estableciendo lo siguiente:

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. LA CONYUGE NO ESTA OBLIGADA A LA SUBSISTENCIA DE LA MORADA.- La mujer que se ve abandonada por su cónyuge y que carece de medios para el sostenimiento del hogar, en ninguna forma está obligada a continuar viviendo en un domicilio alquilado, cuya renta no le es posible cubrir".

A.D. 6060/76. José Ricardo Santiago Ruiz. 29 de abril de 1977. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Gabriel Santos Ayala. (Informe 1977, Tercera Sala, tesis 65, pág. 85)

Por otro lado, el Código Civil para el Estado de México, en su artículo 262, establece: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funda la demanda".

De acuerdo a este artículo, el cónyuge abandonado, debe promover su divorcio dentro de los seis meses que sigan al primer día de cumplidos los seis meses desde que el cónyuge abandonante se fue de su domicilio conyugal, porque hay también en nuestra ley sustantiva civil las figuras jurídicas denominadas: DE TRACTO SUCESIVO Y REALIZACION CONTINUA, Y LAS PERMANENTES, es decir, hay actos jurídicos que son continuos de momento a momento, y hay otros que son permanentes porque nacen a la vida jurídica y en un término no muy largo pierden sus efectos jurídicos, por eso se le denomina CADUCIDAD DE LA ACCION, y por lo tanto si el cónyuge abandonado no ejercita en tiempo su acción, perderá ese derecho y ya no podrá invocarlo.

Al respecto la S.C.J. de la Nación ha sostenido la siguiente Jurisprudencia:

"DIVORCIO. CADUCIDAD DE LA ACCION Y NO PRESCRIPCION.- El término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio, es un término de caducidad y no de prescripción. Ambas son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, pero se diferencia, fundamentalmente, en que la primera es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima. En materia de divorcio, dado su carácter excepcional porque pone fin al matrimonio, en término señalado

por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose con la incertidumbre, todos los derechos y obligaciones que forman el estado civil del matrimonio, intereses que dejan de ser de orden privado y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el orden público. La ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio cuando la causal es un hecho, pero no cuando se trata de una causal que implica una situación permanente, porque en este último caso la causal por su propia naturaleza es de tracto sucesivo y de realización continua y puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita. Cuando la ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio, debe promoverse este precisamente dentro de él, pues se trata de una condición necesaria para el ejercicio de la acción y la autoridad judicial no está facultada, sino tiene la obligación de estudiar si la acción se ejercitó oportunamente".

**

** Jurisprudencia 1917-1975, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sala, México 1975, tesis 151, p. 501. Apéndice 1985, Novena parte, tesis 209, p. 328. Citada por Arellano García, Carlos, Práctica Forense Civil y Familiar, México, Ed. Porrúa S.A., 1989 (8ª ed.), pág. 355.

De conformidad con la tesis jurisprudencial anteriormente transcrita, el cónyuge abandonado tiene en todo tiempo y mientras dure el abandono o la separación de su cónyuge del hogar conyugal, el derecho de ejercitar su acción de divorcio después de cumplidos los primeros seis meses desde el día de la separación de éste. Consideramos que esto trae consigo incertidumbre jurídica para el cónyuge abandonado y el cónyuge separado, tal y como lo referimos en estudio más adelante de este trabajo.

Sobre el hecho de que el abandono del hogar conyugal es de tracto sucesivo, cabe la siguiente tesis: "DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.- La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo, y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita". "

" Ibidem, pág. 353.

- B) LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL ORIGINADA POR UNA CAUSA QUE SEA BASTANTE PARA PEDIR EL DIVORCIO SI SE PROLONGA POR MAS DE UN AÑO, SIN QUE EL CONYUGE QUE SE SEPARO ENTABLE LA DEMANDA DE DIVORCIO.**

Así como la causal anteriormente analizada tiene lagunas jurídicas y crea discrepancias, la presente causal también adolece de lo mismo, pero más que nada crea confusión en cuanto a su invocación y aplicación.

Como podemos notar, fundamentalmente la primera causal separación del hogar sin causa justificada, y esta separación del hogar con justa causa, se identifican porque ambas regulan la separación del hogar conyugal, aunque tienen diferentes elementos característicos.

Trataremos de ver y visualizar cada uno de los componentes de la presente causal, su invocación, sus pros y sus contras, y más que nada su interpretación jurídica textual.

Muy importante es su análisis, ya que cada una de las normas jurídicas establecidas en nuestro derecho mexicano, tiene como principal característica, resolver un conflicto de intereses, y en el caso de la causal en estudio tiene la misma características ante los problemas de orden familiar, de ahí la importancia de su análisis.

Dentro de la práctica forense, la presente causal, casi nunca es invocada por los abogados litigantes, y cuando sí es invocada, se hace erróneamente.

a.- LA SEPARACION CON JUSTA CAUSA

Como ya quedó establecido anteriormente, el matrimonio impone a los cónyuges la obligación de vivir juntos en el domicilio conyugal y no debe autorizarse la separación o el rompimiento de esa vida comunitaria conyugal sino por causa o motivo justo.

Por eso, en este subcapítulo se tratará de entender y señalar, en que momento o cuando la ley considera que la separación del hogar conyugal es con justa causa, porque debe recordarse que ya se vio a la separación sin causa justificada.

En el Estado de México, la legislación civil no contempla dentro de la materia del divorcio necesario la figura jurídica llamada incompatibilidad de caracteres como causal, de donde se deduce que la separación del hogar conyugal sólo es aceptable cuando se trata de salvaguardar la integridad física o moral de uno de los cónyuges.

La presente causal reza en su texto que la separación del hogar conyugal es originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, es decir, es el cónyuge abandonado quien ha dado causa, motivo o razón para que su cónyuge se separe del hogar conyugal, al respecto Manuel Chávez señala: "Tenemos en esta causal una segunda forma o manera de separación del hogar conyugal. En esta el cónyuge que se separa no viola los deberes y obligaciones señalados en la anterior, porque se separa habiendo causa suficiente..." 40

Estamos de acuerdo en que la separación se justifique por causa de fuerza mayor, y con ello no se estaría violando el deber de cohabitación, pero el cónyuge separado debe seguir cumpliendo con sus demás derechos y obligaciones como son: alimentos, vestido, calzado, cuidados hacia los hijos, etc., esto desde luego en la medida de sus posibilidades y en su calidad de padre o madre.

Por otro lado, debemos hacer aquí hincapié, que el cónyuge separado con justa causa debe promover su acción y no simplemente enmudecer o callar, pues si así lo hiciere, es decir si ejercita su acción de divorcio no corre el riesgo de perder su derecho y al mismo tiempo tornarse su separación de justificada a injustificada, siendo en consecuencia cónyuge

40

Chávez Ascencio, Relaciones Jurídicas Conyugales, Op. cit., pág. 498.

culpable de divorcio, sobre esto Sara Montero nos dice: "El cónyuge que abandona la casa conyugal porque ya no soporta la vida en común, en base a que el otro le ha dado una o muchas causas de divorcio debe demandar el mismo, ... o corre el peligro de ser él el demandado por abandono del hogar". "

Por otro lado, Eduardo Pallares, nos dice que el ejercicio de la acción de divorcio con fundamento en la presente causal corresponde al cónyuge abandonado: "Es erróneo interpretar esta norma en el sentido de que otorga la acción de divorcio al cónyuge que se separó. El texto legal es claro y de él se infiere que el cónyuge abandonado es el titular de dicha acción". "

Por su parte Rafael Rojina Villegas, en relación al texto de la presente causal nos señala: "...el cónyuge que se separa de la casa conyugal con causa justificada, aun cuando pudo pedir su divorcio, si prolonga esta separación durante un año, a pesar de haber sido inocente, se convierte en culpable,..." "

¹¹ Montero Duhalt, Derecho de Familia, Op. cit., pág. 231.

¹² Pallares, El Divorcio en México, Op. cit., pág. 78.

¹³ Rojina Villegas, Rafael, Derecho civil Mexicano, Tomo segundo, México, Ed. Porrúa S.A., 1993 (8ª ed.), pág. 465.

Como puede verse, hay dos hipótesis sobre a que cónyuge le corresponde el derecho de invocar la presente causal, es decir, Pallares considera que la causal que se está viendo únicamente la puede invocar el cónyuge abandonado y Rojina señala que si el cónyuge separado con justa causa no intenta su acción de divorcio dentro del año desde el día de su separación y éste se pasa, ya no podrá invocar la presente causal.

Hasta aquí y para no confundirnos, podemos aceptar que la causal en estudio favorece al cónyuge abandonado, pero esto no es definitivo, pues existe la confusión de que si el cónyuge abandonado puede promover el divorcio entonces la pregunta sería ¿cuál de todas las causales de divorcio, incluyendo la presente, se promovería para el caso de separación con justa causa?, y según hemos entendido hasta aquí, la respuesta a la pregunta anterior es: la causal que se está estudiando, pero no es así, porque esta causal no la puede promover el cónyuge separado, sino el cónyuge abandonado. Desde luego la separación del hogar conyugal que realiza uno de los cónyuges, de acuerdo al texto de la presente causal, es con justa causa, y tal pareciere entonces que su separación se justifica por ese hecho, pero no es así.

Ahora bien, decimos esto en base a los siguientes razonamientos jurídicos que consideramos se aplica al texto de la causal en estudio:

1.- La presente causal no compete al cónyuge separado, porque aunque su separación haya sido en forma justa o con causa justificada, ello no le beneficia, porque no podrá hacer uso de ella. Al respecto la Suprema Corte ha sostenido la siguiente tesis de Jurisprudencia:

"DIVORCIO. ABANDONO DEL HOGAR. LA ACCION CORRESPONDE AL CONYUGE ABANDONADO.- La acción para pedir el divorcio por abandono del hogar conyugal por más de seis meses, cuando no hay causa justificada para hacerlo, o por más de un año cuando existe esa causa, debe entenderse, en ambos casos, concedida en favor del cónyuge que permaneció en el hogar, o sea el abandonado y no el otro que se separó, aunque fuera con causa, debido a que si este último tuvo causa justificada por separarse y para pedir el divorcio, debió deducir su acción dentro del término concedido por la ley, y si no lo hizo, su separación se tornó injustificada y transcurrido el plazo legal sin reincorporarse al hogar se convirtió en cónyuge culpable".

Quinta Epoca, suplemento de 1956, p. 199.
A.D. 1724/52. Emilio Velasco. Unanimidad de 4 votos.
(Jurisprudencia No. 153, págs. 474 y 475)

2.- Si el cónyuge separado del hogar conyugal lo ha hecho con justa causa, y no puede promover a su

favor la presente causal, entonces debemos saber y preguntarnos ¿cuál causal invocará a su favor?

Y decimos lo anterior porque existe Jurisprudencia emitida por nuestro máximo tribunal que señala:

"DIVORCIO. AUTONOMIA DE LAS CAUSALES.- La enumeración de las causales de divorcio que hacen el código civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, y los códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía, por mayoría de razón".

Jurisprudencia 1917-1975, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta parte, Tercera Sala, México 1975, tesis 160, p. 498, apéndice 1985, Novena parte, tesis 208, p. 326.

Nuestra Suprema Corte, interesada por el bienestar de los individuos y la sociedad mexicana ha sostenido que: "La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite, que se rompa el vínculo matrimonial. Por tanto en los divorcios necesarios, es preciso que la causal

invocada quede plenamente probada, así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad". "

De lo anterior se desprende que la causa justa debe quedar debidamente probada, y sólo por excepción es decir, por grave, que haga imposible la vida en común entre los cónyuges, ya que los simples altercados o la incompatibilidad de caracteres no son suficientes para considerar que existe justa causa.

Por su parte Eduardo Pallares, considera que la causa justificada puede tener características morales, pues depende en mucho de la delicadeza y la moralidad de cada una de las personas: "La causa justificada dependerá de la delicadeza de las personas, puesto que algunas la considerarán como un lenguaje grosero la justificación para separarse, en cambio para otras personas no tendría mayor importancia". "

De lo anterior, tal pareciera que es el cónyuge separado a quien le corresponde decidir ¿cuándo? o ¿qué es la causa justa? de separación del hogar conyugal, pero no es así, ya que como nos dice Miguel Manzanilla, la causa suficiente debe entenderse como una de las causas comprendidas para la

" Amparo Directo 6805/1958 citado por Chávez Ascencio, Relaciones jurídicas conyugales, Op. cit., pág. 466.

" Citado por Chávez Ascencio, Ibid, pág. 467.

acción o el ejercicio del divorcio: "En efecto, ya vimos que por causa suficiente para intentar el divorcio debe entenderse algunas de las prevenidas como causales por la propia ley y que ésta motiva que el cónyuge agraviado salga del domicilio conyugal". "

Al respecto existe la siguiente tesis, emitida por nuestros máximos tribunales colegiados:

"DIVORCIO. CAUSAL DE, FUNDADA EN LA FRACCION VIII DEL ARTICULO 141 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ O EN LAS DISPOSICIONES RELATIVAS DE LOS CODIGOS CIVILES QUE CONTIENEN IGUAL PREVENCIÓN. Para que proceda el divorcio fundado en la causal prevista en la fracción VIII del artículo 141 del Código Civil del Estado de Veracruz o en las disposiciones relativas de los códigos de otras Entidades que contienen la misma causal es necesario que concurran los elementos siguientes: a).- La existencia de una causa bastante para pedir el divorcio o sea alguna de las comprendidas en las otras fracciones de los artículos relativos; b).- Que precisamente esa causa sea la que origine la separación del hogar conyugal; y c).- Que tal separación se prolongue por más de un año, sin que el cónyuge que

" Manzanilla Pavón, El abandono del hogar conyugal, Op. cit., pág. 50.

se separó entable su demanda contra el otro, por la causa que le dio".⁴⁷

Retomando el análisis de la presente causal, ya se dijo que el ejercicio de la misma corresponde única y exclusivamente al cónyuge abandonado, y por lo tanto si el cónyuge separado quisiera ejercitar su acción de divorcio en base a la causa justa de su separación, deberá probar la causa justa por la que se separó de su hogar conyugal y no los elementos que se contienen en el inciso c) de la tesis transcrita. Como puede notarse existe una terrible confusión en cuanto a los elementos o presupuestos procesales que debe probar el cónyuge separado o el cónyuge abandonado del hogar conyugal.

Debemos tener en cuenta que aunque la causal textualice una separación con justa causa, no quiere decir que el cónyuge separado de su hogar en estas condiciones, sea protegido por esta causal, en efecto, a mi parecer, el texto cuestionado es obsoleto, porque en nada beneficia al cónyuge separado de su hogar conyugal con justa causa porque a él no le compete dicha causal, sino otra. Y por otro lado, el cónyuge abandonado, si quisiera hacer uso o ejercicio de la presente causal, ¿qué elementos o presupuestos procesales debe probar?. Esto lo veremos más adelante.

⁴⁷

A.D. 5580/62 Citado por De La Paz y Fuentes, Teoría y práctica del juicio del divorcio, Op. cit., págs. 325 y 326.

b.- EL TERMINO DE MAS DE UN AÑO.

El término de más de un año que establece el texto de la causal en estudio, ha creado confusiones, al igual que la separación con causa justificada, tanto en la doctrina como en la ley, y por tal motivo trataremos de ubicarlo de la mejor manera para su análisis viendo desde luego cuales son esas confusiones jurídicas.

Rafael Rojina comenta que el cónyuge separado del hogar conyugal debe promover su acción, dentro del año, a partir del día de la separación: "... debe entablarse la demanda de divorcio dentro del año a partir de la separación, porque de lo contrario,..., al pasar los seis primeros meses, quedó perdonada la causa de divorcio que se tuvo para separarse y comienza a correr el término de seis meses de separación injustificada. De ahí la posibilidad de que el cónyuge que dio causa para que el otro se separara, si éste se separa y no entabla su demanda dentro del año, pueda el que motivó aquella causa, presentar a su vez demanda de divorcio". "

Por su parte Miguel Manzanilla, opina que el cónyuge abandonante, puesto que así lo señala la causal en mención, tiene un término de un año para poder ejercitar su

" Rojina Villegas, Derecho civil mexicano, Op. cit., pág. 463.

acción de divorcio, y en tal consecuencia, no se debe aplicar la regla general sobre el ejercicio de la acción de divorcio, cual es de seis meses: "El abandonante goza del término de un año para hacer valer su acción de divorcio, basada en los sucesos que motivaron su separación, los que pueden haber acontecido un mes, días, etc., antes de la misma, resultando por lo tanto que para el caso no se aplica la regla genérica que lo obligaría a demandar dentro de los seis meses siguientes a tales hechos, sino la regla especial derivada del texto de la propia causal, que lo autoriza a demandar dentro del año siguiente a su separación..."⁴⁴

Sara Montero, declara que el consorte que se separa con justa causa, debe intentar el divorcio, hasta antes de concluirse el año: "El cónyuge que abandona la casa conyugal... en base a que el otro le ha dado causa de divorcio, debe demandar el mismo antes de que transcurra un año..."⁴⁵

Es de notarse que estos autores, concuerdan en que la presente causal otorga el término de un año para que el cónyuge separado con justa causa de su hogar conyugal pueda intentar su acción de divorcio, y en caso de no hacerlo, el

⁴⁴ Manzanilla Pavón, El abandono del hogar conyugal, Op. cit., pág. 50.

⁴⁵ Montero Duhalt, Derecho de familia, Op. cit., pág. 231.

cónyuge abandonado podrá intentar su acción de divorcio, después de cumplido el año desde el día en que su cónyuge se separó.

Fundamentalmente sobre las anteriores hipótesis versa la confusión, ya que una causal no puede ser invocada alternativamente por ambos cónyuges, pues es clara la tesis de Jurisprudencia señalada en estudio anterior, en la que se hace constar que las causales son autónomas e independientes cada una de ellas. Y por otro lado, hay también tesis sustentada, en la que se señala claramente que dicha causal es en favor del cónyuge abandonado, es decir, del que se quedó en el hogar conyugal.

En tales circunstancias, es preciso mencionar que, el cónyuge abandonado podrá ejercitar su acción de divorcio, en contra del cónyuge separado con justa causa, después de concluido el término de más de un año, desde el día de la separación, porque aquel no intentó o ejercitó su acción de divorcio por su separación con justa causa. Y en cambio, el término de más de un año aludido, no es tiempo suficiente para que el cónyuge separado intente su acción de divorcio, porque la causal que deberá invocar tiene características y requisitos formales y sustantivos.

Así que, si el cónyuge separado del hogar conyugal con justa causa no ejercita su acción de divorcio,

dentro del término de seis meses, si es un hecho su causal, su acción caducará, y si es de tracto sucesivo, su acción no caduca, trayendo con esto incertidumbre jurídica.

Manuel Chávez, considera que si en un período de seis meses el cónyuge inocente no ejercita su acción de divorcio, todo favorecerá al cónyuge culpable: "Lo anterior parece indicar que pasados los seis meses, sin que el cónyuge inocente intente la acción de divorcio, todo favorece al culpable e inclusive éste puede intentar después de cualquier tiempo plantear su acción de divorcio,..."⁸¹

Por su parte Eduardo Pallares, señala que el término de un año que se textualiza en la presente causal fue primordialmente para dar seguridad jurídica al cónyuge abandonado: "El legislador cuidadoso de que tanto los cónyuges como los hijos no permanezcan en una situación de incertidumbre, sobre la subsistencia del vínculo matrimonial, concede al cónyuge abandonado el derecho de pedir el divorcio para que su situación jurídica no quede indefinida por más tiempo".⁸²

Sobre los anteriores razonamientos, cabe señalar que se dan las siguientes premisas:

⁸¹ Chávez Ascencio, Relaciones jurídicas conyugales, Op. cit., pág. 500.

⁸² Pallares, El divorcio en México, Op. cit., pág. 78.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

1.- El término de un año es un elemento constitutivo de la presente causal, y como el ejercicio de la misma corresponde al cónyuge abandonado, entonces es en contra del cónyuge separado y a favor del cónyuge abandonado.

2.- De acuerdo al texto de la causal de divorcio en estudio, el cónyuge separado con justa causa, es culpable de divorcio por no haber ejercitado su acción de divorcio dentro del año para que opere a favor del cónyuge abandonado la presente causal.

3.- Sobre el ejercicio de la acción de divorcio, debe aplicarse lo establecido para la figura jurídica llamada caducidad, dependiendo en mucho del tipo de causal que se vaya a ejercitar.

4.- La separación del hogar conyugal es un acto de tracto sucesivo y de realización continua, por lo que su ejercicio puede hacerse en cualquier tiempo y no caduca por el transcurso del tiempo, trayendo consigo mismo incertidumbre jurídica.

Por su parte Miguel Manzanilla, considera que el año que se está analizando fue puesto como tiempo suficiente para que el cónyuge separado del hogar conyugal con justa causa pueda volver a integrarse a su hogar, en caso de no querer

promover el divorcio, perdonando así la ofensa sufrida: "Por otra parte debe advertirse que la acción de divorcio para el cónyuge que ha permanecido en el hogar conyugal, no nace sino transcurrido un año desde la fecha de separación, situación que favorece al cónyuge que se separó, porque la intención ha sido la de darle tiempo suficiente para reflexionar y volver al hogar conyugal, perdonando desde luego la ofensa de que fuera víctima inicialmente". "

Sobre la caducidad y ejercicio de la acción de divorcio, hay gran confusión, en relación a la causal que se está analizando, ya que algunos estudiosos de la materia consideran que al término de más de un año en cuestión se le aplica lo dispuesto por el artículo 268, en el que se señala que el divorcio sólo puede ser demandado dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos, y otros señalan que es dentro de aquel término en donde se cumplen los seis meses referidos.

Chávez Ascencio, señala: "Aquí surge un problema: según el artículo 278 C.C., la acción de divorcio caduca en seis meses, y por otra parte la fracción IX parece indicar que se tiene un año para que el cónyuge que se separó justificadamente pueda entablar la demanda de divorcio, toda vez

²³ Manzanilla Pavón, El abandono del hogar conyugal, Op. cit., pág. 79.

que sólo nacerá el derecho de ejercitar la acción diversa al cónyuge culpable pasado el año". Y Eduardo Pallares, citado por Manuel Chávez, considera que: "no hay razón alguna para dejar de aplicar el artículo 278 que en términos generales y sin permitir ninguna excepción, establece el dicho plazo de seis meses que comenzará a contarse desde que el cónyuge que abandona el domicilio, haya tenido conocimiento de la causa justificada por la cual se separa su consorte". "

Por su parte Sara Montero, agrega: "En segundo lugar la ley señala un término de caducidad de seis meses para pedir el divorcio cuando la causa no es de carácter permanente o de tracto sucesivo (art. 278). Si el cónyuge con causa deja pasar los seis meses, sin interponer la demanda de divorcio se dá la presunción del perdón tácito y de acuerdo con el artículo 279 "ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito". "

Por su parte, Ramón Sánchez, le llama a esta causal de divorcio extraña fracción, porque no es clara ni precisa, sino todo lo contrario, confusa y obsoleta "la separación del hogar conyugal por una causa que sea bastante para

" Chávez Ascencio, Relaciones jurídicas conyugales, Op. cit., págs. 498 y 499.

" Montero Duhalt, Derecho de familia, Op. cit., pág. 231.

pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio", sin embargo, no es posible aplicar esta causal, tanto porque según el artículo 278, "el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él", como porque para promover en ese supuesto el divorcio debería el actor alegar y probar que dio él mismo causa justificada de divorcio, y que sirvió de motivo al otro consorte para que se separara del hogar conyugal, con lo cual el propio actor estaría señalándose así mismo como cónyuge culpable, y a nadie debe oírsele cuando alega su propio dolo "nemo audiatur propriam turpitudinem allegans". **

Sobre la caducidad y el ejercicio de la acción de divorcio, es tema del capítulo tercero del presente trabajo. Y por otro lado estamos de acuerdo en que la presente causal no se aplica y no surte sus efectos por falta de claridad textual y jurídica. Ante todo, consideramos que deben desecharse los elementos textuales contenidos en la presente causal, y asimismo regularse textualmente con certidumbre jurídica la causal que pretende resolver un caso en concreto, de acuerdo a las necesidades y requerimientos de los derechos y obligaciones matrimoniales.

** Sánchez Medel, Los grandes cambios en el derecho de familia de México, Op. cit., págs. 95 y 96.

Resumiendo podemos decir que el término de más de un año que la presente causal textualiza, no es tiempo suficiente para que el cónyuge separado promueva su acción de divorcio, sino más bien para que se configure la presente causal.

C) COMPARACION DE LAS CAUSALES DE SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL CON LA DE LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION.

Para poder hacer una comparación de las causales de separación del hogar conyugal, vistas en el estudio y análisis anterior, es necesario hacer una introducción sobre la causal de 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.

Sara Montero, señala: "El divorcio, como se dijo al principio de este trabajo, no es más que la forma legal que se da a una situación de hecho. Cuando se demanda el divorcio por cualquier causa, significa ello que el matrimonio se ha deteriorado de tal manera que ya no existe entre los cónyuges la tradicional affectio maritalis de que hablaban los romanos. Los que están casados, o al menos uno de ellos, ya no quiere seguir casado con su cónyuge. En algunas ocasiones, la demanda

de divorcio no significa más que un deterioro en las relaciones conyugales de gravedad menor que puede ser reparado; por ello, el desistimiento de la demanda, la reconciliación y el perdón ponen fin al procedimiento de divorcio y las cosas vuelven a su estado original, como si nunca hubiera habido demanda de divorcio".

"Más en la mayoría de los casos, la petición de divorcio es la declaración ante la autoridad competente de que el matrimonio ha quedado roto de hecho con anterioridad".

"En estas condiciones, cuando los cónyuges han roto de hecho el vínculo afectivo que los unía y viven separados por un tiempo más o menos largo (dos años pide la fracción XVIII que estamos comentando), parece que existe causa justa para pedir y obtener la sentencia de divorcio que dé seguridad jurídica a una situación incierta".⁹⁷

Así es, el texto de la causal en introducción señala que la separación de ambos cónyuges sea por más de dos años independientemente del motivo que haya originado dicha separación, lo cual da a entender que si un matrimonio se vio roto por la separación de uno de los cónyuges del hogar conyugal, con justa causa o sin ella, y dura más de dos años, ya no se

⁹⁷

Montero Duhal, Derecho de familia, Op. cit., págs. 236 y 237.

podrá invocar aquella causal de divorcio, sino ésta por más de dos años.

Pero ahora bien, sabemos ya que la separación del hogar conyugal, es un acto de tracto sucesivo y que su ejercicio no caduca por el transcurso del tiempo, y entonces es necesario saber ¿cuál de las dos causales se deberá invocar?, al respecto Manuel Chávez, asevera: "La frase "independientemente del motivo", no puede interpretarse en el sentido que en esta causal quepan, o puedan hacerse valer, situaciones conyugales o familiares previstas en las otras causales; es decir, si alguno de los consortes se coloca dentro de una causal prevista en el artículo 267, sólo por esa causal puede demandarse el divorcio, sin ser posible que por analogía o mayoría de razón se pueda tener como comprendida o resumida en esta fracción que se comenta. No puede ser una síntesis de todas las causales. Si se invoca la causal que prevé la situación de hecho generada por el cónyuge culpable no podrá invocarse la que se estudia, porque es de estricta aplicación cada una". "

Por su parte Magallón Ibarra, al referirse a la presente causal señala: "...simplemente se ha resuelto que la separación de hecho es el antecedente y fundamento de la separación jurídica que debe sobrevenir, pensando que la sociedad

" Chávez Ascencio, Relaciones jurídicas conyugales, Op. cit., págs. 525 y 526.

no tiene interés en la subsistencia de uniones en la que las partes no sean dichasas". "

De la Paz y Fuentes, sostiene que: "...aquí el legislador es más flexible sobre el tópico cuestionado, ya que por el transcurso del tiempo en este caso dos años, se considera tiempo por demás suficiente para romper el vínculo matrimonial, ya que no se da uno de los principales objetivos del matrimonio como es la cohabitación, es decir, vivir juntos los cónyuges bajo un mismo techo". "

Ramón Sánchez Medal, en relación a la causal cuestionada manifiesta: "Sin embargo, esta última causal sólo existe cuando la mencionada separación de dos años constituye de manera inequívoca y objetiva una ruptura de la vida en común durante esos dos años, equivalente a la efectiva desaparición de la "affectio maritalis" del antiguo derecho romano, y que se integra conjuntamente con un elemento subjetivo (separación de lecho, mesa y habitación), ya que este último sólo no basta y, por ello, no existe la causal en cuestión si, por ejemplo, por razón de trabajo, de una misión en el extranjero, de un destierro o de prisión de uno de los cónyuges, continua el otro prestándole

" Magallón Ibarra, Instituciones de derecho civil, Op. cit., pág. 412.

" De la Paz y Fuentes, Teoría y práctica del juicio del divorcio, Op. cit., págs. 485 y 486.

toda la asistencia y cooperación posible en esas circunstancias".⁴¹

Como hemos podido constatar, se dice que la presente causal toma como elemento principal el hecho de que los cónyuges se hayan separado material, jurídica y anímicamente para que proceda el divorcio, debiéndose tener en cuenta que la separación de los cónyuges es independientemente del hogar conyugal, es decir, no es separación del hogar conyugal, sino separación de cónyuges, dividiéndose en separación de cuerpos con intención de romper los lazos afectivos y sin intención de terminar con los lazos matrimoniales, por ello se han señalado los tres elementos básicos anteriormente.

Consideramos justa la aseveración hecha por Manuel Chávez, al considerar, que la presente causal no absorbe, al cumplirse dos años desde la separación de los cónyuges, la causal de divorcio que corresponde a el cónyuge inocente, cuando la separación se ha dado o llevado al cabo con esa circunstancia, pero deben hacerse valer.

Veamos que nos dice la ley en cuanto al ejercicio de la causal de separación de los cónyuges por más de dos años, para el divorcio.

⁴¹ Sánchez Medel, Los grandes cambios en el derecho de familia de México, Op. cit., págs. 96 y 97.

RUBRO: "DIVORCIO. INTERPRETACION DE LA CAUSAL DE, PREVISTA EN EL ARTICULO 267, FRACCION XVIII DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

TEXTO: La disposición en comento establece como causal de divorcio necesario "La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera (sic) de ellos". Después de haberse hecho un estudio profundo del contenido de esta norma, en el que se tomaron en cuenta una fuente inmediata, las causas reales que la originaron y los fines perseguidos, este tribunal considera que, la causal de divorcio que contempla, surgió para ajustar la legislación a la realidad social, a fin de regularizar la situación jurídica y fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital, que estando casadas sólo mantienen el vínculo formal, el que en realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han promovido o conseguido el divorcio, por lo que es aplicable sólo a quienes se encuentren en esa situación, de modo que para que proceda el divorcio con apoyo en esta causal, deben reunirse los dos siguientes elementos: a) Que la separación se dé con el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se derivan, como pueden ser la

ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de los hijos, la perpetuidad de la especie, etcétera, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita, mediante actos, omisiones o manifestaciones de cualquier índole que así lo revelen; y b) Que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar esa situación dentro del lapso de la separación, ya sea el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, la tramitación del mismo en forma voluntaria por la vía correspondiente o actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio".

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, Tomo XIII-Marzo, página 360. (Precedente: A.D. 336/85; 6024/93;)

Como puede observarse, la presente causal fue creada para regular únicamente un grupo de personas casadas que vivían separadas y no habían promovido por equis circunstancia su divorcio, y quienes también no habían hecho esfuerzo alguno para reanudar su vida comunitaria conyugal, teniendo consigo el ánimo de romper los lazos matrimoniales.

Dicho grupo de personas casadas, tenían que esperar a que transcurrieran los dos años, contados desde el día

en que surtiera sus efectos la publicación de dicha causal, para que pudieran pedir el divorcio en base a la presente causal, independientemente del motivo que haya originado la separación:

"DIVORCIO, APLICACION RETROACTIVA DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Cuando el actor o reconvenciones, funda la acción de divorcio necesario en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, deberá existir como requisito sine qua non para su procedencia, que el término de dos años de separación de los cónyuges, o más, sin importar la causa que lo haya motivado, transcurra con posterioridad a esos dos años de que entró en vigor la reforma que adicionó la fracción de que se trata, y que fue el veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, según el decreto publicado en el diario oficial de la Federación, el veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres: por consiguiente, si la disolución del vínculo matrimonial se apoya en la fracción adicionada sin justificarse los correspondientes extremos legales, es claro que la acción intentada resulta improcedente y de no resolverse así en el procedimiento respectivo, se vulneraría el artículo 14 constitucional, en cuanto establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Informe 1987, Tercera Parte, página 195. (Precedentes: A.D. 412/86; 2622/87)

Ahora bien, en las separaciones conyugales actuales es necesario saber que sucede con la aplicación e interpretación a la realidad social, de la presente causal, es decir, ¿la causal de separación de los cónyuges por más de dos años se puede aplicar a los matrimonios actuales que se han roto por causa de la separación de cuerpos de ambos cónyuges?.

Manuel Chávez, considera: "Esta extraña causal deja al juez en mero papel de cronometrista. Debe sólo comprobar el transcurso de más de dos años desde la separación, para que, necesariamente, independientemente de que se acredite culpa o no, que exista justificación o no en la separación, que exista una familia que se destruye, deba decretar el divorcio, aún cuando de los hechos o elementos de juicio que se aportaron se deduzca la necesaria protección del matrimonio".

"Puede darse el caso de que uno de los consortes esté luchando por la continuidad del matrimonio, no sólo en beneficio propio sino también en protección y ayuda de los hijos. Basta que el otro, que puede ser el culpable se separe, para que este mismo pueda unilateralmente destruir la familia sin que el juez o autoridad alguna pueda acudir en

auxilio de quien busca la permanencia de la institución, que es la base y fundamento de una sociedad bien integrada".⁴²

Por su parte Ramón Sánchez, al hablar sobre la procedencia de la presente causal, señala: "...cabe preguntar si al demandado le está permitido oponerse al divorcio, o si éste se le impone siempre de manera inexorable".

"Puede suceder que por decisión unilateral uno de los cónyuges se haya separado sin causa justificada de su consorte, y después de tal separación prolongada por más de dos años, dicho cónyuge promueva juicio de divorcio con base en la mencionada fracción XVIII del artículo 267 en contra del consorte abandonado, y que éste se resista a acceder a allanarse al divorcio, por tener para ello un razonable motivo, como podría ser evitar un mal ejemplo a sus hijos, dado que el mismo Código Civil en su art. 288, in fine, admite la posibilidad de que el divorcio en sí configure un "hecho ilícito",..."

"Otro caso sería también el de que el cónyuge en cuestión quisiera deshacerse con extrema crueldad de su consorte enfermo, inválido o anciano, o desentenderse cruelmente

⁴²

Chávez Ascencio, Relaciones jurídicas conyugales, Op. cit., pág. 525.

del cuidado de uno o varios de sus hijos en penosas condiciones similares,..."²²

Sobre lo anteriormente visto, consideramos que si se regularan claramente los límites para el ejercicio y acción de divorcio, como lo son los de tracto-sucesivo y los permanentes, se podría regular más justa y equitativamente el ejercicio de la presente causal y con ello no habría problema en cuanto al término de más de dos años de separación entre los cónyuges, es decir, deben desaparecer los actos de tracto sucesivo y mantenerse únicamente, para el ejercicio de la acción de divorcio a los actos permanentes.

Por otro lado, por lo que respecta a la comparación de las tres causales de divorcio ya vistas, entre sí, es importante observar de principio que las dos primeras de ellas textualizan una separación del hogar conyugal, protegiendo desde luego a esta figura jurídica, y en cambio la tercer causal o sea la de la separación de los cónyuges por más de dos años, toma en cuenta única y exclusivamente la separación de cuerpos por ese tiempo, sin importar si hubo o no hogar conyugal, al respecto cabe citar la siguiente tesis:

²² Sánchez Medel, Los grandes cambios en el derecho de familia de México, Op. cit., págs. 99 y 100.

"Las causales de divorcio previstas en la fracción VIII y IX del artículo 267 del Código Civil, difieren de la establecida en la fracción XIII del propio dispositivo legal precitado, pues ésta alude a la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación. En esta hipótesis efectivamente no se hace referencia al concepto del domicilio conyugal; comprobada la separación de los cónyuges la causal procede con independencia de que se acredite o no la existencia del domicilio conyugal. Sin embargo lo anterior no impide que tal separación pueda acreditarse por el hecho de que los cónyuges viven en domicilios diversos, ya que esa situación, por regla general, demuestra que los consortes no cumplen con uno de los fines esenciales del matrimonio: la vida en común. La ley no acepta que este estado de vida, de hecho, contrario al matrimonio se prolongue por mucho tiempo. Son graves los inconvenientes que acarrea, por lo que, independientemente del motivo de la separación, se estableció la causal de divorcio que examina; de otra manera se consentiría la existencia de situaciones anormales. Es cierto que, en sentido estricto, puede existir separación física sin que ello constituya causal de divorcio. En estos casos sería injusto e ilógico establecer la separación como motivo de divorcio, pero sí cuando la separación es voluntaria y de esa manera no cumple los fines del matrimonio, no existe razón para mantener esa situación anómala. Cualquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio en esta hipótesis. De suma importancia es subrayar que la

separación no entraña necesariamente el abandono de todas las obligaciones conyugales. La separación de los cónyuges por más de dos años es una causal de divorcio autónoma e independiente de cualquier otra. La negativa de los consortes a cumplir con sus obligaciones previstas en el artículo 164 es una causal diversa a la que se examina, la cual tiene como origen el que no se cumpla con el estado matrimonial. Sin embargo, los actos que revelan el cumplimiento de algunas obligaciones conyugales, así como el ejercicio de la patria potestad por parte de la cónyuge, no suponen la convivencia necesaria para realizar el estado matrimonial; un modo permanente de vida en que exista la vida en común bajo un mismo techo. Vale reiterar que no es posible autorizar una manera de vida contraria al estado matrimonial que se prolongue de manera indefinida".

Amparo Directo 308/88. Hugo Rafael Vázquez Badillo. 3 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Informe 1988, Tercera Parte, Tribunales Colegiados, pág. 298.

De conformidad a lo anteriormente establecido, los matrimonios actuales en los que los cónyuges han vivido por más de dos años de separados, puede cualquiera de ellos, solicitar el divorcio, con fundamento en la tercer causal vista, porque de hecho no han cumplido con el deber de

COHABITACION, mismo que es requisito sine qua non para la subsistencia de la vida matrimonial.

Siguiendo con la comparación, el ejercicio de la acción de divorcio, de acuerdo a las dos primera causales, corresponde únicamente al cónyuge abandonado, y esto es diferente por lo que toca a la tercera causal señalada, ya que ésta puede ser invocada por cualesquiera de los cónyuges, independientemente de quien haya dado motivo para el divorcio.

En la causal de divorcio, separación del hogar por más de seis meses hay un cónyuge culpable y uno inocente, y en la causal por más de un año hay supuestamente un cónyuge inocente que se puede convertir en culpable y uno culpable que se puede convertir en inocente, y en cambio lo anterior no sucede con la causal tercera, ya que si la separación de los cónyuges llega a más de dos años, ya no existe cónyuge culpable o inocente.

Las causales de separación del hogar conyugal por más de seis meses y por más de un año, tienen como presupuesto o elemento de la acción: el hogar conyugal, y no sucede lo mismo con la causal en tercer orden, ya que en ésta se toma en cuenta únicamente la separación corporal de los cónyuges por más de dos años, con rompimiento de los lazos matrimoniales, parciales o totales, es decir, la vida en común.

Las dos causales señaladas en primer orden tienen consecuencias jurídicas benéficas si se es cónyuge inocente y perjudiciales si se es cónyuge culpable, y por lo que toca a la causal tercera, ésta no tiene consecuencias jurídicas en favor o en contra, porque no hay un cónyuge culpable y uno inocente.

La tercera causal, de separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, rompe con el mandato de que el divorcio puede ser solicitado únicamente por el cónyuge que no haya dado motivo a él.

Para la tercer causal de divorcio que se está viendo, es suficiente y así se busca, el divorcio o la disolución jurídica del vínculo matrimonial, por eso como lo señala Manuel Chávez: "En la práctica se observa que esta causal se aprovecha en lugar de divorcio voluntario y también se utiliza en sustitución de la causal verdadera. En ambos casos, estamos ante la presencia de un posible fraude legal".

"En el primer supuesto, es decir, el uso de esta nueva causal en sustitución del divorcio voluntario judicial se presentan algunos aspectos que conviene analizar. Destaco que se encontró una forma de incumplir o violar lo que la ley dispone en los casos de divorcio voluntario judicial. El artículo 273 C.

C. previene claramente que en el convenio que se presente al tribunal se cuidará lo siguiente: Lo relativo a los hijos habidos en el matrimonio, designando a la persona a quien deben ser confiados, tanto durante el proceso como después de ejecutoriado el divorcio. Los alimentos que deben darse a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio y también los alimentos que deben darse a cada uno de los cónyuges; en ambos supuestos debe asegurarse el pago mediante alguna garantía que debe otorgarse. Debe señalarse la casa que servirá de habitación a los consortes. Por último, debe ser materia del convenio la forma como se administran los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y todo lo relativo a la disolución de la misma".

"En la práctica simplemente se ponen de acuerdo los consortes, o uno es forzado al arreglo; uno de ellos demanda invocando la separación por más de dos años, sin precisar en su demanda a cargo de quien quedan los hijos; no se menciona nada sobre la forma y manera como se ejercerá la custodia, el derecho de visita que tendrá el otro progenitor. No se trata nada sobre los alimentos, ni su garantía. El otro divorciante se allana o contesta afirmativamente la demanda. Lo único que importa es el divorcio". "

" **Chávez Ascencio, Relaciones jurídicas conyugales, Op. cit., págs. 531 y 532.**

Ha correspondido a nuestros máximos tribunales colegiados, sustentar tesis de ejecutorias, Jurisprudencias y tesis relacionadas, en las cuales se dé la interpretación justa, clara y precisa, sobre cada uno de los derechos y obligaciones que con motivo de divorcio, con fundamento en la causal de separación de los cónyuges por más de dos años, se necesita, y al respecto existe la siguiente tesis de jurisprudencia:

"RUBRO: DIVORCIO. SEPARACION POR MAS DE DOS AÑOS COMO CAUSAL DE.- SUBSISTE LA OBLIGACION DE DAR ALIMENTOS AUN SIN CONYUGE CULPABLE. TEXTO: El artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal adolece de una laguna, que debe integrarse conforme a las normas fijadas por los artículos 19 de dicho ordenamiento y 14 de la Constitución General de la República. El vacío de la ley radica en la falta de regulación precisa y pormenorizada de la subsistencia de la obligación de los cónyuges de darse alimentos en el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial por la causal de divorcio fijada en el artículo 267, fracción XVIII, del código invocado, para la cual no se califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, toda vez que la norma en comento sólo prevé directamente las situaciones de divorcio necesario en las que se hace esa calificación y las de divorcio por mutuo consentimiento, sin que la que nos ocupa quede comprendida en ninguna de esas categorías sin embargo, de un cuidadoso estudio se colige que el principio

general adoptado en esa ley respecto de los alimentos entre cónyuges en casos de divorcio en general, consiste en conservar subsistente el derecho del que los necesita si no ha sido declarado culpable de la disolución del vínculo, sujeto a las modalidades que exige la naturaleza jurídica de tal obligación en ese evento y a las circunstancias del caso, tales como la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, sin excluir de modo expreso el divorcio necesario fundado en la causal mencionada. En acatamiento de las normas de integración aludidas, se estima que la laguna debe llenarse por el juzgador, mediante la aplicación de los lineamientos jurídicos dados por la ley para los otros supuestos de divorcio necesario, que ya se enunciaron, por una aplicación analógica y tomando en consideración que donde existe identidad de razón debe aplicarse la misma disposición; de modo que procede la condena al pago de alimentos en favor del cónyuge que los necesite y en contra del que tenga posibilidad de darlos, tomando en cuenta las constancias de autos, la capacidad actual de los dos para trabajar y su situación económica, además de los elementos que deben tenerse presentes siempre que se va a decidir una controversia sobre alimentos, valorándolas cuidadosamente y en uso de un prudente arbitrio".

COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. (PRECEDENTE: A.D. 1148/87)

Como se ha dejado constatado, en el trámite de divorcio, fundado en la causal de separación de los cónyuges por más de dos años, existe la obligación de dar alimentos al cónyuge que los necesite, debiéndose hacer dicha petición en el escrito inicial de demanda o en el de contestación a la misma; debe tenerse en cuenta que si el cónyuge que pide alimentos lo hace para sí, también lo puede hacer con mucho mayor razón para sus hijos cuando estos los necesitan.

Dentro del estudio básico que se ha hecho de la causal de divorcio la separación de los cónyuges por más de dos años, se ha comprobado que hay varias lagunas fundamentales en cuanto a los derechos y obligaciones matrimoniales con motivo del divorcio, y para solucionar esas lagunas, Chávez Ascencio y Sánchez Medal, nos dan dos muy buenas ideas al respecto: "Cuando en los casos parecidos a los que acaban de apuntarse, se hicieran valer en forma de excepción serios motivos razonables por parte del consorte demandado ante la acción de divorcio intentada en su contra con base en la fracción XVIII, se plantea un evidente conflicto de derechos que no encuentran prevista expresamente su solución en ningún precepto legal, razón por la cual habría la posibilidad de apelar a los principios generales de derecho, y en concreto al enunciado en el artículo 20 del Código Civil, para

denegar el divorcio en virtud de que debe prevalecer la pretensión del consorte demandado que trata de evitarse los perjuicios extraordinarios que le acarrearía el divorcio en esos casos excepcionales, sobre la pretensión del cónyuge actor que trata de obtener a su favor las ventajas del divorcio, como sería evitarse los gastos de alimentos y atención médica del otro consorte o de los hijos de ambos, en detrimento extraordinario del consorte demandado y en su caso también de los hijos de ambos". **

"Estimo que en estos casos el legislador debe actuar para frenar la realidad que se observa en los tribunales y establecer, mediante adición al Código Civil, que en caso de allanamiento a la demanda o contestación afirmativa en todo proceso judicial, es obligatorio para los divorciantes formular y presentar al juez para su aprobación un convenio en los términos del artículo 273 C.C., con lo cual estimo se puede evitar esta práctica viciosa". **

** Sánchez Meda, Los grandes cambios en el derecho de familia de México, Op. cit., pág. 101.

** Chávez Ascencio, Relaciones jurídicas conyugales, Op. cit., pág. 532.

CAPITULO III

CRITICA Y PROPUESTA SOBRE EL CASO DE ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MEXICO.

El abandono del hogar conyugal como realidad social y como causal de divorcio, es una figura jurídica y por ello es de suma importancia buscar su normatividad jurídica, aplicable a los casos en concreto para que de soluciones a conflictos de intereses entre un cónyuge demandado y un cónyuge actor, en un trámite de divorcio.

La crítica sobre el abandono del hogar conyugal como causal de divorcio va encaminada a señalar las deficiencias que en el ejercicio de la acción se presentan, tanto en la doctrina como en la práctica.

Se ha dicho que los matrimonios de nuestra sociedad, son propensos al desmoronamiento por causa de las separaciones conyugales, y si a eso añadimos que nuestras leyes relativas al derecho civil o familiar no garantizan o dan seguridad a los cónyuges en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de obligaciones, entonces que se puede esperar.

Ahora sabemos que aunque la ley obligue a los cónyuges a vivir juntos en el hogar conyugal, si estos o uno de ellos, quebranta dicha disposición, no se le puede obligar coercitivamente a que cumpla con la misma, y para ello debe haber disposición jurídica que en forma clara y precisa sancione al cónyuge infractor.

Hay innumerables tesis sustentadas por nuestros tribunales colegiados que hablan sobre la separación del hogar conyugal, pero por desgracia la gran mayoría de ellas son contradictorias o confusas, ello hace más difícil la interpretación de la norma jurídica.

La propuesta sobre el caso del abandono del hogar conyugal como causal de divorcio, va encaminada no a abrir el menú del divorcio sino a dar soluciones a los conflictos de derechos en un caso en concreto.

A) ALGUNAS DEFICIENCIAS EN LA CAUSAL DE SEPARACION DEL HOGAR POR MAS DE SEIS MESES.

Primordialmente en esta causal se da la incertidumbre jurídica, tanto para el cónyuge separado como para el cónyuge abandonado, ya que no se dejan bien establecidos los derechos y obligaciones que tiene cada uno con motivo de la

separación del hogar conyugal, es decir, el ejercicio de la acción de divorcio y el cumplimiento de los derechos.

Las principales características que presente la causal en señalamiento son las siguientes:

1.- No toda separación del hogar conyugal implica causal de divorcio, pues deben tenerse en cuenta los hechos de la acción y el interés del actor.

2.- La separación del hogar conyugal simple y llana es ilegal pero no injusta.

3.- El cónyuge que invoca la causal de separación del hogar conyugal por más de seis meses en el ejercicio de la acción de divorcio, lo hace porque su cónyuge lleva ya más de seis meses de separado del hogar conyugal, y porque desconoce el motivo por el cual se hizo la separación.

4.- Dicha causal mencionada sanciona la separación del hogar conyugal sin causa justificada y no la separación del hogar conyugal con causa justificada y decimos lo anterior porque nuestros tribunales colegiados han sustentado tesis en las que señalan que en los casos de separación injustificada del hogar conyugal corresponde al cónyuge separado

probar que tuvo justa causa para hacerlo, lo cual no es justo ni equitativo.

5.- Sobre lo últimamente señalado, hay confusión de acción. Consideramos que el ejercicio y la validez de un derecho, como es la presente causal, no pueden fusionarse ambos derechos en uno solo, para mayor entendimiento debe decirse que en la interpretación de la presente causal, no puede hablarse de un derecho positivo y un derecho negativo conjuntamente, desde luego entendiendo al derecho positivo por separación justificada y al derecho negativo como separación injustificada.

En el capítulo relativo a la causal de divorcio de separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se señaló que el actor o cónyuge abandonado al ejercitar su acción de divorcio tenía que probar: a.- el matrimonio civil; b.- el hogar conyugal; c.- la separación del hogar conyugal de su cónyuge por más de seis meses consecutivos. El hecho de que se dé derecho al cónyuge separado de negar el derecho al actor porque su separación fue con justa causa que anula o restringe el derecho invocado por el actor.

6.- Aunque la separación se haya llevado ya por más de seis meses consecutivos, no es motivo suficiente para considerar que dicha separación del hogar conyugal sea injusta sino que debe probarse por el cónyuge separado su justificación.

Si no lo hiciera se entiende que se separó sin causa justificada, pero esto no debe ser así, porque a la ley no debe interpretársele tácitamente, sino como lo señala nuestra Carta Magna, en su artículo 14, último párrafo: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

La causal de divorcio referida debe interpretarse conforme a su letra o a su interpretación jurídica, y por lo tanto lo más normal es que nuestros tribunales colegiados, sustenten tesis de jurisprudencia y tesis relacionadas que definan clara y precisamente el límite y término del derecho y obligación que con motivo de separación del hogar conyugal tienen ambos cónyuges.

7.- El bien jurídico tutelado es el hogar conyugal y no el incumplimiento a las obligaciones o deberes matrimoniales, como son: los alimentos, la educación, el débito sexual, la ayuda mutua, etc.

Consideramos que para encontrar la solución a las confusiones y problemas de interpretación que tiene el texto e interpretación jurídica de la presente causal, se puede recurrir a los siguientes razonamientos:

a) La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada, como causal de divorcio necesario textualiza un aspecto negativo que la ley prohíbe, pero que sí se da en la realidad social, es decir, la separación del hogar conyugal sin causa justificada está prohibida, pero aún así se da en nuestra sociedad.

b) La separación del hogar conyugal por más de seis meses, debe ser injustificada cumplido dicho término.

c) La separación del hogar conyugal por más de seis meses, como causal de divorcio debe tomar en cuenta como presupuesto básico y fundamental, el hecho de que se hayan roto totalmente los lazos afectivos e íntimos entre los cónyuges y de estos y los hijos, dándose con ello la deshabitación conyugal.

d) No hay separación del hogar conyugal por más de seis meses, como causal de divorcio, siempre y cuando ninguno de los dos cónyuges intente divorciarse del otro, pues en este caso, deben tomarse en cuenta los hechos y el interés en el ejercicio de la acción o de la causal de divorcio necesario.

e) La separación del hogar conyugal por más de seis meses es independiente y autónoma de cualquier otra causal de divorcio, inclusive de la separación del hogar conyugal

con justa causa, misma que debe hacerse valer oportunamente y dentro de sus límites de caducidad.

f) El cónyuge separado del hogar conyugal con justa causa no tiene ningún derecho de excepcionarse o reconvenir al cónyuge demandante, si no hace valer su derecho consistente en el ejercicio del divorcio, dentro del término legal de seis meses, contados a partir del día de su separación, como lo señala la regla de caducidad.

g) Las disposiciones jurídicas denominadas "ACTOS DE TRACTO SUCESIVO Y DE REALIZACION CONTINUA", como excepciones a la regla de caducidad, porque traen consigo incertidumbre jurídica y además no encierran en límites precisos y claros el inicio y fin de un derecho o de una obligación. El ejercicio de los derechos no debe ser en forma infinita, sino deben señalarse sus términos legales para su ejercicio, como es el caso que nos ocupa.

h) No debe aceptarse que la separación del hogar conyugal, ni ninguna otra causal de divorcio, sea acto de tracto sucesivo y de realización continua. Por el contrario debe darse mayor poder y fuerza a la figura jurídica llamada caducidad de la acción, pues ésta no debe tener excepciones a su regla porque vendría a mermarse a la misma y a producir incertidumbre jurídica.

i) Si el cónyuge separado del hogar conyugal lo hace con justa causa, entonces no estamos hablando de la aplicabilidad de la causal de separación injustificada, pero como sí estamos tratando esta última entonces no se debe hablar de la separación con justa causa, porque esta tiene características propias, independientes y autónomas y que no pueden aplicarse por analogía o mayoría de razón en forma conjunta.

j) El término de más de seis meses que textualiza la presente causal, es el tiempo establecido por el legislador, como suficiente para que se considere que el cónyuge separado ya no tiene intención de reanudar la vida en común o reintegrarse a su hogar conyugal, y al mismo tiempo es tiempo de espera para el cónyuge abandonado, en saber si su cónyuge separado tiene la intención de regresar a su hogar conyugal, y si pasa dicho término sin que el cónyuge separado se reincorpore, entonces el cónyuge abandonado tiene el derecho de pedir el divorcio necesario por la separación de su cónyuge del hogar conyugal por más de seis meses.

B) DEFICIENCIAS Y CONFUSIONES EN LA CAUSAL DE SEPARACION DEL HOGAR POR MAS DE UN AÑO.

La causal de divorcio consistente en la separación del hogar conyugal por causa que sea bastante para

pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge separado entable la demanda de divorcio, ha creado varias confusiones de interpretación y, en consecuencia, de aplicación por las autoridades judiciales.

La mayoría de los abogados litigantes en materia familiar que patrocinan divorcios prefieren al elaborar la demanda invocar, por más fácil, la causal de separación del hogar conyugal por más de seis meses, y no la presente causal aunque la separación del hogar conyugal haya cumplido ya más de un año, y esto sucede porque no están seguros del texto e interpretación de dicha causal, y en los casos en los que se invoca se hace de una manera errónea.

Veamos entonces cuáles son y cuáles deben ser las características o elementos del texto de la presente causal?.

a) Esta causal es en favor del cónyuge abandonado, por lo que únicamente éste puede invocarla, de conformidad con la ley y las tesis sustentadas por nuestros tribunales colegiados.

b) El cónyuge abandonado que invoque al solicitar su divorcio necesario la presente causal, de acuerdo a las tesis emitidas y sustentadas por los tribunales colegiados,

debe probar: la existencia de una causa bastante; que esa causa sea la que origine la separación, y que la separación se prolongue por más de un año sin que el cónyuge separado haya entablado demanda de divorcio. Estos elementos a consideración nuestra son aspectos negativos que el cónyuge abandonado o actor no tiene porque probar.

c) Aunque el cónyuge separado del hogar conyugal lo haya hecho con justa causa, debe seguir cumpliendo con las otras obligaciones que con motivo del matrimonio tiene.

d) La separación del hogar conyugal con justa causa o causa bastante, como elementos o presupuestos de la acción, no deben textualizarse dentro de la causal, sino más bien debe señalarse su configuración legal.

e) Si el cónyuge separado del hogar conyugal lo hizo con justa causa, debe promover su acción y no simplemente enmudecer, fundando su acción en la causal legalmente establecida.

f) El cónyuge separado con justa causa de su hogar conyugal nada tiene que ver con esta causal, porque no beneficia a él, sino al cónyuge abandonado.

g) Se ratifica la postura de que la separación del hogar conyugal no debe ser un acto de tracto sucesivo y de realización continua jurídicamente hablando, porque da incertidumbre jurídica a los cónyuges en el ejercicio de sus derechos.

h) El cónyuge separado del hogar conyugal con justa causa debe promover su acción de divorcio dentro del término de seis meses que sigan al día en que se separó de su hogar. Si no lo hiciera, perderá su derecho por la caducidad de la acción y no tendrá derecho de probar en el juicio de divorcio en el cual su cónyuge pida la disolución del vínculo matrimonial, con base y fundamento en la causal de separación del hogar conyugal por más de seis meses, que tuvo justa causa.

i) Si la presente causal surtiera sus efectos jurídicos, el término de más de un año es el que tendría que esperar el cónyuge abandonado para poder solicitar el divorcio y, al mismo tiempo, es término suficiente para que el cónyuge separado con justa causa pueda reintegrarse al hogar conyugal si no quisiera interponer su demanda de divorcio.

j) Para que la presente causal pudiera surtir sus efectos y apegarse a la realidad social, debería textualizarse de la siguiente manera: "La separación del hogar conyugal por más de un año". Debiéndose contar dicho término a

partir del día de separación del hogar conyugal y hasta el día en que se venza el segundo término de caducidad para el ejercicio del divorcio que tiene el cónyuge abandonado injustificadamente. Caducan el ejercicio de la presente causal dentro del término de seis meses contados a partir del día en que se venza el término de seis meses para invocar la causal de separación del hogar conyugal por más de seis meses consecutivos.

Por último, si el cónyuge abandonado no quisiera o no pudiera promover su acción de divorcio con base en la primera o segunda causal señaladas anteriormente, entonces deberán ambos consortes esperar a que se cumplan los dos años de separación conyugal para que cualquiera de ellos pueda solicitar el divorcio con base en la causal de separación por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado.

C) ALGUNAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CAUSAL DE SEPARACION CONYUGAL POR MAS DE DOS AÑOS.

Como ha quedado señalado en el estudio y análisis de la referida causal, ésta tiene varios elementos que contravienen disposiciones establecidas en beneficio de los cónyuges y los hijos en el caso del divorcio, pues únicamente trata la disolución del vínculo matrimonial.

Cuando un matrimonio se ha roto o no se puede mantener vivo porque falta la vida en común, tal hecho debe encontrar respuesta firme y certidumbre jurídica en nuestras leyes, tomando en cuenta los derechos y las obligaciones a que se sujetan los cónyuges en un divorcio, no tomando en cuenta únicamente la voluntad de uno o ambos cónyuges de disolver su matrimonio, porque cuando hay hijos deben velarse los derechos de éstos, es decir, si se garantizan plenamente los derechos de los hijos en un divorcio, puede este darse, tomando en cuenta también los hechos cuando ello sea requisito sine qua non.

La interpretación jurídica que nuestros tribunales han sustentado en relación a esta causal se ha fundado en los siguientes puntos:

a) Se sostiene que la causal puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges.

b) Es suficiente el hecho de que los cónyuges hayan vivido separados por más de dos años, para que proceda la presente causal de divorcio.

c) La causal sanciona el hecho de que se está incumpliendo con el deber de cohabitación a que se obligaron ambos cónyuges.

d) No se toma en cuenta el motivo o razón por la que los cónyuges se separan. No hay un cónyuge culpable y uno inocente.

En nueva tesis sustentada por nuestros máximos tribunales colegiados, se sostiene que existe la obligación de dar alimentos al cónyuge e hijos que los necesiten en el trámite de divorcio de esta causal.

Por otro lado, al hablar de divorcio necesario en cuanto a sus consecuencias jurídicas se ha visto que regula la liquidación de sociedad conyugal entre otros derechos y obligaciones y por lo que respecta a la presente causal de divorcio por separación conyugal por más de dos años, no regula jurídicamente las consecuencias con motivo del rompimiento o disolución del vínculo matrimonial tales como: liquidación de sociedad conyugal, derecho a contraer nuevas nupcias, guarda y custodia de hijos, patria potestad, etc.

Las ventajas en la aplicación de esta causal de divorcio, son:

a) Regular un hecho real que se presenta en las relaciones de nuestra sociedad, en el seno de la familia, como es la separación de los cónyuges.

b) No permitir que haya uniones disueltas material y moralmente, aunque exista el matrimonio formal, pues éste ha perdido su esencia y su valor.

c) Obligar al cónyuge que tiene obligación de dar los alimentos al otro que los necesita y a los hijos.

Y en cuanto a las desventajas podemos señalar las siguientes:

a) Esta causal rompe con el principio de que el divorcio únicamente puede ser solicitado por el cónyuge que no ha dado causa a él, es decir, el cónyuge inocente o abandonado, en esta causal cualesquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio, no importando quien sea cónyuge inocente o quien culpable.

Respecto a la caducidad de la acción multicitada, ambos cónyuges tuvieron el derecho de solicitar el divorcio y no lo hicieron dentro del término de seis meses que se señala para su ejercicio.

b) Esta causal no toma en cuenta el hogar conyugal, sino la separación corporal de los cónyuges por más de dos años. En cambio las otras dos causales anteriormente estudiadas si lo toman en cuenta. Consideramos que la presente

causal no toma en cuenta el hogar conyugal, porque no es posible hablar de él después de dos años de roto, más sin en cambio, si toma en cuenta la vida comunitaria conyugal y ésta desde luego no se puede dar más que en el hogar conyugal.

c) Si esta causal no toma en cuenta el hogar conyugal entonces ¿qué juez es competente para conocer del juicio de divorcio?. La tercera sala de la S.C.J. de la Nación ha sustentado tesis en la que se señala:

RUBRO: "COMPETENCIA EN UN JUICIO DE DIVORCIO, EN QUE SE INVOCA LA CAUSAL DE SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS. CORRESPONDE AL JUEZ DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO".

TEXTO: "La regla general sobre competencia tratándose del ejercicio de acciones sobre el estado civil de las personas, dispone que es competente el juez del lugar del domicilio del demandado. En materia de divorcio, la primera regla especial determina la competencia a favor del juez del lugar de ubicación del domicilio conyugal para conocer del juicio de divorcio, pero esta regla se aplica solamente cuando se invoca una causal que presupone la convivencia de los cónyuges, y, por ende, la existencia de un domicilio conyugal, sin que pueda aplicarse cuando el domicilio conyugal se ha desintegrado. La segunda regla especial en materia de divorcio determina la competencia en favor del juez del lugar del domicilio del cónyuge

abandonado, pero solamente se aplica cuando la causal de divorcio invocada lo es la separación injustificada del domicilio conyugal por más de seis meses, prevista por la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal y concordantes los ordenamientos estatales en la materia, pues es el único caso en que jurídicamente se puede hablar de "abandono" y, en consecuencia, de "Domicilio del cónyuge abandonado". De lo anterior resulta que si la causal de divorcio invocada lo es la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, prevista por la fracción XVIII del citado artículo 267, no existe regla competencial especial para esta hipótesis y debe aplicarse la regla general que atribuye la competencia al juez del lugar del domicilio del demandado".

Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, Tomo III Primera Parte, tesis LVII/89, página 323.

Dicha interpretación jurídica, encuentra su origen en lo dispuesto por los artículos 51 fracciones IV y XIII del Estado de México, que a la letra dicen:

"ARTICULO 51.- Es juez competente:

IV.- El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o de estado civil..."

"XIII.- En los juicios de divorcio, el del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado".

d) Como última desventaja se puede señalar que la presente causal de divorcio no está del todo regulada en cuanto a los derechos y obligaciones de los cónyuges con motivo de su divorcio, y que se refieren a la liquidación de la sociedad conyugal, término para volver a casarse, patria potestad o derecho de visita a los hijos, guarda y custodia de los hijos, etc.

Consideramos que pueden aplicarse las ideas dadas por Manuel Chávez, quien señala que en el caso de este divorcio deberá exhibirse un convenio como si fuera divorcio voluntario judicial.

D) LA PROPUESTA DE REFORMA SOBRE EL CASO DE ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL, COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

Con motivo de un arduo trabajo y de una investigación analítica sobre el caso de separación del hogar conyugal, como causal de divorcio, se ha podido comprobar que la causal de separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada y la causal de separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio, tiene varias lagunas y confusión en cuanto a su interpretación jurídica, invocación y aplicación.

La reforma que propongo tiene como finalidad primordial dar certidumbre o seguridad jurídica en cuanto a los derechos y cumplimiento de las obligaciones de los cónyuges que se vean implicados en un conflicto de intereses por la separación del hogar conyugal.

No es de nuestro interés crear, ni mucho menos que se legisle una causal más de divorcio, pues no se pretende mantener abierto el menú del divorcio, sino más bien reducir el amplio número de causales de divorcio por su inaplicabilidad o su confusión interpretativa.

Sobre el texto de la causal propuesta en reforma es la siguiente: "LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES, SIN QUE EL CONYUGE SEPARADO HAYA ENTABLADO LA DEMANDA DE DIVORCIO".

Se sigue sosteniendo que los términos de "separación", y "abandono" deben tenerse como sinónimos, para los efectos de esta causal, pues lo que cuenta o debe contar en este contexto es lo relativo al alejamiento o falta de vida en común en el hogar conyugal, y no sus consecuencias jurídicas supervenientes, como son por ejemplo: la falta de alimentos, el desentendimiento de los cuidados a los hijos, la ayuda mutua, el débito sexual, entre otros.

El texto de la causal propuesta sigue manteniendo vigente la figura jurídica llamada hogar conyugal, porque se considera que lo que la ley debe sancionar es el incumplimiento de la obligación matrimonial fundante: La cohabitación, ya que en este caso, se está sancionando la separación del hogar conyugal de uno de los cónyuges, ya sea injustificada o justificadamente como se verá más adelante, puesto que la ley señala que ambos cónyuges deberán vivir juntos en el domicilio conyugal, ya que de esto depende el cumplimiento de las otras obligaciones o deberes matrimoniales.

Sobre el término de más de seis meses que se textualiza en la presente propuesta, cabe señalar que se respeta y da fuerza jurídica a la caducidad de la acción, ya que debe considerarse que si el cónyuge separado con justa causa, no interpone la demanda de divorcio dentro de los seis meses que sigan al día en que se separó, pierde el ejercicio de su acción por la caducidad, y entonces pasados más de seis meses contados a partir del día en que el cónyuge se separó, puede el cónyuge abandonado interponer demanda de divorcio.

Así es, el cónyuge abandonado podrá invocar la presente causal en el ejercicio de la acción de divorcio, dentro de los seis meses que sigan al día en que se cumplan los seis primeros meses que el texto requiere como elemento o presupuesto procesal.

Si el cónyuge separado del hogar conyugal lo hiciera con justa causa, debe entonces promover su acción de divorcio dentro de los seis meses siguientes al día en que se separó, y en caso de no hacerlo valer o simplemente enmudecer será cónyuge culpable de divorcio al no reintegrarse a su domicilio conyugal antes de cumplirse dicho término.

Por otro lado, se sigue sosteniendo que la separación simple y llana del hogar conyugal es ilícita pero no

injusta, ya que la justificación o injustificación dependen de otros elementos de convicción jurídica.

Nótese que dentro del texto de la causal en proposición no se establece la frase: sin causa justificada o justa causa o causa bastante, y por ello veamos las siguientes consideraciones:

LA SEPARACION INJUSTIFICADA DEL HOGAR CONYUGAL.- Debe tenerse por injustificada una separación del hogar conyugal, siempre y cuando el cónyuge separado no haya probado que ejercitó su acción de divorcio dentro del término legal establecido por el artículo 262 del Código Civil en vigor para el Estado de México, ya citado en estudio anterior, en el cual se señala que el ejercicio de la acción de divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día de su separación.

Desde luego, lo anterior, siempre que se modifique el criterio referente a que la separación del hogar conyugal es de acto de tracto sucesivo y de realización continua.

La separación del hogar conyugal es injustificada si se cumplen seis meses desde el día en que se llevó a cabo dicho acto, siempre y cuando el cónyuge separado no

haya promovido la acción de divorcio por causa justificable dentro del término en cita.

Para la procedencia de la acción del actor o cónyuge abandonado, en cuanto a la invocación de la causal en proposición, correspondería probar:

- 1.- El matrimonio civil.
- 2.- La subsistencia del hogar conyugal.
- 3.- La separación del hogar conyugal por su cónyuge durante más de seis meses.

La separación del hogar conyugal en forma injustificada, genera en el caso de la causal impuesta las mismas consecuencias jurídicas para el caso de divorcio en el que hay cónyuge culpable de dicha acción.

LA SEPARACION JUSTIFICADA DEL HOGAR CONYUGAL.- Se considera que cuando la separación del hogar conyugal se debe a una causa grave que haga necesaria la salida del citado lugar, el cónyuge separado con justa causa debe promover su acción de divorcio con fundamento en la causal

respectiva, dentro del término de seis meses, contados a partir del día de la separación, porque es desde este momento en que la causa grave hace efecto en el cónyuge separado.

En efecto, el cónyuge separado del hogar conyugal debe promover su acción dentro del término legal, pues en caso contrario deberá reintegrarse a su hogar antes de que se cumplan seis meses para no incurrir en responsabilidad por abandono del hogar conyugal. Asimismo si el cónyuge separado en estas condiciones no promueve su acción en dicho término, caducará y en consecuencia perderá su derecho no invocado.

Para la procedencia de la excepción al derecho invocado por el cónyuge abandonado, en el juicio de divorcio necesario, corresponderá al cónyuge separado probar:

Unico.- Que si ejercitó dentro del término de seis meses su acción de divorcio por su separación del hogar conyugal con justa causa o causa justificada, mismo término que se cuenta a partir del día en que se separó del hogar.

Para un caso en concreto en el que se presenten ambas hipótesis, al final del juicio, se resolverá sobre las pruebas aportadas por cada uno de los contendientes, para lo cual deberá hacerse valer el incidente de conexidad de la causa, mandándose agregar el expediente más reciente al más

antiguo. De lo anterior debe tenerse muy en cuenta que no puede tener derecho el cónyuge abandonado de pedir el divorcio, cuando su cónyuge se ha separado con justa causa del hogar conyugal e interpuso oportunamente su acción de divorcio, y si no lo hizo así, entonces aquel tendrá el derecho en segundo orden y éste último habrá perdido su derecho por la caducidad de su acción.

La causa justa en la separación del hogar conyugal debe entenderse comprendida en una de las varias causales de divorcio establecidas en el artículo 253 del código civil.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- La separación del hogar conyugal es causal de divorcio únicamente cuando se ha hecho injustificadamente.

SEGUNDA.- La separación del hogar conyugal injustificada es aquella en la que el cónyuge separado rompe con los lazos afectivos y conyugales al dejar de habitar bajo el mismo techo con su cónyuge.

TERCERA.- El término de seis meses que se establece en la causal es un elemento o presupuesto de procedencia, y sirve o funciona para que después de cumplido nazca el derecho del cónyuge abandonado de pedir el divorcio.

CUARTA.- La separación del hogar conyugal como causal de divorcio no debe ser tenida como un acto de tracto sucesivo y de realización continua, porque el derecho del cónyuge abandonado, para hacerlo valer, se hace infinito y la ley no puede aceptar situaciones inciertas que sólo crean incertidumbre jurídica.

QUINTA.- La caducidad como figura jurídica reguladora del ejercicio de los derechos oportunamente señalados, dá seguridad jurídica a las normas legales, pues encierra en límites precisos y claros el término o términos para poder hacer valer los derechos.

SEXTA.- En el ejercicio de la acción de divorcio en donde se invoca la causal de separación del hogar conyugal, no es aceptable que la ley civil señale primero que la separación del hogar conyugal es injustificable pasados seis meses y después que diga que aun el cónyuge separado, tenga el derecho de probar que su separación fue con justa causa, porque entonces se crea incertidumbre jurídica en cuanto a los términos en el ejercicio y caducidad de la acción de divorcio, ya que si el cónyuge separado no intentó en tiempo su acción éste ha caducado y no tiene el derecho de negar el derecho del cónyuge abandonado, cuando este lo ejercitó en tiempo legal.

SEPTIMA.- El ejercicio de la acción de divorcio no depende exclusivamente de que el demandado pruebe que tuvo justa causa para separarse, porque su derecho no debe ser infinito, si no que debe ser limitado por la caducidad, así como el ejercicio del derecho del cónyuge abandonado. Si ambos derechos (de cónyuge separado con justa causa y de cónyuge abandonado sin causa justificada) son infinitos, entonces se hace

difícil la impartición de justicia por la incertidumbre jurídica con ese motivo.

OCTAVA.- La causal de separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio, es confusa y su interpretación jurídica no es clara ni precisa.

NOVENA.- Propongo que cuando el cónyuge separado del hogar conyugal lo hace con justa causa debe interponer su demanda de divorcio dentro de los seis meses contados desde el día de su separación, fundándose en la causal de divorcio legalmente establecida.

DECIMA.- La causal de separación del hogar conyugal compete únicamente al cónyuge abandonado.

DECIMOPRIMERA.- Ni la separación del hogar conyugal por más de seis meses, ni la de más de un año, como causales de divorcio, benefician o norman un derecho para el cónyuge separado del hogar conyugal. El bien jurídico tutelado en estas causales es el hogar conyugal. En la causal de separación del hogar conyugal hay un cónyuge culpable y uno inocente y hay también beneficios para éste y sanciones para aquél.

DECIMOSEGUNDA.- La separación de los cónyuges por más de dos años, como causal de divorcio, adolece de normatividad en cuanto a sus consecuencias jurídicas entre los cónyuges, y entre éstos y los hijos, ya que lo único que trata es la disolución del vínculo jurídico matrimonial. Hacen falta normas de interpretación de esta causal en donde se señalen los derechos y obligaciones que cada cónyuge divorciante tiene con tal motivo, y se garanticen los derechos de los hijos si los hay.

DECIMOTERCERA.- La causal de divorcio que propongo toma en cuenta: el hogar conyugal, un término de seis meses y, sobre todo, la obligación del cónyuge separado del hogar conyugal de promover el divorcio cuando se separó con justa causa.

En el texto de la causal propuesta se establece un término para el ejercicio de la acción, un término suficiente para que el cónyuge separado se incorpore a su hogar o para que el cónyuge abandonado pueda ejercitar su acción.

En el ejercicio de la causal propuesta se toma en cuenta a la caducidad de la acción es decir, el ejercicio del divorcio con motivo de la separación del hogar conyugal debe promoverse dentro del término de seis meses si es con causa justificada y después de seis meses si es sin causa justificada, entendiéndose que la causal propuesta señala que la separación

del hogar por más de seis meses es injustificable si el cónyuge separado no entabla el divorcio dentro de este último término.

La propuesta no contiene la frase: "sin causa justificada" o "con justa causa o causa bastante", porque consideramos que sólo debe señalarse su configuración legal.

DECIMOCUARTA.- Con la causal propuesta se da seguridad jurídica a las partes en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento oportuno de sus obligaciones con motivo del divorcio por la separación del hogar conyugal.

B I B L I O G R A F I A

ARELLANO GARCIA, CARLOS
PROCEDIMIENTOS CIVILES ESPECIALES.
ED. PORRUA, MEXICO, 1987

ARELLANO GARCIA, CARLOS
PRACTICA FORENSE CIVIL Y FAMILIAR
8ª edición.
ED. PORRUA, MEXICO, 1989

BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN
PRACTICA CIVIL FORENSE (TOMO II)
9ª edición.
ED. CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR
LA MESA. B. Cfa. MEXICO, 1989

DE PINA, RAFAEL
ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO (PRIMER VOLUMEN)
14ª edición.
ED. PORRUA, MEXICO, 1985

DE IBARROLA, ANTONIO
DERECHO DE FAMILIA
ED. PORRUA, MEXICO, 1984

DE LA PAZ Y FUENTES, VICTOR MANUEL
TEORIA Y PRACTICA DEL JUICIO DEL DIVORCIO
2ª edición
Editor FERNANDO LEGUIZAMO CORTES
MEXICO, 1985

CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL F.
LA FAMILIA EN EL DERECHO (RELACIONES JURIDICAS CONYUGALES)
2ª edición.
ED. PORRUA, MEXICO, 1990

CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL F.
LA FAMILIA EN EL DERECHO
(DERECHO DE FAMILIA Y RELACIONES JURIDICAS FAMILIARES).
2° edición.
ED. PORRUA, MEXICO, 1990

GALINDO GARFIAS, IGNACIO.
DERECHO CIVIL (PRIMER CURSO)
3° edición.
ED. PORRUA, MEXICO, 1979

GUERRERO L. SUQUERIO
ABOGADOS
3° edición.
ED. PORRUA, MEXICO, 1988

MAGALON IBAÑEA, JORGE MARIO.
INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. (DERECHO DE FAMILIA)
TERCER VOLUMEN.
ED. PORRUA, MEXICO, 1988

MANZANILLA PAVON, MIGUEL G.
EL ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL.
(ELEMENTOS Y JURISPRUDENCIA).
ED. LIBRERIA CARRILLO HNOS. E IMPRESORES S. A.
GUADALAJARA, JALISCO, MEXICO, 1989

PALLARES, EDUARDO.
EL DIVORCIO EN MEXICO.
ED. PORRUA, MEXICO, 1979

MONTERO DUHALT, SARA.
DERECHO DE FAMILIA.
5° edición.
ED. PORRUA, MEXICO, 1992

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL (TOMO I)
18ª edición.
ED. PORRUA, MEXICO, 1982

SANCHEZ MEDAL, RAMON.
LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA DE MEXICO.
2ª edición.
ED. PORRUA, MEXICO 1991

CODIGOS, LEYES Y OTROS.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MEXICO.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO
OCEANO UNO.
ED. OCEANO, S. A.
BARCELONA, ESPAÑA, 1994