

445
Lij

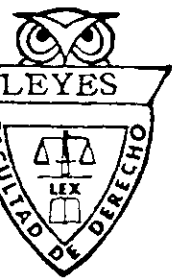


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LAS CONSECUENCIAS LEGALES QUE ORIGINA
LA SEPARACION CONYUGAL POR MAS DE
DOS AÑOS

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE DE JESUS RIVERA CARRILLO



DIRECTORA DE TESIS: DRA. MA. DE LOS ANGELES GASTELUM GAXIOLA

CIUDAD UNIVERSITARIA,

ENERO DE 1999.

TESIS CON
A 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.

AGRADECIMIENTO

La conclusión de los estudios es en gran parte posible, gracias al amoroso apoyo y constante empuje para seguir adelante, que sólo puede brindar la familia de quien tiene la oportunidad de cursar una carrera universitaria.

Es por esta razón, que agradezco profundamente a mis señores padres Licenciado José Salvador Rivera Linares y María de Jesus Carrillo Ferrusca de Rivera, el invaluable apoyo que me han dado a lo largo de mi vida, para terminar mis estudios, meta que en ocasiones no se alcanza de no contar con la responsabilidad de un padre ejemplar y el cariño de una madre siempre dispuesta para guiar a sus hijos por el mejor camino. Gracias a ambos, también, por su infinita paciencia a lo largo de estos años.

Un muy especial agradecimiento para mi esposa Ana Laura Gutiérrez Rivera, de quien sólo es recibido amor, comprensión, aliento y muchísima paciencia para llegar a esta etapa de nuestra vida. Gracias por no olvidarte nunca y recordarme siempre, de mi deber de concluir mis estudios y de darles el valor que tienen. Incluyo aquí mi agradecimiento a mis tres niñas Ana Paola, Frida y Mariana, quienes, al igual que mi querida esposa, son mi razón de ser y el principal motivo para ser un hombre de bien; sé bien que en el futuro, comprenderán que su feliz inocencia es un gran aliciente para cualquier labor que emprendan sus padres.

Agradezco por igual a mis hermanos Pedro Gustavo, Rosa María, María del Carmen y María de Jesús, quienes cada uno a

su modo, me alentaron siempre para continuar mis estudios; su amor fraterno demostrado siempre, continuará siendo un motivo importante para saber que cuento con ellos, como ellos lo saben que es recíproco.

No podría concluir estas palabras, sin un especial agradecimiento a quienes me han señalado el camino para forjarme como abogado. En primer término, a mi primer maestro de las batallas legales, el señor Juez Trigésimo del Registro Civil en Tlalpan, Lic. José S. Rivera Linares, mi padre, a quien nunca pagaré, de ninguna manera, su ejemplo de honestidad, sus constantes consejos, su aliento para iniciarme en mis labores, el infundirme confianza, y en general, guiarme por los extensos senderos de esta profesión, incluso a costa de diferencias profesionales que sólo llegaron a esta dimensión. No menos importante resulta reconocer que algunos nos hacemos también, gracias al trabajo que desinteresadamente nos provee una persona que no nos puede exigir nada, sino sólo ser gente de bien, como nuestro padre.

Un agradecimiento sincero al Licenciado Antonio Saucedo López, quien me dio la oportunidad de aprender a trabajar como abogado, profesión que desempeña con excelencia y pulcritud; enseñanzas que posteriormente me han servido para colaborar con sobresalientes colegas, entre ellos mis hermanas antes nombradas, a quienes particularmente expreso mi gratitud por compartir sus conocimientos, experiencia, y por su desinteresada ayuda, y a quienes profesional y fraternalmente deseo todo el éxito que se merecen.

GRACIAS!

**“LAS CONSECUENCIAS LEGALES QUE ORIGINA LA SEPARACION
CONYUGAL POR MAS DE DOS AÑOS”.**

**CAPITULO I
GENERALIDADES SOBRE EL DIVORCIO**

1.	CONCEPTO DE DIVORCIO.	1
2.	NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO.	5
3.	CLASES DE DIVORCIO.	8
	A) EL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.....	9
	B) EL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.	12
	C) EL DIVORCIO NECESARIO. SUS CAUSALES.	26
4.	CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO EN GENERAL.	37

**CAPITULO II
LA SEPARACION CONYUGAL POR MAS DE DOS AÑOS, COMO
CAUSAL DE DIVORCIO**

1.	JUSTIFICACION DEL DIVORCIO FUNDADO EN ESTA CAUSAL.	45
2.	ANTECEDENTES Y PROCESO LEGISLATIVO PARA LA ADICION DE LA CAUSAL EN ESTUDIO: LA EXPOSICION DE MOTIVOS.	53

3.	ANÁLISIS DE LA CAUSAL.....	58
	A) EL HECHO FÍSICO DE LA SEPARACIÓN CONYUGAL.....	58
	B) EL LAPSO PARA SU CONFIGURACIÓN.....	64
	C) LA INDEPENDENCIA DEL MOTIVO O CAUSA DE LA SEPARACIÓN.....	67
	D) LA POSIBILIDAD DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES PARA DEMANDAR EL DIVORCIO.....	72
4.	DISTINCIÓN DE LA CAUSAL EN ESTUDIO Y EL ABANDONO INJUSTIFICADO DEL DOMICILIO CONYUGAL.....	76
5.	DISTINCIÓN DE LA CAUSAL EN ESTUDIO Y LA SEPARACIÓN PROVISIONAL, LA JUDICIAL Y LA ORIGINADA POR ENFERMEDAD.....	80
6.	CARÁCTER SINGULAR DEL DIVORCIO FUNDADO EN ESTA CAUSAL.....	84
7.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO DERIVADO DE ESTA CAUSAL.....	86

CAPÍTULO III

LA SOLUCIÓN LEGAL DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL DIVORCIO FUNDADO EN LA CAUSAL EN ESTUDIO

1.	EL PROBLEMA INICIAL DE SU APLICACIÓN RETROACTIVA...	91
2.	LA AUSENCIA DE CULPABILIDAD DE LOS CONYUGES EN LAS RESOLUCIONES DE DIVORCIO.....	94
3.	EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.....	96

4.	EL PAGO DE ALIMENTOS.	98
5.	EL REGIMEN PATRIMONIAL.	102
6.	LA POSIBILIDAD DE CONTRAER NUEVO MATRIMONIO.	104
7.	JURISPRUDENCIA RELACIONADA.	107
8.	ALGUNAS RESOLUCIONES RECAIDAS A CASOS REALES. ...	109
9.	OPINIONES DE JUECES DE LO FAMILIAR.	110
10.	PROPUESTAS DE SOLUCION A LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DERIVADAS DEL DIVORCIO DECRETADO POR ESTA CAUSAL.	112
11.	LA NECESARIA INTERVENCION JUDICIAL PARA LA DECLARACION DEL DIVORCIO: NECESIDAD DE SU CONOCIMIENTO PUBLICO.	114
	CONCLUSIONES.	117
	BIBLIOGRAFIA.	123

1. CONCEPTO DE DIVORCIO

Conjuntamente con el establecimiento del matrimonio como una institución social, en las primeras sociedades organizadas jurídicamente, se introdujo el divorcio como la manera de disolver las uniones legítimas de hombre y mujer y desde entonces hasta nuestros días es un concepto bien comprendido por la mayoría de las personas.

Es ampliamente conocido que en la mayoría de las sociedades y a lo largo de la historia ha operado alguna forma de disolución de uniones legítimas entre hombre y mujer, que inicialmente se presentaron como ejercicio abusivo del llamado "derecho de repudio" del hombre hacia la mujer, o como una forma de resolver la complejidad de problemas y circunstancias a los que da lugar la unión y convivencia íntima de un hombre y una mujer, es decir, el matrimonio, origen de las sociedades humanas.

Con el objeto de ubicar nuestro estudio es necesario recopilar un concepto básico acerca del matrimonio, requisito sine-qua-non para la posterior existencia jurídica del divorcio. Así, apartándonos de discusiones doctrinales para averiguar su naturaleza jurídica, al matrimonio se le ha definido como "la institución social fundada entre el hombre y la mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima, a la propagación de la especie y al cuidado de la prole. (y)... un contrato de derecho de familia en virtud del cual hombre y mujer formalizan una unión reconocida por la ley como base de la familia legítima".¹

Actualmente con la evolución del Derecho, las formas de extinción del matrimonio son, en rigor:

¹ Goldstein, Mateo y otros. Enciclopedia Jurídica Omeba, t. IX, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1958, p.159.

- La muerte de uno de los cónyuges, pues como se entiende al fallecimiento de uno de los esposos termina la vida matrimonial;
- La nulidad, que “es la disolución del vínculo en vida de los cónyuges por causas anteriores a la celebración del mismo o por faltar solemnidades en el acto de celebración”²; y
- El divorcio, de cuya naturaleza, concepto y definición nos ocuparemos más adelante.

Siendo el divorcio el tema genérico de este trabajo, enseguida analizaremos su concepto jurídico. Se cuenta en la doctrina con diversas definiciones acerca del divorcio y entre ellas, tenemos las siguientes:

Para los franceses Marcel Planiol y Georges Ripert “la disolución del matrimonio es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos producía, ya sea respecto a ellos o a los terceros”.³

En la propia doctrina francesa los hermanos Henri y León Mazeaud explican que el divorcio “es la ruptura del vínculo conyugal pronunciada por los tribunales, en vida de los esposos, a demanda de uno de ellos o de ambos”.⁴

Siguiendo a los autores franceses, Rafael de Pina cita en su obra⁵ la definición propuesta por Colin y Capitant quienes afirman que el divorcio “significa la disolución del matrimonio viviendo los dos esposos, a

² Montero Duhal, Sara. Derecho de Familia, 2ª. edic., Ed. Porrúa, México 1985. p.174.

³ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado elemental de Derecho Civil, trad. de José Cajica Jr., Cárdenas Editor y Distribuidor. Puebla, México, 1981. p.454.

⁴ Mazeaud, Henri y León. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera, vol. IV, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1976. p.369.

⁵ Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. 3ª. ed., Ed. Porrúa. México 1984. p.36.

consecuencia de una decisión judicial dictada a petición de uno de ellos o de uno y otro por las causas establecidas por la ley.”

En la doctrina mexicana Pallares establece que el divorcio “es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo matrimonial y el contrato de matrimonio concluye, tanto en relación con los cónyuges como respecto de terceros.”⁶

Así mismo, Flores Barroeta citado por Montero Duhalt define al divorcio como “la disolución del vínculo del matrimonio, en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo-matrimonio”.⁷

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México afirma, en su “Código Civil Comentado” que el divorcio es la “forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente y en base a causas específicamente señaladas por la ley”.⁸

Rojina Villegas por su parte, encuentra la raíz etimológica de divorcio en el latín “divortium”, forma sustantiva del antiguo “divertere” que significa separarse.⁹

De las definiciones anteriores, idénticas todas ellas en lo esencial, podemos deducir que los elementos jurídicos del concepto de divorcio son los siguientes:

⁶ Pallares, Eduardo. El divorcio en México. Ed. Porrúa. México 1984. p. 36.

⁷ Idem. Ob. Cit. P. 382

⁸ “Código Civil Comentado. Libro Primero: De las Personas”, Instituto de Investigaciones-Jurídicas de la U.N.A.M., t. I, 1a. ed., Ed. U.N.A.M. Porrúa, México 1987. p. 179.

⁹ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. t. II, 5ª. ed., Ed. Porrúa. México, 1980. p. 383.

- Un acto jurídico que requiere para su existencia de un previo matrimonio legítimo, que exista en vida de los cónyuges y exento de causas de anulación.
- Es esencialmente ruptura, disolución o extinción, es decir, una forma de terminar con una situación previamente unida.
- La ruptura que se produce afecta primordialmente el vínculo legal del matrimonio, o sea, rompe jurídicamente la relación que el Derecho crea entre los cónyuges llamada matrimonio.
- Requiere para su procedencia fundarse necesariamente en alguna causa de las determinadas expresamente por la ley que deberá sobrevenir o ser posterior a su celebración.
- Requiere de la intervención de una autoridad pública del Estado, ya sea jurisdiccional o administrativa, para efecto de que lo decrete o lo declare, conforme a un procedimiento definido por la ley.
- Su principal efecto es dejar en aptitud de contraer nuevo matrimonio a los cónyuges divorciados, además de otras consecuencias de diversa índole.

El concepto de divorcio queda integrado entonces con la serie de características que hemos apuntado, las que consideramos útil señalar para dejar clara su definición.

Es conveniente aclarar también que este trabajo se ubica en la noción de que el divorcio no es otro que aquel que rompe el vínculo matrimonial, conocido doctrinalmente como divorcio vincular y que es llamado por Montero Duhalt "el verdadero divorcio"¹⁰ para distinguirlo del llamado

¹⁰ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p.198.

divorcio separación o separación de cuerpos. Esta última clase de "divorcio" la sostiene el Derecho Canónico, bajo el cual lo único que se extingue es la obligación de cohabitación y se dejan subsistentes los demás efectos derivados de la unión conyugal "sin poner fin al matrimonio",¹¹ lo que por ende imposibilita a los cónyuges para contraer nuevas nupcias, de manera tal que si esta clase de divorcio impide recobrar la aptitud para contraer nuevo matrimonio, no puede considerarse propiamente divorcio ni lo considerarían como tal la mayoría de las personas.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO

El tratamiento teórico que se ha dado al problema de determinar cuál es la naturaleza jurídica del divorcio, ha dependido comúnmente de la que se asigne al matrimonio, pues queda establecido que éste es antítesis de aquél. Así se sostiene que:

- El matrimonio es un contrato, idea que sostiene la llamada escuela contractualista y que afirma que la unión conyugal es tal porque "existe acuerdo de voluntades destinado a reglar derechos".¹²
- El matrimonio es una institución "por su falta de acomodación en el molde estrecho del contrato".
- Es un "contrato semejante a los contratos de adhesión".
- Es un "acto de poder estatal".
- Es un "contrato de derecho de familia".
- Es una "institución social".
- Es un sacramento

¹¹ Mazeaud, H. y L., Ob. Cit.p.369.

Dichos conceptos se consideran orientados por cada una de las posturas teóricas y doctrinales de quienes las sostienen y en tal sentido creemos que no son útiles para deslindar la naturaleza jurídica del divorcio.

Por otro lado encontramos que la doctrina inglesa con Dicey¹³ sostiene la existencia de tres teorías que explicarían la naturaleza jurídica del divorcio, advirtiendo los autores la insuficiencia de sus argumentos para su clara determinación. Las teorías son:

- Teoría contractual: Sostiene que el matrimonio es un contrato, de manera que el divorcio será “la rescisión del matrimonio en las condiciones previstas por los esposos en el momento de la celebración”. Para esta corriente el divorcio se define como la rescisión de una convención y el derecho al divorcio es la facultad del cónyuge ofendido para rescindir el contrato por causas previstas entre los esposos. La crítica que se ha hecho a esta teoría, consiste en que “las condiciones del contrato, desde el punto de vista de su rescisión, no han sido nunca susceptibles de ser modificadas por la exclusiva voluntad de las partes, sino sometidas a la ley bajo la cual se celebró el matrimonio”. De este modo “...el matrimonio puede ser disuelto por uno de los poderes del Estado” y no así por la mera y particular voluntad de los cónyuges.
- Teoría penal: Esta sostiene que la celebración del matrimonio es un “contrato que impone a cada una de las partes ciertas obligaciones, en cuyo cumplimiento el Estado tiene interés” y considera que el divorcio “es una penalidad por infracción del lazo

¹² Goldstein, Mateo y otros. Ob. Cit. t. XIX. p.158.

¹³ Idem. PP. 53 y 54.

conyugal. El autor a que nos referimos sostiene que esta teoría es criticada en tesis de jurisprudencia británica porque se considera que “el esposo (se consideraría) culpable como un criminal al que se aplicaba una penalidad (pero) el divorcio no es un procedimiento represivo o pena (sino), es una protección al cónyuge inocente más que un castigo al culpable”.

- Teoría del estatuto: Considera que el matrimonio es “creador del estatuto, condición especial del marido y la mujer” y el divorcio será entonces “el acto por el que el Estado, con intervención de un poder público, disuelve o pone término a la condición de esposo”. Se afirma que esta teoría “no será patrocinada por sistemas católico–latinos de indisolubilidad”.

No hay apoyo realmente para distinguir una especial naturaleza jurídica del divorcio. En nuestro criterio consideramos que sí es imprescindible atender a la naturaleza del divorcio, pues ésta, es una figura jurídica totalmente contrapuesta al matrimonio no obstante su dependencia y relación esencial.

Por lo anterior, consideramos que el divorcio es un acto jurídico de naturaleza mixta, en virtud de que concurren a su existencia, tanto la conducta que asumieron los cónyuges durante el matrimonio, como la voluntad de éstos, quienes por su consentimiento o culpa dan lugar a una causa para su procedencia, además de que el Estado interviene a través del legislador para limitar las causas legales del divorcio procurando con ello la estabilidad del matrimonio, y con la actuación de uno de sus poderes públicos para decretar o declarar válidamente la disolución matrimonial y regular sus consecuencias.

3. CLASES DE DIVORCIO

De acuerdo con una clasificación completa y descriptiva de las clases de divorcio, elaborada por los hermanos Mazeaud¹⁴ se han agrupado las distintas especies de divorcio, según sus modalidades, que son:

Divorcio repudio: Que significaría la “potestad marital del marido de arrojar lejos de él a su mujer”.

Divorcio por voluntad unilateral: Que “deja a cada uno de los cónyuges la facultad de recuperar su libertad a su antojo”.

Divorcio por consentimiento mutuo: Que “permite deshacer el vínculo que su acuerdo había formado”.

Divorcio remedio: Que es aquél que “limita las causas de divorcio a los acontecimientos que tornan imposible o difícil la vida en común, sin exigir ninguna culpa”.

Divorcio sanción: En el cual “sólo toma en cuenta como causas de divorcio las culpas graves cometidas por uno de los cónyuges.

En nuestra opinión consideramos que el divorcio es sólo aquél que disuelve el vínculo matrimonial. De acuerdo a la definición legal a que se refiere el artículo 266 del Código Civil, señalaremos las clases de divorcio según la causa que lo origina y la vía procesal que debe seguirse, así como la autoridad que interviene para consumarlo. De esta manera tenemos las siguientes clases:

- A. Divorcio por mutuo consentimiento o voluntario, que se tramita en la vía administrativa.
- B. Divorcio por mutuo consentimiento o voluntario, que se tramita en la vía judicial.

¹⁴ Cfr. Mazeaud, H. y L. Ob. Cit. pp 371, 387, 388 y 389.

C. Divorcio necesario.

Las características propias de cada una de las clases de divorcio referidas son en particular las siguientes:

A. El divorcio por mutuo consentimiento en la vía administrativa se caracteriza por la simplicidad de su trámite y porque procede sólo en los casos en que los cónyuges sean mayores de edad y no hayan procreado hijos durante el matrimonio. La rapidez de su tramitación se justificó en la exposición de motivos de la iniciativa legal que introdujo esta clase de divorcio, en la que se señaló que “solo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen y no es necesario que se llenen todas las formalidades de un juicio: ...hay interés en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente... pero también en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos”.¹⁵

Los requisitos para la procedencia de esta clase de divorcio se encuentran previstos por los artículos 267 fracción XVII, 272 y 274 del Código Civil, que son:

- El mutuo consentimiento de los cónyuges.
- Haber transcurrido al menos un año desde la celebración del matrimonio.
- Que los cónyuges sean mayores de edad.
- Que no hubieren procreado hijos.

¹⁵ Montero Duhalt, S. Ob. Cit. p.255.

- Haber disuelto la sociedad conyugal de común acuerdo, si bajo tal régimen se celebró el matrimonio.

El procedimiento legal para consumir esta clase de divorcio se funda en la presentación de una solicitud por escrito ante el Juez del Registro Civil con jurisdicción en el domicilio de los cónyuges, en la que manifestarán "de manera terminante y explícita" su voluntad de divorciarse y además manifestarán sus nombres, si son mayores de edad, declararán bajo protesta no haber procreado hijos y realizarán la previa liquidación de sociedad conyugal si bajo ese régimen contrajeron matrimonio. Anexarán las copias certificadas de las actas del Registro Civil que acrediten su matrimonio y edad, y un certificado médico de que la mujer no está embarazada.

En la práctica forense para la iniciación de este procedimiento se utiliza incluso un formato de solicitud de machote y comúnmente se requiere a la mujer el certificado médico para acreditar que no está embarazada, requisitos que no prevé la ley.

El Juez del Registro Civil en uso de la fe pública que le concede la ley para ejercer sus funciones, levanta un acta "De Solicitud de Divorcio Administrativo" para hacer constar la voluntad de los cónyuges para divorciarse por esta vía y los cita para ratificar su decisión en un lapso de quince días, posteriormente levanta el "Acta de Divorcio Administrativo", en la que se declara la disolución del matrimonio.

Contra la opinión de Montero Duhalt en el sentido de que el Juez del Registro Civil pida testigos de identificación de los cónyuges que

comparecen a divorciarse por esta vía,¹⁶ consideramos que es suficiente la facultad para dar fe del propio Juez al identificar plenamente a los interesados.

El divorcio por mutuo consentimiento administrativo se ha reputado como "un procedimiento simplificado al extremo"¹⁷ y ha sido criticado como "una deshonra perene de nuestros legisladores"¹⁸ además de originar, entre otros, los siguientes problemas:

- Origina divorcios simulados tramitados en la vía judicial al requerirse pagar derechos por el equivalente a 29.5 salarios mínimos del Distrito Federal. El pago de derechos no lo prevé la ley sustantiva, aunque sí lo dispone la ley hacendaria de la ciudad.
- Los jueces del Registro Civil carecen de facultades legales y de fundamento legal para exigir certificado de no embarazo de la cónyuge que se pretende divorciar por esta vía, de modo que sería recomendable que este requisito tuviera base legal.
- Existe una laguna legal en aquellos casos en que la mujer a divorciarse por esta vía tuviere derecho a recibir alimentos, ya que la ley no concede facultades a los jueces del Registro Civil para sancionar un divorcio voluntario administrativo en el que se determinarán alimentos para alguno de los cónyuges. Ante tal deficiencia legal sería conveniente introducir a la ley facultades para que se proteja a aquellos cónyuges que tuvieran necesidad

¹⁶ Idem. p.255.

¹⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ob. Cit. p. 180.

¹⁸ Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia.. 1ª. ed. Ed. Porrúa, México, 1975. p.291.

de recibir alimentos y reunieran los requisitos para iniciar un divorcio por esta vía.

- Este procedimiento puede originar perjuicios patrimoniales a los divorciantes al carecer de una adecuada reglamentación para la liquidación de bienes de sociedad conyugal como requisito previo para proceder a esta clase de divorcio, ya que la ley se limita a exigir la simple manifestación de los cónyuges de que liquidaron dicho régimen.
- La ley debería incluir facultades legales para que los jueces del Registro Civil exhortaran a los cónyuges que comparecen ante estos funcionarios a reconsiderar su decisión y eventualmente desistirse de su propósito de divorciarse, de manera que el lapso de quince días que media entre la solicitud del divorcio y la ratificación correspondiente se justificara plenamente, como sucede en los casos ventilados ante la autoridad judicial. Actualmente el “papel pasivo” que tienen que asumir los jueces del Registro Civil, al que alude Pallares,¹⁹ se limita a la recepción e identificación de los divorciantes, cuando se podría de mejor modo aprovechar las facultades que la ley les concede a estos funcionarios como la fe pública.

B. El divorcio por mutuo consentimiento o voluntario judicial, se caracteriza principalmente por el acuerdo conyugal para disolver el matrimonio mediante un convenio en el que los cónyuges regulan por sí mismos, y eventualmente con la intervención del Ministerio Público, las consecuencias que la disolución de su matrimonio producirá en lo referente

¹⁹ Pallares, E. Ob. Cit. p.40.

a la custodia de los hijos, los alimentos que habrán de pagarse, y la liquidación del régimen de sociedad conyugal si es el caso, entre otras circunstancias.

Debe recordarse que no es requisito legal, y así lo acepta la doctrina por lo general, que los cónyuges expresen qué razones o causas son las determinantes para producir la disolución de su matrimonio: es decir, "este divorcio no se funda en la violación de los derechos conyugales y no se plantea conflicto alguno",²⁰ aunque en la vida matrimonial esas violaciones a los deberes conyugales hayan ocurrido, la ley no exige a los cónyuges exponerlos en su solicitud de divorcio para justificar su petición de disolver su matrimonio. A este respecto De Pina considera que queda "oculta otra causa que es la verdadera y que se deja al margen con el propósito de no dañar la reputación de los cónyuges..."²¹

Varias disposiciones de la ley sustantiva fundan la procedencia de esta clase de divorcio señalando los supuestos de hechos para elegir esta vía, la exigencia de un convenio para normar las relaciones de los futuros divorciados, y primordialmente para de terminar en qué casos se deben dar alimentos entre los cónyuges.

Además un capítulo del Código de Procedimientos Civiles regula el trámite que deben seguir los divorciantes para obtener la disolución de su matrimonio por esta vía.

En la doctrina se discute acerca de la naturaleza procesal de esta clase de divorcio, pues por una parte se afirma que es "un acto procedimental de jurisdicción voluntaria"²² en el que según se explica "por disposición de la

²⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. 1ª. ed. Ed. Porrúa, México 1973, p.591.

²¹ Pina, Rafael de. Ob. Cit. p.342.

²² Galindo Garfias, I. Ob. Cit., p.591.

ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre las partes” según disposición expresa del Código de Procedimientos Civiles (artículo 893). Por otra parte se señala que sí existe “cuestión entre las partes” que consistiría en la “validez del convenio que los esposos someten al dictamen del Ministerio Público y a la aprobación del juez”,²³ bajo el supuesto de que el Ministerio Público es parte también de esta clase de divorcio.

No coincidimos con estas posturas pues creemos que por el contrario, es claro que el procedimiento relativo al divorcio por mutuo consentimiento merece capítulo aparte en la legislación procesal, por lo que seguimos el criterio de Chavez Asencio quien afirma que esta clase de divorcio tiene una “reglamentación especial ...separada de la jurisdicción voluntaria, por lo que no debe considerarse como tal”.²⁴ Estas ideas se refuerzan con la explicación relativa al procedimiento para llevar al cabo esta clase de divorcio, que en ninguna de sus etapas admite controversia alguna. Consideramos que la razón para que no haya ni admita controversia radica en que, si el punto fundamental, que es la petición de disolver el matrimonio, se logra mediante un acuerdo, de la misma forma concertada debe resolverse cualquier circunstancia del divorcio. Además creemos que no debe confundirse la naturaleza del procedimiento con la etapa previa al propio trámite legal, período en que los esposos llevan al cabo verdaderas negociaciones sujetas en no pocos casos a sus rencores, pasiones y diferencias, y en las que por lo general sí hay conflictos que deben

²³ Pallares, E. Ob. Cit. p. 41.

²⁴ Chavez Asencio, Manuel F. La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales, 1ª. ed. Ed. Porrúa, México 1985. p.453.

solucionarse para tener acceso, mediante un convenio, al procedimiento de divorcio voluntario.

Entre las ventajas que concede elegir esta clase de divorcio está el hecho de que los cónyuges pueden definir con mayor precisión y certidumbre las relaciones que tendrán a partir de la disolución de su matrimonio y las consecuencias de dicha separación. Esto es, que además de los puntos esenciales que la ley exige acordar en el convenio de divorcio, los esposos no tienen inconveniente legal alguno para prever, pactar o regular las innumerables circunstancias de su caso en particular, como son la frecuencia y horario de visitas a los hijos por parte del padre o madre que no conserven su custodia, la manera y fechas para pagar alimentos, o los períodos vacacionales que corresponderá a cada progenitor con sus hijos.

Los requisitos para que proceda esta clase de divorcio son los que a continuación nos referimos, con una breve referencia a sus características:

- El mutuo acuerdo de los esposos, que es un requisito esencial para solicitar el divorcio por esta vía, pues como antes quedó establecido, tal acuerdo será la constante a seguir en cada una de las etapas procesales del divorcio. Ese acuerdo mutuo para obtener el divorcio debe manifestarse no solamente en la solicitud o demanda inicial, sino en cada etapa del procedimiento, ya sea con la asistencia a las juntas de avenencia o con la promoción conjunta de los trámites respectivos hasta consumir la disolución matrimonial solicitada.
- Que los cónyuges hayan procreado al menos un hijo, requisito que se explica en razón de que si no fuera así los esposos tendrían que acudir ante Juez del Registro Civil para tramitar divorcio voluntario administrativo, al que nos referimos con anterioridad y

que regula el artículo 272 del Código Civil vigente. La procreación de al menos un descendiente determinará los acuerdos acerca de custodia, ejercicio de patria potestad y manera de suministrar alimentos.

- Que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, que es un requisito aplicable también para el divorcio administrativo y que se explica porque las uniones conyugales se celebran con la idea de que sean permanentes y estables y no como meras pruebas de unión para disolverlas a la mayor brevedad. Al respecto, Chavez Asencio afirma que “el matrimonio es permanente en lo civil... la excepción es el divorcio... las instituciones familiares son permanentes por naturaleza, suponer que el divorcio fuera lo que pretenden las parejas al casarse, sería tanto como convertir la excepción (el divorcio) en principio, y el matrimonio en algo transitorio”.²⁵
- Acordar el convenio exigido por la ley, del que más adelante nos ocuparemos con amplitud

Según la mayoría de los autores, los cónyuges menores de edad, no obstante la emancipación que produce el matrimonio, encuentran limitaciones legales para promover divorcio voluntario administrativo ante juez del Registro Civil, ya que los actos de solicitud y ratificación necesarios para su declaración son personalísimos y no admiten celebrarse por representante, además de no tener el carácter de acto judicial, por lo que los esposos menores de edad deben promover su

²⁵ Chavez Asencio, M. Ob. Cit., p. 458.

divorcio voluntario en la vía judicial, en forma personal y asistidos de tutor especial.

En cuanto al procedimiento y trámite del divorcio por esta vía la ley sólo exige una solicitud o demanda dirigida al juez de lo Familiar en la que se expongan la manifestación de los esposos de disolver su matrimonio, la fecha en que se contrajo, el régimen que se estableció, nombres de los hijos, indicación del domicilio conyugal, y de los bienes que adquirieron los cónyuges si el matrimonio se celebró bajo sociedad conyugal. A la demanda se anexan las actas del Registro Civil en copias certificadas para acreditar fehacientemente los hechos respectivos y, en su caso, los títulos de propiedad de los bienes adquiridos con su inventario y avalúo. Además se agrega el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil que consideramos de la mayor importancia y por ello nos ocupamos a continuación de analizarlo brevemente.

El convenio legal de divorcio es de especial interés, ya que lograrlo en los mejores términos, equitativos y justos, significa en la práctica profesional enfrentarse a las verdaderas y profundas causas que originaron en los cónyuges su decisión de divorciarse. Dichas causas son de la más diversa índole y comúnmente reflejan los errores y desviaciones que llevaron a los esposos a decidir la disolución matrimonial y que en la mayoría de los casos son consecuencia de su carácter, el abuso de la autoridad conyugal, la infidelidad o el incumplimiento de sus deberes.

Al señalar que las causas que producen el divorcio son de gran complejidad, nos referimos a que pueden ser de índole moral, afectivo, económico o de criterio personal y en muchos casos impiden a los cónyuges exponer clara y abiertamente sus dudas e inseguridades acerca de su futura vida como divorciados. En efecto, la mayoría de los cónyuges

varones a quienes su esposa les solicita acordar los términos del divorcio manifiestan actitudes de inseguridad y celos alegando no tener premura para resolver sus conflictos matrimoniales; en otros casos algunas mujeres próximas a divorciarse consideran la disolución como una manera de allegarse en brevísimo término de cuantiosos recursos económicos como “pago” para otorgar su consentimiento; en otros casos, algunos varones divorciantes cuidan de que en el convenio sólo conste la mínima cantidad posible por concepto de alimentos para su cónyuge o sus hijos, sin atender a sí la suma satisface o no las necesidades de la familia; finalmente, otros esposos no reflexionan en que el divorcio será entre ellos y no entre padres e hijos a quienes utilizan como pretexto para presentarse como víctimas de la situación conyugal.

Todas esas actitudes de los esposos, y otras similares pero igualmente graves y perniciosas, son por lo regular inútiles e inconvenientes para lograr acordar lo que consideramos la base fundamental de la vida de los cónyuges divorciados, como lo es el convenio que exige la ley; además son errores que en no pocas veces el abogado permite que existan al abstenerse de aclarar a los cónyuges los derechos u obligaciones de cada uno a consecuencia del divorcio y la naturaleza del acuerdo permanente que lo caracteriza para conseguirlo.

Como antes se señaló, los esposos pueden incluir, sin inconveniente legal alguno, todas aquéllas particularidades que acuerden, principalmente si tienen por objeto prevenir una controversia posible, planear su vida como divorciados y determinar sus relaciones con sus hijos, a quienes estarán constantemente vinculados. Para mayor claridad acerca de las particulares características del convenio coincidimos con Pallares, quien manifiesta que ese acuerdo “es un verdadero contrato de Derecho Público... tanto el

Estado como la sociedad están interesados en que se otorgue conforme a las leyes...; (es) sui generis porque la ley obliga a ciertas estipulaciones sin las cuales carece de validez y eficacia jurídica... los consortes no tienen plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones legales (y) la violación del mismo no da lugar a su rescisión para obtener mediante ella que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de haberse celebrado, (y) no logra que se nulifique el divorcio.”²⁶

Los puntos del convenio que deben acordar por exigencia legal los divorciantes, son según nuestra particular agrupación, los siguientes:

- **CUSTODIA DE LOS HIJOS.** La ley ordena solamente que los esposos convengan en designar a la persona que tendrá bajo su cuidado a los hijos. Pensamos que la estipulación legal respectiva da lugar a iniciales confusiones al aludir a la designación de una persona indeterminada cuando para mayor precisión y sistemática podría señalar que se designará al padre o a la madre como las personas a quienes quedará confiada permanentemente la custodia de los hijos. Sería conveniente también que la disposición legal respectiva remitiera a diverso artículo (art. 282 último párrafo) para ordenar a cuál de los padres corresponderá preferentemente la custodia de los hijos considerando su edad y sexo. Además sería útil que se requiriera a los esposos para señalar el domicilio donde estará la custodia de los hijos y la obligación de notificar cualquier cambio al respecto. Del mismo modo se lograría mayor certidumbre si la ley diera a los divorciantes ciertas bases mínimas para que el cónyuge que no conserve la custodia visite y conviva

²⁶ Pallares, E. Ob. Cit., PP. 48 y 49.

con sus hijos, sin condiciones ni reservas, pues ha quedado dicho que el divorcio es entre cónyuges y no entre padres e hijos. Así mismo sería conveniente reiterar que ambos padres continuarán en el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos pues como afirma Rojina Villegas "la patria potestad no puede perderse jamás en divorcio voluntario (ya que) es sólo una sanción en divorcio necesario contra el cónyuge culpable... (pues) no hay razón jurídica que justifique la pérdida de la patria potestad"²⁷ y tampoco se debe limitar ese derecho.

- ALIMENTOS. Legalmente está prevista la obligación de pagar alimentos de un cónyuge a otro y a sus hijos, sujeta en cantidad a la regla genérica según la cual será en el monto que esté de acuerdo a la necesidad de quien debe recibirlos y a la capacidad de quien debe darlos; además la ley ordena prever forma y términos de pago, que deberán ser de acuerdo a cada caso en particular. Adicionalmente se estipula que aunado al pago de la pensión alimenticia opere una forma de garantizarlo como una manera de asegurar el pago de los alimentos. Esta garantía puede ser hipoteca, prenda, depósito, fianza o cualquier otra suficiente a juicio del juez, como lo puede ser la retención por orden judicial del porcentaje de ingresos que perciba el deudor alimentario en alguna empresa para la que trabaje.

Esta última forma de garantizar el pago de alimentos no debería ser considerada por algunos jueces como improcedente para tener por cumplido el requisito legal correspondiente, ya que la orden judicial para

²⁷ Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p.400.

retener el porcentaje de salario y entregarlo al acreedor alimentario debe ser suficiente para asegurar que los alimentos se entreguen a quien los necesita; de manera que no deberían exigirse "garantías accesorias"²⁸ cuando los cónyuges se encuentren en este tipo de casos.

En recientes reformas introducidas a la ley, principalmente por motivos económicos, ordenan que la cantidad que los divorciantes convengan por concepto de alimentos deberá incrementarse periódicamente (cada año) en la misma proporción en que se incremente el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal. Al respecto quizá sería de mayor utilidad para los acreedores alimentarios que la suma de alimentos se prevenga que aumente de acuerdo al Índice Inflacionario o mejor aún conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor, ambos emitidos oportunamente por el Banco de México.

En cualquier caso se debe estipular en todo convenio (y sentencia) que la pensión alimenticia se incrementará según el aumento al salario, lo que consideramos representa seguridad jurídica, sobretodo para aquellas mujeres divorciadas que ante la ignorancia generalizada de la ley podrían ser víctimas de engaños o presiones para consentir en un convenio que no estipulara esas prevenciones y lesionara de tal manera sus legítimos derechos.

La ley también establece que en esta clase de divorcio la obligación alimentaria de los padres a favor de sus hijos cesa al cumplir éstos la mayoría de edad, disposición justa y razonablemente criticada por Rojina Villegas²⁹ pues perjudica los derechos de aquellos hijos de divorciados que a los dieciocho años, siendo estudiantes, tendrían la amenaza real y

²⁸ Cfr. Chávez Ascencio, M. Ob. Cit. p.455.

²⁹ Cfr. Rojina Villegas, R. Ob. Cit.. p. 402.

constante de la falta de apoyo. No obstante, respecto a esta disposición legal existe tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que concede acción para reclamar alimentos, cuando alguna persona se encuentra en esas condiciones indicadas.

En este rubro, Rojina Villegas³⁰ planteó el concepto que recientemente se introdujo en la ley, según el cual la mujer divorciada mediante procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial, logra mayor protección legal, al concederle derecho para recibir alimentos de su ex-cónyuge al menos durante el mismo lapso de duración de su matrimonio, lo que disfrutará únicamente con excepción de que obtenga ingresos propios o se una de nueva cuenta en matrimonio o concubinato. La razón legal de esta reforma radica en una preocupación del legislador para proteger a aquellas mujeres que en virtud del lapso de duración de su matrimonio dejaron de ejercer un oficio o profesión, perdiendo a lo largo de esos años su capacidad para trabajar y que, al sobrevenir el divorcio, quedaban prácticamente desamparadas mediante convenios que no preveían tal situación y en muchos casos eran injustamente impuestos.³¹

- DOMICILIO DE LOS DIVORCIANTES. Actualmente la ley exige a los divorciantes señalar domicilio en el que tendrán su habitación durante el procedimiento y después de que se declare ejecutoriada la sentencia. Consideramos que este requisito debería exigirse con el propósito explícito de que se determine con precisión por los cónyuges, el lugar donde se cumplirá con el pago de la pensión alimenticia y donde estará la habitación de los hijos

³⁰ Cfr. Idem.

³¹ "El marco legislativo para el cambio. Sep. a dic. 1983" Ed. Presidencia de la República. v.

a fin de que se procurara, con fundamento legal preciso, la convivencia de los hijos con sus padres divorciados. De la misma manera, una disposición en tal sentido obligaría a que los cónyuges divorciados se notificaran fehacientemente cualquier cambio de domicilio. De esta manera se procuraría legalmente que no ocurrierán distanciamientos entre padres e hijos; ya que son conocidos los casos en los que, una vez ejecutoriado el divorcio, el divorciante que convencionalmente conserva la custodia de los hijos se abstiene de avisar a su ex-cónyuge su cambio de residencia con afán de impedir a su contraparte el ejercicio de la patria potestad y la convivencia de sus hijos, animado únicamente por cuestiones pasionales o de venganza para perjudicar a su ex-cónyuge.

- **LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.** Se estipulan en la ley disposiciones eficaces para disolver el régimen de sociedad conyugal, obligando a los cónyuges a exhibir inventario y avalúo de bienes así como designar liquidador, lo que no representaría ningún problema cuando los intereses económicos no fueran preponderantes.

Después de analizar sucintamente algunos aspectos relativos al convenio de divorcio que es base para su procedencia, podemos abordar brevemente los aspectos relativos a su procedimiento legal.

Al admitir la demanda o solicitud de los cónyuges el Juez de lo Familiar los cita a una primera junta de avenencia, decreta provisionalmente la separación de los esposos y aprueba el convenio legal en su caso dando intervención al Ministerio Público. La función del Ministerio Público durante el procedimiento debe ceñirse a vigilar que los derechos de los menores

estén debidamente protegidos y garantizada adecuadamente la pensión alimenticia. Una vez que se realiza la primera junta, el Juez cita a los divorciantes a una segunda diligencia similar y, en cuanto están cumplidos los requisitos legales antes apuntados, procede a dictar sentencia decretando la disolución del matrimonio y, según las bases del convenio, condena a los divorciados a sujetarse a los términos de su acuerdo. Una vez que la resolución judicial causa ejecutoria se remite copia certificada al Registro Civil para que se anote un extracto en el acta de matrimonio de los interesados.

A esta brevísima exposición del procedimiento para consumar un divorcio voluntario judicial, debe añadirse el señalamiento de que en la actualidad, en la mayoría de los casos, los Jueces de lo Familiar no asumen plenamente la función conciliatoria que la ley les otorga, para procurar el avenimiento de los cónyuges e intentar su reconciliación en beneficio de los hijos y de la sociedad. A este respecto disintimos de la opinión que sostiene Chávez Asencio quien sostiene que “a diferencia del divorcio administrativo el papel del juez es activo”³² cuando en realidad esas juntas de avenencia se celebran en los tribunales atendidas sólo por mecanógrafas, que por la fuerza de la costumbre levantan las actas correspondientes sin mayor trámite, ante la indiferencia del Juez, los funcionarios conciliadores y más aún ante la extrañeza y asombro de los divorciantes por la deficiente atención que reciben y el estado que guardan los locales de los tribunales nacionales. En este sentido convendría analizar una idea propuesta por el Dr. Iván Lagunes Pérez, en sus cátedras de Derecho Civil acerca de la conveniencia de crear un Instituto de

³² Chávez Asencio, M. Ob. Cit. p.455.

Reconciliación como una etapa previa a que deberían acudir los esposos antes de solicitar formalmente la disolución matrimonial.

Es pertinente precisar que las juntas de avenencia deben celebrarse por disposición expresa de la ley, después de los ocho y antes de los quince días de haberse solicitado el divorcio, lo que en rigor no ocurre en la práctica forense. Sobre el particular Chávez Asencio sostiene que son nulas las juntas celebradas fuera de los términos legales³³, opinión con la que coincidimos ya que las razones para establecer esos lapsos son que los esposos tengan oportunidad de reflexionar acerca de su decisión de divorciarse y evitar que sea expedito el trámite del divorcio.

Por otro lado sería conveniente revisar las facultades y competencia de los representantes del Ministerio Público quienes en algunos casos consideran el procedimiento como un enemigo a vencer y se empeñan en ponerle obstáculos con pedimentos que no tienen relación alguna con su competencia. En esos casos el representante social olvida que el procedimiento parte de una decisión conyugal para resolver un grave conflicto matrimonial, y no atiende que su función esencial es la de cuidar que los derechos de los menores estén debidamente garantizados.

Considerando que el divorcio es tema genérico de este trabajo, podemos afirmar que de acuerdo a las disposiciones legales que rigen esta clase de disolución matrimonial, en particular, el divorcio voluntario judicial está insuficientemente reglamentado, la ley omite prever situaciones que generalmente se presentan en los más diversos casos. Además, las disposiciones legales respectivas carecen de una adecuada sistematización y orden, pues se encuentran dispersas y aisladas en

³³ Cfr. Idem. p.456

diferentes capítulos del Código Civil, de manera que sería recomendable una reforma a dicho ordenamiento para incluir un capítulo especial que rija todo lo concerniente al divorcio voluntario judicial, como lo hace el Código de Procedimientos Civiles con un capítulo *ex profeso* para esa materia.

C. El divorcio necesario. Designado por la mayoría de los autores con esta denominación, el divorcio necesario se presenta como la que podríamos llamar la última posibilidad de solución de los conflictos conyugales, cuando las circunstancias, la falta de criterio o de capacidad de los esposos, no han permitido solucionar las diferencias matrimoniales por la vía de la conciliación o de una disolución voluntaria, administrativa o judicial.

En este sentido creemos que es necesario apuntar que el divorcio necesario no se da ni se pide como una especie de concesión gratuita de un cónyuge para el otro. Comúnmente la generalidad de las personas sostiene tales extremos, que consideramos no son exactos ni ciertos, ya que advertir "no le voy a dar el divorcio" o afirmar que "me pidió el divorcio" para referirse a demandas de divorcio necesario notificadas a alguno de los cónyuges, resultan del todo infundadas. En efecto, sostenemos tal opinión porque cuando existe entre los cónyuges una causa real fundada en la ley suficiente, para que se produzca la disolución del vínculo matrimonial, sólo dependerá de que el cónyuge que demande el divorcio necesario maneje adecuadamente el proceso legal, para lograr que el juez de lo Familiar valore la procedencia de la causa de divorcio y las pruebas aportadas en juicio para que decrete la disolución matrimonial y demás consecuencias del caso. Las afirmaciones aludidas acerca de "pedir" o "dar" el divorcio sólo tendrían alcance si aluden a una propuesta para acordar un divorcio voluntario, administrativo o judicial.

Conforme a las consideraciones expuestas, el divorcio necesario se presenta como una necesidad verdadera para separar una unión conyugal anormal, que ha venido a menos como producto de una situación acontecida en la vida matrimonial, de tal naturaleza y profundidad, que generará el derecho de uno de los cónyuges para solicitar o demandar el divorcio.

Primordialmente se debe recordar que el matrimonio es una institución que se encuentra entre las que principalmente son objeto de tutela y protección del Derecho y, como lo sostiene Chávez Asencio es "de orden público, la sociedad está interesada en su mantenimiento (y) el divorcio es un estado de excepción."³⁴

Ha quedado establecido que el divorcio necesario tiene su origen en una causa. Por supuesto que no cualquier causa que genere diferencia o conflicto entre los cónyuges, es meritoria para producir la disolución del vínculo matrimonial. Las causas especiales que pueden propiciar un proceso de divorcio por esta vía son sólo "aquellas circunstancias que tienen su fundamento en una determinada legislación."³⁵ Estas causas, denominadas causales de divorcio, constituyen "violaciones a los deberes y obligaciones conyugales, cuando la conducta de uno de los cónyuges genera el acto ilícito."³⁶

Siguiendo las ideas sostenidas a este respecto por Chávez Asencio, consideramos que a pesar de que la ley señala veintiún causas de divorcio, éstas son de un mayor número, ya que analizando y deslindando las características de las previstas por la ley, se encuentra que hay más de

³⁴ Chávez Asencio, M. Ob. Cit. p.458.

³⁵ Pina, Rafael de. Ob. Cit. p.340.

³⁶ Chávez Asencio, M. Ob. Cit. p.400.

una hipótesis de hechos que podrían considerarse como una causal propia, distinta a la que bajo una sola denominación establece la ley.

De tal manera "resultan alrededor de treinta y ocho causas posibles de divorcio"³⁷ de las veintiuno que están formalmente identificadas en la ley, aunque por otra parte, no es necesario que ocurran todos los supuestos previstos en una sola causal en particular, para que pueda ser invocada en un juicio. Tal es el caso de los hechos que como causal de divorcio prevé la fracción XI, del artículo 267, del Código Civil vigente para el Distrito Federal y que consisten en la sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge al otro, que para invocarse como fundamento de una demanda de divorcio necesario no implica que el cónyuge inocente, víctima de tales hechos, deba sufrir cada uno de esos malos tratos, para usarlos como fundamento de su demanda, basta que compruebe uno solo de ellos, para que pueda ser invocado en juicio.

Complementadas en forma, basta por abundantes tesis de jurisprudencia y ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las causales de divorcio previstas en la ley han sido claramente caracterizadas en los siguientes términos:

"Las causales son de aplicación restrictiva... sólo en forma limitativa se establecen no son ejemplificativas. Cada causal tiene carácter autónomo, no pueden involucrarse unas en otras ni emplearse por analogía ni por mayoría de razón".³⁸

Las causas legales de divorcio son de las más variadas especies y de distinta naturaleza y características, pues algunas de ellas son actos ilícitos, otras violaciones a obligaciones conyugales e incluso otras son

³⁷ Idem. p.460.

³⁸ Cit. por Chávez Ascencio. Idem. p.459

enfermedades, de manera que resultaría difícil agruparlas con un criterio definido, aunque cabe reiterar que, el común denominador de todas ellas, es que son de carácter grave y propician la disolución del matrimonio.

En la doctrina se ha considerado que bajo el concepto general de divorcio necesario, se identifican dos especies distintas de disolución que se clasifican en atención a la naturaleza de las causas que la generan. Al respecto, Rojina Villegas sostiene que existen:

- a. "Divorcio-sanción, previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o en contra de la naturaleza misma del matrimonio"; y
- b. "Divorcio-remedio, que se instituye como una protección a favor del cónyuge sano o de los hijos contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias".³⁹

Las causas legales de divorcio previstas en nuestro sistema, han sido materia de profundos estudios, mediante los cuales se analizan cada uno de los elementos que constituyen las hipótesis legales y en los que se aprecia, en algunos casos, que las causales se aproximan a figuras delictivas, pero que en lo general, no es necesaria la relación delito-causa, para que opere determinada causal de divorcio. Además en esos estudios se caracteriza cuál es el elemento fundamental, que se ha previsto por la ley como hecho generador de la disolución del matrimonio, la definición doctrinal de dichos elementos y su concepto genérico, así como las razones legales y la época de su introducción a la ley.⁴⁰

³⁹ Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p.396

⁴⁰ Cfr. al respecto Rojina Villegas, R. Ob. Cit. pp.438 a 482; y Pallares, E. Ob. Cit. pp.63 a 95.

Como sostiene Montero Duhalt "las causas se han querido clasificar de acuerdo con diversos criterios. La dificultad para clasificarlas en forma realmente definitiva consiste en que muchas causas pueden incluirse en distintos grupos".⁴¹

Sin detenernos a analizar pormenorizadamente cada una de las causales de divorcio necesario previstas por la ley, enseguida procederemos a exponer cuáles son, y la fracción legal que les da fundamento, recordando la advertencia de que cada una de ellas puede contener varias hipótesis, que no necesariamente deben concurrir para que opere la causal, es decir, cada uno de los hechos que previene puede ser autónomo de los demás.

En este sentido seguiremos la clasificación propuesta por Rojina Villegas quien hace notar que "la enumeración legal no sigue un criterio sistemático, pero agrupadas por especie"⁴² son:

A) Causales que implican delitos:

- a. De un cónyuge contra el otro.
- b. De un cónyuge contra los hijos.
- c. Contra terceros.

Art. 267 Fracción I. El adulterio debidamente probado de un cónyuge contra el otro.

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

⁴¹ Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Ed. Porrúa, México 1985, p.332.

⁴² Cfr. Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p.433.

Fracción V Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos (menores de edad) y la tolerancia en su corrupción.

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

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

Fracción 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. 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.

B) Causales que constituyen hechos inmorales:

Art.267 Fracción II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente, previo juicio, sea declarado ilegítimo.

Fracción III. La propuesta directa del marido para prostituir a su mujer, o cuando se pruebe que ha recibido dinero o remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

Fracción V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos (menores de edad) y la tolerancia en su corrupción.

C) Causales contrarias al estado matrimonial o que implican incumplimiento de obligaciones conyugales:

Art. 267 Fracción VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

Fracción IX. La separación del presunto cónyuge inocente del hogar conyugal cuando tuvo causa bastante para pedir el divorcio, si su separación se prolonga

por más de un año sin que entable la demanda de divorcio.

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

Fracción XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones de contribución económica para el sostenimiento del hogar, a su recíproca alimentación y a la de sus hijos, y a la educación de éstos, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del art. 168 (del Código Civil).

D) Causales que son determinados vicios:

Art.267 Fracción XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas y enervantes,

cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.

E) Causales que son determinadas enfermedades:

Art.267 Fracción VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea demás contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Fracción VII. Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga del cónyuge demente.

Además, se prevé legalmente por separado como causal de divorcio, el hecho de que un cónyuge no acredite los hechos de su demanda de divorcio o se desista de ella, sin consentimiento del demandado, según dispone el artículo 268 del Código Civil. Recientemente, en el Diario Oficial del 30 de diciembre de 1997, se publicaron dos nuevas causales de divorcio, que se adicionaron como las fracciones XIX y XX del artículo 267 del Código Civil y por las que se considera causa de divorcio las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges, y el incumplimiento injustificado de las determinaciones de autoridad tendientes a corregir esa clase de violencia. Estas causales de divorcio entraron en vigor el 31 de enero de 1998.

Limitativamente la ley admite que los hechos señalados sean causales de divorcio. Esos hechos constituyen hipótesis que ante la persistencia, profundidad y gravedad con que hayan ocurrido, generan para el cónyuge víctima de esos hechos, llamado cónyuge inocente, su derecho para demandar el divorcio ante los tribunales, en contra de su cónyuge que dio lugar a tales hechos, llamado cónyuge culpable. Estos calificativos serán aplicados con propiedad, hasta que el juez así lo determine en la sentencia de divorcio.

No obstante, lo antes señalado, no debe entenderse que la adecuación de la conducta de un cónyuge a los supuestos a que se refieren las causales de divorcio, signifique que sea susceptible de ser demandado, pues dichas causales no están latentes como una amenaza de aplicarse en cuanto la víctima de ellas lo decida, sino que deben ser de tal gravedad para tener la categoría de causal legal de divorcio y que son un impedimento para continuar la vida conyugal, habida cuenta de la protección legal del matrimonio como institución de orden público.

Así, presentándose aquéllos hechos que constituyan una causal para solicitar la disolución del matrimonio, el cónyuge inocente será titular de la llamada acción de divorcio, es decir, aquél cónyuge que no haya dado causa al divorcio será quien tenga la posibilidad de demandar el divorcio, ya que jurídicamente no es de admitirse que quien haya violado los deberes jurídico-conyugales lo alegara en su provecho. Por otro lado, debe enfatizarse que la acción de divorcio es exclusivamente de los cónyuges, es decir "la facultad para demandar el divorcio es

esencialmente personal de los esposos⁴³ y no de ninguna manera de otra persona ajena a ellos.

La acción de divorcio antes referida, y de la que es titular el cónyuge inocente, es de singulares características que son identificadas plenamente por Pallares para quien la facultad de demandar el divorcio, por parte del cónyuge inocente es "al mismo tiempo declarativa, de condena y constitutiva, da lugar a un juicio ordinario civil, está incluida dentro de las acciones del estado civil, se intenta ante juez de primera instancia, y pertenece por naturaleza, al Derecho Público, con la finalidad de obtener la disolución del vínculo conyugal"⁴⁴ que en el Distrito Federal decreta un Juez Familiar

Debe tenerse en cuenta que además de la conducta violatoria de los deberes conyugales, o de su estado de salud que generan la acción de divorcio, legalmente para hacerla valer, ante tribunales, se requiere que el cónyuge inocente no hubiera otorgado al culpable perdón expreso o tácito, y que se acuda oportunamente a ejercitarla, es decir, dentro del término legal de seis meses posteriores a la fecha de su configuración o a la fecha en que el cónyuge inocente haya tenido conocimiento de los hechos que la constituyan, excepto en aquéllos casos en que la causal sea de llamado tracto sucesivo, o sea que su existencia sea continua en el tiempo casos en los que no caducaría la acción de divorcio por no haberse ejercitado en tiempo, por lo que el plazo de seis meses no es aplicable a todas las causales.

En cualquier caso, las causales de divorcio requieren probarse plenamente en juicio, para que prospere la acción de divorcio que en ellas se funde.

⁴³ Planiol, M. y Ripert, G. Ob. Cit. p.36.

⁴⁴ Pallares, E. Ob. Cit. p.99.

Dependiendo a la causal legalmente invocada por el cónyuge demandante o actor, se desprenderá en juicio el carácter de inocente o culpable de cada uno de los cónyuges.

A la fecha, como se analizará más adelante, el Juez de lo Familiar tiene facultades legales para definir las consecuencias del divorcio que dictará en su sentencia definitiva, como son respecto al ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos, el pago de alimentos, y la sanción para no contraer nuevas nupcias, entre otras. De esta manera se abandonó la antigua obligación impuesta al juez por la ley para condenar necesariamente al cónyuge culpable a ciertas consecuencias del divorcio, según la causal invocada por su contraparte.

La manera de obtener el divorcio por esta vía, debidamente fundado en una causal que se ejercite dentro del término legal, será mediante juicio en vía ordinaria civil seguido ante Juez de lo Familiar, cuyo procedimiento se inicia con la presentación de la demanda, seguirá con la contestación del demandado y su eventual contrademanda o reconvención, las audiencias previa de conciliación y de desahogo de pruebas, que una vez desahogadas darán lugar a que el juez dicte sentencia.

4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO

Los autores coinciden en señalar y clasificar los efectos del divorcio. Chávez Asencio distingue los efectos que se producen en el divorcio voluntario y en el divorcio necesario o contencioso, haciendo notar que, no obstante la fuerza ejecutiva de las determinaciones judiciales en general, las que se dictan en el Derecho de Familia pueden alterarse o modificarse

en algunos casos, según lo dispone el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles en vigor para el Distrito Federal.⁴⁵

Referente a la materia de este trabajo habremos de examinar cada uno de los efectos definitivos que se producen a partir de la disolución matrimonial, derivada de una sentencia de divorcio necesario o contencioso, a fin de compararlos en el capítulo respectivo con las consecuencias jurídicas que acontecen con motivo de la disolución del matrimonio fundado en la causal a que se refiere la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Se entiende por efecto "lo que se sigue por virtud de una causa".⁴⁶ Así podemos establecer que el divorcio es causa de una serie de efectos que se inician precisamente con la presentación de la demanda que funda su petición, aún antes de que la disolución llegue a decretarse, y de efectos que se habrán de crear, definir o modificar al dictarse sentencia definitiva que cause ejecutoria. Es entonces cuando los autores distinguen a los primeros como efectos provisionales, y a los segundos como efectos definitivos.

Explica Rojina Villegas que "los efectos provisionales se producen durante la tramitación del juicio (y que) todas las legislaciones coinciden en que en juicio de divorcio necesario puede el juez tomar providencias", las que habrán de referirse a normar provisionalmente las relaciones entre los cónyuges, con sus hijos, tener en cuenta algún posible embarazo de la mujer, asegurar alimentos y precaverse del manejo de bienes, cuestiones que el autor encuentra bien reguladas por nuestro artículo 282 del Código

⁴⁵ Chavez Ascencio, M. Ob. Cit. p.525.

⁴⁶ Diccionario de la Lengua Española. 19^a. ed., España 1970, p.504

Civil, al que califica como “bastante completo” si se le compara con algunos similares americanos y europeos,⁴⁷ y que recientemente fue adicionado.

Por otra parte, encontramos que Chávez Asencio nos lleva a considerar disposiciones legales que indudablemente tienen estrecha relación con los efectos en estudio y que principalmente definen su carácter de provisionales; dichas disposiciones explican que las medidas provisionales, a que se refiere el artículo 282 del Código Civil, pueden modificarse en sentencia interlocutoria, o en la definitiva, “es decir, en cualquier estado del proceso”, según lo dispone el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, que recordemos prevé que algunas resoluciones en materia de Derecho Familiar, nunca son definitivas.

Refiriéndonos a esos efectos provisionales y siguiendo una clasificación propuesta por el propio Chávez Asencio tenemos los siguientes:

- En relación con los cónyuges: consisten primordialmente en ordenar la separación de los esposos, la que se admite también como acto prejudicial o al presentarse la demanda.
- En caso de embarazo de la mujer: que consiste en determinar todas las cuestiones relativas a la paternidad y consecuencias en el divorcio para el hijo concebido.
- En relación a los hijos: consiste en regular la custodia, el derecho de visitas, el ejercicio de la patria potestad y en general, todas aquéllas situaciones en que estén involucrados los menores hijos, de matrimonio, en proceso de divorcio.

⁴⁷ Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p.513

- Alimentos: que consisten en el señalamiento y aseguramiento de una pensión alimenticia que deba pagar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos, durante el procedimiento judicial.
- Respecto a bienes: que son las precauciones necesarias para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de sociedad conyugal.

Los efectos definitivos “se causan una vez producida la sentencia definitiva ejecutoriada que disuelve el vínculo matrimonial”⁴⁸ o con más precisión “son consecuencias de la sentencia ejecutoria en un juicio de divorcio”.⁴⁹

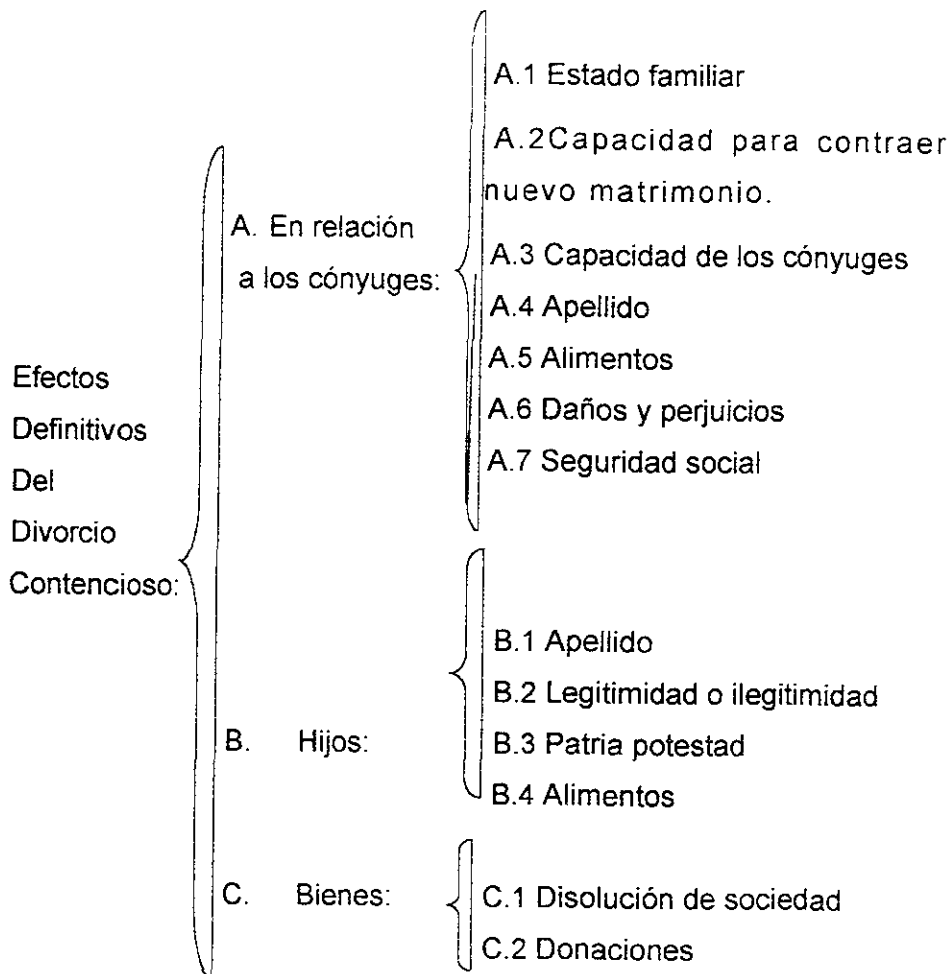
A esta clase de efectos definitivos, no obstante que deriven de una sentencia ejecutoria, estimamos que también les resulta aplicable el criterio anotado en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, en el sentido de que algunas resoluciones judiciales firmes pueden alterarse o modificarse como en los casos de alimentos y ejercicio o suspensión de la patria potestad.

Con el objeto de exponer con mayor claridad el contenido de los efectos definitivos a continuación se presenta un esquema que nos permitimos proponer de acuerdo a la clasificación expuesta al respecto por Chávez Asencio.⁵⁰

⁴⁸ Rojina Villegas, R. Ob. Cit., p.513.

⁴⁹ Chavez Asencio, M. Ob. Cit., p.539.

⁵⁰ Idem. pp.539 a 557.



La clasificación propuesta presenta detalladamente aquéllos aspectos que se involucran de manera definitiva, en la disolución del matrimonio, es decir, son todas aquellas situaciones de hecho de las que deberá ocuparse de resolver la sentencia de divorcio contencioso, que una vez declarada firme será una verdadera norma jurídica, que deberán cumplir los ex-cónyuges, a fin de conducir se de manera justa y equitativa en sus relaciones interpersonales, con sus hijos y respecto a sus bienes.

Mediante la clasificación antes expuesta, es posible analizar los elementos más novedosos que se presentan como efectos o consecuencias de un matrimonio disuelto; es además, la que se puede considerar más actualizada y coincide con los lineamientos expuestos en la materia, de manera inicial, por Rojina Villegas⁵¹. Anotaremos a continuación brevemente el contenido de los efectos definitivos que se producen con el divorcio contencioso:

En relación a los cónyuges: Según opinión de Chavez Asencio, se crea el que denomina "estado familiar de divorciado", aunque en nuestra opinión sólo existe el estado civil de soltero y divorciado.

- Capacidad para contraer nuevo matrimonio. En virtud del divorcio se está en aptitud de contraer otro matrimonio, con las condiciones y modalidades que señale la sentencia de divorcio.
- Capacidad de los cónyuges. Desaparece la incapacidad legal para contratar entre cónyuges y corre la prescripción entre ellos.
- Apellido. Aún cuando no es jurídicamente vigente, debe la mujer abandonar la costumbre de anteponerse el apellido del ex-cónyuge.
- Alimentos. Existe como sanción a favor del cónyuge inocente; aún cuando se generan conflictos cuando en el divorcio no hay declaración de culpa.
- Daños y perjuicios. El culpable responde de ellos como autor de un hecho ilícito.
- Seguridad social. Debe recibirla la mujer cónyuge inocente e hijos.

⁵¹ Rojina Villegas, R. Ob. Cit., pp. 520 a 573.

En relación a los hijos:

- Apellido. No hay alteración, pues los hijos conservan el apellido de ambos padres.
- Legitimidad o ilegitimidad. Para determinar en qué casos al hijo nacido en proceso de divorcio o pronunciada una sentencia firme, se considerará como hijo de matrimonio, y atribuir así la paternidad al cónyuge divorciado.
- Alimentos. A efecto de regular la obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos y determinar su cuantía.

En relación a los bienes:

- Disolución de sociedad conyugal. Relativo a la disposición legal, que indica que ejecutoriado el divorcio, se procede a la división de los bienes comunes, es decir, como consecuencia del divorcio o posterior al mismo; no se distingue si el culpable debe perder bienes o utilidades de la sociedad conyugal a favor de su consocio.
- Donaciones. Regulan las consecuencias sobre bienes donados entre cónyuges o por un tercero en consideración a uno de ellos, que legalmente admite su revocación al reclamarse el divorcio.

Es en esta clase de divorcio necesario o contencioso que hemos analizado brevemente, donde se ubica el objeto de estudio de este trabajo, por lo que habremos de atender a los principios generales para su procedencia, a su definición, y a los efectos provisionales y definitivos para abordar el problema del divorcio que se funda en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, de modo que estemos en posibilidad de comprender su naturaleza y fundar la necesidad, de que se legisle sobre las

consecuencias y efectos derivados de la disolución matrimonial que origina.

Como se ha afirmado, sostenemos que la regulación del divorcio necesario en el Código Civil, tanto en sus numerosas causas como en sus efectos, sobretudo en lo que respecta a los hijos, debería ser objeto de un cuidadoso estudio para ajustarlo a las necesidades de la sociedad contemporánea, en la que las disoluciones matrimoniales son cada vez más frecuentes.

Una figura jurídica necesaria pero socialmente lesiva, como es el divorcio contencioso, debe regularse de tal manera que produzca el menor daño posible a los involucrados.

1. JUSTIFICACIÓN DEL DIVORCIO FUNDADO EN ESTA CAUSAL

Analizaremos en este capítulo el contenido y alcance de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, que es materia de este trabajo, y que hasta el mes de diciembre de 1997 constituía la más novedosa causal de divorcio, al haber sido introducida a la ley en diciembre de 1983 y estar en vigor a partir de marzo 27 de 1984. La causal en estudio, según su definición legal, consiste en la separación conyugal por más de dos años, independientemente del motivo o causa que la haya originado, caso en el que cualquiera de los cónyuges puede demandar el divorcio.

En el Diccionario Jurídico, encontramos el siguiente concepto de divorcio: "El divorcio es una figura álgidamente controvertida: los opositores aducen que es un factor primordial de la disgregación familiar y de la descomposición social por ser la familia la célula social. Los que defienden el divorcio exponen que no es origen de la ruptura del matrimonio, sino solamente la expresión legal y final del fracaso conyugal, cuyas causas suelen ser innumerables y que, ante la real quiebra del matrimonio, se convierte en indebida, injusta y hasta inmoral la persistencia del vínculo legal, pues impide, a los que no pueden divorciarse, intentar una nueva unión lícita que podría prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida."¹

Coincidimos con las anteriores afirmaciones y consideramos pertinente establecer, desde ahora, que nuestra postura es favorable a la incorporación al texto legal vigente de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que contiene la causal de

¹ Diccionario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Ed. Porrúa, tomo IV, México 1985, p.329.

divorcio en estudio, de manera que pretendemos sustentar esa opinión mediante las consideraciones que adelante se exponen. Sin embargo, es preciso apuntar nuestra crítica a la falta de solución legal sobre las consecuencias del divorcio decretado con apoyo en dicha causal, así como establecer la urgente necesidad de legislar al respecto.

La realidad social de nuestra época, ha propiciado, entre otras muchas consecuencias, la modificación de nuestros sistemas legales para adecuarlos a las necesidades de normatividad de las relaciones entre las personas que por su contenido modifican el ámbito del deber ser del que se ocupa el Derecho. Ha surgido así la necesidad de reconocer en la norma legal, las condiciones de la realidad para terminar con situaciones de incertidumbre jurídica.

Es una realidad actual, en nuestra sociedad, la numerosa existencia de matrimonios que sólo subsisten en la esfera legal y que demuestran ficticiamente la permanencia de la institución matrimonial, pero que verdaderamente sólo disimulan las circunstancias actuales del matrimonio, las que no representan en lo absoluto la unidad ideal del hombre y la mujer, armónica, digna y de respeto mutuo que la ley caracteriza como la base moral de fundar la familia, perpetuar la especie y constituirse como el núcleo fundamental de la sociedad.

Podemos sostener que el matrimonio se haya en crisis, pues está indudablemente afectado por innumerables causas graves de desavenencia, distintas por su contenido a las que en otras épocas prevalecieron, pero que perjudican la vida conyugal. Situaciones como el hacinamiento en las grandes ciudades, la dinámica de la vida moderna o el relajamiento de los principios morales, son en vía de ejemplo, algunas de las causas que dan lugar a problemas conyugales, familiares y sociales,

que se manifiestan en muchas ocasiones en agresividad, hostilidad, neurosis, angustia o deslealtad conyugal, todas ellas actitudes impropias para la convivencia matrimonial y que desde luego son de difícil control por ocurrir continuamente. Se debe reconocer, por otro lado, que en el caso de una unión conyugal no es posible exigir coactivamente la obligación de vivir en común ante esa clase de circunstancias, pues es claro que una relación matrimonial se basa en el amor, la comprensión recíproca y el deseo de cohabitar con el consorte, elementos morales fuera del alcance del Derecho.

En una situación matrimonial compleja y grave puede aparecer la figura del divorcio que, entonces, debiera considerarse como el medio idóneo para solucionar los problemas conyugales y liberar a la pareja de un vínculo que sólo existe ficticiamente en el ámbito legal, pero que en la realidad no demuestra ninguna vida armoniosa, digna o respetuosa. Es entonces responsabilidad de los cónyuges resolver sus irreconciliables diferencias, con un criterio maduro, procurando que cuestiones personales o económicas no les impidan acceder a la forma más recomendable para disolver su matrimonio como lo es el divorcio por mutuo consentimiento, al que antes nos hemos referido.

Sin embargo, divorciarse bajo las anteriores consideraciones parecería que es un proceso sencillo y exento de problemas y que sólo requiriera la voluntad de los esposos para llevarlo al cabo: esto no es exacto que suceda, pues por el contrario, ya sea por legítimos sentimientos, por intentos de abusos económicos de un cónyuge contra el otro, por el deseo injustificado de perjudicar al cónyuge, por intereses económicos o por la perspectiva de encontrarse ante la posibilidad de un proceso legal, la mayoría de las veces largo, penoso y desgastante, ya sea por cualesquiera

de éstas u otras razones análogas, es que los esposos encuentran, en no pocas veces, obstáculos para lograr divorciarse.

De este modo, creemos que en la vida conyugal sobreviene por lo general y como un paso definitivo, la separación de los esposos, es decir, la terminación definitiva de su vida en común, de la cohabitación cotidiana, de su "comunidad de vida conyugal", con la que también se presenta, muy frecuentemente, el incumplimiento de los demás deberes conyugales. Así, luego de ese rompimiento, los cónyuges, o a veces uno solo de ellos, en muchos casos consideran que, de facto, han dado por concluida la convivencia conyugal anormal que produjo la separación, y que fue el efecto de una causa profunda y grave que, justa o no, perjudicó finalmente el matrimonio.

Pensamos que en las circunstancias antes descritas, en muchos casos los cónyuges se separan sin iniciar trámite administrativo o judicial alguno para regularizar legalmente su situación conyugal, con lo que dan lugar a una especie de incertidumbre jurídica respecto a todas aquellas consecuencias derivadas de su separación. Se producen así lo que podríamos llamar matrimonios de jure, que en la realidad no existen, ni al amparo de los cuales se cumplen ninguno de los fines de la institución matrimonial, ya que dichas separaciones conyugales se prolongan indefinidamente sin posibilidades de reconciliación. En tales circunstancias, la vida personal de cada uno de los esposos separados, se transforma imprevisiblemente con el paso del tiempo y en esa medida se acrecienta su indefinición jurídica, pues los cónyuges se encuentran legalmente casados, pero crean nuevas relaciones e intereses derivados de un supuesto celibato, dada la generalizada ignorancia de la ley, que lleva a algunos extremos absurdos

como el de afirmar que por el transcurso del tiempo han quedado "automáticamente" divorciados.

Pensamos que las anteriores afirmaciones no constituyen de modo alguno la apología del divorcio fundado en la causal materia de este trabajo, ni ficciones para dar argumentos que funden nuestra opinión favorable a esa causal; tampoco son una justificación del abandono de los esposos respecto de sus obligaciones para cumplir los fines del matrimonio, cohabitando, impulsándose mutuamente, ayudándose de manera recíproca, y con mayor importancia cumplir sus obligaciones y deberes para con sus hijos. Por otro lado no se pretende dejar de calificar como adulterio a una relación de esa índole cuando es producto de la separación de uno de los cónyuges, ya que coincidimos en que respecto del matrimonio "la idea de indisolubilidad unifica a todos", como sostiene la doctrina argentina.²

Por el contrario, con lo anterior pretendemos que se reconozca la realidad social, la modificación de los status de vida conyugal, y la complejidad de las relaciones interpersonales de la vida moderna, que en no pocos casos producen ruptura del matrimonio, definitiva y suficientemente prolongada, y que sea de admitirse que existen mal llamados matrimonios, cuyos integrantes viven cotidianamente en absoluta separación y crean consecuencias muy diversas, de las que el Derecho debe ocuparse para proporcionar las soluciones más justas en esos casos, pues como se ha afirmado el divorcio es un mal necesario".³

En tales condiciones, la separación conyugal definitiva y prolongada se justifica como causa de divorcio y con su adición al texto legal vigente el

² Goldstein, M. y otros. Ob. Cit. p.52

³ Planiol, M. y Ripert, G. Ob. Cit. p.373

legislador ha reconocido tácitamente que al Derecho le resulta imposible garantizar la permanencia de la institución matrimonial. De tal manera coincidimos en que “los últimos avances legislativos abandonan casi totalmente la enumeración de las causales (de divorcio) para resumirlas en una sola: la quiebra efectiva, total, de hecho y comprobada del matrimonio”.⁴

Al analizar la causal en estudio, Chávez Asencio⁵ critica con rigor y profundidad la nueva causa de divorcio, la que califica como “extraña, inmoral y desestabilizadora” de la familia. Opina que con esa causal “prácticamente se legaliza el repudio con grave peligro para la integración conyugal y familiar”; además sostiene que dicha causal “rompe el principio jurídico que dice que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contratantes” y explica que en estos casos bastará al cónyuge que desea el divorcio, separarse unilateralmente y esperar el transcurso de dos años para demandar el divorcio, por lo que considera que el juzgador queda como un mero “cronometrista” que verificará el transcurso de ese lapso; por otro lado, el mismo autor señala que la causal “rompe el principio de la limitación de la causa” de divorcio, en tanto ésta se constituye como síntesis de cualesquiera otras que se puedan hacer valer, y que además deja al culpable la posibilidad de ejercer la acción de divorcio.

Independientemente del valor jurídico de esas apreciaciones y considerando que no es objeto de este trabajo rebatirlas, sino sustentar nuestra tesis al respecto, nos manifestamos en contra de esa postura, ya que creemos que carecerían de fundamento precisamente con la

⁴ Diccionario Jurídico. Ob. Cit. Tomo III, p.332.

⁵ Chávez Asencio, M. Ob. Cit. p.482

complementación de disposiciones legales y jurisprudencia que suplan las lagunas en que se incurrió al adicionar aisladamente y sin mayor regulación la causal en estudio.

Como sostiene Galindo Garfias, pensamos que “realmente el divorcio no quebranta el lazo conyugal, lo que hace es hacer constar ese estado anterior de ruptura completa entre marido y mujer, para que produzca sus efectos jurídicos... se legaliza una situación que ya existe en los hechos”.⁶

Creemos que el cónyuge abandonado tiene a su alcance mecanismos legales pertinentes para proteger su vínculo legal, que no es posible que un juzgador sea sorprendido con causales prefabricadas para decretar un divorcio, y que no habrá de limitarse el juez a contar el tiempo de separación si dicho elemento ha de comprobarse plenamente para que proceda en juicio la acción de divorcio que se funde en la causal materia de este trabajo. Al respecto, no podría acreditarse plenamente el lapso de separación conyugal en los casos en que se exigiera que, mediante los medios de prueba admitidos por la ley, se comprobara día a día el transcurso de dos años de separación entre los esposos, según particular sugerencia aportada por el catedrático Fabián Mondragón Pedrero durante una conferencia magistral sustentada en esta casa de estudios con motivo del análisis de la causal en estudio; además pensamos que el juzgador siempre tiene presente estimar el divorcio como una excepción y no como una regla, según enseñan tesis de jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Hemos procurado una descripción generalizada de una gran mayoría de casos en que muchos matrimonios están involucrados, que aunque no

⁶ Galindo Garfias, 1. Ob. Cit. p.547

encontramos estadísticamente registrados, son materia de frecuentes consultas en la práctica forense; son casos también en los que nuestra legislación civil se había abstenido de pronunciarse, haciendo caso omiso de la realidad social hasta que fue adicionada la causal XVIII del artículo 267 del Código Civil.

Creemos que no hay base para discutir si conviene o no aceptar el divorcio fundado en esta causal y al respecto resulta ilustrativa la conclusión que para casos análogos sostiene la doctrina argentina, cuyos exponentes afirman que "la mayoría de los autores conviene que, por respeto a los sentimientos dignificantes y a la moral, no se deben imponer yugos insuperables ofendiendo a aquellos principios que se trata de prohijar y resguardar".⁷ No obstante, consideramos que la solución legal que aporta nuestro Código a esos casos, es insuficiente y de tal gravedad, que en la problemática no resuelta están involucradas cuestiones tan importantes como la definición de los deberes conyugales, el ejercicio de la patria potestad, la custodia de los hijos, el pago de alimentos al ex-cónyuge que resulte acreedor y a los hijos, y las consecuencias respecto a bienes, cuestiones que desafortunadamente a catorce años de que entró en vigor la nueva causal, continúan en la incertidumbre, siendo interés de este trabajo proponer algunas soluciones al respecto, de las que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

Sostenemos, que sería de lo más recomendable que una vez presentadas las causas graves y profundas de desavenencia conyugal, previo a cualquier trámite judicial y posiblemente como un requisito para proceder a un juicio, se identificaran cada una de dichas causas, no para establecer

⁷ Goldstein, M. y otros. Ob. Cit. p.53

culpables o valorar reproches, sino para enfrentarías profesionalmente, ofrecer a los esposos asistencia especializada, de manera que exista una forma de procurar una solución adecuada y justa que tienda a la estabilización del matrimonio, la permanencia de una familia sana en todos los aspectos, y con el objetivo mediato de prever una mejor convivencia social, a través de la mayor cohesión familiar e integración social, que se funde en individuos con sólida formación. Sin embargo, reconocemos la difícil aplicación de ideas de esta naturaleza ante la persistencia de la apatía, la falta de interés e incluso algunas veces la incapacidad, tanto de interesados como de autoridades involucradas en la materia, para enfrentar el origen de los problemas de descomposición social. Además, es necesaria iniciativa social para la creación de verdaderos Institutos de Formación Familiar, que estén dedicados ex profeso a la atención integral de esa clase de problemas.

2. ANTECEDENTES GENÉRICOS Y PROCESO LEGISLATIVO PARA LA ADICIÓN DE LA CAUSAL EN ESTUDIO: LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En este apartado nos referiremos al proceso de introducción a nuestra ley de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, que contiene la causal materia de este trabajo.

Un precedente en la doctrina consistió la opinión sustentada por Montero Duhalt, quien asumió una postura favorable a la procedencia del divorcio, cuando habiéndolo solicitado judicialmente los cónyuges y previa separación para procurar el arreglo de las diferencias entre ellos, se dicta sentencia declarando la disolución del matrimonio, confirmándose de esta manera el previo rompimiento conyugal sin que se hayan expresado

públicamente motivos o causa de la desavenencia conyugal.⁸ Si bien esta postura, para que se reformara la ley en tal sentido, no es idéntica a la disposición legal en estudio, sí sugiere un mecanismo similar para que proceda el divorcio, previa separación y sin expresión de causa, lo que en nuestra particular apreciación consideramos una aportación favorable en la materia.

Las fracciones IX del artículo 425 del Código Civil de Sonora y 357 del Código Civil de Zacatecas, podemos citarlas como disposiciones antecedentes a la causal materia de este trabajo, ya que casi en idénticos términos admiten el divorcio por separación, aunque se refieren no a una separación personal entre cónyuges, sino a la separación del hogar conyugal. Además exigen que dicha separación haya sido causada por desavenencias conyugales; aunque el lapso para que proceda el divorcio por separación, en las dos legislaciones citadas, es de un año. No obstante su previa existencia respecto a la causal en estudio en este trabajo, las disposiciones legales de las entidades citadas no podemos considerarlas como antecedentes directos de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, sino sólo citarlas como referencias al respecto.⁹

Como un antecedente verdaderamente inmediato de la causal materia de este trabajo, debemos señalar la ponencia sustentada en enero de 1983 por la licenciada Baldomera Sánchez Camacho, magistrada de la entonces Décimo Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quien en la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia, a la que convocó el gobierno federal un año antes, expuso los lineamientos y sugirió

⁸ Montero Duhalt, S. Ob. Cit. p.260

⁹ Cfr. al respecto Chávez Ascencio, M. Ob. Cit. p.516

la creación de un Código Familiar, se mostró favorable a la supresión de las causales de divorcio las que se sustituirían por el acceso personal de un cónyuge ante el juzgador para exponer su caso y se resolvería sobre la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial (criterio que también sustenta Montero Duhalt, según hemos expuesto). Afirmó la entonces magistrada que “una causal de divorcio que tendría amplia aplicación en nuestro medio, sería la consistente en el abandono de cualquiera de los cónyuges por un período mínimo de dos años, pues sucede con frecuencia que el esposo o la esposa se separan del hogar conyugal, con el propósito de no reincorporarse a él, y por ignorancia, falta de orientación o de recursos, no promueven el juicio de divorcio y viven en una situación anómala, creando múltiples problemas entre ellos y sus descendientes.”¹⁰ Quedaba así, en tales términos, la primera referencia a la causal en estudio, que posteriormente fue adicionada y modificada sustancialmente, ya que la ponencia de la magistrada Sánchez Camacho se refería a “abandono de los cónyuges” concepto distinto al que en definitiva se adoptó y que es el de “separación de los cónyuges”.

Las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal, de la Cámara de Diputados y su Pleno, fueron de donde se hizo surgir la propuesta formal para la adición de la causal XVIII al artículo 267 del Código Civil y en las que se inicia el proceso legislativo para su nacimiento. Dichas comisiones recibieron para dictamen la iniciativa de ley proveniente del Poder Ejecutivo Federal de fecha 21 de octubre de 1983, concerniente a un proyecto de Reformas y Adiciones al Código Civil.

¹⁰ Sánchez Camacho, Baldomera. “El problema de la justicia familiar en el Distrito Federal”. Ponencia sustentada en la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia, convocada por el Gobierno Federal, México 1983.

Afirmamos que la causal materia de este trabajo surgió de esos órganos legislativos, pues el proyecto original de iniciativa de ley del Ejecutivo no mencionaba la adición de la fracción XVIII al artículo 267 del Código Civil entre las modificaciones y adiciones que proponía hacer a ese ordenamiento legal. Las razones y fundamentos que llevaron a los diputados a proponer la adición de la causal en estudio, quedaron expresados en la exposición de motivos, que en lo concerniente a esa causal señalaron:

“En esta causal se recoge la experiencia del foro, pues es frecuente observar la separación de los cónyuges por largo tiempo, sin que exista formalmente una causa suficiente para demandar el divorcio necesario y sin que convengan en solicitar la disolución del matrimonio mediante un juicio de divorcio voluntario. En tal caso, cualquiera que sea la causa que hubiere originado la separación, si persiste por más de dos años permite concluir que el matrimonio ya no es tal y no representa la base armónica para la convivencia familiar”.¹¹

Bajo los argumentos anteriores, podríamos considerar como jurídicamente débiles las afirmaciones de los legisladores para fundar la ratio legis de la causal XVIII en estudio; no obstante, en la discusión en particular, de la decisión que debía tomar la Cámara Baja para aprobar o no la adición propuesta, se fortalecieron dichos argumentos y se señaló, entre otras cuestiones, que la causal concluiría con la incertidumbre suscitada por la general ignorancia de la ley que hacía suponer a los esposos separados que “automáticamente” estaban divorciados por dicha separación excesiva, como si operara entre ellos una especie de “prescripción negativa” que

¹¹ Diario de los debates de la Cámara de Diputados, 23 de noviembre de 1983. p.7

terminaba con el vínculo legal por el mero transcurso del tiempo, por supuesto una idea absolutamente infundada y desafortunadamente adoptada como válida por la mayoría, a causa de la susodicha ignorancia de la ley.

Otro argumento favorable a la adición hacía referencia a que mediante esta causal se terminaba también con una "relación totalmente carente de significado afectivo y conyugal" pues, como hemos afirmado, no son pocos los matrimonios afectados por separación y en los cuales no se presenta ninguna vida conyugal, ni se cumple con los fines matrimoniales, por lo que este argumento se dirigía a atacar la existencia de matrimonios sólo reales en el acta del estado civil.

En la discusión camaral desde luego se objetó la propuesta de adición de la causal en estudio ya que se afirmó, entre otras cosas, que atacaba la unidad familiar o daría lugar a divorcios injustos, argumentos que no consideraban que la separación conyugal, es consecuencia de una causa grave de desavenencia matrimonial que en realidad atacó, previa y definitivamente, la unidad familiar, y ante la que los esposos no encontraron solución.

Al cabo de la discusión, el dictamen de las comisiones fue aprobado por 258 votos a favor contra 52 en contra, por lo que luego de su revisión por parte de la Cámara de Senadores, donde también se aprobó, pasó al Ejecutivo, que al abstenerse de vetar la iniciativa procedió a promulgarla en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de diciembre de 1983, y en el que se dispuso que entrara en vigor después de 90 días de su publicación, es decir el 27 de marzo de 1984, con lo que dio lugar a intensas y profundas discusiones jurídicas, adopción de criterios para su aplicación, interpretaciones diversas y, sobretodo, a una gran indefinición legal acerca

de las consecuencias originadas por su aplicación a casos concretos, de las que pretendemos ocuparnos en este trabajo.

3. ANÁLISIS DE LA CAUSAL

Consideramos pertinente proceder al análisis de los elementos que creemos son constitutivos de la causal en estudio y que de acuerdo a la interpretación literal de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil podemos distinguir en: el hecho físico de la separación entre los esposos; el lapso para la integración de la causal en estudio; la independencia del motivo que originó la separación conyugal o su irrelevancia en juicio; y la posibilidad que la ley concede a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la acción de divorcio. Abordaremos ahora cada uno de estos elementos.

A) EL HECHO FÍSICO DE LA SEPARACIÓN CONYUGAL.

Creemos que constituye el primer elemento esencial de la causal que es materia de este trabajo. Por definición, la separación en sentido amplio consiste en "poner a una persona fuera del contacto o proximidad de otra" y en estricto sentido se explica como "la interrupción de la vida conyugal".¹² Cabe advertir que la especie de separación conyugal que nos ocupa es de distinta naturaleza a la llamada separación de cuerpos que es "el estado de los esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos" y que en cuanto a su efecto se distingue del divorcio "solamente en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse y se suprime la obligación relativa a la vida en común; así no

¹² Diccionario Jurídico Omeba. Ob. Cit. p.1194.

puede obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley¹³

Entendemos que en esos casos la separación conyugal es efecto de un determinado estado de los esposos, pero no es causa para que proceda un divorcio. De esta clase de separación entre esposos y sus diferencias con la causal en estudio nos referiremos más adelante.

La separación conyugal que es causa de divorcio según la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil es aquella que se presenta como fundamento para que eventualmente se produzca el divorcio.

Pensamos que la separación conyugal, consiste en la interrupción absoluta de la vida conyugal, sin intervención de ninguna autoridad judicial, que entre otros efectos produce el que cada uno de los esposos viva ajeno por completo a su cónyuge y desarrolle una existencia propia, independiente y distinta a la que debería regir en una comunidad conyugal, y que además, dicha separación permanezca por un lapso más o menos largo, no obstante, la subsistencia jurídica de un matrimonio que une a los esposos, que desde luego no estará disuelto hasta que así lo declare una autoridad competente.

Mediante esa clase de separación los esposos contravienen cotidianamente la principal obligación matrimonial que es la de cohabitar, de tal manera que cada uno de los cónyuges considera como un hecho definitivo la terminación total “en los hechos” de su matrimonio, independientemente de los actos que hagan o dejen de hacer para definir su situación.

¹³ Planiol y o. Ob. Cit. p. 368.

Al referirse a la vida en común en el matrimonio Rojina Villegas la califica como la obligación fundante y explica que a partir de ella se realiza el estado matrimonial, de manera que ante la ausencia de vida conyugal “no se pueden cumplir los otros fines naturales del matrimonio para constituir la familia, para que si hay hijos pueda ejercerse convenientemente la patria potestad por ambos padres, y para que exista la ayuda mutua no sólo en lo que se refiere a alimentos, sino también la ayuda de carácter moral, espiritual, que la ley supone entre los consortes; a su vez la obligación de fidelidad y el débito carnal, cuando las condiciones fisiológicas de los consortes lo permitan, se basan en la vida común”.¹⁴

Desde luego la ley reconoce la importancia de estas obligaciones conyugales y en nuestro derecho vigente son recogidas por los artículos 162, 163, 164 y otros relativos del Código Civil.

La separación conyugal a que se refiere la causal en estudio pensamos que necesariamente debe tener como presupuesto básico el ánimo y decisión definitiva de los esposos para considerarla de tal gravedad que resulte suficiente para hacer imposible la permanencia de la unión matrimonial.

Aun cuando la ley no lo distingue así, creemos que el concepto legal para introducir a la ley la separación conyugal como causa de divorcio se basa en el hecho de que en muchos matrimonios afectados por una separación de tal naturaleza, absoluta e ininterrumpida, la característica común es que en cada uno de los esposos existe la clara e indiscutible convicción de que su matrimonio ha dejado de ser tal.

¹⁴ Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p.464.

En tales casos, creemos que está ausente el elemento que en el Derecho Romano se conocía como la "affectio maritalis"¹⁵ o sea la intención de constituir una familia, de fundar una unión, y de la que se podía y debía inferir de las circunstancias qué intención rodeaba a la unión.

En la mayoría de los casos, los esposos separados asumen actitudes propias de solteros y en alto número de casos establecen relaciones adulterinas o incurren en delitos como la bigamia. En otros casos, debido a una generalizada ignorancia de la ley o a una deliberada mala interpretación de la misma, algunas personas llegan a considerarse "automáticamente divorciadas" por el mero transcurso del tiempo.

Es un hecho que consideramos irrefutable, que a la fecha en que se produce la separación conyugal, es imposible determinar con certeza, si el cónyuge que se separa lo hace con el ánimo específico de que dicha separación sea absoluta y definitiva y logre, de ese modo, configurar los supuestos para que se configure la causal en estudio (en cuanto al lapso de duración y definitividad).

Pensamos que sólo cuando la separación suponga una ruptura definitiva en el matrimonio, será procedente y aplicable la causal de divorcio en estudio, a fin de resolver aquellas situaciones jurídicas producidas por un rompimiento de facto en el matrimonio.

Algunos juristas han criticado severamente la causal equiparándola al repudio como forma antigua que existía para terminar con el matrimonio e incluso calificándola como una nueva causal causante de "divorcio unilateral."¹⁶

¹⁵ Von Mayr, Robert. "Historia del Derecho Romano". Ed. Labor, 2ª. ed. trad. Wenceslao Roces, Barcelona 1930. p.152.

¹⁶ Cfr. Chávez Ascencio, M. Ob Cit.

Consideramos que esa clase de críticas no son del todo sustentables, ya que la antigua figura del repudio suponía que el esposo podía correr del domicilio a su mujer, rechazándola de la casa, incluso sin causa justificada o por alguna causa grave como el adulterio, y mediante la simple entrega de un escrito, institución evidentemente superada en la legislación contemporánea y que sólo es parte en algunos casos del Derecho hebreo. Por otro lado, consideramos que el divorcio que origina la separación conyugal no puede calificarse como unilateral, ya que no debe perderse de vista que la decisión para la disolución del matrimonio la decretará una autoridad judicial, cuando se acredite la acción de divorcio que intente uno de los cónyuges, y no será uno de los esposos quien unilateralmente establezca esa decisión. Con esto creemos que solamente podría llamarse unilateral, la decisión de uno de los cónyuges de separarse, con el ánimo de demandar el divorcio, al transcurrir el plazo legal necesario de dos años, pero en tal caso, el que se separe en esas condiciones, quedaría expuesto a ser demandado por el cónyuge abandonado según la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil; o por el contrario, si existiera una causa que legalmente haya justificado la separación y el que se separó no entabla la demanda de divorcio en el término de un año, también quedaría sujeto a que el cónyuge inicialmente culpable de la separación, lo demande a causa de la negligencia del separado para demandar oportunamente el divorcio, según la causal de divorcio prevista por la fracción IX del artículo 267 citado.

Como se advierte de lo anterior, tratándose del matrimonio es imposible exigir coactivamente la obligación de los cónyuges de hacer vida en común para lograr los fines de esta institución.

Al introducir la separación conyugal como causa de divorcio, el legislador admitió que al Derecho le resulta imposible hacer efectiva la convivencia conyugal.

Antes de concluir este apartado cabe mencionar que se advierte una diferencia de la causal en estudio con otras semejantes y que consiste en que en la fracción XVIII no se hace ningún señalamiento a algún elemento de lugar para configurar la causa de divorcio, en particular en lo relativo a domicilio conyugal; es decir que la separación basta que sea entre los esposos y no necesariamente del domicilio conyugal para que opere la causal de divorcio.

De esta manera podemos señalar que una característica de la causal en estudio es que la separación a que alude es entre personas, los cónyuges, y no de un lugar, como el domicilio conyugal, pues como se sabe las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil hacen referencia a la existencia de domicilio conyugal, para que resulten aplicables los presupuestos que contienen para constituir una causal de divorcio.

Con lo anterior, no se pretende establecer que operará la causal de divorcio consistente en la separación conyugal aún cuando los esposos vivieran bajo el mismo techo pero separados, sino que el elemento domicilio conyugal no será imprescindible para que se actualice la causal. Así alguno de los esposos que hubiera vivido “en calidad de arrimados”, sin haber establecido propiamente domicilio conyugal, pero que se haya separado por más de dos años, podría recurrir a la causal XVIII para reclamar su divorcio.

B) EL LAPSO PARA SU CONFIGURACIÓN.

El segundo elemento que consideramos esencial en la causal en estudio, es el que se refiere al período o lapso que habrá de mediar para que la separación conyugal se considere causal de divorcio.

El lapso que el legislador introdujo a la ley para calificar una separación conyugal como suficiente para disolver el matrimonio es de dos años, un período que de acuerdo a la exposición de motivos, de la reforma legal, que adicionó la nueva causal, se consideró que denotaba "largo tiempo" de separación conyugal y que permitiría "concluir que el matrimonio ya no es tal y no representa la base armónica para la convivencia familiar".¹⁷

No obstante, que no encontramos ninguna base científica en la que el legislador se haya apoyado para establecer un lapso de dos años como suficiente para concluir que un matrimonio no existe como tal después de ese tiempo de separación entre los esposos, creemos que dicho lapso es el indicado para satisfacer los fines que persigue la causal, entre ellos, el acabar con la existencia de matrimonio que sólo existen en el acta del Registro Civil, pero no en los hechos.

El lapso de dos años a que se refiere la causal podría considerarse que es razonable, ya que creemos que de algún modo protege la estabilidad del matrimonio y otras relaciones jurídicas que de él derivan, como el parentesco y la filiación, al evitar conceder cualquier lapso breve de separación conyugal como causa de divorcio.

Además, por una parte el término de dos años no es tan breve, para permitir a alguno de los cónyuges demandar el divorcio por alguna simple diferencia conyugal de la que haya derivado una separación temporal,

¹⁷ Diario de los debates de la Cámara de Diputados del 23 de noviembre de 1983. p.7.

reconciliable. Por otra parte, no establece un lapso tan extenso, que propiciara mayor incertidumbre, perjuicios y consecuencias negativas, que con su adición a la ley se pretendió evitar.

Las referencias legales para comparar el lapso de dos años, previsto por la causal y determinar si es breve o extenso, se refieren a supuestos sustancialmente distintos a la hipótesis que prevé la fracción XVIII. Así, para que se constituya la causal de abandono injustificado del hogar conyugal, se requiere el transcurso de seis meses, una cuarta parte del lapso previsto en la fracción XVIII, y para que sea aplicable la causal que se refiere al abandono del domicilio conyugal con causa, sin que el cónyuge abandonado entable la demanda de divorcio, se requiere el transcurso de un año, es decir, la mitad del término a que alude la fracción materia de este trabajo.

Cabe mencionar, que este último lapso de un año es el mismo que exigen para la procedencia de causales de divorcio similares a la fracción XVIII, los códigos civiles de los estados de Sonora y Zacatecas.

Pensamos que mediante el transcurso de dos años para la configuración de la causal de divorcio de alguna manera se garantiza que el divorcio que se declarara, basado en esa causal, no sea unilateral o de repudio como algunos autores sostienen,¹⁸ pues creemos que el cónyuge que se separa con el ánimo de constituir la causal, no podrá limitarse a probar al Juez que transcurrieron dos años de separación, sino que durante ese lapso no ha habido de modo alguno vida conyugal.

De este modo, pensamos que la función del juzgador no se limitará a la un simple cronometrista que verifique cuánto tiempo ha mediado de

¹⁸ Cfr. al respecto Chávez Asencio, M. Ob. Cit.

separación entre los esposos, sino con mayor rigor examine si efectivamente existe, entre las partes, separación conyugal y ésta se ha prolongado el tiempo suficiente, dos años, para considerarla capaz de disolver el matrimonio.

Respecto al elemento en estudio creemos que las omisiones en que se incurrió al crear la causal, hicieron surgir grandes dudas desde que se hizo pública su redacción, y que hasta ahora, a más de una década de que está en vigor, aún no hay respuesta a preguntas, tales como ¿a partir de cuándo se debe iniciar el cómputo de la separación conyugal?, o ¿qué clase de hechos entre las partes, interrumpirían el lapso de la separación para dejarlo sin efecto? o aun más importante ¿cómo debe regularse el pago de alimentos?

Creemos que la ley debería regular con mayor profundidad los supuestos que podrían derivarse de la introducción de la causal en estudio, y ofrecer una respuesta a cuestiones tan simples como las antes enunciadas.

Consideramos que a falta de una respuesta legal expresa, la solución legal de esa clase de interrogantes debe desprenderse de la interpretación de la legislación familiar vigente y así se debe iniciar el cómputo de la separación desde el momento en que uno de los cónyuges contraviene su deber conyugal de cohabitar con el otro, y deja de habitar el lugar donde habitualmente hace vida conyugal, si dicha separación se prolonga indefinidamente. Del mismo modo, creemos que sólo la reanudación de la cohabitación entre los esposos, así fuera por un día, esporádica o eventual, debe considerarse suficiente para desvirtuar una separación conyugal como causa de divorcio.

Por el contrario, no debiera considerarse como interrupción del lapso de separación conyugal absoluta, una simple visita de uno de los cónyuges al

domicilio donde habita el otro, para cumplir deberes como por ejemplo, el pago de alimentos o respecto a la educación y cuidado de los hijos.

Por otra parte, aunque a la fecha ya es un problema superado, la aplicación de la nueva causal durante los dos primeros años de su vigencia, causó polémica en el Foro, ya que se discutía si aplicaría resultaría violatorio de la garantía constitucional prevista por el artículo 14 de la Carta Magna, problema que no impidió que varios casos fueran resueltos con base en esta causal, que fue utilizada computando el término de dos años a casos preexistentes antes de su entrada en vigor, en marzo de 1983. Por ahora, nos limitamos a enunciar este problema, del que nos ocuparemos con mayor amplitud en el siguiente capítulo.

C) INDEPENDENCIA DEL MOTIVO O CAUSA DE LA SEPARACIÓN CONYUGAL.

El tercer elemento esencial de la causal en estudio, que consiste en la independencia del motivo o causa que haya originado la separación, constituyó con su introducción a la ley, una verdadera novedad, en relación a la sistemática que hasta entonces regulaba al divorcio.

A diferencia de causales de divorcio similares a la prevista por la fracción XVIII, la nueva causal introdujo la posibilidad de que un cónyuge no tuviera que justificar cuál era el motivo o causa de la separación para demandar del otro el divorcio. Bastaría la separación como fundamento de la acción de divorcio, para contar con una base legal para solicitar el divorcio, criterio que fue posteriormente limitado en resoluciones judiciales y jurisprudencia, como se verá más adelante.

Las causales de divorcio necesario que aluden a un estado de separación entre los cónyuges, suponen analizar el elemento causa.

Así, la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil, concede la acción de divorcio al cónyuge abandonado, cuando su consorte se haya separado sin causa justificada del domicilio conyugal por más de seis meses, de lo que se colige que quien haya abandonado su hogar conyugal por el lapso señalado, pero al amparo de una causa justificada, no estaría expuesto a ser demandado por su cónyuge. A mayor precisión, bajo esta causal es además, necesaria la existencia de domicilio conyugal.

Además, la causal prevista por el artículo 268 del Código Civil, implícitamente considera la existencia de una causa que haya originado la separación conyugal, pero de la que no hizo uso en juicio el cónyuge que se separó, provocando con su negligencia que el cónyuge abandonado, presunto culpable en principio del divorcio, se convirtiera en titular de una acción de divorcio.

Contrariamente a los casos señalados, la nueva causal no requiere para su procedencia del estudio de la causa que originó la separación, pues así lo dispone expresamente la causal XVIII.

Cabría aquí preguntar, si fue un acierto o no del legislador, desvincular totalmente de su causa, a la separación conyugal, para crear una causal de divorcio que diera la posibilidad de obtener la disolución de un matrimonio, aun a aquellos cónyuges que alegaran a su favor la simple separación, prolongada por el lapso de dos años que dispone la ley, pero que en realidad hayan sido causantes de faltas morales contra su cónyuge o sus hijos?

Consideramos, que uno de los principales vacíos legales que se propiciaron con la adición de la nueva causal, fue precisamente la disposición expresa para no atender a la causa o motivo que originó la separación.

Recordamos que hemos considerado que en términos generales la adición de la causal XVIII, ha procurado la solución de la incertidumbre en que se hallaban un buen número de personas, cuyo matrimonio sólo existía de jure pero no de facto, pero creemos, que la regulación legal ofrecida para este tipo de casos resultó insuficiente.

Precisamente, una de esas insuficiencias, que consideramos grave, fue la limitante que impuso al juzgador para conocer a profundidad las causas de separación conyugal.

De acuerdo a la redacción de la nueva causal, un juez de lo Familiar está legalmente impedido para averiguar qué fue lo que en realidad ocasionó la separación de los esposos.

El conocimiento de esa o esas causas, que resultó generadora de la separación absoluta entre los esposos, hubiera proporcionado al juzgador el pleno conocimiento del litigio planteado a su decisión y con ello, se le hubiera posibilitado allegarse de mayores elementos, para dictar sentencias más justas y equitativas, además, de concederle pleno conocimiento de causa, para decidir si la separación conyugal invocada como causa de divorcio resultaba suficiente, para decretarlo o no, y regular sus consecuencias o efectos.

Con lo anterior, no pretendemos que el proceso de divorcio fuera más penoso, extenuante y largo de lo que actualmente resulta ser para los esposos, sino por el contrario, procurar que en lo posible se evitara abusar de la invocación de la nueva causal y que ésta fuera aplicada indiscriminadamente en aras de resolver una supuesta incertidumbre social.

Mediante la invocación de la nueva causal, es muy probable que un buen número de casos planteados a los tribunales, se hayan resuelto

concediendo el divorcio a solicitud de personas que antes de su separación (causa formal de su acción de divorcio) hayan sido quienes maltrataban, golpeaban o injuriaban a su cónyuge, faltaban a su primordial deber de dar alimentos a su familia o cometían actos inmorales contra su consorte como el adulterio.

El análisis del elemento causa, origen de la separación, es una de las soluciones legales que debería añadirse a la nueva causal de divorcio. La causa o motivo de la separación sería así un elemento decisivo para abordar la culpabilidad de los cónyuges, factor que está ausente de la nueva causal, pero íntimamente relacionado con el elemento que ahora estudiamos, y del que nos ocuparemos detalladamente más adelante.

Cabría precisar que el análisis de la causa que haya originado la separación, no se sugiere como un requisito para la procedencia de la causal, sino como un factor para que el juez resolviera con equidad y justicia, los casos sometidos a su jurisdicción y, contra lo que ocurre en muchos casos, declarara culpable del divorcio a uno de los esposos con las consecuencias que ello implicara.

No creemos por tanto, que sea sostenible que según haya sido la causa de separación, sea procedente el divorcio como sostiene al respecto Chávez Ascencio, quien al criticar severamente la causal, señala que: la separación siempre se origina por una causa y que ésta es la que debe ser considerada para analizar la procedencia del divorcio. Añade que, "señalar como causa la separación, cuando la separación es el efecto, es alterar la lógica de los acontecimientos y violentar el orden jurídico."¹⁹

¹⁹ Chávez Ascencio, M. Ob. Cit. p. 520.

Pensamos, que limitar la discusión a determinar la relación causa-efecto, no lleva a resolver el grave problema que significa una separación conyugal. La separación conyugal es a su vez, causa de una serie de efectos, la mayor de las veces perniciosos, para los cónyuges, quienes bajo esa clase de situaciones se enfrentan a una serie de consecuencias graves y delicadas, que necesariamente se deben regular.

Conviene señalar también que la independencia del motivo o causa que haya originado la separación, distingue a la fracción XVIII de causales similares vigentes en otras entidades del país. Así, las respectivas fracciones IX de los artículos 357 y 425 de los códigos civiles de Zacatecas y Sonora, aun cuando admiten la separación conyugal por más de un año requieren la existencia de una causa que la haya originado y que hacen consistir en la desavenencia conyugal. Los artículos citados disponen:

Artículo 357, fracción IX, del Código Civil de Zacatecas: (Son causas de divorcio): “La separación del hogar conyugal, por desavenencia entre los cónyuges, si se prolonga por más de un año; en este caso, cualquiera de ellos puede pedir el divorcio”.

Artículo 425, fracción IX, del Código Civil de Sonora: (Son causas de divorcio): “La separación del hogar conyugal por desavenencia entre los cónyuges, si se prolonga por más de un año, caso en el cual quien quiera de ellos puede pedir el divorcio”.

Por su parte, en el Código Civil de Morelos existe disposición legal idéntica a la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala: artículo 199, fracción XX (del Código Civil de Morelos): 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 de ellos.

No obstante, los códigos de Sonora y Zacatecas tampoco precisan que debe entenderse por desavenencia conyugal ni sus alcances.

Los límites que hasta ahora se han impuesto a la independencia del motivo o causa de la separación, a los que hicimos referencia al iniciar este apartado, se hallan en una resolución judicial dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil, al resolver el amparo directo 336/85-B y cuyo criterio para que se concediera el divorcio, con fundamento en la nueva causal, fue que: "la separación se dé con el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se deriven, como pueden ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y la formación de los hijos, la perpetuación 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".²⁰

D) LA POSIBILIDAD DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES PARA DEMANDAR EL DIVORCIO.

El cuarto y último elemento esencial, que constituye la causal, la posibilidad de que sea invocada por cualquiera de los cónyuges, está íntimamente relacionada con la ausencia de culpabilidad, con la que se pretendió caracterizar a la causal, y es uno de los conceptos que mayor discusión ha generado desde su introducción a la ley.

Los detractores de la causal consideran que mediante la facultad que concedió la nueva causal para iniciar el divorcio a cualquiera de los

²⁰ Informe de Jurisprudencia de 1986, Tercera parte. p.227.

esposos, se rompió con principios jurídicos generales y técnica jurídica en materia de divorcio.

En la doctrina acerca de las instituciones jurídicas en estudio, una de las posturas generalmente más aceptada por los estudiosos, es la que considera al matrimonio como un contrato; así, nuestra legislación en el artículo 156 del Código Civil reconoce expresamente al matrimonio, su naturaleza jurídica de contrato. En consecuencia, las normas jurídicas relativas a las obligaciones, son aplicables al matrimonio, como el principio que señala que los contratos desde su celebración, obligan a su cumplimiento, que no puede quedar sujeto al arbitrio de los contratantes.

Al principio anterior, se liga íntimamente el que indica que nadie puede invocar su propio dolo o torpeza, en provecho propio.

Derivado de estos principios jurídicos generales, en materia de divorcio la ley concede el derecho de demandarlo, sólo a quien no dio causa a él, según disposición expresa del artículo 278 del Código Civil.

Contrariamente a estos principios, la causal XVIII, introdujo a la ley la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges pueda demandar el divorcio, si se encontraba separado de su consorte por un lapso de más de dos años, e independientemente del motivo o causa que haya originado la separación.

Como se ha señalado en este trabajo, consideramos que al Derecho, le resulta imposible garantizar la permanencia del matrimonio, así como regular puntual e integralmente, relaciones de contenido afectivo. Por otro lado, creemos que es de interés público procurar la mayor protección legal a instituciones como el matrimonio y las relaciones que de él derivan.

De tal manera, creemos que las normas jurídicas relativas al Derecho Familiar deben considerar esos extremos y procurar las mejores normas posibles, lo que no se logró con la adición de la causal en estudio.

Así pensamos que la solución ofrecida por el legislador para resolver la incertidumbre en que se hallaban muchas personas, separados por largo tiempo, aunque su matrimonio estuviera legalmente subsistente, resultó insuficiente, carente de reglas claras, que hicieran más justa su aplicación y desprovista de un marco técnico-jurídico, que apoyara la importancia de sus alcances.

Anteriormente, nos referimos a la necesidad de que la esta causal hiciera alguna referencia a la causa de separación conyugal, para propiciar decisiones judiciales más justas, y respecto del elemento a estudio, en este apartado, consideramos que la adición de la causal XVIII, debió incluir una modificación al principio general previsto en el artículo 278, que concede la acción de divorcio, sólo a quien no dio causa a él.

Según la redacción actual, de la fracción XVIII, cualquiera de los esposos que esté separado del otro, por el lapso que la causal establece, puede demandar el divorcio. De este modo, como ya quedó señalado, no importa la causa de la separación, pero tampoco importa, quien de los cónyuges originó el distanciamiento o quien fue el que se separó del otro.

Creemos, que el sistema legal que se desprende de la aislada adición de la causal XVIII, ha propiciado decisiones injustas, por parte de la autoridad judicial, y es base de actitudes, incluso cínicas y arbitrarias de personas que premeditadamente "prefabrican" la causal, ante la falta de argumentos objetivos y ciertos para demandar el divorcio con apoyo en otra causal. Así en la actualidad es común enterarse de casos de cónyuges que deciden separarse a sabiendas de que su cónyuge, por temor, ignorancia o buena

fe, no los demandará y que al cabo de dos años podrá por su parte, estar en opción de demandar el divorcio por el solo hecho de la separación.

La explicación acerca de por qué rompe con principios jurídicos la adición de la nueva causal, radica en que hasta antes de la reforma legal respectiva las causales de divorcio, en general, daban la acción para demandarlo a quien eventualmente tendría el carácter de cónyuge inocente y no a quien habría dado origen, con su conducta, al surgimiento de una causal de divorcio y que por ello sería declarado como cónyuge culpable.

Como se señaló antes, la nueva causal elimina el concepto de culpabilidad, que se atribuía a los cónyuges y con su adición a la ley, introduce una excepción a la regla: en lo sucesivo cualquiera de los cónyuges, aun quien hubiere sido causante o culpable de la separación, podría invocar únicamente el hecho de estar separado del otro, como fundamento de su acción de divorcio.

No obstante el avance que creemos significó la nueva causal, y el objetivo que se le dio para acabar con la incertidumbre en que se hallaban los cónyuges separados, la excepción que se introdujo a la ley no contó con ningún sustento y se hizo incluso, sin modificar en modo alguno la regla general contenida en el artículo 278. Así, creemos que se dio lugar a una deficiente legislación, que resultó insuficiente, contradictoria y causante de una mayor inseguridad jurídica de la que pretendió evitar con su creación.

A pesar de esas deficiencias, pensamos que en términos generales el hecho de que la ley concediera la facultad de iniciar el divorcio a cualquiera de los cónyuges, resultó un acierto, ya que ofreció un mecanismo tendiente a acabar con la pasividad en que se encontraban cónyuges separados. Resultaba claro que no obstante la falta de vida marital real, en muchos

casos quien tenía la facultad de iniciar un procedimiento de divorcio, no lo hacía pero únicamente por el afán de no favorecer a su aún cónyuge.

En el siguiente capítulo de este trabajo, trataremos de proponer soluciones legales que según nuestra opinión podrían complementar la aplicación de la nueva causal y la regulación de sus consecuencias.

Acerca del elemento en estudio, Rojina Villegas advierte que si bien en nuestro Código se sigue el sistema de divorcio que se caracteriza por conceder la acción de divorcio al cónyuge inocente, o en su caso al sano, no todos los sistemas legales observan dicho sistema.²¹

Este autor señala que existen códigos como el suizo que permiten ejercitar la acción de divorcio “ante ciertas causas comunes a ambos cónyuges, como serían por ejemplo la incompatibilidad de caracteres”. Agrega que en casos en los que, “la conducta recíproca de ambos esposos haga imposible la vida conyugal” y dicha situación sea a causa principalmente por culpa de uno de los cónyuges, sólo se concede la acción al otro aun cuando haya cierta responsabilidad en ambos consortes.

Pensamos que un sistema similar al que adopta el Código Civil suizo, podría haberse introducido en nuestra legislación, que aunque consiguió un avance en la materia, concedió ilimitadamente la acción de divorcio a cualquiera de los esposos.

4. DISTINCIÓN DE LA CAUSAL EN ESTUDIO Y EL ABANDONO INJUSTIFICADO DEL DOMICILIO CONYUGAL.

Consideramos que es necesario distinguir el contenido y aplicación de la nueva causal respecto de las otras causales semejantes, que implican

²¹ Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p. 509.

también separación conyugal, y que son las previstas por las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código y que consisten, respectivamente, en la separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses y en la separación por más de un año.

Como antes quedó expuesto, la causal XVIII no contempla como presupuesto la expresión de una causa o motivo, menos aun justificado o no, que haya originado la separación conyugal. Es decir, no atiende en lo absoluto al estudio de la causa que originó la separación.

Del mismo modo, la nueva causal no requiere para su procedencia que la separación se produzca necesariamente respecto a un domicilio conyugal, es decir, su aplicación admite incluso que los cónyuges hayan carecido de domicilio conyugal en el que cohabitaran, de manera que aun en aquellos casos en que los esposos vivieran “en calidad de arrimados”, y posteriormente se separaran, sería de admitirse la nueva causal como fundamento de la acción de divorcio.

Por el contrario, la causal VIII al prever la separación conyugal como causa de divorcio, hace referencia expresa a la injustificación de la causa de separación, así como a la existencia de domicilio conyugal para que sea aplicable y resulte procedente.

Así, para que se acredite en juicio como causa de divorcio, la separación conyugal a que alude la fracción VIII es necesario que ocurra sin ninguna causa justificada y, además, respecto a un hogar conyugal.

Rojina Villegas explica que “es motivo justificado para separarse que el otro cónyuge hubiere dado causa de divorcio” y al ofrecer ejemplos de cuáles con dichas causas justificadas, que generalmente tendría la mujer, cita el adulterio del marido, la propuesta de prostituir a la mujer, actos de

corrupción de los hijos, etcétera.²² De tal manera, para que un cónyuge abandonado pueda demandar el divorcio con base en esta causal deberá haberse abstenido de cometer esa clase de actos en contra del cónyuge que se separó de la casa conyugal.

Por otro lado, el mismo autor antes citado enseña que “el Código Civil, a diferencia de otras legislaciones, no nos dice abandono de un cónyuge por el otro, por más de seis meses, sin causa justificada, sino separación de la casa conyugal, sin tener causa”²³

Como es fácil advertir, en la causal VIII la separación aludida es de la casa conyugal, lo que denota que sólo surte efectos para aquellos cónyuges que hayan establecido domicilio conyugal, pero también implica que el cónyuge que se separó pueda seguir cumpliendo con sus demás deberes familiares, a pesar de la separación.

Cabe precisar que reciente reforma al artículo 163 Código Civil, a partir de 1983, introdujo a la ley el concepto de domicilio conyugal como el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales, en contraposición a cualquier otro lugar donde cohabiten los cónyuges, carentes de dichos atributos, y en el que sólo tendrían la “calidad de arrimados”. Entonces, a falta de domicilio conyugal, cuando los esposos vivieran en calidad “de arrimados” no resultaría aplicable la fracción VIII.

El término de seis meses a que se refiere la causal VIII, a diferencia del de dos años de la causal XVIII, pareció ser el que el legislador consideró como suficiente para que se concediera el divorcio al cónyuge víctima del

²² Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p. 463.

²³ Idem.

abandono injustificado, por parte de su cónyuge respecto del hogar conyugal.

Aunque el Código no lo dice expresamente, al parecer la ausencia de referencia a la causa y al domicilio conyugal, es la base en la que se apoyó el legislador para determinar la duración que la separación había de tener, para considerarla suficiente para disolver el matrimonio, tratándose del término de dos años de la causal XVIII.

Es una hipótesis distinta a la prevista en la fracción IX, pues en esta, la separación conyugal, que se considera causa de divorcio, consiste en la que se produce por parte de un cónyuge respecto del domicilio conyugal, motivado para hacerlo en una causa justificada, pero que es una separación que se convierte en causal de divorcio, cuando se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio, caso en el cual concede la acción de divorcio al cónyuge abandonado.

Según opina Galindo Garfias, el plazo de un año que la ley concede al cónyuge inocente que abandonó el hogar por una causa justificada, se estableció "para dar lugar a una posible reconciliación de los cónyuges mediante el perdón del cónyuge inocente y para permitir, de una manera excepcional y sólo durante ese lapso, una situación de separación entre los cónyuges, cuando la vida en común se ha perturbado, si puede ser quizá restablecida."²⁴

Al igual que la fracción VIII, la causal prevista por la fracción IX también implica la existencia de domicilio conyugal y el estudio de la causa de la

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

²⁴ Galindo Garfias, I. Ob. Cit. p. 602.

separación del cónyuge inocente, elementos que como antes se dijo, no se distinguen en la fracción XVIII.

Un factor común a las causales de divorcio en estudio en este apartado es que tienen la misma “razón fundante” como le llama Galindo Garfias: “la ruptura de la vida en común y el incumplimiento de sus obligaciones en que incurre el cónyuge ausente”.²⁵

5. DISTINCIÓN DE LA CAUSAL EN ESTUDIO Y LA SEPARACIÓN PROVISIONAL, LA JUDICIAL Y LA ORIGINADA POR ENFERMEDAD.

Procuraremos ahora analizar algunas diferencias de la nueva causal con diversas clases de separación conyugal que no tienen por efecto necesariamente la disolución del matrimonio y que podríamos identificar como la separación provisional, la separación judicial y la originada por enfermedad de alguno de los cónyuges.

Cabe recordar que el Derecho Canónico se caracteriza por consagrar el principio de indisolubilidad del vínculo conyugal por considerar al matrimonio un sacramento perpetuo, que sólo permite disolver tratándose de matrimonios no consumados y entre no bautizados, además de que regula el denominado “divorcio–separación”, figura motivo del análisis propuesto en este apartado.²⁶

A consecuencia de la influencia del Derecho Canónico en los códigos civiles del país, durante el siglo pasado, se estableció como único sistema de separación entre los cónyuges el llamado “divorcio–separación”, con múltiples causas para pedirlo; de esas causas, en el Código Civil vigente

²⁵ Idem.

²⁶ Diccionario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, Ed. Porrúa, 1985, t. IV, pp.329, 330.

sólo existen en la actualidad dos causales para pedir esa clase de “disolución matrimonial”, que doctrinalmente se conocen como causas eugenésicas y que consisten en enfermedades como la sífilis, la tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria. Además se incluye en esas causales la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio y padecer enajenación mental incurable, según disponen las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código.

Según las citadas causales, aunque en el ámbito médico esas enfermedades, ya sean susceptibles de curarse o hayan perdido su carácter de crónicas o hereditarias por el avance de la medicina, pueden dar lugar al llamado “divorcio-separación” que consiste “en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial”²⁷

Como se advierte, mediante esta clase de “divorcio” no vincular la separación conyugal tiene una causa consistente en la enfermedad de uno de los cónyuges, que a su vez constituye el fundamento para que el cónyuge sano quede autorizado para faltar a su deber de cohabitar con el enfermo.

En esta clase de casos, la separación conyugal no se produce necesariamente con el ánimo de disolver el matrimonio, pues según dispone expresamente la ley, quedan subsistentes las demás obligaciones derivadas del matrimonio, como la ayuda mutua y el ejercicio de la patria potestad. No obstante, cabe aclarar que también concede la ley, como una opción, la posibilidad de invocar ese estado de enfermedad como causa de

²⁷ Idem.

divorcio vincular, lo que en la doctrina se conoce como divorcio-remedio en oposición al divorcio-sanción, originado por la violación de los deberes conyugales.

Con estos antecedentes consideramos que resulta inaplicable la causal XVIII, en aquellos casos en que los esposos están separados por virtud de un decreto judicial, que autorice dicha separación, a causa de la enfermedad de uno de los cónyuges, ya que aunque el texto de la nueva causal expresamente dispone que no se debe atender a la causa de la separación, para que prospere el divorcio que en ella se funda, tampoco debe dejar de observarse, que en los casos en que se autorizó un divorcio-separación, ya conoció del caso una autoridad judicial, cuyas decisiones deben prevalecer sobre decisiones judiciales posteriores que conocieran del mismo caso.

Pensamos que este mismo criterio debe prevalecer al pretenderse la aplicación de la causal XVIII, a otras formas de separación conyugal decretadas por autoridad judicial, sin disolver el vínculo matrimonial.

Esa clase de separaciones pueden ocurrir cuando uno de los esposos obtiene una dispensa de un juez, para separarse de su cónyuge, si éste traslada su domicilio al extranjero y no es por causa de prestar un servicio público, ya que en este caso no se concedería la susodicha dispensa a excepción de que el domicilio en el extranjero se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

Creemos que tampoco ha de resultar aplicable la causal XVIII, en aquellos casos en que la separación conyugal, sea producto de un decreto judicial, que se haya dictado como medida provisional en un juicio de divorcio.

No es difícil que ocurra el caso, en que uno de los esposos promoviera una demanda de divorcio, a partir de la cual se decretará la separación

conyugal como medida provisional, y que eventualmente dicha providencia no se notificara al cónyuge demandado.

Aunque reiteramos que expresamente la causal XVIII, dispone que no se debe estudiar la causa de la separación conyugal para que proceda el divorcio, pensamos que una separación entre cónyuges derivada de una medida provisional dictada en juicio, no puede coexistir ni producirse al mismo tiempo que la separación conyugal a que alude la fracción XVIII.

En esta clase de casos consideramos que para que opere la separación conyugal, como causa de divorcio según lo dispone la fracción XVIII, deben necesariamente cesar los efectos de la medida provisional, que dio lugar a la separación; y sólo hasta que se dejara sin efecto dicha providencia, o se declarara la caducidad del procedimiento del cual provino la medida, podría iniciarse entonces el cómputo del término de dos años, a que se refiere la causal XVIII.

En apoyo de esta postura podríamos citar la ejecutoria antes citada en este trabajo, que se publicó en el Informe de Jurisprudencia de 1986, según la cual para que proceda el divorcio fundado en la causal XVIII, se requiere, entre otras cosas, 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..."²⁸ de manera que un decreto judicial de separación provisional de por medio, dejaría insatisfecho el requisito indicado.

En tesis de jurisprudencia que en el capítulo siguiente se cita, también se distingue la separación conyugal que es causa de divorcio, respecto de aquellas otras clases de separación que no producen el divorcio.

²⁸ Ob. Cit. P. 227.

6. CARÁCTER SINGULAR DEL DIVORCIO FUNDADO EN ESTA CAUSAL.

De acuerdo con el análisis de la causal antes realizado en este mismo capítulo, podemos distinguir elementos singulares que le dan un carácter sui generis al divorcio que en él se funda.

Como primera característica singular, podemos indicar que la nueva causal, da lugar a una nueva clase de divorcio, diferente desde luego al voluntario, pero también distinto al divorcio necesario, no obstante que la fracción XVIII, se agrupe dentro de las causales que originan esta última clase de disolución matrimonial.

Como quedó expuesto al exponer las clases de divorcio y sus causales, la doctrina identifica el divorcio por mutuo consentimiento que, como dijimos, se produce por voluntad de ambos cónyuges, y al divorcio necesario cuyas causales producen la disolución del matrimonio, ya sea por el incumplimiento o violación de los deberes conyugales (divorcio-sanción) o por causa de alguna enfermedad (divorcio-remedio).

En los casos de divorcio necesario, a excepción del fundado en la fracción XVIII, sólo el cónyuge inocente, o sea quien no violó sus obligaciones conyugales o no cayó en enfermedad, puede ser el titular de la acción de divorcio.

Conviene recordar que de acuerdo a la redacción de la fracción XVIII, es causa de divorcio la separación conyugal por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, la cual puede ser invocada por cualesquiera de los cónyuges.

A partir del texto legal de la causal, podemos establecer que la nueva causal no incluye el concepto de culpa o inocencia de alguno de los cónyuges, por lo que, a diferencia de las demás causales, impide

determinar que uno de ellos incurrió en la violación de un deber conyugal, o contrajo alguna enfermedad, para ser sujeto de una demanda promovida por su consorte, quien al amparo de otras causales tendría el carácter de cónyuge inocente.

En este sentido podemos afirmar que la causal de divorcio prevista por la fracción XVIII, no puede clasificarse dentro de las causales de divorcio necesario previstas por nuestro Código, en razón de que no implica culpa de alguno de los cónyuges para que sea procedente, y porque desvincula expresamente y de manera absoluta la causa que haya originado la separación conyugal, hecho éste que es el fundamento de la acción de divorcio. Desde luego tampoco cabe agruparla dentro del divorcio voluntario ya que no supone un acuerdo de los cónyuges para conseguir el divorcio.

Íntimamente relacionado al concepto de ausencia de culpa, la causal XVIII, es la única que la ley concede invocarla "a cualesquiera de los cónyuges" indistintamente. Como se dijo antes, tratándose de cualquiera de las demás causales de divorcio necesario reguladas por nuestro Código Civil, la acción de divorcio sólo se concede al cónyuge inocente, según dispone expresamente el artículo 278 del Código Civil, de manera que el cónyuge que dio causa al divorcio, no podría iniciarlo.

Al respecto, Galindo Garfias opina que "no se comprende por qué el cónyuge que ha faltado al deber de cohabitación sea legitimado para obtener el divorcio", lo que considera tanto como introducir la disolución del matrimonio por repudio de uno de los consortes".²⁹

²⁹ Galindo Garfias, 1. Ob. Cit. p.608.

Pensamos que dicha opinión es parcialmente cierta, pues la "ratio legis" de la nueva causal nunca explicó por qué concedió indistintamente la acción de divorcio a cualquiera de los cónyuges separados, aunque también consideramos que es excesivo afirmar que da lugar a la figura del repudio como forma de disolución matrimonial y no es suficiente para desvirtuar el objetivo que el legislador estableció para la nueva causal, consistente en que "se disuelvan los matrimonios que de hecho ya no lo son."³⁰

Por el contrario, coincidimos con la opinión que sustenta el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. en el sentido de que la regulación del divorcio ha de ser cada vez menos penosa para los cónyuges, ya que "los últimos avances legislativos abandonan casi totalmente la enumeración de las causales para resumirlas en una sola: la quiebra efectiva, total, de hecho y comprobada del matrimonio."³¹

7. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO DERIVADO DE ESTA CAUSAL

Para analizar las consecuencias jurídicas que se producen con la aplicación de la nueva causal de divorcio, cabe precisar que la técnica jurídica para determinar las consecuencias generales de la disolución legal de un matrimonio, parte del concepto de cónyuge inocente y cónyuge culpable.

Como se ha dicho el cónyuge inocente es quien no dio lugar con su conducta o el quebranto de su salud, a que se actualizara una causal de

³⁰ Iniciativa para reformar diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, de las Comisiones de Justicia y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados. 22 de noviembre de 1983.

³¹ Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Ob. Cit. p.332.

divorcio, lo que no quiere decir que necesariamente siempre tendrá el carácter de actor o demandante en un juicio, pues puede suceder el caso de que uno de los consortes se presuma inocente y titular de una acción de divorcio, contra quien considere cónyuge culpable y lo demande infundadamente, caso en el que en sentencia se absolverá del divorcio, a quien se señaló como culpable sin serlo.

Por otro lado, superando el antiguo sistema que limitaba su jurisdicción, el Código Civil concede a los jueces "las más amplias facultades" para resolver las cuestiones relacionadas con los hijos, como la patria potestad y su guarda y custodia.

Además, en sus resoluciones los jueces deben determinar las consecuencias jurídicas que se derivan del divorcio como lo son: el pago de alimentos, el otorgamiento de garantía respecto al pago de alimentos, la liquidación de sociedad conyugal, el término para que los divorciados puedan volver a casarse, o indemnización por daños y perjuicios, entre otras.

Sin embargo, al amparo de la redacción actual de la fracción XVIII y a la falta de una regulación sistemática de sus alcances, muchas de las consecuencias jurídicas, que se derivan de su aplicación se han encontrado con un vacío legal que es preciso resolver, para no propiciar situaciones injustas o inciertas para aquellos que procuren su divorcio con apoyo en esta causal o sean demandados con fundamento en ella.

El hecho de que en la nueva causal se deslinde expresamente el elemento culpa y no permita analizar quién y por qué causa se inició la separación conyugal, propicia que el juez quede sin los elementos suficientes para declarar a uno de los cónyuges culpable y lo obliga a declarar a ambos inocentes e incluso a abstenerse de pronunciarse al respecto. Cabría

preguntar si, sería justa o no una sentencia que declarara a ambas partes inocentes, si uno de los cónyuges abandonó injustificadamente al otro, cometió adulterio o no proporcionó alimentos a consorte e hijos abandonados, pero en “premio” obtuvo una sentencia de divorcio que lo declaró inocente?

Tratándose de la pensión alimenticia tiene aun mayor relevancia la ausencia del elemento culpa, pues por disposición expresa del artículo 288 del Código Civil, el juez está obligado a sentenciar al culpable a pagar alimentos en favor del inocente. Surgen entonces las insuficiencias de la nueva causal con preguntas como ¿qué servirá de base al juez para hacer tal condena, si no puede declarar a uno de los cónyuges culpable y al otro inocente? Según la regulación de la causal XVIII, nos parece que dicha cuestión carece de respuesta y sólo queda remitirse a otras disposiciones legales como las relativas al divorcio voluntario y las que norman el pago de alimentos, para resolverlas. En capítulo posterior, daremos los resultados de una encuesta levantada “ex profeso” entre jueces de lo familiar del Distrito Federal, para conocer su opinión, acerca de los elementos que la nueva causal proporciona para resolver los casos de separación conyugal por más de dos años, así como su opinión general respecto de dicha causal.

Otro problema que propicia la falta de sistemática de la nueva causal es que deja al juez sin elementos formales para decidir sanciones como la prohibición de contraer nuevo matrimonio, que impone en todos los casos al cónyuge culpable por determinado lapso; esta consecuencia también se origina, al no poder condenarse a uno de los cónyuges a responder por años y perjuicios originados a los intereses del cónyuge inocente, como autor de un hecho ilícito, como lo dispone el artículo 288 del Código Civil.

Cabe mencionar que en el siguiente capítulo procuraremos establecer con mayor precisión las consecuencias derivadas del divorcio, tratándolas en particular, para proponer las soluciones legales que a nuestro juicio deberían introducirse a la ley, para resolver una grave incertidumbre que propició la nueva causal en los casos sometidos a la decisión judicial, a partir de su entrada en vigor y hasta la fecha.

El divorcio produce, a través de la sentencia que lo decreta, una serie de consecuencias que se han agrupado en tres clases, como lo expresamos al principio de este trabajo y a las que es pertinente referirse ahora. Los efectos o consecuencias del divorcio se han clasificado en cuanto a la persona de los cónyuges, en cuanto a los bienes de los divorciados, y en cuanto a los hijos.¹

Respecto a los cónyuges, el primer efecto es desde luego la extinción del vínculo conyugal, a partir de la cual los cónyuges recobran su capacidad para contraer un nuevo matrimonio. Dicha capacidad readquirida de los cónyuges para contraer nuevo matrimonio, quedará sujeta a la condición de culpable o inocente a que haya sido sentenciado el divorciado, así como tomando en cuenta a su sexo.

El cónyuge inocente podrá casarse de inmediato; la cónyuge inocente deberá esperar 300 días para evitar alguna confusión respecto a la paternidad (del hijo que pudiera dar a luz dentro de los 180 días posteriores a la celebración de un nuevo matrimonio y los 300 días posteriores a la extinción del matrimonio disuelto, que se contarán a partir de la separación judicial); en tanto que el cónyuge culpable, varón o mujer, tendrán como sanción dos años de espera, para poder contraer nuevo matrimonio.

De acuerdo al artículo 286 del Código Civil, las consecuencias del divorcio en cuanto a los bienes, son las siguientes: quien dio causa al divorcio perderá todo lo que le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra

¹ Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Ob. Cit. p.333.

persona, en consideración al matrimonio, en tanto que el inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

En cuanto a la situación de los hijos, superando un antiguo sistema que limitaba al juez para decidir al respecto, el Código Civil dispone que el juzgador gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, pero con la obligación del juez de obtener los elementos de juicio necesarios para ello.

Además, la sentencia de divorcio también deberá ocuparse de condenar al culpable a pagar alimentos a favor del inocente, así como de la indemnización que deberá pagarle por daños y perjuicios, si los causó con su conducta, y la devolución de donaciones.

En el presente capítulo analizaremos la relación entre las consecuencias jurídicas que se producen a causa del divorcio y la solución legal que recae a aquellos casos de divorcio fundados específicamente en la fracción XVIII del artículo 267. Trataremos entonces de precisar como quedaron reguladas en el texto legal vigente, las consecuencias jurídicas del divorcio decretado en base a dicha causal en estudio. Además, enunciaremos algunos problemas derivados de la aplicación de la nueva causal, se expondrá la opinión de algunos jueces de lo Familiar, respecto de la nueva causal, y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia acerca de ella, y por último, haremos propuestas para tratar de solucionar las deficiencias legales.

1. EL PROBLEMA INICIAL DE SU APLICACIÓN RETROACTIVA.

Uno de los primeros problemas que se discutieron por los juristas, luego de conocerse el contenido de la nueva causal, fue el posible conflicto de leyes

que originaría su aplicación al entrar en vigor, noventa días después de que fuera publicada en el Diario Oficial.

Aunque la discusión se superó a fines de marzo de 1986, al transcurrir dos años desde que entró en vigor, resultó de gran importancia en esa época el determinar si la aplicación de la nueva causal a casos concretos resultaría o no retroactiva y, de serlo, si esa aplicación retroactiva redundaría en perjuicio de alguno de los cónyuges, ya que en ese caso la nueva causal sería violatoria de la garantía constitucional que tutela el artículo 14 de la Carta Magna.

El jurista Ignacio Burgoa Orihuela señala que la retroactividad consiste en "dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con antelación al momento en que entra en vigor, bien sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley anterior, o bien alterando o afectando un estado jurídico preexistente, a falta de ésta."²

El decreto que incluyó la nueva causal se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, el cual en sus artículos transitorios dispuso que entraría en vigor noventa días después, es decir, el 26 de marzo de 1984.

Se trató entonces, de determinar si la separación conyugal que la nueva causal consideraba como fundamento de la acción de divorcio, sería aquella que empezara a contarse desde la fecha en que entró en vigor la adición, o, si por el contrario, sería suficiente que hubieran transcurrido dos años de separación, aunque el lapso hubiera iniciado antes de la fecha en que entró en vigor la causal.

² Burgoa Orihuela, I. "Las garantías individuales", Ed. Porrúa, México, 1989. p.500.

Los jueces de lo Familiar que admitieron las demandas y las Salas del Tribunal Superior de Justicia que conocieron de las apelaciones contra sentencias en las que se aplicó de inmediato la causal, se pronunciaron por considerar que la aplicación de la nueva causal no resultaba retroactiva, ya que según se afirmó que el criterio del legislador fue en el sentido de que quienes ya se encontraban en el supuesto previsto por la norma, pudieran demandar el divorcio, porque según argumentaron el precepto regía el presente, o sea el momento de su aplicación y sólo el cómputo era el que se retrotraía. Agregaban que igual criterio se habría seguido en la aplicación de las leyes laborales.³

Por otro lado, en sentido totalmente opuesto, los tribunales federales se pronunciaron por considerar que la aplicación de la nueva causal sí era retroactiva y por tanto violatoria de la garantía constitucional prevista en el artículo 14 de la Constitución. Esencialmente el argumento fue que el precepto “sólo puede operar hacia el futuro”, ya que la separación conyugal ocurrida antes de que entrara en vigor la causal “no estaba considerada como causa generadora de divorcio”.⁴

Al respecto, Burgoa Orihuela sostiene que el principio de irretroactividad “estriba en que una ley no debe normar a los actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiera fuerza de regulación. Todos los autores están contestes en que toda ley rige para el futuro y no hacia el pasado y reconoce que “es una cuestión no poco ardua determinar en qué casos una norma legal es retroactiva”.⁵

³ Sentencias pronunciadas por la 10ª. y 11ª. Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en los tomas números 345/85 y 592/85, respectivamente.

⁴ Sentencia dictada por el 4º Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, en los asuntos DC 335/85-B y 321/85B

⁵ Burgoa Orihuela, I. Ob. Cit. p.500.

Como antes se advirtió, al transcurrir dos años desde que entró en vigor la nueva causal, la discusión acerca de su posible irretroactividad, quedó sin materia.

2. LA AUSENCIA DE CULPABILIDAD DE LOS CÓNYUGES EN LAS RESOLUCIONES DE DIVORCIO.

Al amparo de la redacción de la nueva causal, los casos de divorcio fundados en la fracción XVIII, han de resolverse sin que el juez declare a ninguna de las partes como culpable de la disolución matrimonial, ya que la nueva causal expresamente estipula que la separación conyugal es causa de divorcio "independientemente del motivo o causa que la haya originado". Cabe recordar que en el capítulo precedente se apuntó que la falta de un cónyuge culpable, con la consiguiente posibilidad para iniciar el divorcio a cualesquiera de los cónyuges, fue uno de los elementos de la nueva causal que mayor discusión generó, ya que se afirmó que rompía con el principio jurídico que señala que nadie puede alegar su propio dolo en su provecho. Así, según el texto legal vigente, la solución que el Código Civil ofrece a los casos de divorcio decretados por la causal XVIII, es solamente una sentencia de divorcio que no se deberá pronunciar acerca de la culpa en que alguno de los cónyuges hubiere incurrido, y que dio lugar a la separación conyugal.

Pensamos que el modo absoluto como se excluyó de la nueva causal la culpabilidad, se perjudicó gravemente la potestad del juez para aplicar las normas de Derecho Familiar en los casos de divorcio, y produjo un daño grave contra el matrimonio como institución.

Según la redacción de fracción XVIII, la ausencia total y absoluta de culpa para cualquiera de los cónyuges es una característica de la nueva causal,

que impide al juez de lo Familiar para sentenciar a alguno de los cónyuges con la sanción de no poder contraer matrimonio, ni la obligación de pagar alimentos, ni para obligar a uno a pagar en favor del otro una indemnización por daños y perjuicios, con lo que evidentemente las normas de Derecho Familiar quedan reducidas a la ineficacia plena, cuando el divorcio se decreta con fundamento en la nueva causal.

Por otro lado, como un efecto contrario al que se pretendió lograr, la ausencia de culpa seguramente propicia que en algunos matrimonios contraídos por personas sin principios, se tenga como "válvula de escape" o solución final a la separación de dos años, que finalmente producirá un divorcio sin consecuencias, sin culpables, que dejara al matrimonio como una experiencia más de quienes así lo hayan contraído, y en consecuencia, que se le tenga como una institución caduca y susceptible de fácil rompimiento.

Como antes se apuntó en este trabajo, es urgente cuestionar cuántos cónyuges habrán resultado "favorecidos" con la obtención de una sentencia de divorcio que haya declarado disuelto un matrimonio en el que el "beneficiado" incumplió con su deber de dar alimentos a su familia, o cometió la falta grave de injuriar o cometer adulterio contra su cónyuge, o en fin, faltó a su deber de cohabitar y con ello no asumió la vida conyugal de respeto y ayuda mutua entre los cónyuges.

Si bien consideramos que fue loable el propósito de procurar resolver la incertidumbre social, que significan los matrimonios de personas separadas, mediante la introducción de la nueva causal, no creemos que eliminar por completo el análisis de la culpa de alguno de los cónyuges, haya sido la mejor respuesta del legislador.

Por el contrario, creemos que habría merecido elogios la adición de la nueva causal, si se hubiera concedido al juez la posibilidad de conocer la causa o motivo que hubiera la separación conyugal, a fin de estar en aptitud de dictar sentencias más justas y equitativas.

Consideramos que un juez que conociera de casos de divorcio fundados en la causal XVIII, estaría en mejor preparación y provisto de más elementos para juzgar si le fuera concedido analizar la causa de la separación, quién de los cónyuges resultó abandonado, o cómo se cumplieron las obligaciones alimentarias, cuestiones éstas de las que nos ocuparemos adelante al abordar algunas propuestas de solución para regular las consecuencias jurídicas derivadas del divorcio por la causal XVIII.

En conclusión, con la nueva causal no hay posibilidad de determinar la culpabilidad de alguno de los cónyuges, por lo que en la sentencia el juez debe declarar inocentes a ambos, con los consiguientes perjuicios que eso ocasiona.

3. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Anteriormente, el artículo 283 del Código Civil disponía que, en casos de divorcio necesario, el Juez estaba obligado a condenar a alguno de los cónyuges a la pérdida de la patria potestad de los hijos, o a su suspensión mientras el cónyuge inocente viviera y la ejerciera, e incluso, a que la patria potestad pasará al ascendiente que correspondiera, dependiendo de la causal por la que se había decretado el divorcio y quién de los cónyuges hubiera resultado culpable.

Desde el 27 de marzo de 1984, por una reforma legal a este artículo, el juez goza de las más amplias facultades para resolver todas las cuestiones

relativas al ejercicio de la patria potestad, a su pérdida o suspensión, pero queda sujeto al deber de obtener los elementos de juicio necesarios para ello.

La patria potestad es uno de los conceptos de mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Familiar, pues implica la regulación de las relaciones entre padres e hijos. Al respecto, Galindo Garfias señala que la patria potestad “comprende un conjunto de poderes—deberes impuestos a los ascendientes, que estos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere”.⁶

Conforme a la nueva causal de divorcio, consideramos que se vulnera gravemente el concepto de patria potestad, debido a una falta de sistemática de la fracción XVIII con las normas que rigen esta institución.

En efecto, como se ha expuesto antes la nueva causal implícitamente impide al juez conocer la causa que dio origen a la separación conyugal y, por ende, lo priva del conocimiento de antecedentes del caso que de otra forma le darían una visión más completa del proceso de divorcio puesto a su decisión.

Creemos que ante el texto legal de la causal XVIII, es válido cuestionar cómo y con qué elementos de juicio un juez pronunciará sentencia, para regular el deber de cuidar a su hijo, dirigir su educación, procurar su asistencia o administrar sus bienes, si la propia ley le impide conocer cómo y por qué ocurrió la separación conyugal y familiar, que le ha impedido precisamente ejercer esos deberes—poderes respecto a su hijo.

⁶ Galindo Garfias, I. Ob. Cit. p.667.

Pensamos que surge aquí una nueva contradicción legal, que al parecer no alcanzó a prever el legislador al introducir la nueva causal de divorcio, pues por un lado el artículo 283 del Código impone al juez el deber de “obtener los elementos de juicio” necesarios para regular todo lo relativo a la patria potestad, pero por otro lado la nueva causal expresamente excluye el análisis del motivo o causa de la separación entre quienes ha de regularse el ejercicio de la patria potestad.

Al adicionarse a la ley la nueva causal de divorcio, un aspecto tan importante como la regulación de la patria potestad no debió dejarse sin una norma precisa que hiciera factible que el juez contara con “todos los elementos de juicio para decidir al respecto.

Creemos que ante la deficiente regulación que la ley ofrece de los efectos de la patria potestad, en relación con la fracción XVIII, resulta de primera importancia corregir el texto legal para que en vez de excluirse totalmente el análisis del motivo que haya originado la separación conyugal, se conceda al juez su estudio, para que cuente con mayores y más profundos elementos de juicio, tan necesarios para resolver cuestiones esenciales como el ejercicio o limitación de la patria potestad.

4. EL PAGO DE ALIMENTOS.

En materia de pago de alimentos en casos de divorcio, el texto legal dispone que el juez condene a pagarlos al cónyuge culpable en favor del inocente, considerando las circunstancias especiales del caso, como la capacidad para trabajar de cada uno de los cónyuges y su situación económica.

En este rubro de primera importancia, la nueva causal muestra también su insuficiencia y la falta de concordancia con las disposiciones del Código Civil en materia de alimentos, al dejar prácticamente inaplicables estas normas sobre alimentos, a los casos de divorcio decretados con base en la causal XVIII.

“La razón de ser de los alimentos contra el cónyuge culpable, es una sanción”⁷ y ese espíritu lo recoge el artículo 288 del Código Civil que ordena la condena de pago de alimentos en contra del culpable.

A mayor abundamiento “a pesar de la disolución del matrimonio, que el divorcio supone, casi todas las legislaciones reconocen que queda en pie, entre los que fueron cónyuges, un derecho de alimentos que, por regla general, se atribuye al inocente y se hace gravitar sobre el culpable... Esa obligación no deriva ya del matrimonio que ha desaparecido, sino del hecho de haber ocasionado culpablemente el divorcio”.⁸

No obstante las anteriores consideraciones, en los casos de divorcio decretados al amparo de la nueva causal, no es posible determinar culpabilidad a alguno de los cónyuges, de manera que el juez está impedido para condenar a uno de ellos a pagar alimentos en favor del otro.

Consideramos que la redacción de la nueva causal no resuelve en lo absoluto cómo proteger el legítimo derecho de recibir alimentos del cónyuge que los necesite, ni tampoco proporciona bases para que se condene a uno de los cónyuges a pagarlos en favor de quien los necesite.

La ausencia de culpabilidad de los cónyuges implícita en la nueva causal, alcanza extremos perjudiciales en materia de alimentos, en aquellos casos en que uno de los cónyuges, por lo general la mujer, carece de bienes o de

⁷ Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p. 538.

⁸ Fernández Clérigo, L. citado por Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p. 540.

ingresos para sostenerse y que, a pesar de la separación conyugal prolongada por más de dos años, aun depende de su cónyuge para subsistir.

Pensamos que no puede atribuirse más que a una deficiente redacción y sistematización, la adición de la causal XVIII en relación a las normas legales en materia de alimentos, ya que para casos similares al antes expuesto, sí existe en el Código una reglamentación más precisa y justa. Si se aislara de la nueva causal la culpabilidad factor determinante para señalar en quién recae la obligación alimentaria, el legislador debió buscar un mecanismo legal suficiente para no incurrir en la grave omisión de no regular el pago de alimentos, dentro del divorcio "sui generis" a que da lugar la fracción XVIII.

El propio artículo 288 del Código, prevé que en caso de divorcio por mutuo consentimiento la mujer tendrá derecho a recibir alimentos, por el mismo lapso de duración de su matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Ese mismo derecho le concede al varón imposibilitado para trabajar y que carezca de ingresos suficientes, con las mismas limitaciones impuestas para la mujer.

En relación con los alimentos, la nueva causal omitió considerar que la misma "ratio legis" para explicar el derecho de recibir alimentos en los casos de divorcio voluntario, resulta aplicable en los casos de divorcio necesario decretados por la nueva causal, y en los que no se analizaría la culpabilidad de los cónyuges.

El espíritu del artículo 288, reformado en tal sentido a partir de 1983, ha sido explicado por Pérez Duarte y Noroña, en los siguientes términos: "Si bien es cierto que ha surgido una nueva generación de mujeres cuyo

trabajo fuera del hogar es tanto un instrumento de emancipación como un elemento de fortalecimiento de la economía familiar, lo que implica que la mujer ya no trabaja exclusivamente cuando el ingreso del hombre no es suficiente para el sostenimiento y manutención del hogar y de los hijos, sino como una forma de desarrollo personal; es también cierto que, dada la idiosincrasia nacional, esa supuesta igualdad sólo existe en la ley y un gran número de mujeres siguen dependiendo económicamente del marido y tienen muy pocas probabilidades de encontrar una fuente de ingresos que les permita mantenerse a sí mismas, dada la escasa o nula preparación que tienen por haberse dedicado exclusivamente al trabajo del hogar.⁹

Esas son las razones por las que el pago de alimentos en esas circunstancias no implicaría una graciosa concesión sino una retribución a los años que (la mujer) dedicó a la atención del hogar conyugal, en detrimento de su propio desarrollo personal.¹⁰

Como también lo explica la exposición de motivos que introdujo la reforma al artículo 288 en los siguientes términos: "se pretendió proteger a la mujer casada bajo el régimen de separación de bienes, que dedicó su tiempo a la atención del hogar perdiendo así su habilidad para laborar en otras áreas, e impidiendo que pudiera capacitarse para el desempeño de actividades remunerativas".

No obstante, la plena justificación para disponer legalmente un régimen legal para pago de alimentos entre cónyuges divorciados, la nueva causal y su aislada adición a la ley, omite por completo cualquier disposición al respecto, en perjuicio grave de los legítimos derechos para reclamar

⁹ Pérez Duarte y Noroña, A. "La obligación alimentaria", Ed. Porrúa U.N.A.M., México, 1989. p.130.

¹⁰ Idem. p.151.

alimentos en casos de divorcio, sobre todo de la mujer que nunca trabajó y depende económicamente de su consorte.

5. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL.

Tratándose de los bienes adquiridos por los cónyuges durante su matrimonio y la forma en que habrá de liquidarse su propiedad cuando le sean comunes, la nueva causal también incurre en una laguna legal para regular las consecuencias del divorcio decretado con apoyo en la causal XVIII.

Como se ha visto, la culpabilidad es uno de los elementos esenciales para definir las consecuencias de la disolución matrimonial, respecto a cada uno de los cónyuges, y tratándose de los bienes que hayan adquirido este elemento no deja de resultar determinante. No obstante, también se ha visto que la culpabilidad es uno de los elementos ausentes del concepto de disolución matrimonial previsto por la fracción XVIII.

Desde luego es de aclararse que en matrimonios regidos por el régimen de separación de bienes, no se presentará conflicto alguno, acerca de la situación patrimonial de los cónyuges, si sobreviniera el divorcio a causa de la aplicación de la causal en estudio, pues dichas divergencias se suscitarán tratándose de matrimonios celebrados bajo el régimen de sociedad conyugal.

La regulación de los efectos de un divorcio sobre los bienes comunes de los cónyuges, resulta congruente en la ley cuando se refiere a casos que se resuelven de acuerdo con todas las causales de divorcio, a excepción de la prevista por la fracción XVIII. Así, cuando se decreta un divorcio por cualquiera de las causales previstas por la Ley, a excepción de la XVIII el

Juez declara a uno o a ambos cónyuges culpables, y a partir de esa determinación aplica las disposiciones legales para liquidar bienes

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 286 del Código Civil el cónyuge culpable “perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio”, en tanto que el inocente “conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho”..

Consideramos que las anteriores normas no podrán ser materia de una sentencia de divorcio decretado en base a la causal XVIII en atención a que, como se ha insistido, no habrá en la resolución judicial ninguna declaración de culpa en contra de alguno de los cónyuges, que en cualquier otro caso servirá de apoyo para la aplicación de tales disposiciones.

Por otra parte, para los casos de divorcio decretados por abandono del domicilio conyugal, la ley prevé que los efectos de la sociedad conyugal serán en favor del cónyuge abandonado, a la postre, el cónyuge inocente en la sentencia de divorcio. De igual manera, el texto legal dispone que la sentencia de divorcio ordenará la división de los bienes comunes y para ello concederá un término a los divorciados para proponer de común acuerdo la división, y a falta de un convenio, nombrará liquidador.

A diferencia de la prohibición que la Ley hace para los casos de divorcio decretados por abandono injustificado del domicilio conyugal, tratándose de la fracción XVIII el legislador se abstuvo de crear una disposición que en concordancia con el contenido de esta disposición, ofreciera una regulación justa de los efectos de la sociedad conyugal en casos de matrimonios con una separación de más de dos años de por medio.

En este tema, vuelve de nueva cuenta a resaltar la gravedad de haberse impedido conocer al Juez la causa, origen o motivo de la separación conyugal, y que con conocimiento de ella tuviera mayores y mejores elementos para dictar una sentencia justa.

De acuerdo a las normas legales vigentes, en caso de divorcio cada uno de los cónyuges conservará en igual proporción los bienes adquiridos durante su matrimonio, pero este justo criterio tiene sus excepciones si se refiere a las disoluciones matrimoniales derivadas de la fracción XVIII.

Pensamos que no han de ser pocos los casos de matrimonios celebrados bajo sociedad conyugal en los que uno de los cónyuges se separa y, durante el lapso de la separación, el otro cónyuge incrementa mediante trabajo y capital el patrimonio de la sociedad conyugal. En esos casos cabe preguntar si será justa la sentencia de divorcio que atendiendo a las normas de liquidación de la sociedad conyugal, conceda bienes a quien se separó y nunca contribuyó para acrecentar los bienes comunes, si dicho divorcio se produjo en apoyo en la causal XVIII.

Aunque es sabido que la deficiencia legal anotada existía con anterioridad a la adición de la nueva causal, la reforma legal que introdujo la fracción XVIII no sólo no resolvió cuestiones fundamentales como la antes expuesta, sino que incurrió en un mayor vacío legal al respecto.

6. LA POSIBILIDAD DE CONTRAER NUEVO MATRIMONIO.

El primer efecto de divorcio es la disolución del matrimonio y como consecuencia de ello la posibilidad que concede a los divorciados para

contraer uno nuevo. Así “los cónyuges dejan de serlo y adquieren libertad para contraer un nuevo matrimonio válido”.¹¹

Este efecto directo que produce el divorcio, queda sin embargo sujeto a limitaciones que la propia Ley establece y que, una vez más, depende del carácter de cónyuge inocente o culpable para ser aplicados.

Así, según el Código Civil el cónyuge varón que fue declarado inocente en la sentencia de divorcio, puede volver a contraer un nuevo matrimonio de inmediato. La mujer declarada inocente debe esperar un plazo de 300 días para volver a contraer matrimonio, lo que se explica no como una sanción, sino como una manera de evitar la confusión de la paternidad respecto al hijo que la mujer pudiera dar a luz dentro de los plazos legales establecidos para imputar con certeza la paternidad respecto al marido, y que son de 180 días después de celebrado el matrimonio dentro de los 300 días posteriores a la extinción del matrimonio o a la fecha de la separación judicial.

Aunque se ha insistido en que la falta de definición de culpa de alguno de los cónyuges, de que adolece la causal XVIII, ocasiona consecuencias graves para definir algunos efectos del divorcio, pensamos que tratándose de la posibilidad contraer nuevo matrimonio no sucede así.

Si bien la sentencia de divorcio por la causal XVIII, no debe aludir culpabilidad o inocencia de los cónyuges, ello no obsta para que resulten aplicables a esos casos las disposiciones legales que rigen la celebración de un nuevo matrimonio de quienes han quedado divorciados, es decir no hay ninguna razón para que no sean aplicables.

¹¹ Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M Ob. Cit. pág. 333.

Por otro lado, la propia Ley establece como una sanción para el cónyuge declarado culpable, la prohibición para casarse por un lapso de dos años, contados a partir de que causa ejecutoria la sentencia de divorcio. Como antes se explicó, dicha sanción se impone como una forma mediante la cual la ley reprime a quienes faltaron a sus deberes jurídico conyugales.

No obstante, como ya se señaló en múltiples ocasiones la nueva causal no permite distinguir culpa en alguno de los cónyuges y por ende no proporciona base alguna para que la sanción de prohibir un nuevo matrimonio por un lapso de dos años, se aplique a quienes quedan divorciados por la causal XVIII.

Como se apuntó en su oportunidad, la adición de la nueva causal pretendió acabar con la incertidumbre social provocada por matrimonios que vivan separados a pesar de que subsistía el vínculo legal, lo que consideramos un propósito positivo, pero que se llevó al extremo de conceder una especie de indulto o perdón a favor de quienes violaron su deber conyugal principal; la cohabitación conyugal, origen de los demás deberes y obligaciones en el matrimonio.

De esta manera, la nueva causal se abstiene de disponer cómo se sancionará a uno o a ambos cónyuges, cuyo matrimonio se haya disuelto en base a la fracción XVIII, omisión que sólo puede ser una grave consecuencia adicional de la expresa disposición para no atender al motivo o causa de la separación conyugal.

Creemos que el legislador no consideró importante conceder de nueva cuenta la oportunidad de contraer un nuevo matrimonio, inmediatamente después de un divorcio, a personas que por su irresponsabilidad, infidelidad o mala fe se separaron de su cónyuge a sabiendas de que

quedarían posteriormente divorciados sin necesidad de haber hecho del conocimiento del Juez el origen de su separación.

La solución legal que en esta materia aportó la causal XVIII, pensamos que resultó insuficiente, contradictoria con los fines que perseguía su adición, y en perjuicio de la institución matrimonial al dejar de sancionar un hecho que atenta contra su esencia como lo es la separación conyugal.

7. JURISPRUDENCIA RELACIONADA.

Dada su reciente introducción a la ley, la causal de divorcio prevista por la causal XVIII, ha sido materia de constantes discusiones doctrinales y de una tesis de jurisprudencia que en buena medida ha logrado definir sus alcances, objetivos, y casos de excepción que resulten aplicable, y que debido a su importancia nos permitimos transcribir a continuación:

“Divorcio.— Separación por Más de Dos Años, Como Causal de. Del análisis comparativo, sistemático y lógico jurídico de las causales de divorcio previstas por las fracciones VIII, IX y XVIII del Artículo 226 del Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, que tienen su origen en la separación de los cónyuges, así como de la exposición de motivos de la fracción XVIII, del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, que constituye su antecedente legislativo, se concluye que la separación a que se contrae la fracción XVIII de la primera de las invocadas disposiciones, es distinta de la regulada por las diversas fracciones de la propia norma que igualmente se citan y no puede aceptarse que sea repetición de alguna de ellas, porque se refiere a una causa objetiva que produce la disolución del vínculo matrimonial por el solo hecho de la separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que la hubiera originado, pero desde luego, sin que medie una causa legal o un mandato judicial. Lo anterior así es, porque al darse esa separación, debe entenderse que el matrimonio ya no es tal y no presenta por tanto la base armónica para la convivencia en común, que es el objeto y finalidad del

matrimonio, y por consiguiente, no es razón suficiente que uno de los consortes, a través de diligencias de jurisdicción voluntaria, exprese su voluntad de que no continúe esa separación, y así mismo, requiera al otro cónyuge para que nuevamente constituya el domicilio conyugal, para estimar interrumpido el término de más de dos años, como presupuesto necesario para la actualización de la anotada causal de divorcio, en virtud de que esa actuación constituye un acto unilateral que como tal no puede constreñir al otro cónyuge ni producir por tanto una consecuencia que incida en la esfera de derechos de éste. Obviamente, tampoco interrumpe el término de más de dos años a que se refiere la causal de divorcio que se examina, el que uno de los cónyuges demande el divorcio al otro dentro de dicho término y con apoyo en distinta causal de divorcio, pues con tal acto jurídico no se demuestra el avenimiento o reconciliación de los cónyuges; al contrario, sigue existiendo el ánimo permanente de romper con el vínculo matrimonial, para que se interrumpa el término de más de dos años a fin de que se considere no procedente la causal de que se trata, es necesario que se lleve a cabo la reconciliación entre los cónyuges que demuestre de manera plena y fehaciente la unión de los mismos, por ejemplo, que ambos cónyuges cohabiten con todas las obligaciones inherentes al matrimonio, débito carnal, alimentos, ayuda mutua, etc.”

La anterior tesis de jurisprudencia quedó registrada con el número 15/96 y fue aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Sesión celebrada con fecha 8 de mayo de 1996, y se publicó en el Semanario Judicial de la Federación Novena Época, Tomo III Junio de 1996, visible en la página 115.

Acerca de esta tesis de jurisprudencia, podemos expresar que, por vez primera, desde que entró en vigor la causal, se distingue, de modo claro, la diferencia entre la separación conyugal, que produce el divorcio, respecto de aquellas otras clases de separación que no tienen ese efecto, como lo son la separación conyugal por causa de enfermedad y la separación

conyugal provisional, a causa de un mandato judicial. Además, en concordancia con la exposición de motivos que dio origen a la causal en estudio, la tesis de jurisprudencia señala los fundamentos de procedencia de dicha causal, como lo es la demostración de que al existir la separación conyugal de más de dos años, el matrimonio ya no es tal. Esta tesis de jurisprudencia, también resulta importante para aclarar qué clase de actos podrían interrumpir el lapso de dos años, para que se configure la causal de divorcio, de manera que el juez de lo familiar puede contar con más elementos de juicio, y un criterio más objetivamente fundado, para decidir los casos de divorcio, fundados en esta causal.

8. ALGUNAS RESOLUCIONES RECAIDAS A CASOS REALES.

En una revisión de una decena de sentencias definitivas de primera instancia, dictadas a lo largo de los últimos diez años por diversos jueces de lo Familiar del Distrito Federal, se encontró que en todos los casos no se sentenció a ninguno de los cónyuges como culpables, y a consecuencia de ello no se limitó expresamente a ninguno de los involucrados a no contraer matrimonio, al establecerse en las sentencias respectivas que los cónyuges podrían contraer nuevo matrimonio "con las limitaciones previstas por la ley".

En las resoluciones analizadas, los juzgadores decidieron el pago de alimentos a uno de los cónyuges (generalmente la mujer), sólo a consecuencia de la petición expresa de ésta para gozar de tal beneficio. En ninguna de estas determinaciones se expreso condena alguna respecto a pago de alimentos, cuando la cónyuge no reclamó este derecho, esa en su demanda o sea en su contestación a la demanda.

Por otra parte, las sentencias definitivas decretaron derechos de custodia a favor de alguno de los cónyuges, en aquellos casos en que alguno de los padres reclamara el ejercicio de tal derecho, y generalmente confirmaron como definitivas las medidas provisionales que durante el juicio se dictaron a ese respecto. Sólo en tres de las resoluciones revisadas, se condenó a uno de los cónyuges (el varón) a perder derechos de patria potestad respecto de sus hijos, pero sólo a consecuencia de que la actora solicitó esa condena en su demanda respectiva.

Las sentencias no resolvieron, ni proporcionaron ningún mecanismo, para la liquidación de bienes comunes entre los cónyuges divorciados.

9. OPINIONES DE JUECES DE LO FAMILIAR.

Aún en la actualidad, después de más de trece años de que entró en vigor, la nueva causal de divorcio continúa causando reacciones diversas entre quienes tienen a su cargo la aplicación de las normas a los casos concretos.

Como parte de la investigación de este trabajo, el autor realizó una encuesta entre diez, de los cuarenta Jueces de lo Familiar del Distrito Federal, para conocer su opinión acerca de la causal en estudio, las consecuencias de su aplicación y los efectos derivados de ella.

Las preguntas que se formularon a los jueces fueron: ¿Cuál es su opinión acerca de la causal XVIII del artículo 267 del Código Civil?; La redacción actual de la fracción XVIII, ¿es o no suficiente para resolver los casos de divorcio fundados en esa causal?; ¿Cómo ha resuelto acerca del pago de alimentos?; ¿Cómo ha resuelto lo relativo al ejercicio y pérdida de la patria potestad?; Al no existir cónyuge culpable, ¿está limitado o no el juez para resolver todas las cuestiones planteadas en juicio?

Nueve de los diez jueces consultados, coincidieron en señalar que la entrada en vigor de la causal XVIII ha sido muy positiva y la calificaron como muy útil. Dijeron que antes de la nueva causal había personas permanentemente separadas, que intentan hasta tres o cuatro juicios, al término de los cuales, nunca lograban divorciarse porque carecían de una causal suficiente para conseguir la disolución de su matrimonio. Además, los jueces favorables a la causal que se estudia enfatizaron que con la fracción XVIII han quedado satisfactoriamente resueltos un gran número de casos de personas que vivían separadas y con ello, según señalaron, se aclararon otros actos jurídicos celebrados durante la separación conyugal; agregaron que no consideraban importante el que no hubiera condena sobre la culpabilidad de los cónyuges y que en particular no habían tenido problemas para regular las consecuencias del divorcio, no obstante la falta de un culpable, aunque reconocieron que una deficiencia importante de la causal, es que es omisa respecto a la condena en alimentos.

No obstante, las opiniones favorables apuntadas, seis de los diez Jueces consultados, opinaron que la nueva causal, así como ha tenido ventajas en su aplicación, tiene desventajas, entre las que citaron la falta de culpa de los esposos que quedan divorciados por la causal XVIII; asimismo, señalaron que otra desventaja la constituyen las confusiones a que da lugar, respecto de las uniones extramaritales contraídas por los cónyuges que se encontraban separados. Además, consideraron que la nueva causal ha sido utilizada de mala fe por algunos litigantes y personas sin escrúpulos, que simulan una separación conyugal por más de dos años, para que una de las partes se allane a la demanda y se consume la disolución del matrimonio, en detrimento de los derechos de recibir

alimentos, por parte de alguno de los cónyuges, en los casos en que tiene derecho, y o de los hijos, para evitar la intervención del Ministerio Público.

10. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO DECRETADO POR ESTA CAUSAL.

Como se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, la nueva causal de divorcio deja sin respuesta muchas preguntas a cuestiones tan importantes como el derecho de recibir alimentos, el inicio y término de la separación o qué clase de hechos que se les pueda atribuir la suficiente fuerza para desvirtuar como causal de divorcio la hipótesis que prevé la fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil.

De manera genérica, creemos que los principales puntos que deben incluirse en la ley para solucionar las deficiencias en que se incurrió con la adición de la fracción XVIII, deberían basarse en los siguientes criterios:

- Conceder al Juez la posibilidad de conocer la causa de la separación y examinar quién de los cónyuges dio origen a ella, a fin de que el juzgador tenga posibilidades para determinar que uno de los cónyuges resulte culpable y de esa manera contar con argumentos sólidos para fundar su eventual condena a pago de alimentos, regularización del ejercicio de la patria potestad, indemnización al cónyuge que resultó inocente y determinación del plazo para contraer nuevo matrimonio.
- Establecer de modo claro y sin lugar a confusión que la separación conyugal será aquella que se inicie desde que uno de los cónyuges deje de habitar cotidianamente con su consorte en el hogar conyugal, no obstante el cumplimiento de otros fines del matrimonio, y que dicha separación sólo se considerará

interrumpida por un acto como el cumplimiento del débito carnal que denote la reconciliación de los cónyuges. Aunque ha quedado dicho que la cohabitación es la obligación fundamental en el matrimonio, no puede sostenerse que la falta de su cumplimiento lleve necesariamente a incumplir con otras obligaciones jurídicas como el pago de alimentos a la familia y el ejercicio de la patria potestad.

- Proceder a reformar el artículo 278 del Código Civil para crear la excepción a la regla, es decir, que en el caso de que el divorcio se demande con fundamento en la fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil, se conceda legalmente el ejercicio de la acción de divorcio a cualquiera de los cónyuges y no se limite la ley, como sucede en la actualidad, a sostener una incongruencia al establecer que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no dio causa a él, y en el caso previsto en el artículo 267, fracción XVIII, conceder su inicio y prosecución a cualquiera de los cónyuges.
- Se debe establecer un sistema legal que haga concordar las disposiciones relativas al divorcio, con las concernientes al régimen de alimentos, a fin de que en todos los casos siempre quede a cargo del cónyuge culpable, el pago de alimentos en favor del inocente.
- A consecuencia de la determinación de culpabilidad o inocencia, establecer una sanción al cónyuge culpable del divorcio derivado de la fracción XVIII, a fin de que no pueda contraer nuevo matrimonio, al menos durante un lapso de dos años, con la finalidad de proteger la permanencia del matrimonio y evitar que

sea vulnerable a propósitos supuestamente modernizantes que lo califican incluso como un experimento.

- Estipular en la ley cómo y con qué elementos de juicio, el Juez deberá analizar la situación familiar y social de las partes, para regular, del modo más benéfico para los menores, el ejercicio de la patria potestad, en virtud de que, aunque legalmente tiene las más amplias facultades para hacerlo, no es explícita la manera en que ha de regular en su sentencia, dicho ejercicio.
- Deben dictarse reglas más claras para el pago de alimentos, en los divorcios decretados en la causal en estudio, para dejar suficientemente claro que la mujer tendrá derecho a alimentos si carece de ingresos y no tuvo culpa de la separación, al igual que se regula para los demás casos de divorcio necesario.
- Se debe agregar una norma para que se disuelva justamente la sociedad conyugal en los casos de divorcio por la causal XVIII, de manera que quién demuestre que, a pesar de la separación conyugal, siguió contribuyendo con trabajo y capital al incremento de bienes de su régimen de sociedad conyugal, tenga explícitamente el derecho de conservar esos beneficios.

11. LA NECESARIA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA LA DECLARACIÓN DEL DIVORCIO: NECESIDAD DE SU CONOCIMIENTO PÚBLICO.

No quisiéramos concluir el presente trabajo sin hacer mención de un factor que incide gravemente en la seguridad jurídica de las personas, como lo es, la ignorancia generalizada de las leyes y su alcance.

En materia familiar, la ignorancia de las leyes y los alcances que éstas tienen en la vida de las personas, profundizan en gran medida los

problemas cotidianos que se generan en la vida jurídica de una persona. Así, hay un buen número de casos en que algunas personas celebran algunos actos jurídicos, bajo una confusión acerca de las consecuencias que de ellos pueden derivar.

De esta manera, socialmente es conocido que muchas personas piensan por ignorancia o mala fe, que por el mero transcurso del tiempo, sin intervención de ninguna autoridad, lisa y llanamente, se producen determinados efectos en su esfera jurídica, a partir de los cuales toman decisiones trascendentes que les crean graves dificultades.

En particular, incluso antes de que entrara en vigor la causal en estudio, algunas personas sostenían que después de cierto número de meses de separación, estaban divorciadas de su cónyuge, lo que las llevaba a contraer un nuevo matrimonio, unirse en concubinato e ignorar por completo cualquier relación jurídica que derivara del matrimonio considerado disuelto.

Esta situación vino a complicarse aun más a partir de 1984, cuando el rumor social indicaba que se había aprobado una ley según la cual después de dos años de separación, los esposos quedaban automáticamente separados.

Contra los fines loables que buscaba, la fracción XVIII estaba convirtiéndose en un contrasentido: Se creó para solucionar la situación en que se hallaban un buen número de matrimonios, pero la ignorancia acerca de su alcance y contenido la llevaban indefectiblemente a que se le considerara como el "divorcio automático", que muchos cónyuges estaban esperando. Esa situación aunque no es persistente en la actualidad, aún prevalece en ciertos sectores que la creen cierta.

Pensamos, en consecuencia, que la adición de una causal de divorcio tan importante y singular como lo fue la concerniente a la causal XVIII, debe conllevar una necesaria política de publicidad, a fin de que no quede duda en la sociedad acerca de su significado, de manera que no haya consecuencias, perjudiciales, derivadas de su conocimiento superficial y vago.

El desarrollo social del país indica no obstante, que la ignorancia, antes generalizada acerca de la Ley, está disminuyendo, pero no al grado suficiente para dejar de insistir en que, se debe hacer saber a la sociedad que sólo por y mediante la intervención de un juez de lo familiar, es posible la modificación de cualquier acto jurídico de la persona, en este caso el matrimonio. De esta manera, creemos que se evitará que las personas incurran en la comisión de actos jurídicos ilícitos, que pudieran acarrearles consecuencias desfavorables, y en su lugar propiciar un clima de mayor certeza y seguridad jurídicas, que propicien una mejor convivencia social.

CONCLUSIONES.

- PRIMERA: El divorcio es un acto jurídico que rompe el vínculo jurídico de un matrimonio válido, por causas expresamente determinadas por la ley, y cuyo principal efecto es el de dejar a los cónyuges divorciados, en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.
- SEGUNDA: La adición de la causal de divorcio prevista por la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, fué positiva, a pesar de que no soluciona legalmente algunas consecuencias que origina el divorcio.
- TERCERA: En opinión de algunos juristas, la adición de la causal referida, da lugar a legalizar el repudio, con grave peligro para la integración conyugal y familiar. Sin embargo, a mi juicio, la nueva causal no legaliza el repudio, porque el divorcio sólo puede producirse por una resolución judicial y previo procedimiento legal. A quince años de que entró en vigor la causal estudiada, continúan en la incertidumbre cuestiones que ésta no resuelve, como la definición de los deberes conyugales, el ejercicio de la patria potestad, la custodia de los hijos, el pago de alimentos al ex cónyuge acreedor y a los hijos, y las relativas a aplicación de bienes.
- CUARTA: La separación conyugal para que sea suficiente en considerarla causa de divorcio, debe ser aquella en la que esté ausente la "affectio maritalis", es decir, la voluntad de convivir, en calidad de esposos, un hombre y una mujer.

- QUINTA: En la causal en estudio, no es necesario que se cuente con domicilio conyugal para que proceda legalmente. Tampoco existe ninguna base científica, para que el legislador haya establecido que dos años deben ser considerados como lapso suficiente para que proceda el divorcio por separación de los cónyuges.

- SEXTA: Se debe regular con mayor profundidad, los supuestos que podrían derivarse de la aplicación de la causal en estudio, pues la ley no define, entre otras cosas, a partir de cuándo se debe iniciar el cómputo del lapso de separación conyugal, ni tampoco qué clase de hechos entre las partes, interrumpirían el lapso de la separación para dejarlo sin efecto.

- SEPTIMA: Uno de los principales vacíos legales que se propiciaron con la adición de la nueva causal, fué la disposición expresa para no atender a la causa o motivo de la separación, pues limitó al juzgador para conocer a fondo las razones de la separación entre los esposos y obrar en consecuencia.

- OCTAVA: En efecto, procede que el juez analice la causa de la separación conyugal, que es una de las adiciones legales que debería hacerse a la causal en estudio, ya que se trata de un elemento decisivo para la valoración del caso y la declaración de culpabilidad de los cónyuges.

- **NOVENA:** La causal referida rompió con principios jurídicos generales y la técnica jurídica en materia de divorcio, al conceder acción para iniciar el juicio a cualquiera de los cónyuges separados, pues anteriormente sólo se concedía iniciar el divorcio, a quien eventualmente tenía el carácter de cónyuge inocente.

- **DECIMA:** Al adicionarse la nueva causal, se debió incluir una modificación legal básica, consistente en conceder acción de divorcio, incluso a quien no dio causa a él.

- **DECIMOPRIMERA:** La separación conyugal como causa de divorcio, es distinta de otras clases de separaciones conyugales, como son la que se produce por abandono injustificado del domicilio conyugal, la provisional por orden judicial, y la separación conyugal originada por enfermedad.

- **DECIMOSEGUNDA:** Con la redacción actual de la causal materia de este trabajo, no hay posibilidad de determinar la culpabilidad de alguno de los cónyuges, por lo que en la sentencia el juez declara a ambos inocentes o se abstiene de dictarla, con los consiguientes perjuicios que ello ocasiona.

- **DECIMOTERCERA:** Al amparo de la causal de que se trata, al impedirse al juez conocer la causa de la separación, se le niega también contar con elementos para decidir acerca del ejercicio de la patria potestad, respecto de los hijos de los cónyuges divorciados.

- DECIMOCUARTA: La fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, por su deficiente redacción y su falta de concordancia, deja prácticamente como inaplicables las normas legales relativas a los alimentos entre cónyuges, en perjuicio de aquéllos cónyuges (mayormente mujeres) que tendrían derecho a recibir alimentos.
- DECIMOQUINTA: En cuanto a los bienes de los cónyuges, la causal citada no ofrece ninguna solución para liquidarlos, en consideración a que no hace alusión alguna a la culpabilidad de alguno de ellos.
- DECIMOSEXTA: Al no hacer declaración de culpa, al amparo de la causal referida, los jueces no pueden resolver acerca de en qué forma y cuándo operaría el principal efecto derivado del divorcio, como lo es la aptitud de contraer un nuevo matrimonio.
- DECIMOSEPTIMA: La causal aludida impide a la mujer, en la mayoría de los casos, la posibilidad de obtener beneficios para sí o para los hijos, derivados de un divorcio voluntario, ante la facilidad para que se decrete el divorcio fundado en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil.
- DECIMOOCOTAVA: Es necesario que se reforme el Código Civil, para que se introduzcan cambios que hagan concordante la redacción de la causal estudiada, con las disposiciones relativas ejercicio de la acción de divorcio, los derechos de patria potestad, alimentos entre cónyuges, liquidación de bienes, y término para contraer nuevo matrimonio, entre otras, así como para proporcionar a los jueces de lo Familiar mayores

elementos para resolver, justa y equitativamente, los casos sometidos a su decisión.

Las reformas propuestas son, en concreto:

a) La adición de un párrafo a la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, en los siguientes términos:

Art. 267. ...

I a XVII. ...

XVIII. ...

En cualquier caso, el cónyuge que pida el divorcio fundado en esta causal, deberá exponer al juez, la causa de la separación, quién de los esposos se separó inicialmente, así como el cumplimiento que se haya dado a las obligaciones jurídicas a favor de los hijos, debiendo acreditar en todo caso, dichas manifestaciones.

...

b) La adición de un párrafo al artículo 278 del Código Civil, en los siguientes términos:

Art. 279. ...

En los casos en que el divorcio sea demandado con fundamento en la fracción XVIII del Código Civil, cualquiera de los cónyuges podrá pedir el divorcio, debiéndose observar las demás disposiciones de este Código en relación a estos casos.

c) La adición de un párrafo al artículo 283 del Código Civil, en los siguientes términos:

Art. 283. ...

En aquellos casos en que el divorcio se haya decretado con fundamento en la fracción XVIII de este Código, además de los anteriores elementos de juicio, para fijar en definitiva la situación de los hijos, el juez deberá analizar las causas por las que los cónyuges se separaron, tomar en consideración quién de los cónyuges se separó del otro, así como el cumplimiento que el cónyuge que se separó haya dado a sus obligaciones a favor de sus hijos, además de considerar la convivencia que el cónyuge separado haya mantenido con sus hijos.

d) La creación del artículo 288 A del Código Civil, en los siguientes términos:

Art. 288 A. En los casos en que el divorcio se haya decretado con base en la fracción XVIII del art. 267 de este Código, el juez deberá condenar al cónyuge que se separó como cónyuge culpable, para todos los efectos derivados de la disolución del matrimonio.

e) La creación del artículo 289-A del Código Civil, en los siguientes términos:

Art. 289 A. En los casos de divorcios decretados por la causal XVIII del art. 267 de este Código, el juez condenará al cónyuge que se separó, a no contraer matrimonio, sino pasados dos años, desde la fecha en que se haya declarado ejecutoriado el divorcio.

BIBLIOGRAFIA.

Goldstein, Mateo y otros. Enciclopedia Jurídica Omeba, T.IX, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1958.

Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia, 2ª. edic. Ed. Porrúa, México, 1985.

Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. t. II La familia. trad. de Mario Días Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. Ed. Cultural S.A. La Habana 1946.

Idem. Tratado Elemental de Derecho Civil. Trad. de José Cajica Jr. Cárdenas Editor y Distribuidor. Puebla, Mexico 1981.

Mazeaud, Henri y León. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera, vol. IV, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1976.

Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano, 3ª. edic., vol I., Ed. Porrúa, México 1963.

Pallares, Eduardo. El divorcio en México. Ed. Porrúa. México 1984.

Código Civil Comentado. Libro Primero: de las Personas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Ed. Porrúa, México 1987.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. t. II, 5ª. ed. Ed. Porrúa, México 1980.

Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia. 1ª. ed. Ed. Porrúa, México 1975.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. 1ª. ed. Ed. Porrúa, México 1973.

Chávez Ascencio, Manuel F. La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas conyugales. 1ª ed. Ed. Porrúa, México 1985.

Aionso, Honorio y Belarmino. La separación matrimonial, Madrid, 1970.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, tomo I, Ed. Espasa Calpe, Madrid 1970.

Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República. El marco legislativo para el cambio. Septiembre a diciembre de 1983. Vol. 6, editado por la Dirección General de Comunicación Social de la Presidencia de la República, México 1984.

LEGISLACION:

Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Código Civil para el estado Libre y Soberano de Morelos.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Sonora.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Zacatecas.

Diario de Debates de la H. Cámara de Diputados.