

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

---

---

**FACULTAD DE DERECHO**

**“PROPUESTA DE ADICIÓN DEL ARTÍCULO  
941-BIS AL 941 DEL CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO  
FEDERAL”**

**T E S I S**

**QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A**

**NORMA SANTAMARÍA RÍOS**

**Asesor de Tesis: Lic. JESÚS VILCHIS CASTILLO**

**CIUDAD UNIVERSITARIA**

**MÉXICO D.F. 2007**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.

**“PROPUESTA DE ADICIÓN DEL ARTÍCULO 941-BIS AL 941 DEL CÓDIGO  
DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

**INTRODUCCIÓN**

**CAPÍTULO PRIMERO  
LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO**

1.1. La disolución en la antigüedad. ....	2
1.2. La indisolubilidad del matrimonio. ....	5
1.3. Actitud de la Iglesia Cristiana respecto a la indisolubilidad. ....	7
1.4. El Divorcio. ....	9
1.4.1. Sus orígenes. ....	15
1.4.2. Argumentos en contra y a favor. ....	16
1.4.3. El divorcio en el mundo actual. ....	19
1.4.4. El divorcio en México. ....	26
1.5. El divorcio en el Derecho Comparado. ....	37

**CAPÍTULO SEGUNDO  
DEL DIVORCIO EN GENERAL**

2.1. Naturaleza Jurídica. ....	42
2.2. Divorcio no vincular. ....	43
2.3. Divorcio vincular voluntario. ....	46
2.3.1. Divorcio administrativo. ....	46
2.3.2. Divorcio voluntario por la vía judicial. ....	48
2.4. Divorcio necesario. ....	50
2.4.1. Concepto. ....	51
2.4.2. Referencia histórica legislativa. ....	51
2.4.3. Clasificación de las causales de divorcio necesario. ....	54

2.4.4. Análisis de dichas causales.....	57
2.4.5. Características de la acción de divorcio.....	72
2.5. Efectos del divorcio vincular.....	75
2.5.1. Del divorcio por mutuo consentimiento.....	75
2.5.2. Del divorcio necesario.....	76

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR EN LA ACTUALIDAD**

3.1. El matrimonio en la actualidad.....	92
3.2. El abandono.....	98
3.3. La separación de hecho.....	102
3.4. La separación provisional.....	107
3.5. El repudio.....	110
3.6. El divorcio.....	111
3.7. La dispensa.....	112

### **CAPÍTULO CUARTO**

#### **PROPUESTA DE ADICIÓN DEL ARTÍCULO 941-BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL PARA QUE EL JUZGADOR TOMA EN CUENTA LOS EFECTOS PSICOLÓGICOS Y MORALES QUE SE CAUSA A LOS HIJOS EN EL DIVORCIO**

4.1. El divorcio como un mal necesario.....	115
4.2. El divorcio como la solución del mal funcionamiento del matrimonio.....	118
4.3. El divorcio como inconveniente o no del matrimonio.....	122
4.4. Los más perjudicados con la disolución del vínculo matrimonial.....	124
4.5. Efectos psicológicos y morales en los hijos.....	128

4.6. Las circunstancias morales y psicológicas que debe tomar en cuenta el juzgador en caso de divorcio adicionando los artículos 941 y 941-Bis del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. ....	132
--	-----

<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>139</b>
---------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>145</b>
---------------------------	------------

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis, resulta de una inquietud propia de la sustentante, en razón de los múltiples problemas que se viven en la práctica que como abogada postulante se llevan a cabo en los distintos Juzgados Familiares del Distrito Federal, esto es el divorcio provocado por las múltiples controversias familiares que se suscitan en el seno del hogar.

Cuando se presenta una pareja para que la asesoren en el trámite de un divorcio de cualquiera de los contemplados en el Código Civil y Procesal Civil para el Distrito Federal, lo primero que interesa a las partes, es, qué se va a hacer con sus bienes, también cuándo se puede contraer un nuevo matrimonio, la pensión alimenticia y quién se va a quedar con los hijos, pero nadie pregunta o se interesa por los efectos que puede tener en la moral o en la *psique*, de los menores o hijos en general y solamente se concretan a preocuparse por su vida e intereses personales, no así a los intereses de los hijos.

Entre la gran variedad de temas que se discuten en nuestros días, figura en un lugar preponderante el divorcio, que ha propiciado encarnizadas polémicas entre sus defensores y detractores llegando a todos niveles, de tal forma que la mayor parte de los individuos, casi sin excepción, tiene formada su convicción propia.

Existe la inquietud en abordar el tema del divorcio, por la trascendencia que tiene el fenómeno social dentro de la propia familia como en la sociedad, y sus posibles repercusiones en tales ámbitos, generando conductas antisociales como son: el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución y la delincuencia en los miembros de la familia que ven truncados la armonía y el equilibrio familiar a través de la separación de sus progenitores.

Pero cuando el matrimonio no satisfice los anhelos que la pareja deseaba lograr a través de la comprensión y ayuda mutua, sea por equivocación o error en la elección de su pareja o cualquier otro factor, se buscan soluciones para concluir los problemas que causan tales errores. Pero no debemos olvidar a los hijos, víctimas inocentes del error de sus progenitores. Por ello, hay que meditar con realismo y honradez y no utilizar sus sentimientos, y aun su propia existencia para justificar cualquier cosa, por la sencilla razón que con frecuencia se hace uso indebido de los hijos para encubrir otras realidades o, como hacen algunos mendigos, para excitar la caridad pública llevando a un menor en brazos.

Quienes ven al matrimonio como un paso natural y un estilo de vida, no retrocederán ante la perspectiva de un fracaso que los confine sin alternativa a renunciar a la convivencia conyugal plena; quienes hayan enfrentado ya la ruptura, tendrán la posibilidad, dándose la oportunidad de reconstruir sus existencias; y aquellos que sean felices en sus uniones, contemplarán con satisfacción que otros lo son y que a ellos les sujeta su voluntad y amor, y no un vínculo legal. Esto es, porque puede disolverse cuando dicha relación no funciona, o cuando no se cumplen sus finalidades o principios elementales para su supervivencia, por lo tanto, se debe de concluir esta unión por medio del divorcio, evitando de esta forma mayores complicaciones y problemas en el núcleo familiar y dentro del ámbito social. Pero sobre todo el Juzgador debe tomar siempre en cuenta el daño psicológico y moral que la mayor de las veces causa serios trastornos mentales y emocionales en los hijos, siendo los más afectados los menores de edad.

El objetivo de la tesis, estriba en que, las controversias del orden familiar tengan una mejor regulación en sus artículos 941 y 941-Bis, para tomar en cuenta los efectos morales y psicológicos que pueden tener los hijos durante, antes y después del divorcio, adicionando los artículos señalados del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Para lograr lo antes anotado, el tema se dividió en cuatro capítulos, los cuales a continuación se detalla.

En el capítulo primero, se pretende hablar de la disolución del matrimonio desde la antigüedad y las diferentes posturas existentes al respecto, tanto nacionales como en el Derecho Comparado.

En el capítulo segundo se señala lo referido al divorcio en general, los distintos tipos de divorcio, su concepto, su referencia histórica, legislativa, nacional, el análisis de las distintas causales, las características de la acción de divorcio, sus efectos y el divorcio vincular, por mutuo consentimiento y del divorcio necesario.

Asimismo, en el capítulo tercero se hablará de las controversias del orden familiar en la actualidad y las causas que originan estas controversias como son: el abandono, la separación de hecho, la separación provisional, el repudio, el divorcio y la dispensa.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se pretende hacer la propuesta para que el Juzgador tome en cuenta los efectos psicológicos y morales que se causa a los hijos en el divorcio, pretendiendo solucionar dicha omisión, con la adición a los artículos 941 y 941-Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por ello, se analiza al divorcio como un mal necesario, así también se propone al divorcio como solución al mal funcionamiento del matrimonio, se hace también una referencia, sobre quiénes son los más perjudicados en la separación y si son tomados en cuenta por la pareja o por el Juzgador. Finalmente se propone que el Juzgador tome en cuenta las circunstancias morales y psicológicas que se causan a los hijos con el divorcio y se trata de buscar la solución a la problemática planteada.

Asimismo, se considera que el Derecho de Familia y el Derecho Procesal Civil mediante sus disposiciones deben mantener la cohesión doméstica, es decir, lograr una solidaridad estrecha en las relaciones familiares, según las costumbres, las condiciones de cada pueblo, sus ideas morales, legislativas y religiosas; debe ser, por consiguiente, el Derecho Procesal, la expresión más correcta desde el punto de vista de la técnica jurídica, de la solidaridad doméstica.

Pues bien, el Derecho Procesal viene a ser una manifestación concreta de la finalidad general de todo derecho, que es lograr interdependencia humana, empleando las diferentes técnicas del Derecho Patrimonial, del Político, del Legislativo e Internacional, o de este derecho especialísimo que opera sobre relaciones estrictamente humanas, debidas al matrimonio, al parentesco, especialmente a la vinculación paterno-filial, o en su caso a la relación tutelar, tratándose de menores o incapacitados que no están sujetos a patria potestad. Dependerá de cada sistema jurídico familiar, según las condiciones de cada pueblo, sus costumbres, sus principios jurídicos, religiosos, etc., lograr determinada forma de solidaridad doméstica.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO**

El artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, destaca que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Regula el voluntario y el necesario. El primero no es una demanda, sino una solicitud, que los cónyuges de común acuerdo plantean a la Oficialía de Partes Común del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para que de ahí se dirija a un Juzgado Familiar y esto se puede hacer de manera administrativa o judicial. Para determinar este criterio, debe atenderse a las circunstancias del matrimonio. La propia ley ordena que el divorcio necesario surge cuando cualesquiera de los cónyuges lo reclama, fundándose en una o más de las cuales reglamentadas por el artículo 267.

Ahora bien, el gran drama de la sociedad moderna, el estado civil, ser soltero y permanecer así toda la vida; vivir en unión libre para conservar la libertad; estar unido en matrimonio civil con todos los derechos y obligaciones que te impone y da la ley; ser o estar viudo recordando el pasado; o estar divorciado, en fin, uno decide qué es mejor para uno mismo, para la familia, para los hijos, para la sociedad a la que se pertenece; cada quien escoge qué clase de individuo quiere. Pero hay que recordar: si no participamos con lo que a cada uno nos corresponde, después no tenemos derecho a quejarnos, ya que del seno de la familia nacen y se forman los grandes hombres, pero también de ella surgen los más indeseables criminales.

Cada año se realizan en México un promedio de 750 mil matrimonios mientras que, paralelamente, se divorcian cerca de 50 mil parejas. Estos datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI)

se suman a los revelados por el Tribunal Supremo de Justicia de la Nación en los que se asegura que los matrimonios actuales tienen una duración promedio de cinco años.

Las estadísticas señalan que el número de divorcios va en aumento: en el año 1970 existían dos millones de divorciados en la República Mexicana, frente a los cinco millones, 500 mil divorciados durante 1999.

Además, otro dato estadístico que podría ponerle los pelos de punta a cualquier sociedad conservadora es que si en 1970 el 40 por ciento de las parejas mexicanas se casaban por la iglesia, en el 2000 sólo el 20 por ciento optó por este sacramento. El resto (80 por ciento) se casó sólo por la vía civil y más de siete millones de mexicanos viven en unión libre.<sup>1</sup>

Lo citado anteriormente, nos demuestra que esto, no siempre fue así, por ello será conveniente mencionar los rasgos distintivos del divorcio en la antigüedad.

### **1.1. La disolución en la antigüedad.**

Es por hecho indiscutible de que el divorcio asumió distintas formas como efectos diversos en atención a las condiciones imperantes en determinadas culturas, en virtud de su existencia en la mayor parte de los órdenes jurídicos.

Puesto que los testimonios que la historia del hombre presenta hacen alusión a él. Generalmente fue un derecho exclusivo del varón el repudiar a su mujer por una variedad de causas como fueron el adulterio, la esterilidad, la torpeza, la impudicia, la vida licenciosa, etcétera, y excepcionalmente se le

---

<sup>1</sup> Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. El Divorcio en México. Segunda edición, INEGI, México, 2000. p. 22.

concedía este privilegio a la mujer por la causa de maltrato por parte de su consorte.

“El repudio fue la forma más común del rompimiento de las relaciones matrimoniales y que tuvo vida en las culturas Babilónica, China, India, Egipcia y Romana.”<sup>2</sup>

“Así tenemos que el antiguo testamento narra un pasaje del Deuteronomio (XXIV-I) en el que el desposado si era su voluntad podía repudiar a su consorte por torpezas de la mujer como lo eran: la presunción del adulterio, la impudicia y las costumbres licenciosas.”<sup>3</sup>

El varón perdía lo que había cedido a título de compra, pero en caso de que la repudiación fuese por falta de virginidad, gozaba del derecho de que se le restituyere el valor de lo adquirido (por la razón de haber obtenido un “objeto” usado).

“En Babilonia, el Código de Hamurabi uno de los más antiguos, reconocía la figura del repudio para el hombre, pero en el supuesto que hubiere descendientes debía restituir la dote a su mujer y ceder sus tierras en usufructo.”<sup>4</sup>

En China, fue reconocido el divorcio, en particular en consideración de las malas cualidades de su mujer tales como: la esterilidad, impudicia, falta de consideración y respeto debido al suegro o suegra, latrocinio, mal carácter, enfermedad incurable, aunque la repudiación era poco usual.

Respecto a la India, las Leyes de Manú consentían el repudio a la mujer en atención a los siguientes casos: “esterilidad dentro de los ocho años del

---

<sup>2</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Séptima edición, Porrúa, México, 2002. p. 72.

<sup>3</sup> Ibidem. p. 73.

<sup>4</sup> DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Décima edición, Porrúa, México, 1996. p. 103.

matrimonio, que sus hijos fallecieran en la minoría de edad, que hubiere procreado exclusivamente mujeres, que padecieran una enfermedad no curable, si hablaba con dureza al cónyuge, por tales motivos podía ser repudiada en cualquier momento.”<sup>5</sup>

En el caso de la mujer podía separarse de su consorte si fuere un criminal, si fuere impotente, haber adquirido lepra, o si se ausentara un tiempo prolongado en el extranjero.

En lo tocante al Derecho Musulmán “el matrimonio podía disolverse el vínculo de cuatro formas estando en vida los cónyuges; repudio del hombre, divorcio obligatorio para ambos, el mutuo consentimiento y el divorcio consensual retribuido.”<sup>6</sup>

En Persia, el divorcio no era conocido, pero existía el repudio siempre y cuando la mujer no engendrara un hijo de nueve años de vida en común.

El Derecho Romano reviste un interés especial para nuestro orden jurídico, en virtud de ser éste un antecedente directo y que gravita en los países de ascendencia latina.

En los inicios de Roma fue conocido el divorcio y regulado jurídicamente.

Los efectos del divorcio varían en el matrimonio en atención si éste se celebró *cun manus* o *sine manus*, es decir, si la mujer quedaba bajo la potestad del marido en el primer, o libre de éste en el segundo caso.

---

<sup>5</sup> Ibidem. p. 104.

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ-PORRÚA, SUÁREZ, María. El Divorcio. Práctica Forense de Derecho Familiar. Segunda edición, Porrúa, México, 2003. p. 71.

Cuando el matrimonio se celebraba *cun manus*, la disolución del vínculo era un derecho de repudio por parte del varón. La crónica de Cicerón, señala que este divorcio fue reconocido por la Ley de las XII Tablas. En esta forma tan particular de matrimonio el repudio era un acto unilateral y exclusivo del esposo, cuya única obligación consistía en reintegrar la dote a su esposa.

Por lo que corresponde al matrimonio contraído *sine manus* "el derecho a la disolución del vínculo era recíproco y tomaba dos formas, conocido también como *divortium comuni consensu*. Necesitaba solamente darle la seriedad y notoriedad con una manifestación expresa."<sup>7</sup>

"La segunda forma fue el repudio *sin causa repudium sine nulla causa* que consistía en la sola voluntad de uno de los contrayentes y sin la intervención del magistrado o sacerdote, además sin requerir del consentimiento de la otra parte."<sup>8</sup>

El consorte que repudiaba tenía que fundamentar las causas legítimas de su proceder. Con el transcurso de los años en varias constituciones imperiales se publicaron una diversidad de penas contra el autor de alguna repudiación sin causa legal o contra el cónyuge infractor que diera lugar a éste.

## 1.2. La indisolubilidad del matrimonio.

Sánchez Medal considera que "la legislación mexicana respecto a la indisolubilidad del matrimonio se basa en dos principios, pero según él son opuestos, aunque se conjugan entre sí: el principio de la libertad contractual y el principio de la conservación del matrimonio."<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> ALBERDI, Inés. Historia y Sociología del Divorcio en España. Décima edición, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1997. p. 85.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia. Cuarta edición, Sista, México, 2000. p. 98.

<sup>9</sup> *Ibidem*. p. 99.

En el primer principio, que es la libertad del matrimonio civil presenta en nuestro derecho civil distintas manifestaciones por lo que corresponde a la celebración del matrimonio, su convivencia dentro de él como también para disolverlo o mantener el mismo.

Así tenemos que la libertad para contraer matrimonio estaba consagrada en el artículo 142 del Código Civil, pues decía que los esponsales no producen la obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa.

Existe hoy la libertad recíproca para establecer y regular el contenido del matrimonio civil, puesto que ahora, son los pactos de los cónyuges los encargados de dividir las obligaciones del hogar, en virtud de que son ellos los que eligen un determinado régimen de bienes, lo relativo al cuidado y educación de los hijos por ser ambos titulares de la patria potestad de sus descendientes y por haberse suprimido el débito conyugal, en razón de que ahora, deciden la ocasión y las condiciones de las relaciones sexuales entre ellos.

Para concluir, la libertad para disolver o conservar los matrimonios en la que haya causa legal de divorcio, los preceptos jurídicos no imponen éste a los cónyuges desavenidos como alternativa única, tampoco como solución deseable, sino que siempre se basa en la voluntad de los consortes, ya sea el consentimiento recíproco en el divorcio voluntario o sólo la voluntad unilateral del cónyuge inocente en el divorcio necesario.

El segundo principio que es el de la conservación del matrimonio protegido y aceptado por la jurisprudencia y la legislación, donde ambas dificultan la disolución del matrimonio pues su finalidad es salvar las buenas costumbres del matrimonio y de la familia.

Las buenas costumbres contempladas en los numerales que señala el Código Civil (1830, 1831, 1910 y 1943) son principalmente las buenas costumbres de la moral sexual, mismas que están sometidas por tres principios fundamentales según consideraciones de Ripert, y éstas son:

1. El legislador ha comprendido que es preciso acudir a la ley moral para completar sus textos que apelan a las buenas costumbres.
2. Subsiste la vieja ley moral que condena la obra de la carne fuera del matrimonio, es decir, el concubinato y los prostíbulos.
3. Los tribunales tienen confiada la elevada función de reconocer y asegurar en las relaciones sexuales esa vieja regla moral.<sup>10</sup>

En el año de 1967 se realizó una importante reforma al artículo 107 de la Constitución en su fracción V, en la que se concede competencia preferente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de amparos directos contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten el orden y la estabilidad de la familia.

Por lo tanto, se quiso garantizar en nuestro orden jurídico la unidad y equilibrio como la respetabilidad de las decisiones judiciales por lo que respecta a la familia y el matrimonio, así como a las buenas costumbres de la moral sexual.

### **1.3. Actitud de la Iglesia Cristiana respecto a la indisolubilidad.**

El fundamento de la indisolubilidad del matrimonio tiene sus bases en el Nuevo Testamento, puesto que con anterioridad el Viejo Testamento hay hechos evidentes de lo contrario.

Con la creación del Nuevo Testamento son cuatro los autores que hablan del matrimonio: San Mateo, San Marcos y San Pablo.

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 102.

En conclusión, el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial nunca ha sido absoluto, en el acontecer histórico de la humanidad.

La actitud actual de la iglesia según las declaraciones del Vaticano y de las Conferencias Episcopales, es que han ratificado que sólo el matrimonio consumado puede ser disuelto por la muerte.

Sin embargo, a criterio de Magallón Ibarra, se pueden hacer las siguientes consideraciones al respecto.

1. De los autores en el Nuevo Testamento que hablan del matrimonio dos de ellos (San Marcos y San Lucas) consideran la posibilidad de excepciones al principio de indisolubilidad del matrimonio.
2. La iglesia primitiva reguló el divorcio por determinadas causas, además de que nunca sostuvo la postura de no poder disolver este vínculo.
3. En el Nuevo Testamento no se habla en particular del tema, la Santa Sede en consideración de la potestad de atar y desatar que a San Pedro le fue otorgada por Cristo, se ha reservado el privilegio de dispensar.
4. El Canon 1.119 contempla dos hipótesis en el que el matrimonio no consumado pueda disolverse: en el primer supuesto es que uno de los cónyuges profese como religioso haciendo votos solemnes, ya que desde el momento de profesar tales votos se disuelve el vínculo, lo desee o no el otro cónyuge. En segundo supuesto es en atención a la dispensa que otorga la Santa Sede, precisándose únicamente justa causa a solicitud de ambas partes, aunque haya oposición por parte de alguno de los consortes.
5. Existe la posibilidad de disolver el matrimonio consumado, de acuerdo con el Canon 1.120 que dice: el matrimonio legítimo entre

no bautizados, aunque sea consumado, se disuelve a favor de la fe por el privilegio Paulino.

6. Es un hecho innegable de que no existe un principio absoluto de indisolubilidad y por ello, las autoridades eclesíásticas concurren al Concilio del Vaticano II, con la propuesta de dispensar el matrimonio en determinadas circunstancias, por ejemplo el abandono.<sup>11</sup>

En atención de las consideraciones de la Iglesia Católica se puede afirmar que no hay un cuestionamiento de un matrimonio completamente indisoluble ya que, en la actualidad no se puede desconocer las realidades imperantes y por lo tanto, se debe de armonizar los criterios del orden religioso con las necesidades y condiciones actuales, y de esta forma compensar los errores, faltas y sufrimientos que no merecen determinadas personas por encontrarse unidas por el vínculo matrimonial.

#### **1.4. El divorcio.**

Cuando la pareja ha optado por legalizar su unión y ha contraído matrimonio, y se produce la ruptura del vínculo afectivo y sentimental en términos tales que le fuerza a una separación inevitable, es natural que el hombre y/o la mujer deseen y busquen poner términos a la unión legal que el matrimonio importa.

Para alcanzar ese fin hay un camino expresamente previsto casi sin excepción en todas las legislaciones del mundo actual y de épocas anteriores, que es el divorcio vincular. O sea, la disolución del matrimonio por una causa sobreviniente a la celebración y que no sea la muerte de uno de los cónyuges.

---

<sup>11</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. El Matrimonio Sacramento. Segunda edición, Porrúa, México, 2000. p. 129.

“El divorcio no es tema de interés jurídicos, en cuanto a su existencia. Como ya se dijo, es tan viejo como el mundo o, al menos, como el matrimonio. Desde que éste se institucionalizó, otro tanto ocurrió con el divorcio. Y no ha podido ser de otra manera, ya que, como también ha quedado explicado, la ruptura de la pareja suele producirse, y ha sido así desde tiempos inmemoriales.”<sup>12</sup> En estas circunstancias, y en el entendido de que nadie aplaude esa ruptura, pero que es un hecho de la vida real cuya existencia es imposible negar, debe aceptarse la posibilidad de disolver un vínculo que, si se mantiene por la fuerza y en contra de la voluntad de los atados por él, sólo da origen a problemas y dificultades que pesan por igual sobre la pareja y la prole común, y que, por lo mismo, afectan al tejido social.

De manera que tiene interés la investigación y discusión de diversos e interesantes aspectos del divorcio, como los relativos a sus causales, a sus efectos y a las medidas de protección de los hijos menores, pero no lo tiene que discutir acerca de su existencia.

Sobre este punto no solamente hay unanimidad desde un ángulo jurídico y legislativo, sino también en los campos de la filosofía, de la sociología y de la moral. En efecto, no hay voces discrepantes acerca de la conveniencia del divorcio como un mal menor frente a la ruptura definitiva del vínculo entre el hombre y la mujer. El mal mayor es, sin duda, el mantenimiento forzado de un vínculo legal que ya no corresponde a la realidad sino que se contradice con ella.

El derecho de hoy y las distintas tendencias filosóficas, sociológicas y morales, así como las diversas religiones, aceptan la legitimidad del divorcio.

---

<sup>12</sup> PÉREZ DE ANDA, Augusto. Estudios sobre el Divorcio. Segunda edición. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Ecuador, 2000. p. 121.

Primero, fue el simple y primitivo repudio de la mujer por el marido, discriminatorio y desigual.

Más adelante, el divorcio-sanción, que contempla como causales de disolución solamente los hechos imputables a culpa de uno de los cónyuges, invocados por la parte inocente, y estatuido con el objeto de castigar al responsable, mediante la disolución.

Las causales más utilizadas eran el adulterio, la sevicia, el abandono del hogar, la comisión de un delito en contra de los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge y la enfermedad grave, incurable y contagiosa.

A fines del Siglo XX y a comienzos del actual surge el divorcio remedio, que da lugar a la disolución por motivos que tornan imposible la vida en común, sean o no culpa de uno de los cónyuges, y no con la finalidad de aplicar castigo, sino de solucionar una situación de graves consecuencias sociales y familiares.

Se supera, pues, la idea de que el divorcio debe tener un carácter punitivo para el cónyuge considerado culpable. Se piensa que la familia y el matrimonio son piezas demasiado fundamentales en la organización social como para continuar creyendo que la disolución matrimonial pueda ser un medio de castigar a uno de los cónyuges. La felicidad de una pareja, la salud moral, física e intelectual de la prole y, por ende, la estabilidad de una célula de la sociedad, no pueden quedar subordinadas ni postpuestas por la sanción al marido o a la mujer.

Al mismo tiempo, surge el convencimiento de que, desde un punto de vista científico-psicológico, es difícil y muy excepcional que el marido o la mujer, que a menudo son también padres, tengan un determinado comportamiento en la vida conyugal como mera consecuencia de maldad o bondad y que, por lo tanto, merezcan un castigo o un premio. "El matrimonio se asienta en la relación amorosa entre un hombre y una mujer con todas sus derivaciones sentimentales y

sexuales, siempre complejas. Si a ello se agrega la responsabilidad que para todo ser normal importan la paternidad y la maternidad, fácil es comprender que los factores que intervienen y determinan las actitudes de uno y otro cónyuge, capaces de poner en peligro la convivencia, están marcados por sutiles y complicados mecanismos psíquicos, sexuales y emocionales, frente a los cuales es difícilísimo hablar de culpa de éste o aquél."<sup>13</sup>

Los hechos que comúnmente han constituido las causales tradicionales y clásicas del divorcio-sanción, son caso siempre la exteriorización de un estado de cosas que los han originado. Son un síntoma de un quiebre y no la causa de él. El adulterio o la sevicia, por ejemplo, no generan una ruptura entre marido y mujer, sino que se producen como resultado de circunstancias que los desencadenan. En otros casos, esos mismos hechos pueden ser expresiones de conductas circunstanciales, de desavenencias que no alteran la vinculación íntima entre marido y mujer, como no sea para las recriminaciones y perdones de rigor. Desde tiempos inmemoriales, el adulterio ha sido con frecuencia ignorado por el otro cónyuge o ha provocado fisuras que terminan en amable reconciliación.

Quizás contribuyó a esta pasividad el hecho de que la interpretación jurisprudencial fue muy liberal, y dio cabida, dentro de determinadas causales, a hechos que sólo podían ser incluidos con gran imaginación. "En Francia, por ejemplo, se entendió que la causal de excesos, sevicias e injurias graves era comprensiva de actos como embriaguez habitual y pública, hábito de juego que compromete la dignidad, abstención persistente del deber conyugal, tentativa de adulterio o simples ligereza de conducta."<sup>14</sup>

Además, esta interpretación dio cabida a hábiles maniobras que, de hecho, llevaron a un original mutuo disenso.

---

<sup>13</sup> Ibidem. p. 122.

<sup>14</sup> LECLERQ, Jacques. La Familia. Segunda edición, Herder, España, 2000. p. 212.

Así, era frecuente que se conviniera el envío de una carta injuriosa por uno de los cónyuges al otro, para iniciar enseguida la demanda de divorcio correspondiente; o bien, en forma más elegante, que uno de los cónyuges demandase el divorcio invocando la causal de adulterio u otro hecho tan grave como éste, que ni siguiera se trataba de probar, de manera que la acción no prosperase. Desechada la demanda, el cónyuge agraviado por ella y por la imputación del hecho falso, iniciaba una nueva acción de divorcio por injuria grave, basado en que la anterior era sin duda injuriosa. Con el solo mérito de ese libelo y de la sentencia, se obtenía el divorcio.

Algo semejante ocurrió en Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, donde no se aceptaba el divorcio sino por causales específicas, en la inmensa mayoría de los casos típicos del divorcio-sanción. “Pero como en Francia, la imaginación de la jurisprudencia atenuó la gravedad del problema. En Estados Unidos se falló que constituye crueldad mental el hecho de que un cónyuge lea hasta tarde con la luz encendida y, también como en Francia, se inventaban y probaban causales inexistentes en juicios prefabricados.”<sup>15</sup>

Parecido era el panorama en los países de nuestro continente, con la diferencia claramente favorable a su sistema jurídico, de que la mayoría de las legislaciones aceptaba, a más de las cuales específicas, el divorcio por mutuo consentimiento. Recordemos también que la ley uruguaya concedía y concede, además, el divorcio por voluntad unilateral de la mujer.

Dentro de la concepción de un divorcio basado exclusivamente en causales específicas señaladas por la ley, no hay salida para un distanciamiento de la pareja producido a través de un proceso desarrollado en un lapso de tiempo más o menos largo. No ha existido ninguno de los hechos odiosos que configuran las causales, pero el quiebre es igualmente profundo y a veces mayor que el

---

<sup>15</sup> Ibidem. p. 213.

provocado en casos de malos tratos, adulterio o abandono. Se obliga, así, a las partes a inventar una causa y a probarla torcidamente, cuando no existe la de mutuo disenso. E incluso en las legislaciones en que ésta ha sido incluida, no siempre es solución de dificultades. La parte que tiene menos interés en la disolución suele hacer exigencias excesivas e injustas para dar su conformidad. Ello es inmoral e inconveniente.

A manera de resumen, podemos decir que, la palabra divorcio proviene del latín *divortium* que significa "disolución del matrimonio y del verbo *divertere*, irse cada quien por su camino."<sup>16</sup>

Ya disuelto el vínculo, los cónyuges se encuentran en aptitud de contraer otro, siempre y cuando dejen pasar un lapso de tiempo.

En el lenguaje común y corriente, contiene la idea de separación. En sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por una autoridad competente.

Ignacio Galindo Garfias, menciona que el divorcio: "es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley."<sup>17</sup> Nuestro Código Civil, define al divorcio en los siguientes términos, en el primer párrafo del artículo 266.

"Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

---

<sup>16</sup> CANALES PÉREZ, Adriana. El Divorcio y su Procedimiento en México. Segunda edición, Porrúa, México, 2002. p. 127.

<sup>17</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 10ª edición, Porrúa, México, 2001. p. 598.

Por lo regular las causales de divorcio, se invocan en el divorcio necesario y, esta clase de divorcio procede cuando uno de los cónyuges lo solicita ante el Juez de Primera Instancia, por haber incurrido su consorte en una o varias de las causas señaladas en el Artículo 267 del Código Civil vigente. En este caso, no importa que los cónyuges sean mayores o menores de edad; la duración del matrimonio ya no son susceptibles de realización.

#### **1.4.1.Sus orígenes.**

Como ha quedado expuesto en el inicio del presente capítulo, al abordar la disolución del matrimonio en la antigüedad, el divorcio ha estado regulado en la mayor parte de los órdenes jurídicos de las distintas sociedades.

Así tenemos que la forma más primitiva de la ruptura del vínculo conyugal fue el repudio, tan usual en las culturas Babilónica, China, India, Egipcia y Romana.

Con el transcurso de los siglos fue evolucionando esta forma tan primitiva de la disolución del matrimonio que era el repudio, hasta llegar a permitirse solamente la separación de los cónyuges tanto en el ámbito legal como religioso en determinadas sociedades.

Hoy día, el divorcio es regulado en la mayor parte de los Estados que integran la Comunidad Mundial, salvo en casos excepcionales donde todavía no se encuentre establecido ni sancionado por su legislación. Por lo tanto, el divorcio no es más que la manifestación legal de la real ruptura del matrimonio.

#### **1.4.2. Argumentos en contra y a favor.**

De acuerdo con la concepción actual de divorcio vincular, se debe entender por éste la extinción total de la relación matrimonial y de sus consecuencias. Los divorciados dejan de tener el estado civil de casados, dejándolos en aptitud de volver a contraer un nuevo vínculo.

No cabe la menor duda de que el divorcio vincular ha originado encarnizadas polémicas. Dentro de las razones expuestas, las hay de índole religiosa, ética, política, psicológica y jurídica.

Respecto a las consideraciones en el orden religioso, el catolicismo proscribiera el divorcio vincular, pero sí regula su anulación cuando ha sido celebrado bajo impedimentos, como también en casos excepcionales otorga dispensa al mismo. La iglesia católica concede al matrimonio el carácter de una unión indisoluble en vida de los casados. En virtud de tal situación, la ruptura del vínculo civil sería ineficaz para los católicos por lo que se refiere a la libertad para contraer un nuevo matrimonio.

Dentro de los argumentos morales en oposición al divorcio, es en consideración de que el mismo propicia una solución contraria a los principios moralistas que regulan la constitución de la familia que son: la estabilidad y continuidad, que se funda en la comunidad espiritual. El divorcio origina la disgregación del núcleo familiar, ya que los que se casan saben con anticipación que si su convivencia familiar falla, pueden darla por concluido a través del divorcio, dándoles la posibilidad de una nueva relación cuantas veces lo desee.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> CHÁVEZ ASECIO, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. Cuarta edición, Porrúa, México, 2002. p. 361.

Se dice que va en contra de la ética, siendo el mismo un argumento irrefutable porque afecta y perjudica derechos de terceros: los hijos cuando los hay, en consideración de que son ellos las verdaderas víctimas del fracaso matrimonial.

Por lo que corresponde al punto de vista político-social, se origina la interrogante en razón de salvaguardar la unidad familiar, procurando solidaridad en las relaciones de sus integrantes por lo que respecta a sus costumbres, ideas morales y religiosas de cada comunidad. El Estado como representante del poder social debe de mantener y procurar la salud de la célula social que es la familia, unidad fundamental de la sociedad. Según lo expuesto, el divorcio está en antagonismo con las finalidades mencionadas, ya que no es él una institución de solidaridad, es un medio de disgregación, quebranta el hogar. Por lo tanto, si el Estado por medio de sus disposiciones genera la descomposición de la familia, entonces debe tratar de evitarlo, fomentando la estabilidad familiar a través de medios institucionales, por ejemplo restringiendo el número de causales de divorcio así como los procedimientos para obtenerlo.

Es un hecho innegable de que existen repercusiones psicológicas como efecto del divorcio. La separación conyugal afecta la *psique* de los divorciados, o a uno más que a otro, pero no hay duda de que alguien siempre resulta perjudicado, además sin tomar en consideración los traumas y frustraciones que sufren los hijos, víctimas impotentes de la ruptura familiar dividiendo su mundo afectivo en dos partes irreconciliables.

Hay quienes combaten determinadamente el divorcio considerándolo un agente destructor de la familia, aunque aceptan y sostienen sin oposición de ninguna naturaleza la existencia de la separación conyugal, por considerarla necesaria cuando la comunidad de vida alcanza extremos imposibles. En tanto ¿acaso la separación no produce el efecto de arruinar la convivencia familiar?

¿Cuándo los cónyuges están separados no están igualmente alejados uno del otro como en el divorcio?

La diferencia real entre separación y divorcio, es que la primera no disuelve el vínculo, mientras el segundo rompe la unión, permitiendo a los cónyuges volver a casarse.

En el ámbito jurídico la teoría contractual del matrimonio señala que "*quod solo consensu perficitur, contrario consensu dirimitur* (lo que sólo el consentimiento perfecciona, el consentimiento contrario dirime)". Señalan los detractores del divorcio que, aunque el Código de Derecho Canónico sostenga el carácter del matrimonio como contrato, lo es de una naturaleza sui generis, y por consiguiente, la autonomía de la voluntad se halla restringida por el orden público.<sup>19</sup>

Al señalar los argumentos a favor del divorcio, es necesario delimitar la siguiente interrogante: el divorcio es un mal o se aplica a una situación que en sí es la que lleva intrínseco tal daño.

Los motivos evidentes por el cual ha de legitimarse la disolución del matrimonio, tienen una justificación filosófica de que, en el supuesto del quebrantamiento de la convivencia, la relación a dejado de existir.

El matrimonio tiene su justificación y fundamento en la libertad, pues es un contrato como contemplan numerosos ordenamientos jurídicos, y entre otros el Código de Derecho Canónico, o bien es una forma de asociación o, finalmente, una institución jurídica o social; pero en cualquiera de los casos, todos los contratos o formas de asociación son temporales o limitados y nunca perpetuos, y al igual

---

<sup>19</sup> BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. de la Octava edición Italiana, por LUIS Bacci y Andrés Larrosa, Cuarta edición, Reus, Madrid, 1990. p. 124.

todas las instituciones jurídicas o sociales están inesperadas en el principio de libertad, por lo tanto, su creación como su disolución pueden concluirse por voluntad de los interesados. La libertad no puede enajenarse a perpetuidad, pues iría en contra de su principio esencial. Por lo expuesto, la posibilidad de disolver el vínculo es indiscutible.

En el ámbito social del ser humano, cuando se presentan situaciones en la que la vida conyugal ha llegado a un punto verdaderamente imposible y coinciden las legislaciones en aprobar la separación del matrimonio cuando se ha probado la existencia prácticamente irremediable de la ruptura, y dar una nueva oportunidad a los cónyuges de rehacer sus vidas, celebrando nuevas nupcias, a formar una nueva familia y conviviendo dentro de los lineamientos que marcan las normas de legalidad del cuerpo social del que forman parte, es por lo tanto, la única solución factible como la más lógica y que verdaderamente cumpla la condición humana.

#### **1.4.3.El divorcio en el mundo actual.**

Es importante e imprescindible un estudio de Derecho comparado sobre el Divorcio y de esta forma ampliar el conocimiento respecto a las disposiciones legales en los distintos Estados.

Así tenemos, en primer lugar, "que los únicos Estados en el que el divorcio no está contemplado son: Europa, Irlanda; en el Continente Americano, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay. Por lo que corresponde a los demás países del resto del mundo, solamente Filipinas está en oposición al divorcio."<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> ZANONI MAZEAUD, Luis. La Separación Matrimonial de Hecho. Segunda edición, Hispano-Europea, Barcelona España, 1990. p. 136.

El hecho de que esta figura jurídica sea admitida por la mayoría, no es una prueba de su excelencia, pero tampoco para desconocerlo como fenómeno social en incremento hoy en la actualidad.

Respecto a la regularización del divorcio en los distintos ordenes jurídicos, no pretendo dogmatizar a la legislación extranjera, toda vez que sus disposiciones pueden ser modificadas en cualquier momento, más bien es comparar los variados modos y formas de legislar sobre la disolución del matrimonio.

Inglaterra, por ley del 22 de octubre de 1969, regula el divorcio. "En su numeral segundo indica esta ley que, el demandante debe de acreditar la existencia de una de las cinco causales que enumera; la primera es el adulterio, siempre y cuando el cónyuge inocente le sea intolerable vivir con el adúltero, ya que el simple hecho de la infidelidad no constituye razón de disolución."<sup>21</sup>

Tres de las restantes causales parten de una separación de hecho, donde varían los plazos que han de transcurrir para disolver la unión, sujeta a la forma en que la ruptura se haya producido, esto es cuando el abandono es por dos años, concede al abandonado el derecho a pedir el divorcio y de la misma manera por dos años de separación de hechos continua, puede solicitarla cualquiera de los consortes cuando lo consienta el otro, pues de lo contrario el plazo aumenta a cinco años, además de que el Tribunal puede negar la solicitud por considerar que produce daños excesivos a su pareja. El Artículo tercero obliga al tribunal a requerir a los desavenidos a una reconciliación, exigiendo un certificado al abogado del actor de haber tratado sin efecto disuadir a su cliente de promover su escrito inicial de demanda.

Italia, regula el divorcio, por ley del 1 de diciembre de 1970, o Ley Fortuna, en atención al diputado que la propuso y culminó su campaña para su aprobación.

---

<sup>21</sup> Ibidem. p. 138.

“El divorcio sancionado por esta ley exige necesariamente se cumplan todos los medios de conciliación y que se compruebe que la comunión espiritual y material entre los cónyuges no puede ser mantenida o reconstituida, por la existencia de una de las causas previstas por el Artículo tercero de la propia ley.”<sup>22</sup>

Entre estas causas se refiere a la condena impuesta por la comisión de ciertos delitos. Cabe destacar que también puede lograrse el divorcio por no consumación del matrimonio y cuando el otro cónyuge sea extranjero y haya obtenido la nulidad o el divorcio o, haya contraído un nuevo matrimonio fuera de la jurisdicción Italiana.

La separación de hecho es también causal de divorcio y si es anterior a la ley de 1970, se requiere por lo menos de dos años, es necesario el transcurso de cinco años desde la ruptura de la convivencia para autorizar el divorcio, cuyo plazo se incrementa, si hay oposición de uno de ellos, en seis años cuando la separación es consensual o de hecho, y de siete cuando es culpa de quien la solicita.

Francia ha realizado reformas a la ley del divorcio con fecha de 11 de julio de 1975, modificando el numeral 229 del Código Civil, disponiendo que el divorcio puede dictarse por el mutuo consentimiento, por la ruptura de la vida conyugal, o por falta imputable a cualquier de los cónyuges.

Para el primer supuesto es menester anexar a la solicitud un convenio regulando las consecuencias del divorcio para su aprobación en el juzgado, además de exigir cuando menos seis meses de matrimonio cuya solicitud debe ratificarse después de transcurridos tres meses y antes de seis.

---

<sup>22</sup> CANALES PÉREZ, Adriana. Op. cit. p. 128.

La ruptura de la vida conyugal como causal estima el artículo 267 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, es cuando los esposos viven de hecho por lo menos seis meses.

Para concluir el divorcio puede solicitarse indistintamente por los cónyuges cuando uno de ellos cometa faltas que constituyan una violación a sus obligaciones propias del matrimonio, propiciando una relación intolerable así como el mantenimiento de la vida en común.

Cabe hacer destacar a la legislación del Estado de California, cuya *Family law Act* de 1970 fue la primera de los Estados Unidos de Norteamérica que eliminó la culpa como fundamento del divorcio, reemplazándolo por las diferencias irreconciliables que hayan propiciado al vínculo una ruptura irreversible, puesto que el Juez tiene el deber de investigar la existencia real de la desavenencia como su imposible reconciliación, marco de referencia que ha servido a otros países para introducirlo en sus respectivos ordenamientos (Alemania Occidental, Canadá y Australia).<sup>23</sup>

Como precedente californiano se debe señalar al Tribunal de Conciliación de los Ángeles como departamento de su Tribunal Superior creado en 1954, cuya finalidad de acuerdo a la interpretación de la ley era.... amparar los derechos de los hijos y promover el bien público, cuidando, impulsando y protegiendo la vida familiar y la institución del matrimonio y proveyendo los medios para la reconciliación de los esposos y la solución amistosa de las controversias domésticas y familiares, dando así la defensa al matrimonio como la disolución del mismo cuando sea imposible su reconciliación.

---

<sup>23</sup> GARCÍA MORENO, Víctor Carlos. Teoría del Derecho Civil en Materia de Derecho Internacional. Quinta edición, UTEHA, México, 1996. p. 186.

En algunos casos dentro de un mismo Estado las legislaturas locales marcan pautas distintas respecto a las causales del divorcio, por ejemplo, en Estados Unidos, en el Estado de Nueva York, hasta muy recientemente sólo podía solicitarse el divorcio por adulterio, en tanto en el Estado de Pensylvania desde el año de 1875, eran causas del mismo, la impotencia, la bigamia, el adulterio el abandono malicioso o la ausencia sin justificación por el período de cuatro años.

“Así tenemos que el divorcio por mutuo disenso instituido en Francia en 1804 para luego derogarlo y posteriormente reintegrarlo en 1975, ha sido aprobado por Japón en su artículo 763 del Código Civil; por China desde su ley de 1950; por Bolivia, Uruguay, Panamá, El Salvador, Rumania, República Dominicana, Ecuador, Cuba, Hungría, Perú, Honduras, Bélgica, Holanda y Nicaragua.”<sup>24</sup>

Existen algunos Estados que exigen la ratificación de la intención disolutoria por un tiempo determinado. Así tenemos que Francia requiere el término de tres meses lo mismo que El Salvador y Rumania; después de cuatro meses Panamá; de seis, Bolivia y Uruguay; de un año Perú y Bélgica.

Mientras otras legislaciones sólo permiten el divorcio tras un tiempo mínimo de matrimonio, de un año en Bélgica, Rumania y Hungría entre otros dos años y Holanda tres años.

Entre otros requisitos de algunos ordenes jurídicos para otorgar el divorcio por mutuo consentimiento es necesario no haber alcanzado veinte años de matrimonios, tal es el caso de Bélgica y Rumania, o de treinta como en la República Dominicana.

La edad es otro factor como requisito necesario para esta forma de divorcio y de esta manera Rumania y Bélgica exigen más de veinticinco años al varón y

---

<sup>24</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.III. Décima edición, Porrúa, México, 2003. p. 394.

veintiuno en la mujer; en tanto en la República Dominicana que el marido cuente con menos de sesenta y la esposa con menos de cincuenta.

Siendo el Divorcio por Mutuo Consentimiento una de las formas más acertadas y con mayor sentido común, para dar por terminado un matrimonio no deseado, el inconveniente que presenta y que se opone con mayor lógica a su ejercicio, es que sea originado por una decisión no meditada y que cuando los cónyuges se arrepientan de él, haya producido sus efectos; por lo tanto, es acertada la ratificación después de haber transcurrido un tiempo determinado. Los límites mínimos y máximos de edad, no me parecen apropiados para conceder este divorcio, toda vez que se está coartando la libertad de ejercicio del individuo.

La separación de hecho o legal de los consortes es la causa más generalizada por las leyes de los distintos órdenes jurídicos. Así tenemos que en Portugal el plazo es de diez años para la separación de hechos y cinco para la de derecho. También son cinco años en Holanda, cuatro en Panamá y Dinamarca, tres en Bélgica, Albania, Islandia, Suecia, Turquía, Ecuador, Guatemala y Uruguay; dos en Costa Rica, Noruega y Venezuela; un año en El Salvador, Haití y Dinamarca y sin necesidad de plazo alguno Bolivia.<sup>25</sup>

Otra de las causales del divorcio más difundidas se encuentra el adulterio y la disparidad o incompatibilidad de caracteres.

Por lo que corresponde a las enfermedades de los cónyuges como causal de divorcio, las hay físicas y mentales.

Entre las primeras hay ordenamientos que destacan a las venéreas, tal es el caso de Dinamarca, Finlandia, Cuba y Perú. Mientras otros hacen

---

<sup>25</sup> Ibidem. p. 396.

alusión a las de carácter incurable como Turquía, o en calidad de contagiosas como Ecuador y Guatemala, o en ambos supuestos, como Bolivia, en tanto Bélgica en razón de su peligrosidad. Por último, Suecia incluye como causas de divorcio la epilepsia y lepra, también esta última enfermedad es acogida por el Estado de Hawai.<sup>26</sup>

Las enfermedades mentales son objeto de consideración por varios ordenamientos legislativos, por ejemplo Bolivia aunque algunos exigen un plazo mínimo de duración, es el caso de Mónaco, Noruega, Suiza que señalan un término de tres años, o Grecia que exige cuatro.

Otra causal de divorcio muy aceptada es la embriaguez que se encuentra tipificada en Bolivia, Cuba, República Dominicana y Venezuela, siempre que ésta sea habitual; en Panamá si es habitual y posterior al matrimonio; en la República de El Salvador si es escandalosa y consuetudinaria; y sin necesidad de calificativo alguno, el Ecuador y Guatemala.

El hábito de juego como causal también se encuentra contemplado especialmente, por Cuba, Ecuador y Guatemala; y el uso indebido y persistente de las drogas por los países citados anteriormente así como por la República Dominicana.

Mientras que la bigamia es generalmente una causa de nulidad del matrimonio, algunos Estados de la Unión Americana como Colorado, Florida e Illinois la consideran como causal de divorcio.

Las injurias, los malos tratos y las servicias se encuentran también entre las causales de divorcio más difundidas.

---

<sup>26</sup> Ibidem. p. 397.

Para concluir este estadio comparativo de las disposiciones legales del divorcio en el mundo actual, es conveniente señalar que existen otras como el Estado de Massachussets en los Estados Unidos en que la efectividad del divorcio sólo se logra después de transcurridos seis meses de pronunciado, mientras otros establecen la restricción de celebrar un nuevo matrimonio durante un tiempo ulterior a la disolución del vínculo, que va de uno a dos años en Suiza, dos en Turquía y tres en Bélgica. Un caso muy peculiar es que Holanda establece un año como mínimo para que puedan volver a contraer matrimonio entre sí los cónyuges divorciados.

La prohibición o restricción a celebrar nuevas nupcias en un plazo determinado después de logrado el divorcio, en el caso particular de la mujer, no es por razones limitativas o sancionadoras mencionadas anteriormente, más bien es, con la intención de evitar confusiones de paternidad.

#### **1.4.4.El divorcio en México.**

El antecedente del divorcio en el Derecho Mexicano lo encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870. "El inicio de vigencia de este ordenamiento fue el 1 de marzo de 1871 y como efecto de su creación fue la unificación de la materia civil en todo el territorio nacional, pues existían algunas variantes en las entidades federativas, y de esta forma sirvió de modelo para la creación de sus propios Códigos Civiles."<sup>27</sup>

El divorcio contemplado por la anterior ley era el divorcio separación, es decir, como su nombre lo indica sólo permitía la separación de los cónyuges sin romper el vínculo, por lo tanto, no permitiéndoles contraer nuevas nupcias a los separados.

---

<sup>27</sup> PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Décima edición, Porrúa, México, 1996. p. 239.

Entre las causas para solicitar esta forma de separación lo eran, según Eduardo Pallares:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. La promesa del marido a prostituir a su mujer.
3. La incitación a la violencia al cónyuge para cometer algún delito.
4. La corrupción o tolerancia en ella, de los hijos.
5. El abandono sin causa del domicilio conyugal por más de dos años.
6. La sevicia.
7. La acusación falsa hecha por un conyugal al otro.<sup>28</sup>

Esta separación procedía sólo cuando hubiese transcurrido dos años de matrimonio. Al admitirse la demanda se tomaba como medida provisional, el deposito de la mujer en casa de persona decente designada por el Juez o el esposo; se celebraban dos juntas de avenencia, con intervalos de tres meses entre una y otra, después de concluida la segunda junta había que esperar de nuevo otros tres meses más, y si reiteraban el deseo de separarse el juzgador lo decretaba. Las audiencias en estos procedimientos eran secretas y se requería de la intervención del Ministerio Público.

El Código Civil de 1884 del Distrito Federal y territorios de la Baja California y Tepic, vertió los preceptos del código anterior por lo que respecta a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades. Además aumento el número de causas para que diera lugar ésta forma de divorcio, como bien lo señala Pallares, y tales fueron:

1. Que la mujer diera a la luz a un hijo concebido antes del matrimonio y fuera declarado ilegítimo.
2. La negativa a ministrarse alimentos.

---

<sup>28</sup> Ibidem. p. 240.

3. Los vicios incorregibles del juego o embriaguez.
4. Las enfermedades crónicas, incurables, contagiosas o hereditarias, anteriores al matrimonio y no confesadas al cónyuge.
5. La infracción a las capitulaciones matrimoniales.
6. El mutuo consentimiento.<sup>29</sup>

La aparición del divorcio vincular en la legislación mexicana fue introducido por decreto de 29 de diciembre de 1914 publicado el 2 de enero de 1915 en el Constitucionalista, periódico oficial de la Federación que se editaba en Veracruz que en ese momento era sede del Primer Jefe Constitucionalista.

A través de este decreto se modificó la fracción IX del artículo 23 de la ley de 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal suscritas el 25 de diciembre de 1873.

Con la introducción del divorcio en México, no fue objeto de polémicas y debates de ningún género, como ha sido en estos últimos años en España, Argentina e Italia, en razón de que no se realizaron consultas al respecto además que fue en plano periódico revolucionario.

Por lo tanto, el divorcio vincular fue una novedad trascendental en la legislación mexicana y que hasta el momento no se ha modificado. Tal reforma paso desapercibida en esos momentos de agitación político social que era objeto la revolución mexicana como consecuencia de los intereses creados por las fracciones revolucionarias (Villistas, Carrancistas y Zapatistas) que se preocupaban más por el ascenso al poder.

---

<sup>29</sup> Ibidem. p. 241.

La reforma realizada por Carranza modificó la legislación anterior que sólo permitía la separación de los cónyuges sin romper el vínculo, y por consiguiente sin autorizar un nuevo matrimonio.

Los argumentos que esgrimió Carranza para la fundamentación del divorcio fueron los siguientes: "La simple separación de los consortes sin romper el vínculo, única forma que permitía la ley de 14 de diciembre de 1874, lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo crea una situación irregular, peor de la que trata de remediarse, porque fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente los afectos entre padres e hijos y extendiendo la desmoralización en la sociedad;

Que la simple separación de los consortes crean además de una situación anómala de duración indefinida, que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y las satisfacciones de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los demás altos fines de la vida;

Que la experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas enseña que el divorcio que disuelve el vínculo es el único medio racional de subsanar, hasta donde es posible, los errores de uniones que no pueden o no deben de subsistir;

Que, admitiendo el principio establecido por nuestras leyes de reforma, de que el matrimonio es un contrato civil, formado principalmente por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existen causas que hagan definitivamente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias;

Que tratándose de uniones que por irreducible incompatibilidad, tuvieren que deshacerse por voluntad de las partes, se hace solamente necesario cerciorarse de la definitiva voluntad de los cónyuges para divorciarse, y de resolver sus crisis, lo cual puede comprobarse por el transcurso de un período racional de tiempo, desde la celebración del matrimonio hasta que se permita su disolución, para convencerse así de que la desunión moral de los cónyuges es irreparable;

Que, por otra parte, el divorcio por consentimiento mutuo es un medio discreto de cubrir las culpas graves de algunos de los cónyuges por medio de la voluntad de ambos para divorciarse, sin necesidad de dejar sobre las respectivas familias o sobre todo a los hijos la mancha de la deshonra;

Que además, es bien conocida la circunstancia de que el matrimonio entre las clases desheredadas de este país es excepcionalmente realizado por partes de las uniones de ambos sexos por amasiatos, que casi nunca llegan a legalizarse ya sea por la pobreza de los interesados o por temor instintivo de contraer un lazo de consecuencias irreparables, y en estas condiciones es evidente que la institución del divorcio que disuelve el vínculo es el medio más directo y poderoso para reducir a su mínimo, el número de uniones ilegítimas entre las clases populares, que forman la inmensa mayoría de la nación mexicana, disminuyendo, como consecuencia forzosa el número de los hijos cuya condición esta actualmente fuera de la ley;

Que, además es un hecho fuera de toda duda que las clases medias de México, debido a las condiciones especiales de educación y costumbres de dichas clases, está incapacitada para la lucha económica por la vida, de donde resulta que la mujer cuyo matrimonio llega a ser un fracaso se

convierte en una víctima del marido y se encuentra en una condición de esclavitud de la cual le es imposible salir si la ley no la emancipa desvinculándola del marido; que en efecto, en la clase media la separación es casi siempre provocada por culpa del marido y es de ordinario la mujer quien lo necesita sin que con esto haya llegado a conseguir hasta hoy otra cosa que apartar temporalmente a la mujer de su marido pero sin remediar en nada sus condiciones económicas y sociales, por lo que sin duda el establecimiento del divorcio tendería, principalmente entre nuestra clase media, a levantar a la mujer y a darle posibilidades de emanciparse de la condición de esclavitud que en la actualidad tiene;

Que, por otra parte, la Institución del divorcio no encontraría obstáculo serio en las clases elevadas y ocultas supuesto que las enseñanzas de otros países en donde se encuentra establecido las tiene acostumbradas a mirar el divorcio que disuelve el vínculo como perfectamente natural;

Que la experiencia de un país tan culto como Inglaterra, Francia y Estados Unidos de Norteamérica han demostrado ya hasta la evidencia que el divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilita la formación de nuevas uniones legítimas, evitar la multiplicidad de concubinatos y por lo tanto el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas; da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familia y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que por error o ligereza fueron a matrimonio a pagar su falta con la esclavitud de toda la vida; que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que sólo se trata de un caso excepcional y no de un estado que sea la condición general de los hombres en la sociedad; por lo cual es preciso

reducirlo sólo a los casos en que la mala condición de los consortes es ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación.<sup>30</sup>

Es importante señalar que la transcripción mencionada anteriormente, proclama a favor del divorcio los mismos argumentos que unos años atrás habían esgrimido, en consideración de que los mismos han perdurado hasta hoy día y que han sido objeto de polémicas y discusiones recientes en torno al divorcio en Italia, España y Argentina.

Si se toma como punto de partida de que el divorcio es considerado un mal por parte de la sociedad, en razón de que sus efectos se traducen en alteraciones en la misma, desintegración familiar, no debe por lo tanto, promoverse por parte del legislador. Consecuentemente se debe de luchar por la subsistencia, unidad y equilibrio familiar, sobre todo porque es la única forma de protección de los derechos de los hijos.

Tomando como base los argumentos que Venustiano Carranza hizo en la exposición de motivos del decreto de 29 de diciembre de 1914, los divorcistas comenzaron por señalar que existen ciertos casos extremos en los cuales el divorcio debe de concederse. Es un mal al que se debe de atender, pues no se desea que halla parejas desavenidas, porque de hecho existen, por lo tanto, el legislador no debe desconocer este fenómeno social y debe dar la pauta para solucionarlo. Estos son los partidarios del divorcio limitado.

A través de la historia del divorcio y su acto de presencia en las diferentes sociedades, se inicio por lo que se ha llamado divorcio sanción, es decir, se admite el divorcio en aquellos supuestos, de una falta grave por parte de alguno de los cónyuges, tal es el caso del adulterio, que vuelve imposible la relación matrimonial y por tal falta grave concede el derecho al otro cónyuge de solicitar el divorcio.

---

<sup>30</sup> Cfr. MUÑOZ, Luis. Derecho Civil Mexicano. Décima edición, Cárdenas editor, México, 1997. p. 267.

De la anterior forma de divorcio, la legislación pasa al llamado divorcio remedio, pues no hay bases sólidas para delimitar las causas del divorcio sanción. Dentro de esta forma de divorcio se diversifican los supuestos como lo es el abandono del hogar, los malos tratos u otros parecidos, en los cuales ya no es una causa grave lo que esta propiciando el mismo divorcio, sino son situaciones más o menos continuas que han dado lugar a la desavenencia conyugal o desintegrado de hecho la comunidad familiar que debe de haber en todo matrimonio.

Esta evolución continúa hasta llegar la aparición y aceptación del divorcio por mutuo consentimiento, es decir, ya no es necesario invocar ninguna causa determinada para pedir el divorcio, sino que este puede realizarse por voluntad de ambas partes.

Esta forma de divorcio es uno de los principios de la doctrina liberal, sustentada en las tesis de los enciclopedistas del siglo XVIII. Según ellos el Estado y la sociedad deben de quitar a la iglesia católica la competencia sobre las instituciones que había absorbido, puesto que sustentaban que el matrimonio no es más que un contrato civil, consecuentemente este puede concluir por voluntad de quienes lo celebraron.

Además del grave error jurídico que implica el afirmar que un contrato civil puede terminarse cuando los contratantes lo deseen, pues esa afirmación ignora principios de equidad tales como los legítimos derechos de terceros, la imposibilidad de rescindir cuando el objeto del contrato se ha modificado sustancialmente, o de los intereses públicos que puedan existir, este argumento está olvidado el aspecto social del matrimonio.

Es un argumento típicamente liberal e individualista en el cual sólo interesan los contrayentes y sus intereses particulares y no los intereses de los hijos o de la sociedad.<sup>31</sup>

También se le ha denominado al divorcio por mutuo consentimiento, divorcio capricho, por la simple razón de que no es necesario establecer la causa o motivo del divorcio sino únicamente su voluntad.

Después del decreto de 29 de diciembre de 1914, que introdujo el divorcio vincular, Venustiano Carranza expidió la llamada Ley Sobre Relaciones Familiares el 9 de abril de 1917. Esta ley según opinión de Eduardo Pallares era: "La Nueva Ley de Relaciones Familiares es revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar. Sacude el edificio social en sus cimientos... Sus autores no temieron desafiar a una porción considerable de la opinión pública ni atraer sobre si la ira y las censuras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con lógica implacable."<sup>32</sup>

Solo son comparables a esta ley por su importancia político social, los artículos 3 y 123 de la flamante Constitución; pero mientras estos artículos han provocado intensas discusiones, comentarios periodísticos, conferencias y criticas de todo género, la Ley Sobre Relaciones Familiares ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente, algunos hasta la han recibido con cierta sonrisa irónica. La verdad es que lleva un virus destructor de primer orden.

Hubo cinco importantes innovaciones de esta ley y son:

---

<sup>31</sup> PACHECO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Séptima edición, Porrúa, México, 2003. p. 295.

<sup>32</sup> Ibidem. p. 296.

- a) Cambio la acepción de indisoluble en el matrimonio por el de disoluble y de esta forma queda definido el mismo: contrato civil entre un hombre y una mujer, que se unen en vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.
- b) Confirió patria potestad a ambos consortes suprimiendo la potestad marital y de esta forma igualando a ambos.
- c) Suprimió la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sea los adulterinos y los incestuosos. También aprobó la acción de investigación de la paternidad no sólo en los casos de violación o rapto, sino además cuando existiera posesión de estado de hijo natural.
- d) Introdujo la adopción.
- e) Modificó el régimen legal de gananciales por el régimen legal de separación de bienes.<sup>33</sup>

El Código Civil del 30 de agosto de 1928, siguió los postulados de la Ley Sobre Relaciones Familiares con algunas variantes:

1. Agilizó el trámite de los divorcios voluntarios dejando al Código de Procedimientos Civiles la regulación de la materia, el cual solamente exigió dos de tres juntas de avenencia fijando términos más cortos de ocho a quince días de intervalo entre cada una.
2. Introdujo el divorcio administrativo.
3. Quiso suprimir todo régimen legal de bienes en el matrimonio y para ello exigió que al momento de la celebración del mismo lo eligieran expresamente y lo reglamentaran, sea la sociedad conyugal o la separación de bienes.
4. Concedió en forma expresa a toda clase de hijos naturales sin distinción alguna no sólo el derecho al apellido, sino también el

---

<sup>33</sup> Ibidem. p. 298.

derecho a alimentos en relación con el progenitor que los había reconocido.

5. En los supuestos de concubinato único y no adulterino, habiendo hijos o con duración no menor de cinco años, concedió en su beneficio a la concubina derecho hereditario en la sucesión intestada.
6. Amplio la obligación de proveer alimentos no solamente a su cónyuge, a los ascendientes, a los descendientes y a los hermanos del deudor alimentista sino que lo extendió en beneficio de los parientes dentro del cuarto grado.
7. Con la presentación del proyecto del Código Civil de 1928 se intento suprimir el derecho a testar a favor de extraños, es decir, de individuos que no sean parientes en el grado de heredar en la sucesión legítima, restricción que en el mejor de los casos no llegó a establecerse.

El divorcio en el Código Civil vigente en México, no siguió un proceso histórico tan usual en otros países, hizo su acto de presencia en forma fulminante, sin previo aviso, en una legislación eminentemente divorcista que acepto de manera inmediata el divorcio sanción, el divorcio remedio y el divorcio por mutuo consentimiento.

Nuestro orden jurídico desde sus inicios fue especialmente amplio y liberal para las causas de divorcio.

Así tenemos, que dentro del ámbito jurídico mexicano, existen varias formas o tipos de divorcio y que la legislación civil admite de acuerdo a los siguientes criterios; desde el punto de vista de la autoridad ante la cual se tramitan, que puede ser divorcio judicial o divorcio administrativo; desde el punto de vista de las causas que lo originan, puede ser divorcio necesario o voluntario. En el caso del

divorcio administrativo que es voluntario, este a su vez podemos subdividirlo en judicial y administrativo, siendo siempre judicial el necesario.

### **1.5. El divorcio en el Derecho Comparado.**

De manera general se puede decir que el divorcio en el Derecho Comparado, se clasifica en: divorcio-separación o no vincular y vincular. Este último, se divide en necesario y voluntario, mismo que, a su vez, puede ser administrativo o judicial.

En el divorcio-separación o no vincular, los cónyuges no pueden contraer de nuevo matrimonio y sólo se les releva de la obligación de vivir en común.

El vincular es en el que se rompe la unión matrimonial y existe la posibilidad de que los cónyuges contraigan nupcias nuevamente.

El divorcio necesario es aquel en el cual se disuelve el vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretado por autoridad competente, con base en una causa expresamente señalada por la ley.

El voluntario o por mutuo consentimiento es aquel donde se disuelve el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, y es decretado por la autoridad competente, ante la solicitud por recíproco acuerdo, de los esposos.

Por su parte, el divorcio voluntario administrativo es aquel el que se disuelve el vínculo matrimonial, solicitado de mutuo acuerdo por los cónyuges ante el Juez del Registro Civil.

“El divorcio voluntario judicial se diferencia del anterior en que la solicitud de disolución del vínculo la hacen los cónyuges ante el Juez de lo Familiar.”<sup>34</sup>

“Otra forma de clasificar esta institución es dividiéndola en divorcio sanción que se da por causas graves y divorcio remedio, que es el reconocimiento de la ley de que, presuntamente, ese matrimonio no puede seguir por la pérdida de la afectio maritalis.”<sup>35</sup>

Cabe señalar que en derecho comparado, hay países donde sólo existe el divorcio remedio como en Inglaterra donde la causal sustancial es que los cónyuges estén separados por dos años. En otras naciones sólo está previsto el divorcio vincular, tal es el caso de Alemania, Austria, República Checa, Grecia y Polonia. Asimismo, hay países donde únicamente existe el divorcio-separación, como Chile, Irlanda y Andorra o en el Estado de Louisiana, en Estado Unidos.

Sin embargo, en la mayoría de las naciones occidentales se admiten todas las clases de divorcio.

Así por ejemplo en España, de acuerdo a los artículos 85 al 89 del Código Civil Español, se dice que:

85. El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

86. Son causas de divorcio:

---

<sup>34</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar. Segunda edición, Porrúa, México, 2003. p. 162.

<sup>35</sup> Ibidem. p. 163.

- 1ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges y por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.
- 2ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.
- 3ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:
  - a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de algunos de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.
  - b) Cuando quien pide el divorcio, acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.
- 4ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.
- 5ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al

escrito inicial la propuesta de convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este código.

87. El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otro de naturaleza análoga.

88. La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda.

La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre si nuevo matrimonio.

89. La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

Con base a lo anterior, se puede decir, que el divorcio en el Derecho Comparado, tiende a proteger la convivencia de los menores con los padres y sobre todo a mantener la armonía familiar.

## CAPÍTULO SEGUNDO DEL DIVORCIO EN GENERAL

El divorcio etimológicamente, deriva del vocablo "*divortium* que deriva de *divertere*, irse cada uno por su lado, dos sendas que se apartan del camino."<sup>1</sup>

El divorcio es hoy, como lo fue siempre, renuncia al matrimonio. Pero denuncia no es ya, como en el Derecho Romano, en el antiguo Derecho Alemán y en el Derecho Protestante de los principios, una declaración extrajudicial "(el llamado auto-divorcio), sino un supuesto de hecho espaciado que se compone de una declaración de voluntad formalizada (la demanda de divorcio) y un acto estatal (la sentencia firme)."<sup>2</sup>

En efecto, el divorcio en sus inicios no se encontraba limitado, pero actualmente es necesario para poder invocar esta acción, que se cumplan con los requisitos establecidos en la ley, a fin de obtener la sentencia firme que así lo declare para su validez.

Rafael De Pina señala "en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso."<sup>3</sup>

Sin embargo, Fueyo Lanem agrega "que en el sentido jurídico viene a abarcar dos posibilidades, una mayor y otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos por virtud de una sentencia judicial fundamentada en alguna causa legal."<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Tercera edición, Porrúa, México, 1996. p. 204.

<sup>2</sup> *Ibidem*. p. 205.

<sup>3</sup> DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Décima edición, Porrúa, México, 2000. p. 340.

<sup>4</sup> Cit. Por Enciclopedia Jurídica Omeba. T.II. Décima edición, Dris-Kill, Argentina, 2000. p. 210.

Por divorcio entenderemos entonces:

La disolución del vínculo matrimonial por voluntad de ambos cónyuges o a petición de uno de ellos, decretada por autoridad competente y cuyo fundamento se encuentre establecido en la Ley.

De lo expuesto se pasará a hablar de la naturaleza jurídica del divorcio para así tener una adecuada comprensión al respecto.

### **2.1. Naturaleza Jurídica.**

Respecto a la naturaleza jurídica del divorcio, se han vertido varias teorías que consideran a este de la siguiente manera.

El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal, concluyendo el matrimonio con relación a los cónyuges así como respecto a terceros.

El divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal pero esto sólo se obtendrá satisfaciendo las formas y requisitos que la ley regula.

“Es un acto jurisdiccional cuando se trata del divorcio voluntario judicial y del divorcio contencioso, el cual se presenta ante el Juez competente, de acuerdo a lo establecido por la ley.”<sup>5</sup>

Es un acto administrativo cuando se trata del divorcio voluntario administrativo, el cual se tramita ante el Juez del Registro Civil.

Así pues, se puede decir que otra forma de disolución del estado matrimonial y, por ende, de poner término a éste en vida de los cónyuges, es el

---

<sup>5</sup> Ibidem. p. 211.

divorcio, entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación.

El divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo sólo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo.

Desde sus orígenes latinos “el término divorcio implica el significado de separación, de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente y en medio jurídico, por divorcio debamos entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.”<sup>6</sup>

En nuestro medio, tanto en institución jurídica y en lo que toca al alcance de sus efectos, el divorcio ha variado a lo largo del tiempo. Así, en el siglo pasado nuestra legislación lo consideró como la separación temporal o definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y, por lo tanto, sin autorización para contraer nuevas nupcias. A principios de este siglo se adopta el criterio de divorcio vincular que actualmente se maneja, como disolución absoluta del vínculo matrimonial que deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar nuevo matrimonio.

## **2.2. Divorcio no vincular.**

De acuerdo con la doctrina, el divorcio no vincular consiste “en la posibilidad que tienen cualquiera de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro,

---

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ-PORRÚA SUÁREZ, Moris. Op. cit. p. 27.

mediante autorización judicial por causa grave, sin romper el vínculo matrimonial.”<sup>7</sup>

Este tipo de divorcio está regulado en el artículo 277 del Código Civil vigente que señala:

“El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge y el Juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.”

Las causales referidas en la cita son:

Son causas de divorcio:

[...] VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;

VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo...

Es decir, existen tres causas eugenésicas por las que se puede dar el divorcio no vincular:

- a) Una enfermedad incurable, contagiosa o hereditaria. Esto es porque la convivencia puede ser peligrosa para él, los hijos y el otro cónyuge sano, por las circunstancias antes descritas.

---

<sup>7</sup> DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Op. cit. p. 209.

- b) La interdicción declarada judicialmente de un cónyuge, por padecer un trastorno mental incurable.
- c) La impotencia incurable que no sea causada por la vejez.

Sorprende que se mantenga esta última causal de separación, pues con las reformas al Código Civil de 2000, la impotencia es dispensable como causal de nulidad del matrimonio. (Antes de estas reformas no lo eran, puesto que uno de los fines fundamentales y esenciales del matrimonio era la procreación).

Si ya no se regula como causal necesaria de nulidad del matrimonio, ¿por qué sigue enumerada en las de divorcio? Es absurdo, pues puede ocasionar problemas como en el supuesto de si se pide el divorcio basado en un caso de impotencia anterior al matrimonio, que ha sido previamente aceptada por los cónyuges.

En nuestro parecer debería de quitarse por completo o dejarse como causal, tanto para nulidad del matrimonio como para el divorcio.

Ahora bien, nos preguntamos: ¿las causas eugenésicas de divorcio no vincular son enunciativas o limitativas? Deben entenderse de manera limitativa, puesto que estamos en presencia de normas de orden público, que no pueden modificarse de ningún modo por la voluntad de las partes.

Por ello es que, también en nuestro criterio, el Estado nos está imponiendo una moral social equivocada, ya que se está dando el divorcio vincular como fórmula obligatoria de disgregación social a las familias que quisieran simplemente separarse, fundado su actuar en otras causales diferentes a las tres antes mencionadas.

Esta forma de divorcio tiene varios efectos:

El primero es que los cónyuges se separan materialmente, se extingue la obligación de cohabitar pues no están obligados a vivir juntos, esto es, a hacer vida marital.

El segundo es que se suspende el domicilio conyugal y, por ende, no se puede reputar en ningún momento abandono del mismo.

El tercer efecto es conservar el vínculo matrimonial por lo que hace al resto de los efectos, por ende, los cónyuges están imposibilitados a contraer nuevas nupcias o frecuentar sexualmente a otras personas; permanece el derecho de alimentos y, evidentemente, los derivados de la filiación y de la patria potestad.

### **2.3. Divorcio vincular voluntario.**

Como se menciona anteriormente, el divorcio vincular voluntario o por mutuo consentimiento es aquel en el cual se disuelve el vínculo matrimonial, en vida de los esposos, por orden decretada por la autoridad competente, ante la solicitud de mutuo acuerdo de los cónyuges.

Se clasifica en divorcio administrativo y judicial, que a continuación se analizará.

#### **2.3.1. Divorcio administrativo.**

“El divorcio administrativo por mutuo acuerdo es el procedimiento para la disolución del vínculo matrimonial pedido por los cónyuges, que se tramita ante el Juez del Registro Civil del domicilio conyugal, cuando se cumplan con los requisitos establecidos en ley.”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Ibidem. p. 211.

La diferencia con el divorcio voluntario jurisdiccional es que el administrativo es ante el Juez del Registro Civil y el Judicial, ante el Juez de lo Familiar.

En lo particular siempre nos ha parecido muy desgraciada esta fórmula de divorcio, pues somos de la opinión que efectivamente el Derecho de Familia, salvaguarda los valores y principios más entrañables de nuestra sociedad, por lo mismo, resulta evidente que debe ser razón de política estatal buscar de toda manera que la familia, o en su caso el núcleo marital, sea estable.

En ese sentido, nos parece que los casos de divorcio siempre deben llevarse ante un verdadero órgano jurisdiccional, cuerpo cualificado y sensibilizado para la resolución de controversias del orden familiar, lo que le permitirá observar cada circunstancia particular y estrictamente aplicar las normas de manera equitativa.

Además, el hecho de que el procedimiento de disolución del vínculo sea un poco más lento permite recapacitar a los cónyuges respecto de la realidad de sus sentimientos y supone una oportunidad para el arrepentimiento o la reconciliación.

De igual forma nos parece desdeñable que, a partir de la reforma de 2000, se haya dado prioridad a este tipo de divorcio frente al judicial. Hecho que inferimos de la redacción del artículo 273 al establecer en lo conducente que: "procede el divorcio por vía judicial cuando los cónyuges no se encuentren en el supuesto del artículo anterior."

Nos percatamos de la errónea política legislativa que pretende que sean por vía del divorcio administrativo todos aquellos casos que reúnan los requisitos correspondientes, y que inclusive les cierra la vía judicial para su arreglo. Nuevamente se torna evidentemente que el Estado pretende imponernos una moral equivocada, sin dejarnos a los individuos mayores opciones de procedimiento.

### **2.3.2. Divorcio voluntario por la vía judicial.**

Como mencionamos anteriormente, de conformidad con el primer párrafo del artículo 273, el divorcio voluntario judicial sólo procede cuando no se reúnen los requisitos del artículo 272.

Esto significa que la vía jurisdiccional es excepcional y, en consecuencia, debe privilegiarse la administrativa.

En consecuencia, la vía judicial sólo tendrá lugar si los cónyuges son menores de edad, si existen hijos en común y éstos son menores o mayores de edad y requieran alimentos, así como, si el matrimonio se dio bajo el régimen de sociedad conyugal y ésta no se ha liquidado.

En todo caso es indispensable que haya existido al menos un año desde la celebración del matrimonio. Al respecto el artículo 273 establece en lo conducente:

“Procederá el divorcio voluntario por la vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio...”

Ahora bien, a fin de obtener la disolución, los cónyuges deberán presentar una demanda ante el Juez de lo Familiar, acompañada del convenio de divorcio voluntario que señalará, al menos, los siguientes elementos:

- 1) Quién tendrá la guardia y custodia de los hijos: éste no es un acto que conseqüente la pérdida de la patria potestad, pues debe entenderse que ésta se compartirá; sólo se refiere a las personas que se encargarán del cuidado de los hijos.

2) La manera en que se les dará a los acreedores alimentarios la pensión durante el proceso y después del divorcio; esto para asegurar que la obligación alimentaria se cumpla.

3) A cuál de los cónyuges le corresponde vivir en el domicilio conyugal.

4) Cuál será el domicilio de cada cónyuge así como el de los hijos terminado el proceso, y si alguno se llegara a cambiar de domicilio avisará este cambio.

5) La cantidad asignada de pensión alimentaria al cónyuge.

6) La liquidación de las capitulaciones matrimoniales y la partición de sus bienes.

7) Las fechas, modos y horarios de la visita del cónyuge que no tenga la custodia de los hijos, aunque respetando los tiempos de comida, descanso y estudio. Esto es poco claro pues, a cierta edad, son escasos los niños que hacen algo diferente de alimentarse, educarse y descansar. Por eso queda en la indefinición los tiempos de visita por parte de su padre o madre que no viva con ellos.<sup>9</sup>

Igualmente, deberá presentarse ante el Juez de lo Familiar una copia del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores como lo establece el artículo 674 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Después de hacer la solicitud de divorcio, el Juez citará a los cónyuges y al Ministerio Público a una junta, antes de los ochos y después de los quince días, donde se identificarán y los exhortará para que lleguen a un arreglo, de no lograrlo aprobará provisionalmente el convenio tomando en cuenta la opinión del Ministerio Público y dictando las medidas necesarias.

---

<sup>9</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos. Práctica Forense Civil y Familiar. Décima edición, Porrúa, México, 2003. p. 261.

Si los cónyuges insisten en divorciarse, el Juez citará a una segunda reunión, después de los ocho y antes de los quince días siguientes y volverá a exhortar a los cónyuges para que lleguen a una conciliación. De no llegar a ella y si en el convenio están bien garantizados los derechos y obligaciones de los cónyuges y la familia, el Tribunal escuchando la opinión del Ministerio Público, dictará la sentencia de divorcio y decidirá sobre el convenio.

Si los cónyuges no continuaran el proceso por más de tres meses, el Tribunal dejará sin efecto la solicitud y la mandará al archivo correspondiente.

En caso de que el Ministerio Público no aceptara el convenio, porque es violatorio de los derechos de los hijos o éstos no queden bien garantizados, propondrá modificaciones y los cónyuges tendrán tres días para manifestar su aceptación. En caso de rechazarlas, el Juez resolverá en sentencia según la ley. Si el convenio no es aprobado no se decretará el divorcio.

La sentencia de divorcio causará estado quince días después de que el Juez emita la sentencia y envíe copia al Juez del Registro Civil para que éste haga las anotaciones correspondientes disolviendo el matrimonio.

#### **2.4. Divorcio necesario.**

Podríamos definir al divorcio necesario como la disolución del vínculo matrimonial por sentencia jurisdiccional emanada a petición de un solo consorte y fundada en una causa grave. Los elementos de esta definición son:

- La acción de divorcio necesario es un derecho unilateral de uno de los cónyuges. A diferencia del divorcio voluntario, en el necesario uno de los consortes actúa sin el consentimiento del otro, de forma tal que inclusive la otra parte pudiera rechazar el divorcio, y buscar continuar con el vínculo matrimonial.

- Debe fundarse en una causa grave, misma que generalmente ha motivado la contraparte.

#### **2.4.1. Concepto.**

El divorcio necesario, es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad judicial competente y cuyo fundamento se encuentra establecido en la ley.

Las causas de divorcio pueden definirse como aquéllas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento previamente establecido al efecto.

#### **2.4.2. Referencia histórica legislativa.**

En México, bajo los Códigos de 1870 y 1884, se reguló el divorcio no vincular necesario bajo una lista de causales determinadas que, generalmente, implicaban delitos, hechos inmorales o incumplimiento de las obligaciones conyugales.

El Código de 1870 señaló como causales de divorcio no vincular necesario las siguientes:

- 1) El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2) La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
- 3) La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.

- 4) El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción.
- 5) El abandono sin justa causa del domicilio conyugal, prolongada por más de dos años.
- 6) La sevicia del marido con su mujer, o la de ésta a aquél.
- 7) La acusación falsa hecha de un cónyuge al otro.
- 8) El hecho de que la mujer dé a luz a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- 9) La negativa de uno de los cónyuges de suministrar alimentos conforme a la ley.
- 10) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.
- 11) Una enfermedad crónica e incurable, que sea también hereditaria o contagiosa, anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.
- 12) La infracción de las capitulaciones matrimoniales.<sup>10</sup>

En el Código de 1884, existieron algunas diferencias con el de 1870:

- a) "Se agregó como causal: la enfermedad hereditaria o contagiosa, crónica e incurable, así como la impotencia.
- b) Se modificaron algunas causales tales como: i) abandono del domicilio conyugal por seis meses (en 1870, con justa causa, dos años y en 1884, un año) y ii) sevicia o injuria grave (1870) de un cónyuge para otro."<sup>11</sup>

La ley de divorcio de 1914, al crear el divorcio vincular, evitó hacer una enumeración de las causales de divorcio necesario con el propósito de terminar con los matrimonios desavenidos.

---

<sup>10</sup> OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. Séptima edición, Harla, México, 2000. p. 216.

<sup>11</sup> *Ibidem*. p. 217.

El artículo primero de la ley mencionada especificaba una fórmula general a la que tenía que sujetarse el Juez de lo Familiar a efecto de analizar el caso concreto, y que señalaba:

El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la relación de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.<sup>12</sup>

Es evidente que la ley del divorcio de 1914 no contenía en su articulado ninguna lista enunciativa o limitativa de causales del rompimiento del vínculo, por el contrario, tenía una serie de nociones y características generales que, en su caso, el Juez debía apreciar libremente.

La reforma a esta ley, realizada en 1915, volvió a establecer causales de divorcio vincular retomando en mucho las de los códigos de 1870 y 1884.

Este mismo sistema de listado de causales de divorcio fue seguido por la Ley Sobre Relaciones Familiares y el Código Civil original de 1928.

En vista de lo anterior, entendemos que en México ha habido históricamente dos grandes sistemas que han regulado las causales de divorcio necesario:

---

<sup>12</sup> BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. Décima edición, Porrúa, México, 2003. p. 291.

- 1) El genérico, donde el Juez analizaba el caso y si lo consideraba conveniente decretaba la disolución del vínculo, y
- 2) El sistema de lista, en el que sólo se puede dar la disolución del matrimonio si se actualiza bajo una causal de divorcio necesario; que es el sistema predominante en el Distrito Federal hasta la fecha.

#### **2.4.3. Clasificación de las causales de divorcio necesario.**

Partiendo de que la única utilidad práctica de una clasificación de las causales de divorcio necesario es con fines nemotécnicos, proponemos la fórmula que nos parece más simple, tomando en cuenta el contenido del código vigente.

##### *A) Causales que provengan de un delito:*

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tengan relaciones carnales con ella o con él;
- IV. La incitación hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- V. La conducta de alguno de los cónyuges para corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos;
- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoria;
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona y los bienes del otro o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoria;

- XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o por alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este código;
- XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.

*B) Causales que atenten en contra del estado matrimonial:*

- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;
- VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;
- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar 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 artículo 168;

*C) Las que tienen origen en vicios o enfermedades:*

- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;
- VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;
- XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

*D) Aquéllas que son **ex lege**, es decir, las que tienen por origen exclusivamente la ley:*

IX. La separación de los cónyuges por más de un año independiente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquier de ellos;

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

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge;

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro desempeñar una actividad en los términos del dispuesto por el artículo 169 de este Código.

Nos preguntamos si estas causales son *numerus clausus o apertus* (enunciativas o limitativas). Antiguamente no existía solución a esta pregunta en el texto del Código; sin embargo, nuestros Tribunales Federales habían señalado, que sólo las contenidas en ley son causales de divorcio.

A partir del año 2000, el artículo 267, en su segundo párrafo, señala que las causales de divorcio son limitativas.

Ahora nos preguntamos si realmente todas las causales de divorcio necesario son graves, a tal grado que por encontrarse en el supuesto de alguna de ellas, merezca la disolución del vínculo matrimonial. Para ello habría que analizar

cada una de las causales del artículo 267 y encontraríamos que algunas son graves, otras no tanto y algunas realmente no son graves.

Por ejemplo, el caso de la causal novena, que es separación de la casa conyugal por un año, independientemente del origen de la misma no sería una causa grave pues puede haber una justificación suficiente de esta separación (por ejemplo, por trabajo o por estudios).

Por lo tanto, es urgente que se revise la lista de causales de divorcio, meditando si efectivamente son graves las conductas ahí especificadas, de manera tal que hagan imposible la convivencia conyugal y realmente traigan aparejada la disolución del vínculo.

#### **2.4.4. Análisis de dichas causales.**

Las causales establecidas en el artículo 267 las pasaremos a analizar desde la primera hasta la última y así tenemos que:

##### *1. El adulterio de uno de los cónyuges:*

Esta causal está contenida en la fracción primera del artículo 267 que establece: "1. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges."

"A fin de actualizar el tipo en cuestión, para el Derecho Penal era necesario que el adulterio fuera cometido en el domicilio conyugal o con escándalo y debía ser consumado, esto quiere decir que debe ser un acto sexual propio y completo."<sup>13</sup> Por lo anterior es que era muy difícil probar un adulterio en Derecho

---

<sup>13</sup> DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. Derecho Procesal Civil. Tercera edición, Porrúa, México, 2002. p. 297.

Penal ya que, normalmente, se necesitaban pruebas directas del acto carnal como sería una fotografía o un video.

En Derecho Civil pensamos que la formulación del adulterio es un tanto más flexible, empezando por el hecho de que para éste es una simple violación al deber de fidelidad y no es un delito; por lo mismo no se necesita que el adulterio esté consumado mediante un acto sexual pleno, sino que basta con cualquier acto lascivo para que se provea el adulterio civil.

*II. La fracción II del artículo 267 que señala:*

- II. El hecho que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

Esta fracción fue modificada en el año 2000, pues en el Código original indicaba:

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

Comparando las dos fracciones podemos observar cambios:

- a) En el Código original se hacía referencia únicamente a la mujer como sujeto de la conducta culpable. La causal de divorcio sólo tenía lugar una vez decretada judicialmente la declaración de ilegitimidad del recién nacido.
- b) Actualmente no sólo puede ser culpable de esta conducta la mujer, sino también el hombre. Del texto de la fracción en análisis pareciera que no es indispensable la declaración judicial previa de la ilegitimidad

de los hijos; en consecuencia, es el mismo Juez de la causa de divorcio quien deberá analizar si el hijo está concebido antes del matrimonio.

Para estos efectos, se considerarán hijos nacidos dentro del matrimonio, desde luego, los nacidos durante el mismo y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, contándose los días a partir que los antes cónyuges se separaron.

### *III. La propuesta de un consorte de prostituir al otro.*

Esta causal se encuentra regulada en la fracción III del artículo 267 que establece:

La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro no sólo cuando él mismo lo haya hecho, sino también cuando se pruebe que se ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él.

La fracción del artículo 267 antes transcrita fue reformada en 2000 y antes señalaba:

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

Como podemos ver, en esta causal entran ahora tanto el hombre como la mujer.

*IV. La incitación o la violencia para cometer un delito hecha para un cónyuge al otro.*

Esta causal, que se encuentra regulada en la fracción IV del artículo 267, establece:

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.

En Derecho Penal existe el delito de provocación del delito y apología de éste o de algún vicio, que se actualiza al incitar al público en general para cometerlo. Este delito está señalado en el artículo 209 del Código Penal Federal, que establece:

Al que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de este o de algún vicio se le aplicarán de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad, si el delito no se ejecutare; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación del delito cometido.

La diferencia de las conductas en estudio de índole penal y civil es que en el primero, para que se constituya un delito, la actuación del sujeto activo del delito debe ser pública; cuestión que no es necesaria para actualizar la causal de divorcio, en tanto que, sólo es la incitación de un cónyuge al otro.

Esta incitación privada puede ser de palabra, por escrito y hasta por medio de determinados actos como el desprecio, la sonrisa burlona, negarse a cumplir con el débito conyugal y otros análogos con los que de una manera u otra se lleva a la provocación.

Evidentemente a fin de actualizar la causal de divorcio no se necesita que el delito se cometa, ni siquiera plenamente, pues la causal en cuestión sólo establece que exista la incitación o provocación, pero no que sea ejecutada.

*V. Los actos inmorales con respecto a los hijos:*

Estas conductas se encuentran establecidas en la fracción V del artículo 267, que establece:

- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

Esta fracción fue reformada, pues antes de 2000 señalaba:

Los actos inmorales ejecutados tanto por el marido como la mujer con el afín de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

Hoy día, al encuadrar la conducta que genera el divorcio, ya no se refiere a moralidad; sin embargo, nos parece que la idea de corrupción lleva a un juicio de valor que debe tener un contenido ético.

Igualmente, no se limita a los hijos menores pues cabe la posibilidad de corromper también a los mayores. Sin embargo, tenemos dudas acerca del contenido de los actos que implican corromper a los hijos.

Sin duda, la respuesta es muy variable pues podría incluir cuestiones que socialmente algunas personas denominarían corrupción y otras no (por ejemplo, el padre que incitara al hijo a emborracharse “moderadamente”, apostar ocasionalmente a los caballos, a jugar de vez en vez al póquer o a cambiar de religión).

Es evidente que el vocablo corrupción tiene un sentido tan subjetivo, vago y amplio que caben en él toda clase de conductas, inclusive de carácter lícito y socialmente aceptado.

*VI. Enfermedades, vicios, impotencia o trastorno mental incurable.*

Estas causales están señaladas en las fracciones V, VII, XV y XIX del artículo 267 del Código Civil, que establecen:

- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;
- VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;
- XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;
- XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

Previamente al análisis de dichas causales debemos advertir que la disolución del matrimonio por padecimientos físicos o psíquicos nos parece deviene de una acción que sólo corresponde al cónyuge sano, y en consecuencia es claramente una conducta egoísta, puesto que el matrimonio está basado en los lazos de solidaridad; por lo mismo, si un cónyuge enferma debiera ser responsabilidad del otro ayudarlo hasta donde sea fácticamente posible.

En ocasiones se ha dicho que hay razones de orden público que justifican el divorcio, como prevenir el contagio o la transmisión de las enfermedades a los

hijos o al cónyuge sano; sin embargo, creemos que ésto sería sólo una justificación de la separación más no de la disolución del vínculo matrimonial.

Con el fin de actualizar la causal de divorcio, hay que considerar que las enfermedades deben ser incurables, contagiosas o hereditarias.

Nos parece que tales objetivos, evidentemente, no tienen mayor sentido, en principio porque existen enfermedades como la psoriasis o la diabetes que son incurables, crónicas y hereditarias pero que, dependiendo del grado de avance, en nada afectan la vida conyugal si se mantienen bajo control médico.

*VII. Separación por más de seis meses del domicilio conyugal.*

Esta causal está contenida en la fracción VII del artículo 167 del Código Civil que establece:

*VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.*

Durante décadas, esta causal fue una de la más socorridas por los litigantes; por ello, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de emitir diversos criterios en torno a este tema.

Quizá uno de los más relevantes es aquel en que se establecieron cada uno de los elementos que integran la causal en estudio, dicha jurisprudencia señala en lo conducente:

**“DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.** Este Alto Tribunal ha sostenido reiteradamente que para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal, compete al actor demostrar estos extremos: 1. La existencia del matrimonio; 2. La existencia del domicilio conyugal; y 3.

La separación injustificada del cónyuge, por más de seis meses consecutivos de dicho lugar.<sup>14</sup>

En consecuencia, para que se actualice esta causal, la Corte ha establecido los siguientes requisitos:

- 1) La existencia del matrimonio,
- 2) La existencia del domicilio conyugal, y
- 3) La prueba de abandono del cónyuge por más de seis meses.

Es nuestro parecer que el primer requisito es el más fácil de probar pues será suficiente con la simple acta de matrimonio.

En cuanto al segundo requisito debe resaltarse que si bien el Código aduce a casa conyugal, tal término debe asimilarse plenamente al de domicilio conyugal, en tanto que semántica y prácticamente son términos idénticos.

Precisamente, con respecto a la existencia del domicilio conyugal la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado:

**DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL CUANDO LOS CÓNYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS.** Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del domicilio conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición del hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. Vol. II. Marzo-Abril. México, 1998. p. 219.

<sup>15</sup> Ibidem. p. 222.

En ese sentido, por domicilio conyugal normalmente se entiende el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges donde ambos disfrutaban de autoridad propia y consideraciones iguales.

A efecto de probar la fecha de separación de la casa conyugal, en la práctica se acostumbra acudir a la delegación, ante un Juez calificador de infracciones administrativas, para declarar formalmente la fecha de separación. Dicho Juez expide una copia certificada de la declaración, normalmente llamada acta de barandilla, la cual se puede presentar como prueba.

*VIII. Separación del domicilio conyugal por más de un año:*

Esta causal está regulada en la fracción IX del artículo 267 del Código Civil vigente que establece:

- IX. La separación de los cónyuges por más de un año independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos;

En general, esta causal nos parece injustificada, pues de suyo no es grave en sí misma, ya que la separación por un año puede derivarse de un sinnúmero de cuestiones lícitas o indispensables para la familia. Es evidente que dicha causal no está a la altura de las necesidades del Estado, que siempre deberá procurar la conservación (no la dispersión) de la célula social básica: la familia.

Sin embargo, actualmente, dicha causal es ampliamente practicada por los litigantes, pues es muy fácil acreditar los supuestos que la actualizan pero ha generado un sinnúmero de injusticias. Como fue el hecho de que desde su creación y hasta a mediados de los noventa no se sentenció al pago de alimentos a ninguno de los cónyuges, pues no existía cónyuge culpable aunque era un tipo

de divorcio necesario. Naturalmente, esto creó infinidad de mujeres y hombres que además de haber sido abandonados por su pareja, eran injustamente condenados a la miseria.

Esta circunstancia varió cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió, en los últimos años de la última década del siglo pasado, que en estos casos de divorcio era procedente aplicar las reglas de alimentos del divorcio voluntario. Sin embargo, dicha jurisprudencia ha perdido el carácter de aplicación directa en el Distrito Federal pues se definió con base en la interpretación de diversos artículos que hoy día se encuentran derogados.

El hecho es alarmante pues deja nuevamente en estado de indefensión a muchos hombres y mujeres, por lo que es imperiosa una reforma legal que lo tome en cuenta (o una decisión jurisdiccional que ratifique este criterio).

#### *IX. Ausencia y presunción de muerte.*

La causal está señalada en la fracción X del artículo 267 del Código Civil vigente que establece:

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

La ausencia y presunción de muerte, en los casos en que por excepción no se necesita de una declaración previa de ausencia, solamente genera la acción de divorcio, más no el estado de viudez a fin de que, de aparecer el ausente, no exista conflicto entre diversos matrimonios válidos.

Dichos casos de excepción en que es posible decretar la presunción de muerte, sin que previamente se obtenga la sentencia que declare la ausencia, se encuentran establecidos en los párrafos segundo y tercero del artículo 705 que indican:

“Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia; pero sí se tomarán medidas provisionales autorizadas por el Capítulo I de este Título.

Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el Juez de lo Familiar declare la presunción de muerte. Es estos casos, el Juez acordará la publicación de la solicitud de declaración de presunción de muerte, sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días.”

Esta causal no tiene caducidad, pues la ausencia o presunción de muerte son estados de tracto sucesivo que se prolongan en el tiempo hasta que aparezca el desaparecido.

*X. Sevicia, injurias y amenazas.*

Estos tres elementos están señalados en la siguiente fracción del artículo 267 del Código Civil vigente que establece:

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

Por sevicia debemos entender la crueldad excesiva, de hecho o psicológica, que un consorte ejerce sobre el otro y que hace imposible la vida cotidiana. En este sentido la Corte ha sostenido:

En cuanto a la injuria ha sido opinión reiterada que no es necesario que se actualice el delito y que algunas legislaciones locales tipifican al respecto.

En este sentido, existe una noción civil de injuria donde se determina que por ésta se entiende aquella conducta de un cónyuge que implique una humillación, de hecho o de palabra, al otro. Es decir, injuria civil es cualquier conducta que cause una humillación que imposibilite la vida conyugal.

“Por lo anterior, para actualizar la causal de divorcio, el Juez debe ser muy cuidadoso pues tendrá que determinar que la conducta humillante sea de gravedad tal, que efectivamente imposibilite la vida en pareja y, por ende, deberá tomar en cuenta las circunstancias sociales y personales de los cónyuges.”<sup>16</sup>

Las amenazas son un hecho o dicho por el cual el otro cónyuge siente que corre un peligro grave, real y futuro. En efecto, la conducta dañina no debe ser meramente imaginaria o poco importante, sino sustancialmente actualizable, de manera que permita generar tal pavor en la víctima que haga evidente que no es posible la vida en pareja.

XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.

---

<sup>16</sup> Semanario Judicial de la Federación. Op. cit. p. 321.

Consideramos que dicha causal se encuentra inadecuadamente implementada a fin de dotarla de plena eficacia práctica.

En primer lugar, las resoluciones (llamadas en otros países órdenes restrictivos) que restringen la libertad de tránsito, asociación o el derecho a la familia consagrados en nuestra Constitución federal pudieran ser fácilmente impugnados por vicios de inconstitucionalidad.

Asimismo, debe señalarse que las resoluciones de autoridades administrativas (especialmente de los centros de atención de violencia intrafamiliar) carecen de la obligatoriedad en tanto que, normalmente, se requiere el consentimiento de ambas partes para que se otorguen; además de que, en su caso, son fácilmente impugnables constitucionalmente y podrán ser suspendidos sus efectos.

Finalmente en lo que hace a las resoluciones de carácter judicial y administrativo, nos parece repetitiva la fracción en comento pues en todo caso podrá caerse en el tipo penal vulgarmente llamado desacato, y proceder al divorcio en término de la fracción XIV de este mismo artículo.

#### *XI. Acusación calumniosa.*

Esta causal está señalada en la fracción XIII del artículo 267 del Código Civil vigente que establece:

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

Si un cónyuge acusa al otro por la comisión de un delito que merezca pena de prisión mayor de dos años, independientemente de quién sea el sujeto pasivo del delito imputado, y dicho cónyuge es encontrado inocente, se surte la causal en cuestión.

De hecho, esta causal requiere que se siga previamente un juicio penal, que se pronuncie sentencia y que se declare inocente al cónyuge por el delito que le imputó el otro.

Por lo tanto, no solamente con la mera denuncia ante el Ministerio Público, y que éste la mande al archivo con las reservas de ley, es suficiente para actualizar dicha causal de divorcio; sino que es indispensable el ejercicio de la acción penal ante el Juez.

#### *XII. Cometer un delito doloso.*

Esta causal está señalada en la fracción XIV del artículo 267 del Código Civil vigente que establece:

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

La redacción de dicha causal en el Código original era:

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

Como puede advertirse, hoy día esta causal implica, simplemente, cometer un delito doloso independientemente de quién sea el sujeto pasivo del delito y el tiempo de la pena. Sin embargo, se establecen dos requisitos indispensables a fin de que se actualice:

- 1) Que el delito sea doloso, esto es que sea conciente y voluntariamente efectuado.
- 2) Que la sentencia condenatoria sea inimpugnable, es decir, que sea ejecutoriada.

*XIII. Negativa de responder a las obligaciones derivadas del matrimonio.*

Esta causal está señalada en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil vigente que establece:

- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar 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 artículo 168.

Normalmente, esta fracción se ha interpretado de manera restringida en relación con el incumplimiento de los deberes de dar alimentos que contiene nuestro Código. (Sin embargo, en realidad urge una reforma legal que efectivamente restrinja a dichos deberes alimentarios la causal de divorcio, pues la redacción del artículo es demasiado amplia).

*XIV. Métodos de fecundación asistida.*

Esta causal está señalada en la fracción XX del artículo 267 del Código Civil vigente que establece:

- XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.

Independientemente de que con posterioridad en esta misma obra será tratado el tema de fecundación asistida, debe subrayarse que sólo será causal de divorcio si el acto en cuestión no contó con el consentimiento del otro cónyuge. Asimismo, es preciso señalar que, en todo caso, dicho consentimiento puede ser tácito o expreso y, por ende, es válido presumirlo si el otro cónyuge ha participado activa o pasivamente en los actos médicos que se realicen.

*XV. Impedir uno al otro realizar una profesión.*

Esta causal está señalada en la fracción XXI del artículo 267 del Código Civil vigente que establece:

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

Nos parece imposible jurídicamente que en los hechos un cónyuge le prohíba al otro que realice cualquier actividad lícita, pues si físicamente alguien impidiera a una persona salir de su hogar para llevar a cabo determinada actividad, pudiera caerse en un delito (por ejemplo, secuestro); además jurídicamente la libertad de trabajo es una garantía constitucional que no puede ser limitada por los particulares.

Por otro lado, debería sopesarse que los Jueces mexicanos pudieran analizar determinadas actividades que podrían ser peligrosas o atentan contra la estabilidad familiar (por ejemplo la tauromaquia o el paracaidismo), pues en estos casos parecería lógica la separación del cónyuge que se opusiera a dicha actividad para proteger la sobrevivencia y estabilidad del núcleo social primario.

**2.4.5. Características de la acción de divorcio.**

La acción de divorcio caduca, por regla general, a los seis meses, salvo las causales de tracto sucesivo; es decir, las que se manifiestan de forma continua y,

por ende, constantemente se renuevan día con día (por ejemplo, las causales de divorcio derivadas de enfermedades físicas o psíquicas), igualmente las que caducan a los dos años contenidas en las fracciones once, diecisiete y dieciocho del artículo 278.

La acción de divorcio es personalísima. Es decir, sólo la puede ejercitar aquél a quien le compete, no puede llevarse a cabo por vía de representante ni puede actualizarse la acción oblicua a que se refiere el artículo 29 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Asentado lo anterior, nos preguntamos, ¿qué pasa en caso de que el emancipado quiera ejercitar esta acción? Éste puede hacerlo, mas necesitará un tutor dativo según lo dispuesto por el artículo 643.

Tenemos duda respecto de que el sujeto interdicto pueda ejercitar la acción de divorcio por medio de un tutor pues, según la fracción quinta del artículo 537, dicha persona es igualmente su representante salvo en relación con actos estrictamente personales.

No obstante, interpretar que el tutor carece de representación para demandar el divorcio o defender al interdicto pudiera tener vicios evidentes de inconstitucionalidad, ya que se priva a una persona de su garantía de jurisdicción y el libre acceso a los tribunales.

En este sentido, igualmente es posible sostener que la caducidad de la causal de divorcio no pudiera operar en contra del interdicto, ya que, en los hechos, carece de la acción de divorcio.

Por ello, opinamos que la caducidad no puede perjudicarle a dicha persona mientras se encuentre en estado de incapacidad, toda vez que hay una imposibilidad superviniente.

La acción de divorcio sólo puede ejercitarla el cónyuge inocente, salvo en el caso de la fracción novena del artículo 267.

Esta acción es perdonable, según lo dispuesto en los artículos 280 y 281 que establecen:

“Artículo 280.- La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. Para tal efecto, los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar.”

“Artículo 281.- El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior; pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio.”

Más que hablar de perdón, en todo caso debe referirse, técnicamente, al desistimiento unilateral o bilateral de la acción de parte del cónyuge que haya demandado y que, paralelamente, genera la caducidad de la causa.

Nos preguntamos si es posible el desistimiento unilateral de la acción de divorcio si el otro cónyuge reconviene al actor. Pareciera que, realmente, cualquiera de los consortes pudiera desistirse de su acción intentada, pero eso no afectaría la efectividad de la acción de su contraparte, si no se desiste.

La acción de divorcio termina por la muerte, según lo dispuesto en el artículo 290.

Obviamente, la causa de esta acción es romper con el vínculo matrimonial y, desde luego, si un cónyuge muere, éste queda disuelto y la sentencia de este juicio pierde su materia.

Esto no afecta los derechos sucesorios del cónyuge que haya intentado la acción, salvo que se actualice alguna de las causas de ilegitimidad enunciadas en la ley.

## **2.5. Efectos del divorcio vincular.**

“Los efectos del divorcio por mutuo consentimiento y necesario pueden clasificarse en provisionales y definitivos. Los primeros son los que surtirán en lo que dure el juicio de divorcio, mientras que los segundos son aquellos que durarán después de que cause ejecutoria la sentencia respectiva.”<sup>17</sup> A continuación analizaremos estos efectos para el divorcio tanto voluntario como necesario, aunque en todo caso el efecto común será romper el vínculo que une a los cónyuges.

### **2.5.1. Del divorcio por mutuo consentimiento.**

En el divorcio por mutuo consentimiento los efectos provisionales y definitivos, tanto de tipo patrimonial como personal, se encuentran contenidos en el convenio que deberá ser aprobado por el Juez de lo Familiar y el Ministerio Público. En este sentido deberá analizarse el contenido de cada convenio a fin de determinarlos con precisión. Sin embargo, de forma general, puede afirmarse que

---

<sup>17</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Op. cit. p. 395.

los efectos del divorcio voluntario por vía judicial se dividen comúnmente en cuanto a:

- 1) *“Las personas de los cónyuges:* Se extingue el vínculo matrimonial, dejando la posibilidad inmediata a los antes cónyuges de contraer nuevo matrimonio.
- 2) *Los hijos:* Ambos conservarán la patria potestad de los hijos aunque solamente uno la custodia.
- 3) *Los bienes:* Se seguirá lo establecido en el convenio sobre la liquidación del régimen patrimonial.”<sup>18</sup>

En el supuesto del numeral uno, la mujer está también en posibilidad de dejar de utilizar el nombre o apellidos del excónyuge, según se señalará adelante.

El código establece que sólo la mujer podrá recibir alimentos por el tiempo en que estuvo casada con el deudor alimentario, si se prueba que no tiene los ingresos necesarios para su subsistencia.

Esto último nos parece evidentemente inconstitucional, (cuya consecuencia podría ser su inaplicación), pues con ello se rompe el principio esencial de igualdad entre los hombres y las mujeres.

Mientras se emite la sentencia de divorcio, el Juez decretará la separación provisional de los cónyuges, dictando las medidas necesarias en cuanto a la pensión alimentaria en los términos del convenio (Artículo 275 Código Civil para el Distrito Federal).

### **2.5.2. Del divorcio necesario.**

---

<sup>18</sup> Ibidem. p. 396.

Por lo que hace a esta forma de divorcio, los efectos también pueden clasificarse en provisionales y definitivos.

Efectos provisionales.

Respecto de estos efectos, el Juez de lo Familiar dictará los prescritos en el artículo 282 del Código Civil vigente que establece:

“Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictaran las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

- I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesario para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código.

- II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;
- III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan

bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en los que se conozca que tienen bienes;

- IV. Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;
- V. Poner a los hijos bajo el cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre.

- VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo en cuenta el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;
- VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomarán las siguientes medidas con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:
  - a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
  - b) Prohibición del cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
  - c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

- VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código.
- IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiba, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estimen que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición.

Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise.

- X. Los demás que considere necesarios.”

Igualmente, el Código señala que el Juez, antes de decidir definitivamente acerca de la patria potestad y tutela de los menores o incapaces, podrá hacerlo, de acuerdo con los menores, abuelos, hermanos, tíos, primos o del ministerio público, cualquier medida que considere necesaria para ellos (284).

#### EFFECTOS DEFINITIVOS.

Las medidas definitivas que quedarán establecidas en la sentencia de divorcio se clasifican en cuatro tipos que son en cuanto a: a) las personas de los cónyuges, b) las personas de los hijos, c) al patrimonio y d) al efecto administrativo del artículo 291.

En cuanto a las personas de los cónyuges:

Rompimiento inmediato del vínculo, establecido en el artículo 289 que indica:

En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio.

Esta norma era frecuentemente violada por los cónyuges quienes mentían al contraer nuevas nupcias y afirmaban ser solteros o se casaban en otros estados. Por eso, a partir de la reforma familiar del año 2000, derogaron estas figuras y desde entonces es posible el matrimonio inmediato de ambos cónyuges.

Evidentemente, en el caso de la mujer, esto puede generar conflictos en cuanto a la filiación de un menor de edad que fuera concebido durante un primer matrimonio y que naciera durante un segundo.

En cuanto a la persona de los hijos:

Los hijos nacidos dentro de los plazos a que se refiere el artículo 324 del Código, se consideran del matrimonio, de otra manera, su filiación se acreditará fuera de las presunciones a que se refiere el artículo en cuestión.

El artículo 283 del Código vigente señala:

“La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al ministerio público, a ambos padres y a los menores para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite necesidad de la medida considerando el interés de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad. Seguimiento y terapias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las causales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para Distrito Federal.

Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de algunos de los ex cónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.”

En cuanto al patrimonio:

En este tema se diferencia claramente el divorcio necesario del de por mutuo consentimiento: en este último, el efecto fundamental de la sentencia será dotar de plena eficacia a los acuerdos que hayan llegado a los cónyuges respecto de cada uno de los puntos asentados en el convenio respectivo; mientras que los efectos del divorcio necesario son:

- I) Los alimentos de los hijos se regularán de acuerdo con lo establecido en el capítulo correspondiente.
- II) Por lo que hace a los alimentos del cónyuge, debe afirmarse que éstos se regirán según el artículo 288 del Código vigente que manifiesta:

En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

- I. La edad y el estado de salud de los cónyuges;
- II. Su calificación profesional y la posibilidad de acceso a un empleo;
- III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;

- V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y
- VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a la que se refiere el presente artículo se rige por lo dispuesto en este código para los hechos ilícitos.

En caso de las cuales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.

En el caso de divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Efecto administrativo del artículo 291 que establece:

Ejecutoriada una sentencia de divorcio, ante el Juez de lo Familiar, bajo su más estricta responsabilidad, remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta de divorcio, haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto y además, para que publique un extracto de la resolución durante quince días en las tablas destinadas al efecto.

Esta anotación sólo sirve para darle publicidad al divorcio, pues en adelante todas las copias de las actas de matrimonio que se expidan deberán llevar inscrita la anotación de que el matrimonio quedó disuelto.

En efecto no es exclusivo del divorcio necesario, pues igualmente deberá aplicarse al divorcio por mutuo consentimiento.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR EN LA ACTUALIDAD**

La vía correspondiente, se encuentra regulada en los artículos 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. El capítulo correspondiente inicia con la declaración de principio ya citada: los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, de tal suerte que las normas sobre estas controversias son de estricta observancia.

Cuatro son las columnas de sostén de esta vía: la facultad que tiene el Juzgador para actuar de oficio en protección de la familia, en especial en asuntos que afecten a menores o se refieran a alimentos; la obligación que este funcionario tiene de suplir la deficiencia de las partes en los planteamientos de derecho; la búsqueda de soluciones avenidas entre las partes, y la posibilidad de acudir a tribunales sin necesidad de cubrir formalidades especiales.

Estos cuatro pilares son los instrumentos con que cuenta el órgano jurisdiccional para actuar de manera expedita y decidida en el momento preciso para atender una crisis familiar con el menor costo posible tanto en lo afectivo como en lo económico. Son cuatro pilares especialmente importantes tratándose de las reclamaciones sobre alimentos, o de conflictos en los que los menores se ven envueltos de manera directa. Se les puede visualizar, también, como la llave de acceso directo e inmediato a la justicia.<sup>1</sup>

Es claro que la posibilidad de acudir al Juzgador sin formalidades y las facultades de que éste está dotado, son dos elementos que deben facilitar la rápida toma de decisiones y la aplicación oportuna de medidas para detener el

---

<sup>1</sup> BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Octava edición, Oxford, México, 2003. p. 281.

deterioro de las relaciones y proporcionar protección a las personas más necesitadas de ella.

En las controversias de orden familiar el procedimiento es sumamente sencillo. Se inicia, en el Distrito Federal, ante el Juez de lo Familiar, mediante comparecencia verbal o escrita en la que, de manera breve, se deben exponer los hechos en los que se base la solicitud de intervención y se acompañan las pruebas correspondientes. El Juez debe fijar una pensión alimenticia provisional mientras se resuelve el juicio, incluso antes de dar audiencia al acreedor. Con las copias de esta comparecencia se corre traslado a la parte demandada; al mismo tiempo se cita a ambas partes a la audiencia de desahogo de pruebas y alegatos en la cual el Juez puede, si tiene los elementos necesarios, dictar sentencia.

Algunas personas, críticas del sistema, señalan, no sin razón, que, en la práctica, este ideal normativo raramente se cumple con el pretexto o realidad objetiva, como se le quiera denominar, de que el Juzgador no tiene los elementos necesarios ni cuenta con el tiempo necesario para analizar el expediente. Cabe preguntar si no influye en esta costumbre el hecho que los Jueces no atiendan de manera personal las audiencias y las dejen en manos de los secretarios de acuerdo.

Es un procedimiento sencillo, efectivamente, pero vale la pena observarlo de manera detenida, paso a paso.

Como parte de este procedimiento, el ordenamiento adjetivo establece que el Juez debe señalar una pensión alimenticia provisional mientras dure el procedimiento, a solicitud de la parte actora y sin audiencia del deudor. Para ello, simplemente debe obtener la información que le permita establecer, aproximadamente, la proporcionalidad de dicha pensión.

Esta medida, que puede parecer arbitraria porque se toma sin audiencia del deudor, tiene una finalidad: no dejar desprotegidos a los acreedores alimentistas mientras se resuelve la controversia principal y, junto con ella, la procedencia de la obligación alimentaria, así como la distribución equitativa de la misma, en atención al principio de proporcionalidad ya citado, y a lo dispuesto por el artículo 312 del Código Civil para el Distrito Federal. Es una medida que se toma en atención a que los alimentos son de orden público e interés social y con fundamento en la presunción jurídica que tienen a su favor los acreedores alimentarios: necesitar el apoyo de sus deudores para atender sus necesidades básicas.

“En tanto medida provisional, este tipo de resoluciones pueden modificarse en la vía incidental mediante la sentencia interlocutoria correspondiente, o en la sentencia definitiva que se dicte en el juicio principal.” En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no se encuentra disposición específica que defina cuáles son los recursos que pueden interponerse contra el auto en que se determine la pensión provisional, tampoco existe un criterio uniforme al respecto, como se verá más adelante.

En estricto sentido, como ya se dijo, no se requiere ningún tipo de formalidad para acudir ante el Juez competente en demanda de alimentos urgentes. Simplemente se comparece de manera verbal o escrita haciendo una breve exposición de los hechos en que se basa la solicitud. Desde luego, en un Tribunal tan grande como es el de Justicia del Distrito Federal en el cual existen 40 Juzgados de lo Familiar, esta simplicidad puede complicarse.

Para evitar crear más obstáculos de los ya existentes, es conveniente presentar una demanda por escrito. En ella debe constar claramente el nombre completo del deudor alimentario así como su domicilio o un lugar en el que se le pueda correr traslado, esto es, donde pueda notificársele que existe una demanda en su contra.

Deben proporcionarse los nombres completos tanto de la persona que demanda como de los acreedores a nombre de quién se demanda. Si se trata de la madre o el padre a nombre de sus hijos e hijas, debe tenerse presente que si bien la mayoría de edad no es impedimento para tener derecho a una pensión, todos los hijos e hijas mayores de edad y capaces deben demandar por sí mismos.

Es igualmente importante proporcionar al Juzgador toda la información posible acerca de los ingresos y fuente de los mismos del deudor alimentario, así como aquélla que le sea útil para poder evaluar la necesidad de alimentos, según lo refiere Pérez Palma:

Entre los primeros datos están, por ejemplo, la empresa o institución donde presta sus servicios, estados de cuenta bancarios o bienes muebles e inmuebles que le reditúen ingresos, si fuera el caso. Entre la información útil para determinar la necesidad de los alimentos es conveniente presentar un presupuesto de gastos mensuales lo más detallado posible: renta, colegiaturas, comida, luz, gas, teléfono, vestido, calzado, gastos médicos. Mientras mayor información se proporcione al Juzgador mejores posibilidades tendrá éste de establecer la proporcionalidad entre las posibilidades del deudor y las necesidades de los acreedores.<sup>2</sup>

Tratándose de una vía especial que pretende ser ágil y expedita, requiere que desde el momento de la interposición de la demanda se presenten todas las pruebas que se consideren pertinentes para acreditar cada uno de los hechos expuestos en la demanda. Desde luego, aquellos documentos que acrediten la filiación o el vínculo que une a la parte actora con el deudor alimentario son indispensables. Es el caso de las constancias del Registro Civil de nacimiento y matrimonio, si fuera el caso.

---

<sup>2</sup> PÉREZ PALMA, Rafael. Guía del Derecho Procesal Civil. Sexta edición, Cajica, Puebla, México, 2000. p. 187.

Sin ser indispensable, es conveniente presentar todos aquellos documentos; notas, facturas, contrato de renta, recibo de pago de servicios como agua, luz, teléfono, gas, etc., que permitan al Juzgador cotejar la información proporcionada sobre los requerimientos mínimos para la subsistencia de los acreedores alimentarios. Debe recordarse que, si bien es cierto que, los alimentos deben cubrir sólo los gastos de subsistencia, también es cierto que, no existe una regla uniforme para determinar ese mínimo. Por ello, la ley establece el principio de proporcionalidad de las pensiones alimenticias.

Además, se sugiere ofrecer el testimonio de por lo menos dos personas a fin de que declaren sobre el estado de necesidad de los acreedores:

Tratándose de concubinato, la testimonial deberá versar sobre la relación entre las partes y establecer, con la mayor claridad y credibilidad posible, los extremos legales de la existencia de un concubinato, es decir, la duración de la relación, si han tenido o no hijos, la vida en común y la ausencia de vínculo matrimonial con tercera persona. Demostrar, sin lugar a dudas, la relación de concubinato entre dos personas es fundamental ahora que se ha reconocido la obligación alimentaria recíproca entre concubino y concubina. La testimonial, en estos casos, puede ser pieza clave para acreditar dicha existencia, por tanto, debe ser cuidadosamente preparada y enfocada a los tres requisitos de reconocimiento señalados en el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal.<sup>3</sup>

Si bien, se insiste, no existen formalidades especiales para actuar en la vía de controversias familiares, el ofrecimiento de los testigos debe apegarse a las reglas generales de esta prueba. En este contexto, se debe tener en cuenta que son las partes las que están obligadas a presentar sus propios testigos, salvo cuando, bajo protesta de decir verdad, el oferente declare que le es imposible

---

<sup>3</sup> Ibidem. p. 189.

presentarlos. En este caso será el Juez quien los cite bajo apercibimiento de arresto hasta por treinta días de salario mínimo en el Distrito Federal, en caso de no comparecer. A criterio de Hernández López:

Para que esta citación sea efectiva, la parte oferente debe proporcionar el domicilio exacto de los testigos a quienes debe citar el Juez. Si el domicilio proporcionado resulta inexacto o se demuestra que se pidió la citación con el fin de retrasar el procedimiento, la parte oferente es sancionada con multa hasta por el equivalente a sesenta días de salario mínimo y la prueba se declarará desierta. Todo ello, independientemente de que se puede denunciar la falsedad en que incurrió en su declaración.<sup>4</sup>

Si se trata de citar a un testigo que se encuentra fuera de la jurisdicción del Juez que conoce de la controversia, en el momento mismo del ofrecimiento de su declaración, se deberá presentar, por escrito, el interrogatorio a que será sometido con copia para todas las partes, las cuales tendrán tres días para presentar sus preguntas. Ello, en virtud de que el interrogatorio de los testigos que se encuentran fuera de la jurisdicción del Juez de la causa se realiza mediante exhorto al Juez del domicilio correspondiente. En estos casos la prueba se admitirá siempre y cuando se solicite, en el momento de su ofrecimiento, el plazo extraordinario que fija el artículo 300 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para su desahogo.

Esta vía también acepta pruebas supervinientes, ello implica que, si bien es cierto que todas las pruebas deben ser ofrecidas precisamente en el término de ley, pueden admitirse algunas de las que se tenga conocimiento después de haber presentado la demanda o haber comparecido ante el Juez de manera verbal. El ordenamiento procesal no define qué se entiende por prueba superviniente, pero

---

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ-PORRÚA SUÁREZ. Op. cit. p. 128.

prevé la admisión de las mismas como un caso de excepción a la regla general (artículo 95, fracción II y III).

Respecto de la confesional es importante de presentar, al momento de ofrecerla, el pliego de posiciones que deberá desahogar el deponente y pedir que se le cite de manera personal en los términos del artículo 309 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Cubriendo estos dos aspectos, si la persona cuya confesional se ofreció como prueba no se presenta el día de la audiencia o se niega a declarar o insiste en no responder afirmativa o negativamente a las preguntas que se le formulen, se le declarará confeso de todas aquéllas posiciones contenidas en el pliego correspondiente y que fueren calificadas de legales (artículos 309 y 322 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Esta audiencia de desahogo de pruebas se lleva a cabo dentro de los treinta días siguientes al auto que ordena notificar al demandado (artículo 947 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). La práctica de la audiencia no depende de la asistencia de las partes. De todas maneras el Juez debe resolver el problema de fondo después de haber valorado las pruebas ofrecidas y la veracidad de los hechos. Oirá e interrogará a los testigos que estuvieren presentes; recibirá, si fuera el caso, los informes periciales y de trabajo social así como a los peritos, se hubiere ofrecido esta probanza.

Desahogar la audiencia de ley sin que una o ambas partes estén presentes tiene un aspecto delicado pues en la audiencia se toman decisiones importantes que afectan a las partes en el juicio y pareciera que se toman sin respetar el derecho a ser oído en juicio. Sin embargo, debe entenderse que la urgencia con que se deben tomar decisiones firmes en esta materia justifica ampliamente este tipo de medidas normativas. En

todo caso el derecho de revisar las decisiones tomadas está a salvo mediante los recursos correspondientes.<sup>5</sup>

En otro orden de ideas, cabe señalar que existe en la práctica, muy extendida en los tribunales mexicanos, de que sea el secretario de acuerdos quien desahogue la audiencia de pruebas y alegatos. El Juez, raras veces está presente. Aunque podría ser entendible esta costumbre porque el Juzgador no tiene tiempo para analizar expedientes y estar presente en las audiencias dada la enorme carga de trabajo que existe en la administración de justicia. Bien se dice, podría ser entendible; sin embargo, tratándose de justicia familiar, la presencia de la persona que juzga durante la audiencia es de suma importancia. Su atención personal en el momento de la confrontación entre las partes; el diálogo que pueda establecer con los testigos para clarificar los hechos; su mediación como interlocutor privilegiado por la autoridad de que está investido, son elementos que darán fuerza y legitimación a sus decisiones.

Si por alguna razón no se puede llevar a cabo la audiencia, el Juez deberá citar nuevamente, con los apercibimientos correspondientes a las partes y a los testigos, para una nueva fecha que deberá ser dentro de los ocho días siguientes.

Finalmente, se puede decir que la sentencia debe ser dictada por el Juez al término de la audiencia en forma clara y sencilla. Desde luego este imperativo legal es poco usual en la realidad. Normalmente los Jueces argumentan que no es posible analizar y valorar todas las pruebas en ese momento y prefieren tomarse los ocho días que la norma permite para dictarla (artículo 949 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). Este acto es el que pone fin al juicio, por lo menos en la primera instancia. Como toda sentencia debe responder a los principios de congruencia, motivación, fundamentación y exhaustividad.

---

<sup>5</sup> Ibidem. p. 219.

Una sentencia es congruente, en lo externo, cuando existe conformidad entre lo solicitado por las partes y lo resuelto por el Juez. Es congruente en lo interno, cuando existe coherencia entre las afirmaciones y resoluciones contenidas en ella. La sentencia está motivada cuando el Juez expresa el examen y los juicios de valor que realizó sobre los hechos y los elementos de convicción que obran en el expediente. Está debidamente fundamentada cuando el Juzgador expresa los argumentos técnicos en los que se apoyó para aplicar una determinada norma. Es exhaustiva cuando el Juzgador ha cumplido con su obligación de examinar todas y cada una de las pretensiones formuladas.

Después de esta breve introducción, se considera oportuna precisar lo siguiente.

### **El matrimonio en la actualidad.**

El matrimonio es una institución que ha sufrido muchos cambios; se ha modernizado y muchas figuras dentro del mismo, han desaparecido, como bien lo señala Arellano García:

Ante el avance de la ciencia, la tecnología y las realidades familiares mexicanas, el legislador del nuevo Código Civil para el Distrito Federal, ha decidido que la figura de los esponsales no aparezca más en este Código. Incluso los supuestos anteriores han sido derogados, suprimidos y así esta figura de museo, que absurdamente se repetía en las legislaciones, ha desaparecido para bien de la familia.<sup>6</sup>

El matrimonio queda definido, como la unión libre de un hombre y una mujer; es decir, aquí no cabe el matrimonio de homosexuales o lesbianas, para realizar la comunidad de vida. Sigue la ley expresando que en esta comunidad,

---

<sup>6</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Procesal Civil. Séptima edición, Porrúa, México, 2000. p. 316.

deben respetarse mutuamente, mantener la igualdad y ayudarse. Incluso al procrear los hijos, deben hacerlo de manera libre, responsable e informada y exige que el matrimonio se celebre ante el Juez del Registro Civil y con las solemnidades y formalidades que la ley exige. En el pasado, se hablaba de los funcionarios ante los que debía celebrarse, lo cual era un absurdo, pero ahora, con el concepto más completo, la familia queda mejor protegida.

Se decía que las condiciones contrarias a perpetuar la especie o ayudarse, se tenían por no puestas. Hoy, con una verdadera técnica jurídica, se destaca que los pactos celebrados por los contrayentes, serán nulos, si van en contra de lo ordenado.

En el Código del Distrito Federal anterior, se permitía absurdamente que la mujer se casara o a los Delegados a dispensar la edad, lo que obviamente choca con la esencia del Derecho Familiar. La nueva norma exige que para casarse, hay que ser mayor de edad y cuando se trate de menores que deseen hacerlo, deben alcanzar la edad de dieciséis años, lo tendrán que consentir los titulares de la patria potestad o la tutela, en caso de negativa o de la imposibilidad para hacerlo, el Juez Familiar será quien lo determine. Se suprimió una de las normas que discriminaban a la madre y a los hijos, y otras hipótesis absurdas.<sup>7</sup>

La ley ha considerado un nuevo enfoque a los impedimentos. Ahora, sin la edad exigida por la ley, si no hay consentimiento de quien debe otorgarlo; si existe un parentesco de consanguinidad: padres e hijas o abuelos con nietas y con respecto a la línea colateral igual, no se permite entre hermanos y medios hermanos; en la desigual, cuando se habla de tíos y sobrinos, si están en el tercer grado se permite el matrimonio, si obtienen la dispensa. En cambio, el parentesco

---

<sup>7</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. Segunda edición, Porrúa, México, 2004. p. 189.

por afinidad en línea recta, impide el matrimonio en cualquier circunstancia y hay que destacar que el concubinato también establece este parentesco. Si se cometió un adulterio de Derecho Familiar, será impedimento, así como cuando se atenta contra la vida de uno de uno de los casados para casarse con el que quede libre o la violencia física o moral, para obligar a celebrar el matrimonio. Por otro lado, la impotencia incurable para la cópula, es un impedimento para casarse; sin embargo, la ley ordena que si ésta es conocida y aceptada por el otro contrayente, se podrán casar sin mayor problema.

Otro impedimento para contraer matrimonio es padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria. En este caso, como el impedimento anterior, es dispensable y se permite el matrimonio a condición de que ambos contrayentes prueben de manera fehaciente, que una institución médica o un médico especialista, les ha hecho saber, los alcances, efectos y consecuencias de esa enfermedad, así como haber manifestado su conocimiento para contraer el matrimonio.

Por otro lado, el nuevo Código se refiere a algunos de los estados de incapacidad de la persona, entre otros, la de mayores de edad, que por enfermedad reversible o irreversible, por su discapacidad que puede ser física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de éstas a la vez, no puedan obligarse, gobernarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla. En este caso, los impedimentos no son dispensables. Asimismo, la ley ordena que no se puede casar, quien lo quisiera hacer con una persona distinta con quien lo pactó y que también el parentesco civil, será impedimento, porque incluye a los descendientes del adoptado, atendiendo a que ahora el nuevo Código Civil, regula sólo la adopción plena y de ahí que para el caso de las personas con vínculo de parentesco consanguíneo, con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado.

En el pasado, el viejo Código Civil para el Distrito Federal, regulaba sólo la adopción simple, el matrimonio se podía celebrar entre adoptante y adoptada, porque era tan mala la regulación del mismo, que esto se podía realizar sin mayor problema. Hoy, no es posible, de acuerdo al nuevo régimen de la adopción regulado.

Se abrogó la norma discriminatoria en que la mujer no se podía casar de nuevo, antes de trescientos días de haber disuelto el matrimonio anterior. Esto ha desaparecido y ahora sólo tiene que demostrar fehacientemente que no está embarazada y así se podrá casar el mismo día en que se divorcie.

Se mantiene el impedimento en la tutela, así como la curatela y los descendientes del tutor y del curador. Si se celebra un matrimonio en estas circunstancias, se nombra un tutor interino y hasta obtener la dispensa, podrá continuar con esa función.

El matrimonio de mexicanos celebrado en el extranjero, tiene un nuevo tratamiento. Deben inscribir su matrimonio ante el Registro Civil en los tres primeros meses de radicar en el Distrito Federal.

En primer lugar, deben contribuir a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. A decidir libre, espontáneamente y sobre todo con responsabilidad, el número y espaciamiento de sus hijos y dice la ley, ante cualquier problema, emplear los métodos de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Por supuesto, este derecho debe ser ejercido de común acuerdo, por ambos cónyuges.<sup>8</sup>

Para que exista el domicilio conyugal, los dos deben tener en él, autoridad propia y consideraciones iguales. Si hubiera algún problema, se permite a los

---

<sup>8</sup> Ibidem. p. 298.

Tribunales, sabiendo la causa, sobre todo cuando alguno se traslade a país extranjero, excepto que esté en servicio público o se establezca en un lugar que ponga en peligro su salud o integridad, se le puede eximir al cónyuge de vivir en ese domicilio; en caso contrario, no será de esa manera.

En cuanto a las cuestiones económicas, la ley dispone que ambos deben contribuir al sostenimiento del hogar, sus alimentos, sus hijos, su educación y además, atender a sus posibilidades para cumplir con la misma. Se destaca que si alguno no tiene bienes propios o está imposibilitado para trabajar, solo el otro cónyuge estará obligado a atender esos gastos. Se ratifica la igualdad, independientemente de lo que se aporte. Los derechos y obligaciones serán los mismos para ambos cónyuges.

El artículo 168 ordena: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente." Si la ley ordena que así sea y que se dé esta igualdad, por qué se sigue discriminando a la mujer argumentando que ella no aporta dinero a su casa, a la educación o al mantenimiento de su hogar. Es el momento de que se reivindique el derecho de la mujer; de darle el lugar que merece y sobre todo, que se reconozca el papel tan importante que tiene ahora y desde siempre, en la organización de la familia mexicana y a nivel mundial.

La familia gira en torno a una mujer desde que nace, hasta que logra ser autosuficiente. Los valores, los objetivos de la familia, el respeto, la dignidad, la honestidad y todo lo que uno recibe como educación en la casa, se debe fundamentalmente a una mujer. Entonces, por qué no derogar

estas normas y hacer el reconocimiento pleno, de lo que es la mujer en la familia y fuera de ella, en México y en el mundo.<sup>9</sup>

Por primera vez, el Código Civil para el Distrito Federal, destaca que el desempeño del trabajo en el hogar y el cuidado de los hijos, se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar. Evidentemente, que con esta norma, en el caso de la mujer, queda reconocido su trabajo, el que más adelante le permitirá aspirar a una posible indemnización, si llegara a divorciarse y estuviera casada en el régimen de separación de bienes. El legislador consideró que las cuestiones de derechos preferentes sobre ingresos en los alimentos, debe desaparecer y que en realidad, los cónyuges tienen la misma autoridad y consideraciones en el hogar conyugal. Se acepta que puedan realizar cualquier actividad, que sea lícita y que no perjudique la organización familiar.

Entre las consecuencias que deben destacarse del divorcio, está entre otras, la obligación de otorgar alimentos, se funda en el supuesto de la necesidad de quien los requiera y el deber de otorgarlos, de quien tiene esa obligación. Respecto a los bienes, la nueva ley permite al cónyuge que se ha dedicado al hogar en forma preponderante y a la formación de los hijos, si está casado bajo el régimen de separación de bienes, poder demandar hasta el 50% de los que se hayan adquirido durante ese régimen, como indemnización o el porcentaje que sea suficiente para que el otro cónyuge iguale en la medida en que el dueño de los bienes se va a beneficiar.<sup>10</sup>

Se ratifica que si son mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes y ejercitar las acciones o excepciones que les correspondan, sin requerir el consentimiento uno del otro, excepto cuando se trate

---

<sup>9</sup> CANALES PÉREZ, Adriana. Op. cit. p. 285.

<sup>10</sup> Ibidem. p. 293.

de actos respecto a bienes comunes, para la administración y dominio de los mismos.

Al referirse a los menores, podrán administrar los bienes que tengan; pero si los quieren gravar, enajenar o hipotecar, requerirán que lo autorice el Juez y un tutor para que haga lo conducente y queden a salvo los mismos. En este sentido, el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siendo menor, requiere la autorización del Juez para gravar, enajenar o hipotecar, o un tutor para actos judiciales.

Si los cónyuges quisieran celebrar un contrato de compraventa entre ellos, sólo podrán hacerlo si están casados bajo el régimen de separación de bienes y por supuesto, la ley permite a ambos, que durante su matrimonio puedan ejercer derechos y acciones el uno contra el otro y que la prescripción no corra, mientras dure el matrimonio.

De lo anterior, se infiere que el legislador en la actualidad ha tratado de proteger mejor a la institución del matrimonio, procurando actos matrimoniales responsables, maduros y bien informados para así evitar las figuras jurídicas que se han venido presentando.

### **El abandono.**

Cuando se han realizado todos los medios necesarios por parte de los cónyuges, para mantener una convivencia fructífera, afrontando todo tipo de problemas existentes y buscando resolver muchos que, realmente la tienen; pero han llegado a su culminación los plazos que necesitaba la pareja para hacer una prudente valoración de las situaciones y que cuando se tiene la certidumbre moral de la crisis que es inevitable e irreversible, por lo tanto, entonces se debe de enfrentar la ruptura de la convivencia conyugal.

Esto es lo más oportuno, porque es perjudicial el sostener una convivencia carente de relaciones afectivas, de diálogo, de comprensión y saturada a su vez, de rencores, como enfrentamientos verbales o de hecho teniendo como resultado graves consecuencias dentro del núcleo familiar, ya sean propias de los cónyuges y aún más dañinas para los hijos, que crecen atemorizados y traumatizados por el ambiente de tales tensiones y frustraciones familiares.

Dentro de las causas que han culminado con la ruptura de la convivencia conyugal, existen varias, unas constituyen simplemente un hecho y otras revisten una sanción legal.

Una de las formas más comunes del rompimiento de la convivencia, es el abandono por parte de uno de los cónyuges del domicilio conyugal, con causa o sin ella, con justificación o sin justificación, donde uno de los consortes decide unilateralmente concluir la vida en común y abandona su domicilio conyugal, dejando a su esposa e hijos, si los hay y resuelve incumplir algunas o la totalidad de las obligaciones y deberes inherentes del matrimonio.

El abandono constituye una figura delictiva y al respecto el Código Penal para el Distrito Federal en su numeral 193 lo tipifica, y para ello necesariamente se precisa, no sólo la ausencia física del domicilio conyugal, sino la falta de cumplimiento, generalmente, casi siempre del marido, de las obligaciones para el sostenimiento económico de la familia, aunque con la legislación actual del Derecho Civil, ambos cónyuges tienen el deber recíproco de contribuir con los gastos originados para la manutención de los hijos y del hogar.

Las reformas realizadas a los artículos 164, 165, éstos dos derogados y 194 del Código Civil, imponen a los cónyuges por igual la obligación de trabajar fuera del hogar o en actividades ajenas a él. Antes de las mencionadas reformas estaba instituido en forma general la carga al marido de solventar las erogaciones para el

sostenimiento del hogar en beneficio de su esposa e hijos. Salvo en casos excepcionales, esta obligación se podía transmitir parcialmente o en su totalidad a la mujer, previa comprobación de los supuestos para que opere tal disposición.

La derogación del numeral 166 y la modificación de los artículos 164 y 165, alteró la regla general y sin necesidad de prueba, de la pensión alimenticia en beneficio de la esposa y los hijos. Ya que ahora, cuando la mujer proceda a la demanda de una pensión alimenticia deberá probar que está imposibilitada para trabajar, situación difícil de acuerdo a la interpretación de los nuevos preceptos jurídicos, ya que conforme a ellos, los dos cónyuges tienen las mismas posibilidades de dedicarse a determinadas actividades lucrativas, además de que la mujer carezca de bienes propios, puesto que de no exhibirse oportunamente tales pruebas por la esposa, no podrá ella exigir alimentos a su consorte, ya que ambos tienen el deber de subvenir las necesidades del hogar. "El resultado de las comentadas reformas ha sido perjudicial para la mujer casada y sus hijos menores de edad, en virtud que las mismas, no fueron propuestas con la intención de igualar al hombre y a la mujer en el matrimonio, beneficiando la condición jurídica de esta última, más bien fue con el deseo de liberarlo en parte o en su totalidad del sostenimiento del hogar."<sup>11</sup>

Los efectos de las reformas citadas en el Código Civil han puesto en peligro la unidad y equilibrio familiar, además de estar en oposición con el artículo 6 de la Declaración sobre la Discriminación contra la Mujer.

"Las reformas en cuestión contrastan con la realidad social de México, puesto que con el penúltimo censo de 2000, se desprende según datos obtenidos del mismo que sólo del 15 al 17 por ciento de la totalidad de las mujeres casadas trabajan."<sup>12</sup> Este dato estadístico pone en evidencia tres conclusiones:

---

<sup>11</sup> SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 56.

<sup>12</sup> Ibidem. p. 58.

- a) Es indiscutible de que la mujer está a cargo de la dirección y cuidado de las actividades del hogar. Esta es una tarea primordial que desarrolla la mujer para el bienestar de la familia y la sociedad.
- b) En México, 8 de cada 10 mujeres casadas se dedican a tareas propias del hogar, por lo tanto, es un número mínimo de ellas que se dedican a actividades remuneradas.
- c) En nuestro acontecer jurídico, la mujer ha ido adquiriendo cierta igualdad, en cuanto a la capacidad civil; en lo tocante a sus derechos laborales; como también en lo que concierne a sus derechos políticos en comparación con el hombre. Por lo tanto, al llegar a un plano de equilibrio de las prerrogativas que tanto el hombre como la mujer deben de gozar, no se debe de omitir ni desconocer la realidad social, como económica y cultural de un Estado determinado, evitando de esta forma las consecuencias negativas y poco favorables que repercuten en el Derecho de Familia.

El abandono constituye una forma tan usual y socorrida por un gran número de matrimonios en el mundo, siendo éste considerado ya no un obstáculo, sino todo lo contrario, es un estimulante para la disgregación familiar, todo ello producto de los inoportunos e ineficaces consejos que tanto amistades, familiares y el medio social prodigan en esta materia.

El abandono se encuentra establecido en el Código Civil para el Distrito Federal como causal de divorcio en su artículo 267, fracción XVIII y al respecto dice: "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."

Al parecer tal precepto jurídico está en contradicción con el artículo 278 del mismo ordenamiento que establece: "El divorcio sólo podrá ser demandado por el

cónyuge que no haya dado lugar a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que funda su demanda.”

### **La separación de hecho.**

Nuestra vida cotidiana, presenta un síntoma inequívoco en la que los cónyuges son partícipes como lo es la necesidad de interrumpir su comunidad de vida, adoptando la separación de hecho, sin comparecer ante la autoridad judicial y que esta tome conocimiento, y dicte las resoluciones como los acuerdos procedentes de acuerdo a la litis planteada.

Cabe hacer la distinción entre la separación del propio hogar que ha sido realizada en gran número de casos y conservada en casos particulares en que, se mantiene exteriormente una apariencia de normalidad; pero en la que ya no existen los lazos que integran al matrimonio. Todo esto con la finalidad de que la pareja conviva con sus hijos comunes, como el no manifestar el declive de la unidad familiar hacia el exterior procurando de esta forma, atenuar las repercusiones sociales como efecto de la separación matrimonial, siendo estos los motivos primordiales por la que los esposos pretenden esta forma de separación.<sup>13</sup>

En realidad pocos son los agraciados en tener éxito en esta fórmula, para lo cual, es preciso una magnífica indiferencia en la conducta de ambos consortes que, desde luego es poco factible a excepción de que se haya perdido todo interés, afecto y resentimiento por la pareja. Una vez, después de producirse la ruptura y separación del hogar, donde el marido y su mujer llevan vidas independientes, no compartiendo el lecho conyugal, generando fricciones que antes no habían existido, como lo es la relación de uno de los cónyuges con una tercera persona distinta de su pareja que, bien por dignidad o porque todavía existe algo de afecto,

---

<sup>13</sup> Ibidem. p. 60.

se ven en la necesidad de formular protestas propiciando la separación del domicilio conyugal.

Cuando la crisis conyugal es originada por enfrentamientos personales o de otra índole, el llevar una relación por la misma causa tiene como consecuencia inmutable la separación, no legal, pero sí convencional, donde ambos proceden a la separación del domicilio que comparten en común.

Son excepcionales los casos en que, la separación dentro del hogar se haya podido preservar.

En México, no se puede desconocer la existencia de un gran número de separaciones convencionales en las que, ambos cónyuges resuelven de mutuo acuerdo las situaciones que afectan a lo que de común tienen: un hogar, unos hijos, un patrimonio, y solucionando tales cuestiones sin comparecer ante los Juzgados Familiares.

Probablemente la proliferación de éstas situaciones son que, en la mayor parte de los casos los cónyuges lleguen a la conclusión de que, no pueden proseguir su vida en común y por lo tanto, deben de separarse; pero otros tantos no desean hacerlo ya sea por sus principios morales o sociales o bien por lo que puedan repercutir en los hijos, y lo que procuran ambos, de mutuo acuerdo, no es más que interrumpir su convivencia, sin acusaciones, ni procedimientos judiciales, sin declaración de testigos y sin aportación de pruebas. También lo es el pago de honorarios por concepto de asesoramiento jurídico por parte de un abogado, en el supuesto caso si se decide a proceder al divorcio por cualquiera de los desposados.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> DE LA MATA PIZAÑA, Felipe. Op. cit. p. 295.

Los acuerdos o convenios extrajudiciales celebrados entre los esposos respecto a la separación de hecho, no tienen ninguna validez desde el punto de vista jurídico ya que, para ello es necesario que se dicte una resolución que acuerda el Juez competente en la materia respecto a la separación de los cónyuges. Así es que, de esta manera los convenios realizados sobre la custodia de los hijos y pensiones alimenticias carecen de eficacia jurídica y no pueden ser ejecutados en caso de incumplimiento, hasta en tanto no se proceda por la vía judicial.

Independientemente de la ineficacia jurídica, cierto número de matrimonios se encuentran separados en virtud de un convenio que, con mayores o menores obstáculos, más o menos incidentes, conservan y respetan, procurando así evitar las consecuencias de un litigio.

Esta separación de hecho, también puede ser por voluntad de uno solo de los cónyuges, en cuyo caso es menester distinguir cuándo el otro cónyuge consiente en ella o cuando se opone, aunque no se formule actuación o promoción legal de ninguna naturaleza. En esta situación de hecho no hay convenio entre los consortes, pero es una manifestación latente, la apropiación del domicilio conyugal que abandona y la custodia de los hijos que deja en poder de su pareja, y que finalmente se llega a un acuerdo que, transforma esta separación en convencional.

El Derecho Civil positivo contempla la separación del domicilio conyugal como causal de divorcio. Esta separación presenta sus inconvenientes según se desprende de la interpretación del artículo 267, fracción VIII del Código Civil. La fracción citada dice: "La separación de la casa conyugal por más de seis meses, sin causa justificada," y los problemas que se suscitan son:

- a) ¿Qué debe de comprenderse por causa justificada?
- b) ¿La justificación será de índole legal?

- c) ¿Deberá ser una causa grave?
- d) ¿La fracción octava concede alguna potestad al cónyuge que se separa haga justicia por sí mismo?
- e) ¿El Juez tendrá un ponderado arbitrio judicial para considerar los hechos expuestos por el cónyuge que se separa como causa justificada?

Dichas situaciones pueden responderse de la siguiente manera:

a) La acepción justificación es muy amplia para poder encuadrarla en un caso específico, puesto que depende de la intervención de varios factores que varían según el temperamento, educación y costumbres de los cónyuges. Lo que para una persona sería una causa justificada ciertos hechos, para otras no tendrán tal carácter. Un ejemplo, es el lenguaje soez utilizado por la pareja en sus relaciones, para otro matrimonio de una preparación y educación refinada no sería tolerable ni consentirían hablarse con tales expresiones. Por lo tanto, los tribunales deben de tomar en consideración los factores que influyen en su vida común, para considerar, si el hecho manifestado por el cónyuge que se separó es causa justificada.

b) No debe haber incertidumbre respecto si la ley precisa que la causa sea de naturaleza legal. En razón de que la convivencia conyugal puede tener caracteres distintos, ya sean de índole moral o social.

c) La causa debe ser forzosamente grave y no ser una excusa para la separación, ya que de otra forma la familia perdería su equilibrio y armonía.

d) También el cónyuge que se separa, quebranta el contrato matrimonial, porque la ley lo autoriza para no llevar a cabo el deber de cohabitación. De esta forma se pone de manifiesto que en cierta medida lo

faculta para hacerse justicia por su propio derecho, antes de acudir ante los Tribunales.

e) Los Jueces gozan de un ponderado arbitrio judicial para establecer si la causa es justificada o no.<sup>15</sup>

Cabe indicar que la Honorable Suprema Corte de Justicia ha establecido jurisprudencia de que, por separación del domicilio conyugal, no debe comprender el hecho material de salir de ella y no volver a la vida en común. Manifestando que debe entenderse por ésta el rompimiento de las relaciones matrimoniales por uno de los cónyuges y dejar de cumplir las obligaciones inherentes al matrimonio, como el suministro de alimentos, no cuidar a sus hijos, no los asista en casos de enfermedad y su falta de interés en los deberes familiares.

La interpretación sustentada tiene dos inconvenientes: el primero de ellos es que, la acepción separación, según su sentido gramatical ni implica incumplimiento de las obligaciones matrimoniales en lo que concierne a la separación del domicilio conyugal. No cabe la menor duda de que separación quiere decir salir de casa y no volver a ella. En segundo término, la no realización de la obligación de dar alimentos a su cónyuge así como a sus hijos, está contemplada en la fracción XII, del numeral 267 del Código Civil, por lo que, al combinar las dos fracciones citadas, la Suprema Corte de Justicia viola el principio de la autonomía de causales que, según la misma Corte no deben de involucrarse las unas con las otras, como se hace en la jurisprudencia sustentada.

---

<sup>15</sup> CALVERTON, Federico. La Bancarrota del Matrimonio. Tercera edición, Ángel editor, México, 2002. p. 301.

### **La separación provisional.**

Es importante señalar en este capítulo, de la separación que, con carácter provisional, acuerda la jurisdicción familiar durante la tramitación de los procedimientos de divorcio.

La determinación del acuerdo de separación es dentro del marco de las llamadas medidas provisionales ya que, éstas tienen una trascendencia relevante respecto a la duración en los procedimientos de divorcio, además dichas medidas toman un carácter ejecutivo, al señalar la ley que la inconformidad de alguno de los cónyuges sobre la resolución o disposiciones decretadas, se tramitará en los términos del artículo 942 sin ulterior recurso (artículo 214 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Estas medidas pueden dividirse en dos clases: las relativas a los cónyuges y a sus hijos, y las decretadas sobre los bienes como las obligaciones de naturaleza patrimonial.

De acuerdo con el numeral 282 del Código Civil, señala que:

“Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

- I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código;

- II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;
- III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;
- IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;
- V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

- VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;
- VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la

demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

- VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;
- IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise, y
- X. Las demás que considere necesarias."

La primera medida provisional citada en el artículo 282 del comentado código parece ser que, no presenta ningún obstáculo tanto de hecho como de derecho, pero si los tiene, como lo es: en el supuesto que la mujer demande el divorcio, se necesitará en algunos casos doblegar la resistencia del marido para

que se lleve a cabo la separación, puesto es común en maridos con un carácter iracundo, además del alarde de la superioridad masculina que tanto pregona el varón mexicano con el objeto de no permitir la separación, y con el fin de evitarla serían capaces de llegar a medidas extremas, de esta forma impidiendo el divorcio o permitir que su esposa ya ni cohabite con él u otros familiares.

Respecto a la fracción II del numeral citado, que corresponde al aseguramiento de los alimentos por parte del deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos, procede el siguiente comentario como lo es que, al momento de que el Juez dicta las medidas necesarias para garantizar la pensión alimenticia a través de la prenda, hipoteca, fianza o depósito y el deudor alimentario carece de bienes suficientes para tal aseguramiento, entonces el Juez de lo Familiar acordará girar oficio a la empresa donde labora éste, decretando el embargo de su salario en la proporción que considere oportuna para subvenir las necesidades del hogar. Pero esta situación presenta sus inconvenientes como lo es que, muchas veces en el salario mínimo del trabajador o empleado, no aparecen prestaciones que otorgan determinadas empresas como lo son: premios, gratificaciones o bonificaciones extras y que no se incluyen dentro del salario mínimo, y que por lo tanto, no se integran ni comprenden dentro del embargo que dicta el Juzgador, por no encontrarse dentro de la nómina de los ingresos del trabajador.

### **El repudio.**

El repudio al igual que la separación conyugal, fueron las formas más primitivas de la ruptura del vínculo matrimonial.

Los antecedentes del repudio se presentan en las culturas más antiguas de la humanidad, como lo fueron la cultura babilónica (Código de Hamurabi), la hebrea y romana. También el repudio es adoptado por el cristianismo y muestra de ello es que, en el antiguo testamento relata varios ejemplos de ello.

Debemos de considerar que esta figura tal especial del quebrantamiento de la comunidad familiar fue una actitud inequívoca y rudimentaria que, en nada favorecía una vez que éste se realizaba a la unidad familiar. Claro es también que las condiciones que giraban alrededor de tales hechos en esos tiempos, no eran tan perjudiciales como ahora en la actualidad.

“Es un hecho innegable que la mayor parte de los Estados que, constituyen la Comunidad Mundial, se encuentra debidamente sancionada la separación y el divorcio que, ven en ellos, los remedios necesarios contra la natural imperfección del ente humano y de las condiciones de vida.”<sup>16</sup>

El repudio, hoy día carece de eficacia y validez en la generalidad de los distintos ordenamientos jurídicos, excepto en algunos Estados donde se profesa la religión musulmana y donde todavía tiene ámbito de aplicación y reconocimiento por la sociedad.

En México, algunos pueblos prehispánicos como medio de ruptura de la comunión de vida, aludiendo como motivos de éste que, alguno de los cónyuges ya no fuere atractivo en el aspecto físico para su pareja o que uno de ellos no atendiera a sus deberes y obligaciones propias del matrimonio.

### **El divorcio.**

Se debe de considerar al divorcio como la forma más depurada y debidamente sancionada de la ruptura matrimonial.

En el trayecto que ha recorrido el hombre en sus distintas etapas de evolución en ninguna de ellas, el divorcio había tenido el pleno reconocimiento y

---

<sup>16</sup> Ibidem. p. 303.

su aprobación total por parte del Estado y su regulación en los ordenamientos jurídicos.

El Divorcio es una figura contemporánea ya que la revolución francesa introdujo una modificación radical en la doctrina y las leyes. Los principios individualistas que pregonaron los filósofos de la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano más se avenían con la concepción de matrimonio sacramento y su indisolubilidad. Los teóricos de la revolución, que habían desterrado al dios clásico de los altares para entronizar a la Diosa razón, no pudiendo menos que preconizar con todo rigor la idea de matrimonio contrato... implantando el divorcio absoluto por ley el 20 de septiembre de 1792.<sup>17</sup>

De esta forma se puede concluir que el divorcio es la culminación de una convivencia mal avenida y que, una vez obtenido éste, es muy difícil que la pareja vuelva a reintegrarse al seno familiar, por lo tanto, generando la disgregación conyugal.

### **La dispensa.**

Siendo la Dispensa una figura sui generis que el Derecho Canónico concede a sus fieles en virtud de que no se han cumplido ciertos requisitos válidos para el matrimonio, por lo tanto, estas dispensas del matrimonio comprenden: matrimonios consumados e inconsumados.

“Tratándose eminentemente de una figura de carácter religioso, en México, carece de eficacia y validez por la separación Estado-Iglesia como resultado de las leyes de reforma, aunque desde el punto de vista sociológico y religioso tienen su importancia, dada la situación prevaleciente hoy en la

---

<sup>17</sup> Ibidem. p. 304.

actualidad, ya que la mayor parte de la población mexicana profesa la religión cristiana.<sup>18</sup>

También es un hecho indiscutible que siendo la gran mayoría de los habitantes de México partidarios de la fe católica, ignoran la existencia de esta peculiar forma de divorcio vincular de cuya expresión ha tratado de evitar el clero para no dificultar más sus afirmaciones respecto a la indisolubilidad del vínculo.

Al no existir tribunales eclesiásticos en México por las razones expuestas con anterioridad, no implica que los individuos que profesan la religión católica no puedan acudir a la Santa Sede (Vaticano) a que se les otorgue la concesión de la dispensa.

Como primera dispensa se menciona a la del matrimonio rato y no consumado que, consiste en la no consumación del acto sexual y por lo tanto, mantener la virginidad de su cónyuge y que, puede ser solicitada por cualquiera de ellos aunque alguno manifieste su negativa. La prueba de la inconsumación en el caso de la mujer, no presenta ningún problema ya que se comprueba en una forma sencilla como lo es que, ésta tenga intacto el himen, en el supuesto del varón resulta verdaderamente difícil, sino que es imposible su comprobación.<sup>19</sup>

También puede dispensarse el matrimonio no consumado, en el supuesto de que cualquiera de los cónyuges profese como religioso haciendo votos solemnes, tal disolución procede aun en contra de la voluntad del otro cónyuge desde el momento de tal profesión religiosa.

---

<sup>18</sup> BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia. Bienes y Sucesiones. Cuarta edición, Oxford, México, 2003. p. 396.

<sup>19</sup> *Ibidem*. p. 397.

Una tercera dispensa del matrimonio es la de entre no bautizados, aunque sea consumado, a favor de la fe, en razón del llamado Privilegio Paulino, que puede otorgarse cuando uno de los consortes recibe el bautismo y el otro se niega a bautizarse.

**CAPÍTULO CUARTO**  
**PROPUESTA DE ADICIÓN DEL ARTÍCULO 941-BIS DEL CÓDIGO DE**  
**PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL PARA QUE EL**  
**JUZGADOR TOME EN CUENTA LOS EFECTOS PSICOLÓGICOS Y MORALES**  
**QUE SE CAUSA A LOS HIJOS EN EL DIVORCIO**

La propuesta de adición que se propone en los artículos respectivos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, estriba en que la mayoría de las parejas, próximas a divorciarse, su preocupación inmediata, es sobre lo que sucederá, con los bienes adquiridos durante el matrimonio, la pensión alimenticia, cuándo se podrán volver a casar, quién se quedará con la guarda y custodia de los hijos, pero casi nadie se preocupa de los daños morales o psicológicos que se les causa a los descendientes con la disolución del vínculo matrimonial no importando la edad de los hijos por que a veces los daños causados son los mismos.

Para vislumbrar de manera adecuada, la problemática planteada será oportuno hacer las siguientes consideraciones.

**4.1. El divorcio como un mal necesario.**

El Estado se encuentra ante la problemática en determinar si es o no conveniente el divorcio en cuanto al vínculo matrimonial. Y para la solución del mismo, según Eduardo Pallares, se debe tomar en consideración.

- 1) La subsistencia de los matrimonios mal avenidos o en los cuales uno de los cónyuges sea indigno de continuar siendo titular de los derechos, poderes y facultades que derivan del matrimonio, es evidentemente un mal social que es preciso remediar por los pésimos ejemplos que produce, sobre todo respecto a los hijos.

- 2) A su vez, el divorcio produce consecuencias funestas para ellos y trae consigo la disolución de la familia, y el peligro de que se multiplique en los mismos divorciados, y se convierta al matrimonio en una institución de tal manera frágil que sólo sirva para permitir a los esposos satisfacer pasiones temporales y dar rienda suelta a sus costumbres disolutas.
- 3) También hay que tener en cuenta que el instinto sexual y las necesidades a que da nacimiento, son muy poderosos y difíciles, de tal manera que si no se permite el divorcio en cuanto al vínculo, se obliga a los divorciados a tener relaciones ilícitas fuera del mismo matrimonio.<sup>1</sup>

Como se ve, el problema del divorcio está relacionado con la aptitud de los cónyuges a refrenar sus instintos sexuales, sea en el mismo matrimonio o fuera de él, cuando están separados. Por lo mismo, es posible afirmar que la evolución de la especie humana no ha alcanzado el grado de moralidad suficiente para soportar la indisolubilidad del matrimonio, por lo que debe considerarse al divorcio como un mal necesario a fin de evitar otros males mayores, e injusticias increíbles.

Se puede concretizar dentro de los argumentos en contra del divorcio y establecer en forma categórica lo siguiente: el divorcio es un mal que lleva intrínseco un factor de disolución y disgregación familiar, se dice que es inmoral porque fomenta la liviandad e irresponsabilidad de los contrayentes y víctima a inocentes, es decir, a los hijos.

De las hipótesis planteadas anteriormente se puede concluir que el divorcio es el generador de la disgregación familiar con todos sus efectos negativos, abolir el divorcio y presenciemos el resurgimiento de la armonía conyugal ¡Qué fuera

---

<sup>1</sup> PALLARES, Eduardo. Op. cit. p. 38.

está del contexto jurídico social esta falaz determinación, en virtud que sería utópica tal aseveración!

Es indiscutible que el divorcio es un mal pero sólo en determinadas circunstancias y condiciones, pero cuando no hay hijos y los que se divorcian lo hacen de mutuo acuerdo puedan rehacer su vida matrimonial con otra pareja, aunque aún así en el mejor de los casos se reitera, el divorcio es la manifestación de un fracaso porque los consortes no encontraron en el matrimonio lo que esperaban de él. Sí por circunstancias innumerables, los desposados dejan de comprenderse, de amarse y respetarse, empieza las desavenencias, se separan. Esto es, el divorcio no es más que la expresión final y legal de una realidad, del rotundo fracaso de la convivencia familiar.

Siendo un gran número los casos de los conflictos conyugales, el divorcio constituye la única alternativa para suprimir males mayores, ya que es la expresión continua de bajas pasiones de uno de ambos cónyuges donde los hijos son simples espectadores y a veces partícipes de tales acontecimientos y resultando ellos los más perjudicados.

Se habla de que el divorcio va en contra de la ética, señalan los moralistas. Erróneo argumento, no es el divorcio en sí inmoral, lo inmoral sería sobrellevar una convivencia no fructífera en la cual ya no existen lazos afectivos entre sus miembros, en razón que sólo hay entre ellos indiferencia, desprecio, rencor o agresión; cuando en realidad ya no son lo que aparentan, un matrimonio, ya que sólo los une un vínculo legal, por consiguiente este debe romperse. La ley da la pauta para esto a través de un instrumento eficaz: el divorcio.

Se puede considerar, por lo tanto, inmoral e injusto la obligación legal de continuar una relación que ya no se desea. Es inmoral porque genera uniones clandestinas y el adulterio, también es injusto, puesto que priva a los individuos de

un bien personalísimo, nada menos que la libertad de unirse legalmente con quien desee.

No debe de caber la menor duda de que el verdadero mal del divorcio lo sufren y lo padecen los hijos; pero no es el divorcio como expresión legal de la terminación de las relaciones matrimoniales lo que los afecta. Lo es en todo caso la falta de relaciones afectivas y entendimiento entre sus padres, como también lo es la situación permanente de incertidumbre que impera en el núcleo familiar; que se traducen en discusiones, riñas, injurias y malos tratos. Por tal motivo son éstas las causas que propician la ruptura de esta comunión de vida

Por consiguiente, el divorcio en estos casos es la salida a las lamentables condiciones de la relación familiar mismas que, en lo futuro, resultan más perjudiciales para la formación y equilibrio emocional de los hijos. A través del divorcio sufrirán la separación de sus seres amados, más no serán los testigos impotentes de las actitudes negativas de sus progenitores.

#### **4.2. El divorcio como la solución del mal funcionamiento del matrimonio.**

Es evidente de que el divorcio es sólo la manifestación legal de la real ruptura del matrimonio.

Tomando como punto de partida lo mencionado anteriormente, el divorcio no es lo que se ha querido que se crea de él, una figura jurídica opuesta o en antagonismo con el matrimonio, o contra sus principios, en virtud de que el divorcio sólo es consecuencia y no causa generadora del rompimiento de la relación matrimonial, pues los verdaderos causantes lo son la propia pareja que no ha podido mantener una convivencia satisfactoria, es el propio matrimonio mal planificado el que propicia las desavenencias conyugales dentro del seno familiar.

Sería poco probable de que se realizara, si pensáramos que al derogar el divorcio de nuestra legislación, no había más rupturas matrimoniales o separaciones conyugales. Claro, si fuera ésto factible sería lo idóneo, pero ésto es algo fuera de la realidad y naturaleza humana. El hecho de que una figura jurídica esté o no regulada o una conducta esté o no determinada, no implica que el hombre, como persona, titular de derechos y obligaciones ante un orden jurídico cumpla necesariamente lo establecido por la legislación; puesto que en cualquier momento puede la norma jurídica ser objeto de violación o no cumplimiento por éste, en razón de que el ser humano goza de la libertad de hacer lo que le plazca, siempre y cuando cumpla los lineamientos exigidos por su comunidad o en su defecto hacerse acreedor a las sanciones y penalidades respectivas por no acatar lo establecido.

“El divorcio como efecto de una relación mal avenida, no es él propiamente algo nocivo o perjudicial para las personas que han culminado su vida en común, pues con frecuencia se considera al divorciado un fracasado y que en realidad no lo es, ya que sí hay un fracaso lo es en una relación hombre mujer, y no es un fracaso total que impida la realización personal tanto para el hombre como para la mujer.”<sup>2</sup> Por consiguiente, el divorcio es la pauta legal para tratar de subsanar la imperfección de la naturaleza humana cuando dos seres se unen en un vínculo y este no funciona, o no satisface sus inquietudes o metas que se deseaba lograr a través de la vida en común, por lo tanto, la mejor solución al mismo es la terminación de dicha relación.

Podría considerarse que el divorcio atenta contra la integridad de las víctimas ajenas a él, los hijos. Si bien es cierto que los infantes dentro de la familia no toman partida en este asunto, pero sí juegan un papel importante dentro del mismo, puesto que si son menores de edad los más perjudicados son ellos en atención que verán dividido su mundo afectivo en dos partes irreconciliables,

---

<sup>2</sup> Ibidem. p. 39.

además de las posibles complicaciones psicológicas y sociales que genera la ruptura de un matrimonio.

Pero cuando el infante vive situaciones en el que sus progenitores llevan una convivencia nada aceptable de acuerdo a los principios establecidos por la sociedad, y que propicia todo lo contrario que debe de existir en una familia como lo es una estabilidad emocional entre sus miembros, y sólo encuentra malos tratos, injurias y desavenencias de sus padres lo mejor será que culmine esa falsa relación carente de lazos afectivos y de esta manera prevenir que se susciten otros efectos más dañinos que repercutan en detrimento de los hijos.

También lo es el hecho que en muchos de los procedimientos de divorcio se afecta a los hijos, también lo es que en cierto número de los mismos se beneficia a los infantes de situaciones poco satisfactorias y de esta forma se contribuye en aliviar y brindar una vida más saludable para su normal desarrollo en el medio social.

No es posible y no debe de permitirse que una vez desaparecidas las relaciones efectivas que dieron lugar a que dos personas se unieran en vínculo matrimonial continúan esa vida, sobrellevando una convivencia carente de todo efecto y comprensión entre sus protagonistas y que dará lugar a fricciones entre ellos que redunden en perjuicio de sus seres queridos: sus hijos.

Es también conveniente tratar los efectos del divorcio entre los consortes, en razón que son ellos los protagonistas principales ante esta manifestación creciente en las parejas que es el de concluir el vínculo jurídico que les une.

El efecto más normal que suceda entre dos personas que tuvieron una convivencia en común durante un tiempo más o menos prolongado a través del matrimonio, resientan de forma mediata e distanciamiento o alejamiento de la relación de los ligaba anteriormente; pero como todo obstáculo o problema, hay

igual número de soluciones que les permitirán a ambos superar este percance. Por lo tanto, los divorciados tendrán que aceptar de la forma más conveniente y real su nueva condición, que puede ser objeto de menosprecio o discriminación por el medio social o familiar. Y que en realidad no es ninguno de los supuestos planteados en virtud de que el divorcio da una nueva oportunidad si se desea. Lograr su realización dentro del ámbito personal y espiritual a través de un nuevo matrimonio ya que el anterior no satisfizo las necesidades o inquietudes que se esperaban lograr. La nueva condición del divorciado ya sea hombre o mujer, en las que si alguno de ellos quedó a su cargo la patria potestad de uno o varios de sus hijos, o que ambos quedaran a cargo de la patria potestad de uno o varios de sus hijos, es el de adaptarse a la nueva vida que les espera, sea que se mantenga en la postura de no volver a celebrar nupcias o si las celebra ver si es aceptado o aceptada con hijos o sin ellos; pero esta no es la cuestión lo importante es que la pareja este consiente de la decisión que va a tomar al momento de proceder al divorcio. Pues de no ser analizada de la manera más atingente redundará en perjuicio de la familia y más que en ésta, en la propia sociedad.

De hecho, el divorcio presenta a los divorciantes algunos inconvenientes de tipo familiar, social y económico que con mayor o menor dificultad podrán superar. Dentro de los inconvenientes de tipo familiar serán el de recriminarle su actitud como también lo es el menosprecio de su círculo familiar; respecto a los sociales será que se le considere un fracasado y se le limite su capacidad en su desarrollo personal y social; en lo que atañe a los económicos será que sí es condenado en la sentencia definitiva al pago de una pensión alimenticia para sus hijos lo restringirán durante un tiempo prolongado y de esta manera podrá verse en situaciones poco favorables para su manutención.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> PÉREZ DE ANDA, Augusto. Op. cit. p. 195.

Pero en el mejor de los casos debemos de concebir al divorcio como la salida, la oportunidad o solución para aquellos seres que por desgracia unieron sus vidas por medio de un vínculo jurídico, que es el matrimonio y que no les brindo los anhelos que deseaban cristalizar por medio de él, pero también puede ser que erraran en elegir a su pareja o que por otros factores ajenos a él o ella, se ven en la necesidad de consumar un matrimonio que a largo plazo tendrá como consecuencia inevitable la fisura y desaparición de esa unión, por medio del instrumento que la ley establece en su ordenamiento respectivo; el divorcio.

#### **4.3. El divorcio como inconveniente o no del matrimonio.**

Como he manifestado anteriormente, el divorcio sólo es el medio para dar por terminado el vínculo jurídico del matrimonio y no un inconveniente del mismo, es decir, algo que esta en contra de él o de sus finalidades sino todo lo contrario, es el margen que marca la ley para poner fin a una convivencia que por una u otra circunstancia no ha logrado sus objetivos ni los logrará pues no existen o nunca existieron los elementos idóneos para una satisfactoria comunión de vida entre dos personas que se propusieron tal fin.

Existen partidario como detractores del divorcio, los cuales en pugna esgrimen sus argumentos con determinados puntos de vista válidos para ambos bandos, pero no han logrado unificar un criterio respecto a él, lo más conveniente en estos casos no radica en determinar quién o cuál tiene la razón sino abordar al divorcio tal como lo es, es decir, un fenómeno social en incremento en la mayor parte de las sociedades, como consecuencia de otros factores como lo son los de índole social, moral, económico o simplemente decadencia de las sociedades modernas que debido a las condiciones y necesidades reinantes hoy día hacen que el individuo modifique su rol social, originando alteraciones que repercuten en su vida familiar.

Analizando la acepción inconveniente entendemos como tal:

Algo que no es adecuado o apropiado para tal o cual caso, por lo tanto, no se debería considerar al divorcio un inconveniente del matrimonio puesto que sí tomamos como punto de partida a aquellos individuos que pretenden divorciarse o con aquellos que ya lo hicieron, la causa que lo originó o ha originado las desavenencias fue una relación no satisfactoria, es decir, un matrimonio mal planificado y no es el divorcio, ya que éste viene a ser la consecuencia y no la causa del tal situación. Consecuentemente el divorcio es el efecto mientras el matrimonio es la causa generadora de que dos personas que se unieron en vínculo busquen la forma más acertada y prudente de culminar una relación que nunca debió de existir.<sup>4</sup>

Por ello, lo que se debe de prevenir es que se lleven a cabo o se celebren matrimonios que en un futuro próximo tendrán como resultado inobjetable la separación de los cónyuges, generando la disgregación de la familia tan nociva para los hijos como para la sociedad.

Tomando en consideración que una de las finalidades del Derecho es el de pretender regular la conducta del individuo en sociedad, también lo es el de prevenir determinadas conductas que afectan al interés particular o el orden social. Por consiguiente, las disposiciones civiles en materia de matrimonio deben de crear un órgano de consulta para todas aquellas parejas que desean casarse y realizarles un estudio exhaustivo que comprendería aspectos físicos, como un socioeconómico y por que no un psicológico para saber si las personas se encuentran en aptitudes para asumir una nueva responsabilidad y de cumplir las obligaciones que implica el vivir en pareja, y que no es simplemente una unión pasajera que en un momento dado nada más sirva para satisfacer sus necesidades sexuales o para buscar independencia o libertad del seno familiar del que formaban parte uno o ambos pretendientes.

---

<sup>4</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 194.

#### **4.4. Los más perjudicados con la disolución del vínculo matrimonial.**

Sin temor a equivocarnos, se considera que los más perjudicados en la ruptura del matrimonio, son los hijos y excepcionalmente los padres, porque los primeros, máxime si son menores de edad se rompe con la convivencia familiar de manera brusca, quedando éstos sin la figura paterna protectora y echan a un traste con sus ilusiones de infante.

Si los hijos son mayores de edad, también se les causan problemas y se sabe de algunos casos, que los hijos mayores de edad, de padres que se divorcian, ha llegado hasta a suicidarse o se les altera su vida familiar de manera brusca, es por ello que siempre debe tomarse en cuenta lo siguiente.

No debe de albergarse la menor duda de que el matrimonio como base de la sociedad y no únicamente como fundamento de la familia, sino como unión estable entre un hombre y una mujer, debe defenderse incondicionalmente.

También lo es que todo lo existente y que esta en contacto con el hombre a experimentado cambios sean naturales o producto de la intervención del género humano. El hombre no puede quedar excluido de estas transformaciones en su acontecer jurídico social, puesto todo tiene un principio y un final, y nada existe dentro de la naturaleza humana que sea perpetuo, por lo tanto, todo esta en constante cambio y sujeto a modificaciones que pueden resultar satisfactorias o no.

El matrimonio no ha sido la excepción de experimentar algunos cambios como resultado de las condiciones actuales, sean de índole jurídico, político, social o económicas dejando a éste en una situación nada favorable.

Producto de los factores que intervienen en la disgregación familiar, se puede hablar de una crisis matrimonial entendiendo por esta el momento decisivo y peligroso en su período de evolución.

Ante las crisis conyugales, tanto los propios contrayentes como los demás miembros de la familia y personas que les rodean, abogados, asesores, psicólogos, trabajadores sociales y sociólogos deben de contribuir de la forma más acertada y prudente según sus posibilidades en cuanto al conocimiento y experiencia de la materia que dominan. En primer lugar, para que no llegue a producirse esa situación crítica y en segundo término para poder solucionar y desvanecer los problemas que se hayan podido suscitar.<sup>5</sup>

La ruptura del matrimonio es algo dañino y de extraordinaria gravedad, y como tal debe verse y tratarse. Es igual de perjudicial cuando carece de justificación real y es originada por una actitud iracunda, que cuando es causada por un verdadero desvanecimiento de los elementos esenciales para una convivencia plena; pero el tratamiento, en cualquiera de los supuestos, debe ser del todo diferente.

En el primer caso, se deben de utilizar todos los recursos necesarios para solucionar los problemas e impedir que llegue a separarse un matrimonio que conserva sus verdaderos vínculos sobre los cuales se anteponen circunstancias que pueden alterar la relación conyugal. Sin embargo, en el segundo supuesto, cuando se a presentado una situación irreconciliable ocasionando la disgregación de la unión conyugal, es oportuno que se produzca la separación física del matrimonio y no sobrellevar relaciones faltas de afecto, diálogo, comprensión, y que en muchos de los casos se llega a los insultos verbales, malos tratos e infidelidades dando

---

<sup>5</sup> PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. Segunda edición, Trad. de José María Cajica, Cajica, Puebla, México, 1992. p. 320.

lugar a un ambiente de enfrentamiento conyugal que propicia una aversión entre los consortes, y viéndose también afectados por estas condiciones los hijos.

Defender que en tales circunstancias lo procedente es resistir y tolerar, pero esta actitud es negativa y dañina. Es indiscutible que la actitud pasiva de continuar la convivencia bajo un lecho conyugal común pese al haber desaparecido sus elementos que lo integran y llevar cada uno una vida independientemente no es posible, porque esta en contraposición con los fines del matrimonio como lo es el tener una relación permanente y duradera en la que, el hombre y la mujer se deban mutua ayuda y comprensión recíproca.

El hombre buscaba en el matrimonio una mujer que le diera sucesión, atendiendo su hogar y presidiera el núcleo familiar. La mujer generalmente era educada desde su infancia exclusivamente para el matrimonio, pocos estudios, limitada enseñanza profesional y sólo una alternativa inevitable en su vida: casarse para, procrear unos hijos y atender las actividades del hogar. A través del matrimonio la mujer espera poco en el orden de la realización personal y de esta forma viene su resignación a una convivencia no favorable, pero ya condicionada por la familia y la sociedad puesta que el deber que irá a realizar los cumplieron su madre y abuela.

La postura de la mujer ante las infidelidades masculinas, ha sido extremadamente condescendiente, al grado de llegar a concebir la condición masculina de ser inminentemente poligámica; pero estas relaciones extraconyugales no se consideran síntomas de falta de afecto o menosprecio, sino como consecuencia de la virilidad sexual del hombre y que la mujer a de padecer.

En la actualidad estas circunstancias han cambiado con la incorporación femenina a todo tipo de actividades productivas como fenómeno de los tiempos modernos. Aunque su tradicional función administrativa del hogar no ha sido

totalmente delegada, en gran parte, muy poco o nada compartido por su compañero. La que trabaja fuera del hogar realiza una doble tarea y como resultado de esto puede engendrar problemas y no de discutirlos y resolverlos con la atingencia debida en el seno familiar provocan fisuras en la estructura del mismo.

La incorporación de la mujer a otras actividades fuera de su hogar como medio de superación personal e independencia económica, trae como consecuencia desajuste en la salud mental y emocional de los hijos, ya que en su formación, en la primera edad necesitan de vigilancia y del cuidado que sólo la madre les puede brindar y debiera ser también el padre. Esta tarea con participación de los padres para con sus hijos durante el tiempo que los tienen bajo su cuidado deben ser con mayor atención en las relaciones afectivas. Habiendo comprensión entre los progenitores con respecto a sus pupilos, tienen como efecto seguridad y equilibrio emocional en ellos, aunque sea el menor tiempo efectivo empleado. Una madre de tiempo completo, pero con una educación y preparación deficiente, puede ocasionar más daño que una madre de tiempo parcial, pero consciente de su condición y segura de su rol que debe de cumplir como miembro de la familia que integra.<sup>6</sup>

El rol que desarrolla la mujer ante la sociedad y la familia no ha sido totalmente satisfactorio a nivel general e institucional. El Estado, debe de canalizar, por medio de sus órganos e instituciones y la propia sociedad, en encontrar las mejores alternativas a esos problemas que cada día van en ascenso.

No es posible que continúen con vida los tradicionales roles, masculino y femenino ya que estos serán objeto del pasado. Es progreso de la humanidad en las distintas ciencias y artes, no pueden dejar al margen a la familia que debe

---

<sup>6</sup> GOLDSTEIN, Mateo. Divorcio. Sexta edición, Depalma, Buenos Aires, 1990. p. 264.

reestructurarse y mejorar sobre bases de igualdad, y adecuarlo a las nuevas necesidades y condiciones que la vida moderna propicia.

Quien ha vivido con la esperanza y confianza de que el matrimonio va a ser su pedestal, para lograr sus anhelos y aspiraciones tanto en el plano material como espiritual, y sobreviene una irreconciliable crisis, no pueden tener una actitud de conformidad y resignarse a una vida conyugal carente de todo incentivo. Y de ahí que cuando se presenta esta situación, se ocasione con seguridad, la ruptura de la unión que la resignación de la misma.

#### **4.5. Efectos psicológicos y morales en los hijos.**

El matrimonio constituye la base de la familia en una sociedad organizada. En consecuencia la cohesión y estabilidad del grupo social, exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y que la unión de los cónyuges subsista durante la vida de los consortes. Esta exigencia social se impone, en interés del cuidado y la educación de los hijos, el divorcio disolviendo el matrimonio destruye al mismo tiempo al grupo familiar y con ello, se priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral e intelectual.

Después de la sentencia de divorcio los ex cónyuges resultan ser extraños entre sí, subsisten las relaciones jurídicas que a cada uno de ellos vinculan con los hijos nacidos del matrimonio disuelto. Si éstos últimos están sometidos a la patria potestad (o autoridad parental, según se llama en algunas legislaciones), ya se comprende que los deberes surgidos de la misma no podrán ya cumplirse de igual forma que antes del divorcio. Al faltar un hogar común se produce una modificación o adaptación en el contenido de la patria potestad.

Si, conforme a las modernas orientaciones, la patria potestad se ejercía conjuntamente con anterioridad a la disolución, ahora los hijos

deben encomendarse a la guarda de uno sólo de los cónyuges, conservando, sin embargo, el otro la facultad de visitarlos y controlar su educación; eventualmente pueden quedar confiados a un tutor o a una institución. En este punto es de observar en el derecho comparado otro cambio de criterio para atribuir la custodia de los hijos. Durante mucho tiempo intervenía decisivamente la culpabilidad o inocencia de cada cónyuge en la ruptura del vínculo, pero hoy se prefiere atender al interés del hijo; de esta suerte, el cónyuge culpable puede quedar encargado de la guarda y educación de los hijos; naturalmente, los gastos que se produzcan en estas atenciones deben ser compartidos por el otro cónyuge.<sup>7</sup>

De hecho, la suerte de los hijos menores de edad está en función de la conducta ulterior de sus padres. Si ambos reiteran nuevo matrimonio, no siempre será fácil la integración en el nuevo hogar de los hijos del matrimonio disuelto por divorcio, y el destino previsible es el ingreso en un colegio o en una institución. La permanencia con el padre al que se le confió la guarda y, en particular, con la madre, quedará más asegurada si ésta no vuelve a casarse; en todo caso, siempre se tratará de una familia incompleta, análoga a la constituida por la madre soltera.

Cierta propaganda demagógica presenta el divorcio como una conquista de la civilización, como una forma de progreso, como un irrenunciable derecho de la persona humana ¿Serán acertados tales argumentos?

A nivel personal, en los casos ordinarios, el divorcio se vive por cada cónyuge como un fracaso del que cada uno es solidariamente responsables. Prescindiendo de las uniones contraídas sin propósito serio de duración, no parece que el divorcio se repute algo normal en la vida de la pareja.

---

<sup>7</sup> CALVERTON, Federico. Op. cit. p. 301.

La ruptura representa la quiebra de un proyecto ilusionadamente preparado, y necesariamente irá acompañada de sufrimiento moral, acrecentando acaso por un íntimo sentimiento de culpabilidad por no haber hecho lo posible por impedirla.<sup>8</sup>

Si los excónyuges son creyentes, el posdivorcio puede suponer sufrimientos suplementarios, ya que las nuevas nupcias sólo podrán ser en forma civil, y ello llevará consigo la imposibilidad de acceso a los sacramentos mientras no cambie la actual pastoral de la Iglesia. Aunque se superen los escrúpulos religiosos, puede quedar todavía la barrera de la reprobación social, que, al menos en ciertos ambientes, puede pesar de modo insoportable.

Si la mujer carece de una especialización profesional, puede experimentar acentuadamente las consecuencias perjudiciales del divorcio. Fracasado su primer proyecto conyugal, es posible, que ya no tenga nuevas oportunidades de casarse (a diferencia de su ex marido), lo que, en todo caso, quedará obstaculizado si quedan a su cargo los hijos del matrimonio. Aunque reciba la libre disposición de sus bienes privativos y la mitad de gananciales, en su caso, su situación económica puede sufrir serio quebranto, agravado por el posible cese de las prestaciones social a que tenía derecho por su marido; en cuanto a la pensión de alimentos, la tendencia moderna es a su reducción o eliminación mientras la mujer esté en condiciones de trabajar, aún en una profesión no especializada.

La situación de los hijos del matrimonio divorciado es objeto de apreciaciones contradictorias por partidarios y adversarios del divorcio. Para unos vienen a ser las víctimas principales de la ruptura; para otros, pueden resultar, incluso, beneficiados con un divorcio bien hecho. Conviene, a este respecto, hacer algunas puntualizaciones.

---

<sup>8</sup> Ibidem. p. 302.

El problema de los hijos es intensamente sentido por la opinión pública Mexicana. Por otra parte, resulta claro que, si bien el divorcio no es la causa exclusiva de la situación de los hijos, sino la crisis matrimonial en que viven sus padres, la ruptura legalizada agravará normalmente la situación personal de los mismos al privarles de modo definitivo e irremediable de un hogar, que era el suyo, en el que han nacido y en el que tenían derecho irrenunciable a desarrollarse; la mera crisis podría resolverse y la misma separación legal acabar en reconciliación, como no es raro que ocurra.

A partir del divorcio, la situación de los hijos cambia decisivamente. Por resolución judicial quedarán al cuidado de uno de los padres, conservando el otro el derecho de visita y el de controlar su educación, cuyo ejercicio periódico no será otra cosa que la publicación del fracaso matrimonial de sus padres. Si el padre que tiene la guarda vuelve a casarse, la situación de los hijos del matrimonio anterior puede mejorar si en el nuevo hogar encuentran el cariño y la acogida que les falta; cabe pensar que ello no será frecuente, pues vendrán a ser siempre los testigos vivientes del drama sufrido. Si ambos padres reiteran nupcias, el destino normal de los hijos del primer matrimonio será la colocación en internados o en instituciones asistenciales, o su sumisión a tutela. Aquí parece estar la causa de las graves secuelas de todo tipo que aquejan a los hijos de los divorciados.

Sin necesidad de recargar las tintas, un examen objetivo y sereno permite concluir que, junto a la mujer, son los hijos las víctimas más visibles de las rupturas matrimoniales, lo que, en último término, obligará a las organizaciones asistenciales, y al Estado, a prestarles la ayuda que sus padres les negaron.

No se alegue que estos hijos pagan el precio de la felicidad personal de sus progenitores reencontrada en una nueva unión, lo que sería la legalización de una forma de egoísmo; o que, a cambio de su desventura, va a resolverse el problema de los hijos adulterinos, condenados por la ley a una situación irregular. Esto

último, aparte de constituir una grave injusticia, pues los hijos del primer matrimonio son inocentes de las culpas de sus padres, puede encontrar remedio en una adecuada reforma de nuestra legislación civil. Además conviene deshacer un mito y denunciar una manipulación. Estriba aquél en la pretensión de que la ley de divorcio va a acabar con los hogares irregulares y las uniones ilegítimas y, de rechazo, con los hijos extramatrimoniales. La manipulación suele producirse en las campañas electorales pro divorcio (sí se dijo que en Italia había cinco millones de italianos viviendo en uniones irregulares), o bien cuando se trata de impresionar a la opinión pública (entre nosotros se ha lanzado irresponsablemente la cifra de un millón de españoles en estas circunstancias). La realidad es muy diferente.

#### **4.6. Las circunstancias morales y psicológicas que debe tomar en cuenta el juzgador en caso de divorcio adicionando los artículos 941 y 941-Bis del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.**

En la actualidad y debido a los grandes cambios que está teniendo el Derecho Procesal Familiar, sin lugar a dudas, el Juzgador de ésta materia, debe tomar algunas medidas precautorias para no afectar el adecuado desarrollo moral y psicológico del menor cuando los padres se divorcian.

Prácticamente han sido utilizados todos los medios que en cada momento han sido considerados de mayor efecto general, para dar a conocer el texto constitucional.

La resolución de las controversias del orden familiar deben tener como objetivo primordial garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y los niños, así como la de fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa, representación jurídica, asistencia, provisión, prevención y protección y participación para la promoción y vigencia de los derechos de la niñez. Una vez

declarados los derechos que amparan este nuevo enfoque hacia nuestros niños, lo siguiente es procurar su cumplimiento.

El primer paso a seguir jurídicamente es reconocer y declarar que las niñas y niños son sujetos de derechos y que deben ejercitarse y gozar sus derechos humanos. Quedando establecido que cualquiera de los derechos de los menores violados debe ser restablecido y que el violador recibirá una sanción acorde con la gravedad de la violación.

Es necesaria la incorporación de la Ley de Protección para las niñas, niños y adolescentes a materia federal de la función del Estado, en lo referente a la protección de los menores en sus derechos. Esta ley dará a los menores de edad la calidad de sujetos de derecho, dejando atrás el paternalismo infructuoso, buscando tanto su adaptación social como la protección de sus derechos con irrestricto respecto a los derechos humanos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para una mejor defensa y protección de las niñas y niños adolescentes a nivel nacional, la institución o instituciones que se establezcan deberán contar con el personal capacitado y serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de sus derechos constitucionales, así como representar legalmente los intereses de dicha población ante las autoridades judiciales o administrativas.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, por lo tanto, debemos fortalecerla pues para los niños donde empieza la familia, empieza la calle, es decir, que ésta última se les presenta en un principio atractiva por falta de reglas. Cuando la familia no puede o no quiere cumplir con sus obligaciones naturales y jurídicas hacia sus hijos, el Estado debe presentar y crear alternativas para que éstos no sean arrojados al arroyo a descomponerse y devolverle a la sociedad a

corto plazo ciudadanos inconformes, resentidos, delincuentes e irresponsables que repitan hacia sus hijos la misma conducta.

Corresponde al Estado a través de sus instituciones de salud y educativas, planear estrategias para que disminuya el índice de crecimiento de la población, fundamentalmente entre los adolescentes y difundir los métodos adecuados de reproducción consciente y responsable no sólo en las escuelas sino también por conducto de los medios masivos de comunicación, (incluso durante las horas pico), a fin de llegar al mayor número de personas.)

Es de suma importancia informar y capacitar a las personas relacionadas con menores, como son: Médicos, personal de enfermería, guarderías, jardines de niños, casas cuna, escuelas, en fin, a todas las personas que en alguna forma se relacionan con niños, acerca de los signos que pueden hacer sospechar razonablemente de la existencia de malos tratos.

Tal capacitación se puede realizar mediante la impartición de cursos, conferencias, simposios, etc., que permitan al personal que se ocupa de menores, detectar los indicios característicos del maltrato, ya sea a través de la observación de los menores o de los padres, y hacer la denuncia correspondiente, de manera que pueda advertirse oportunamente, con el objeto de tomar medidas preventivas de inmediato, pues la reincidencia en los malos tratos puede ocasionar al menor, daños físicos, mentales y aún hasta la muerte. Es pues, la información y capacitación adecuada un instrumento capaz de facilitar la labor preventiva.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> PACHECO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Sexta edición, Porrúa, México, 2001. p. 159.

Existen múltiples ideas, nacidas de la costumbre, que operan como normas de conducta y originan frecuentes malos tratos a los menores; como las que los padres, los hermanos mayores, los tíos, los abuelos o cualquier otro pariente adulto, ya sea el maestro o cualquier persona mayor de edad, pueden hacer a los menores objeto de malos tratos con el pretexto de educarlos o amparándose en una falsa e inexplicable autoridad.

El uso tolerado e incluso recomendado de la fuerza como instrumento educativo de los menores es fuente de muchos malos tratos que pueden, incluso, llegar a ser socialmente aceptados como formas adecuadas de educación o formación de los menores.

En el caso de que se hayan realizado acciones de maltrato, la orientación familiar hará que en el futuro no se realicen tales actos, ya que es un hecho que la educación y la orientación familiar son instrumentos de rehabilitación y prevención.

El divorcio de los padres, en los hijos puede dejar los siguientes males psicológicos y morales en el menor.

- Autoestima baja e inseguridad personal.
- Ansiedad, miedo, timidez extrema.
- Sentimientos de tristeza u otros síntomas de depresión.
- Bajo rendimiento escolar.
- Introversión e inseguridad.
- Inadaptación social.
- Sentimientos de vulnerabilidad y tristeza.
- Incapacidad para depender de, confiar en, o armar a otros.
- Conducta agresiva, problemas de disciplina y a veces comportamiento ilegal.
- Coraje, resentimiento y rabia contra todo y contra todos.

- Comportamiento autodestructivo o auto abusivo, pensamientos suicidas.
- Pasividad y comportamiento retraído permanente.
- Miedo a establecer relaciones nuevas o de comenzar actividades nuevas. Falta de iniciativa.
- Fisión de experiencias ya vividas y pesadillas.
- Drogadicción y alcoholismo.

Debido a las secuelas que en divorcio deja en los hijos, el Juez de lo Familiar debe tomar en cuenta algunas providencias para que los cónyuges (padres) respondan por la reparación del daño, no sólo de los hijos, sino del cónyuge que actuó de buena fe. Para lograr tal objetivo los artículos 941 y 941 Bis, deberán quedar adicionados de la siguiente manera.

“Artículo 941. El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos, de cuestiones relacionadas con violencia familiar, así como los daños morales y psicológicos que se puedan causar a los hijos con la ruptura del vínculo matrimonial, deberá decretar las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.”

El artículo 941 Bis deberá quedar así:

“Artículo 941 Bis. Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes por consaguinidad en línea colateral hasta por el cuarto grado, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificará dentro de los quince días siguientes.

En la audiencia las partes aportarán (sic) las pruebas que estimen necesarias a efecto de ejercer la custodia, las que se desahogarán en la misma audiencia; inmediatamente después el Juez de lo Familiar determinará la situación jurídica provisional de la niña o del niño, principalmente a quien corresponderá la custodia del menor, atendiendo para ello a las circunstancias que observe en ese momento, los elementos que hayan aportado las partes y sobre todo tutelando el interés superior del menor.

**El Juez mediante estudios psicológicos aportados por peritos especializados de la materia determinará, quien de los cónyuges o parientes más cercanos es la persona más viable para ejercer la custodia y convivencia de los menores. Tratándose de evitar en lo posible los daños morales y psicológicos en los hijos.**

A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil para el Distrito Federal vigente.

El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia de fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos: cuando estos ya acudan a centros educativos.

En los casos, en que los menores no acudan a centros educativos, médicos o de rehabilitación el Juez de lo Familiar, a su prudente arbitrio. Regulará las convivencias del menor con los parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia.”

Con lo anterior se pretende salvaguardar la integridad y desarrollo psicoemocional de los hijos así como el de los padres tratando de que estos no sufran con el divorcio.

## CONCLUSIONES

Para finalizar, tomando en cuenta la problemática ampliamente detallada acerca de los efectos psicológicos y morales que se causa a los hijos en el divorcio, se incluye dentro de éste apartado final la propuesta de adición 941 bis al 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los puntos undécimo y duodécimo de las presentes conclusiones.

**PRIMERA.** El matrimonio es un acto jurídico solemne, que celebran dos personas de distinto sexo, destinado a perpetuar su especie y ayudarse mutuamente, a llevar el peso de la vida, creándose derechos y obligaciones recíprocas ya descritas en la propia ley.

**SEGUNDA.** Una petición de divorcio, no es más que una declaración ante la autoridad competente, de que un matrimonio ya no existe de hecho, aunque jurídicamente sí, esto porque los cónyuges viven distanciados e incluso en ocasiones separados física y sentimentalmente.

**TERCERA.** El divorcio consiste en la disolución del vínculo matrimonial por voluntad de ambos cónyuges o a petición de uno de ellos, decretada por autoridad competente y cuyo fundamento se encuentre establecido en la ley.

**CUARTA.** Existen solamente dos clases de divorcio, reguladas por el Código Civil: el divorcio voluntario que a su vez puede ser administrativo o judicial; y, el divorcio contencioso o necesario que procede siempre que se presente alguna de las causales reguladas por el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

**QUINTA.** El incremento exagerado de los divorcios en la sociedad mexicana se debe a las condiciones reinantes que predominan en la civilización moderna dentro de las que se mencionan: La industrialización, el consumismo, la liberación sexual,

los movimientos feministas, la pérdida de valores morales y decadencia de las sociedades modernas; pero todos éstos factores traerán como efecto inmediato la transformación de los roles sociales que tanto el hombre y la mujer desempeñaban dentro del núcleo familiar y de ésta forma alterando las relaciones familiares donde la mujer debido a las nuevas necesidades que le exige la vida moderna, se integra a la actividad productiva, política y social, quedando al margen la protección, educación y salud de los hijos, y que redundará en perjuicios dentro de la propia familia entre las que se mencionan el alcoholismo, drogadicción, delincuencia, prostitución, etc.

**SEXTA.** Es una solución no deseable pero a veces necesaria la terminación de la relación matrimonial a través del divorcio, esto es, cuando los miembros de la familia, los cónyuges no encuentran la estabilidad emocional y espiritual dentro del matrimonio originando descontento, rencor, malos tratos e injurias entre ellos que se repercuten en los seres más indefensos de la familia, los hijos, por ello en determinados casos es conveniente culminar esa relación carente de lazos afectivos y no propiciar otros males que repercutan dentro del medio familiar y social.

**SÉPTIMA.** De acuerdo a nuestra propuesta, el Juez de lo Familiar para proteger a los infantes en los procedimientos de divorcio, deberá tomar en cuenta que en la sentencia definitiva, el juzgador de oficio decretara que los cónyuges divorciantes constituyentes un fideicomiso en beneficio de los hijos, donde la pareja fuese el fideicomitente y el fiduciario las instituciones de crédito expresamente autorizadas para ello, y los beneficiarios los hijos. Por medio de ésta figura jurídica se protegería y se garantizaría al menor proporcionándole lo necesario para su manutención, educación y salud procurando situaciones apremiantes en la vida de los infantes.

**OCTAVA.** No debe de caber la menor duda de que el verdadero mal del divorcio lo sufren y lo padecen los hijos; pero no es el divorcio como expresión legal de la terminación de las relaciones matrimoniales lo que los afecta. Lo es en todo caso la falta de relaciones afectivas y entendimiento entre sus padres, como también lo es la situación permanente de incertidumbre que impera en el núcleo familiar; que se traducen en discusiones, riñas, injurias y malos tratos. Por tal motivo son estas las causas que propician la ruptura de esta comunión de vida.

Por consiguiente, el divorcio en estos casos es la salida a las lamentables condiciones de la relación familiar mismas que, en lo futuro, resultan más perjudiciales para la formación y equilibrio emocional de los hijos. A través del divorcio sufrirán la separación de sus seres amados, más no serán los testigos impotentes de las actitudes negativas de sus progenitores.

**NOVENA.** Ante las crisis conyugales, tanto los propios contrayentes como los demás miembros de la familia y personas que les rodean, abogados, asesores, psicólogos, trabajadoras sociales y sociólogos deben de contribuir de la forma más acertada y prudente según sus posibilidades en cuanto al conocimiento y experiencia de la materia que dominan. En primer lugar, para que no llegue a producirse esa situación crítica y en segundo término para poder solucionar y desvanecer los problemas que se hayan podido suscitar.

**DÉCIMA.** La ruptura del matrimonio es algo dañino y de extraordinaria gravedad, y como tal debe verse y tratarse. Es igual de perjudicial cuando carece de justificación real y es originada por una actitud iracunda, que cuando es causada por un verdadero desvanecimiento de los elementos esenciales para una convivencia plena; pero el tratamiento, en cualquiera de los supuestos, debe ser del todo diferente.

En el primer caso, se deben de utilizar todos los recursos necesarios para solucionar los problemas e impedir que llegue a separarse un matrimonio que

conserva sus verdaderos vínculos sobre los cuales se anteponen circunstancias que pueden alterar la relación conyugal. Sin embargo, en el segundo supuesto, cuando se ha presentado una situación irreconciliable ocasionando la disgregación de la unión conyugal, es oportuno que se produzca la separación física del matrimonio y no sobrellevar relaciones faltas de afecto, diálogo, comprensión y que en muchos de los casos se llega a los insultos verbales, malos tratos e infidelidades dando lugar a un ambiente de enfrentamiento conyugal que propicia una aversión entre los consortes, y viéndose también afectados por estas condiciones los hijos.

**UNDÉCIMA.** Debido a las secuelas que en divorcio deja en los hijos, el Juez de lo Familiar debe tomar en cuenta algunas providencias para que los cónyuges (padres) respondan por la reparación del daño, no sólo de los hijos, sino del cónyuge que actuó de buena fe. Para lograr tal objetivo los artículos 941 y 941 Bis, deberán quedar adicionados de la siguiente manera.

“Artículo 941. El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos, de cuestiones relacionadas con violencia familiar, así como los daños morales y psicológicos que se puedan causar a los hijos con la ruptura del vínculo matrimonial, deberá decretar las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.”

**DUODÉCIMA.** El artículo 941-Bis deberá quedar así:

“Artículo 941 Bis. Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes por consaguinidad en línea colateral hasta por el cuarto grado, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificará dentro de los quince días siguientes.

En la audiencia las partes aportaran (sic) las pruebas que estimen necesarias a efecto de ejercer la custodia, las que se desahogarán en la misma audiencia; inmediatamente después el Juez de lo Familiar determinará la situación jurídica provisional de la niña o del niño, principalmente a quien corresponderá la custodia del menor, atendiendo para ello a las circunstancias que observe en ese momento, los elementos que hayan aportado las partes y sobre todo tutelando el interés superior del menor.

**El Juez mediante estudios psicológicos aportados por peritos especializados de la materia determinará, quien de los cónyuges o parientes más cercanos es la persona más viable para ejercer la custodia y convivencia de los menores. Tratándose de evitar en lo posible los daños morales y psicológicos en los hijos.**

A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil para el Distrito Federal vigente.

El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia de fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos: cuando estos ya acudan a centros educativos.

En los casos, en que los menores no acudan a centros educativos, médicos o de rehabilitación el Juez de lo Familiar, a su prudente arbitrio. Regulará las convivencias del menor con los parientes por consaguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia."

Con lo anterior se pretende salvaguardar la integridad y desarrollo psicoemocional de los hijos así como el de los padres tratando de que estos no sufran con el divorcio.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, Inés. Historia y Sociología del Divorcio en España. Décima edición, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1997.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. Práctica Forense Civil y Familiar. Décima edición, Porrúa, México, 2003.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Procesal Civil. Séptima edición, Porrúa, México, 2000.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia. Bienes y Sucesiones. Cuarta edición, Oxford, México, 2003.

BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. Décima edición, Porrúa, México, 2003.

BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Trad. de la Octava edición Italiana, por LUIS Bacci y Andrés Larrosa, Cuarta edición, Reus, Madrid, 1990.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Octava edición, Oxford, México, 2003.

CALVERTON, Federico. La Bancarrota del Matrimonio. Tercera edición, Ángel editor, México, 2002.

CANALES PÉREZ, Adriana. El Divorcio y su Procedimiento en México. Segunda edición, Porrúa, México, 2002.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Séptima edición, Porrúa, México, 2002.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. Cuarta edición, Porrúa, México, 2002.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Décima edición, Porrúa, México, 1996.

DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar. Segunda edición, Porrúa, México, 2003.

DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Décima edición, Porrúa, México, 2000.

DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. Derecho Procesal Civil. Tercera edición, Porrúa, México, 2002.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 10ª edición, Porrúa, México, 2001.

GARCÍA MORENO, Víctor Carlos. Teoría del Derecho Civil en Materia de Derecho Internacional. Quinta edición, UTEHA, México, 1996.

GOLDSTEIN, Mateo. Divorcio. Sexta edición, Depalma, Buenos Aires, 1990.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. Segunda edición, Porrúa, México, 2004.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón y PÉREZ-PORRÚA, SUÁREZ, María. El Divorcio. Práctica Forense de Derecho Familiar. Segunda edición, Porrúa, México, 2003.

LECLERQ, Jacques. La Familia. Segunda edición, Herder, España, 2000.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. El Matrimonio Sacramento. Segunda edición, Porrúa, México, 2000.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Tercera edición, Porrúa, México, 1996.

MUÑOZ, Luis. Derecho Civil Mexicano. Décima edición, Cárdenas editor, México, 1997.

OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. Séptima edición, Harla, México, 2000.

PACHECO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Séptima edición, Porrúa, México, 2003.

PACHECO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Sexta edición, Porrúa, México, 2001.

PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Décima edición, Porrúa, México, 1996.

PÉREZ DE ANDA, Augusto. Estudios sobre el Divorcio. Segunda edición. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Ecuador, 2000.

PÉREZ PALMA, Rafael. Guía del Derecho Procesal Civil. Sexta edición, Cajica, Puebla, México, 2000.

PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. Segunda edición, Trad. de José María Cajica, Cajica, Puebla, México, 1992.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.III. Décima edición, Porrúa, México, 2003.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia. Cuarta edición, Sista, México, 2000.

ZANONI MAZEAUD, Luis. La Separación Matrimonial de Hecho. Segunda edición, Hispano-Europea, Barcelona España, 1990.

### **LEGISLACIÓN**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tercera edición, Porrúa, México, 2007.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Vigésima cuarta edición, Sista, México, 2007.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Trigésima edición, Sista, México, 2007.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. Tercera edición, Sista, México, 2007.

### **DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS**

Enciclopedia Jurídica Omeba. T.II. Décima edición, Dris-Kill, Argentina, 2000.

### **OTRAS FUENTES**

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. El Divorcio en México. Segunda edición, INEGI, México, 2000.

Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. Vol. II. Marzo-Abril. México, 1998.