



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO**

ESPECIALIDAD EN DERECHO CIVIL

**“ESTUDIO DE LAS REFORMAS PROCESALES
DEL DIVORCIO INCAUSADO EN RELACIÓN AL
PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR”**

**TESINA
QUE PRESENTA:**

LIC. CLAUDIA CORONA CABRERA

**PARA OPTAR POR EL GRADO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO CIVIL**

ASESOR: DRA. ELISA PALOMINO ANGELES



DISTRITO FEDERAL

2009



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.

AGRADECIMIENTOS y DEDICATORIAS

A DIOS por haberme concedido la gracia de disfrutar este momento.

A mis padres porque sin su apoyo y ejemplo no hubiera sido posible la realización de este trabajo de investigación. Dios los bendiga y los guíe en su camino.

A mis hermanos por estar siempre conmigo y ser mi familia, los quiero.

A mi esposo Jorge por ser un hombre ejemplar, un apoyo incondicional, gracias por tu amor y tu comprensión. Te amo.

A mi pequeña Ana Laura por que eres la luz de mi vida que me ilumina y me hace ser feliz. Te adoro mi niña.

Al Mtro. Antonio Reyes Cortés, quien ha sido más que un guía espiritual, un gran amigo, gracias por su confianza y apoyo.

Al Dr. Juan Tapia Mejía, C. Juez Trigésimo Octavo de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal por brindarme su amistad y sabios consejos.

Al Dr. Miguel Ángel Garita Alonso, porque gracias a su esfuerzo y apoyo pudo realizarse este proyecto de especialidad.

A mis profesores de la Especialidad por su gran dedicación y esfuerzo en la cátedra, han sido un ejemplo a seguir.

A mi asesora la Dra. Elisa Palomino Ángeles porque con sus conocimientos, experiencias y consejos, pudo materializarse este sueño.

A los miembros del jurado, gracias por aceptar tan digno cargo.

**A la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO,
A la UNIDAD DE POSGRADO de la FACULTAD DE DERECHO
y especialmente a la FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGON,
por ser cada una, sede de conocimientos para los que deseamos seguir
preparándonos en el ámbito profesional y humanista.**

ÍNDICE

ESTUDIO DE LAS REFORMAS PROCESALES DEL DIVORCIO INCAUSADO EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO PRIMERO EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO EN MÉXICO	
1.1. Grecia.....	1
1.2. Roma.....	2
1.3. Alemania.....	5
1.4. España.....	6
1.5. Francia.....	8
1.6. México.....	9
1.6.1. Época Prehispánica.....	9
1.6.2. Época Colonial.....	10
1.6.3. Época Independentista.....	10
1.6.4. Época Revolucionaria.....	11
1.6.5. Época Moderna.....	11
CAPÍTULO SEGUNDO GENERALIDADES DEL DIVORCIO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO	
2.1. Concepto de Divorcio.....	17
2.2. Causas de Divorcio.....	19
2.3. Tipos de divorcio en la actualidad.....	22
2.3.1. Divorcio Administrativo.....	26
2.3.2. Divorcio Judicial.....	27
2.4. Efectos Jurídicos del Divorcio Incausado.....	30
2.4.1. Para los cónyuges.....	31
2.4.2. Para los hijos.....	33
2.4.3. Respecto de los bienes en el régimen patrimonial.....	34
CAPÍTULO TERCERO ESTUDIO DE LA REFORMA PROCESAL EN MATERIA DE DIVORCIO INCAUSADO EN EL DISTRITO FEDERAL CONFORME A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA, ESPECÍFICAMENTE, EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	
3.1. Principios del Derecho de Familia.....	39

3.1.1.	Principio de Interés Superior del Menor.....	40
3.1.2.	Elementos del Principio de Interés Superior del Menor.....	41
3.1.3.	Norma aplicable al Principio de Interés Superior del Menor.....	42
3.2	Requisitos de procedencia del Divorcio Incausado.....	43
3.2.1.	Celebración de un matrimonio legal.....	44
3.2.2.	Acción de divorcio ante juez competente.....	46
3.2.3.	Capacidad jurídica y procesal del cónyuge divorciante.....	48
3.2.4.	Proyecto de convenio respecto de los menores.....	49
3.2.5.	Conjunto de normas jurídicas que rigen el procedimiento de Divorcio.....	51
3.3	El proceso de Divorcio Incausado Unilateral- Principal e Incidental	52
3.3.1.	Proceso Principal- Instrucción y Juicio Sumario.....	52
3.3.1.1.	Etapa Postulatoria.....	54
3.3.1.2.	Etapa Probatoria- Las pruebas en el procedimiento de Divorcio	65
3.3.1.2.1.	Proceso Incidental.....	65
3.3.1.3.	Etapa Preconclusiva- Alegatos.....	67
3.3.1.4.	Etapa Conclusiva- La Sentencia de Divorcio.....	68
3.4	El procedimiento Incausado Bilateral- Por mutuo acuerdo.....	69
3.5	Impugnación de las resoluciones en el proceso principal e incidental.....	70
3.6	Ejecución del divorcio y del convenio.....	72
3.7	Comentarios finales y sugerencias.....	73
3.7.1.	Equiparación del divorcio incausado a un divorcio <i>Express</i>	74
3.7.2.	Propuesta de reforma legislativa a fin de mejorar el trámite del Divorcio incausado y ajustarlo con el Principio de Interés Superior del Menor.....	75
	CONCLUSIONES.....	81
	FUENTES DE CONSULTA.....	88

INTRODUCCIÓN

El divorcio necesario representó, durante su vigencia, un proceso ordinario de controversia tramitado para obtener la disolución del vínculo matrimonial mediante una causal invocada por el cónyuge demandante; con el fin de generar a su favor un beneficio económico con la repartición de los gananciales producidos dentro del régimen patrimonial así como el cobro de una compensación en contra del otro cónyuge, al desvirtuar su imagen jurídica en calidad de culpable y, en consecuencia, provocando la pérdida de sus derechos nacidos del matrimonio.

Con las reformas al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, publicadas en la Gaceta del Distrito Federal con fecha 03 de octubre de 2008, fueron derogadas las causales de divorcio, suprimiéndose tanto el divorcio de tipo necesario como el voluntario, en su lugar, instaurándose un proceso especial llamado *divorcio incausado*.

Este nuevo proceso, supuestamente simplificaría la tramitación del divorcio mediante una solicitud unilateral o bilateral, cumpliendo con el requisito de anexar una propuesta de convenio que regulara los efectos de la disolución del matrimonio. Sin embargo, estas reformas fueron insuficientes para eliminar la controversia entre las partes divorciantes, pues en caso de no llegar a un arreglo en el convenio sobre los efectos del divorcio, la contienda se traslada ahora a la tramitación de un incidente en el cual se desahogarán las pruebas ofrecidas por el divorciante desde su solicitud, para acreditar la existencia de derechos preferentes sobre los hijos menores y los bienes que constituyan el patrimonio familiar.

Conforme a lo anterior, el problema que se deriva de la tramitación del divorcio incausado radica en cumplir con la presentación de una propuesta de convenio, cuyo contenido se encuentra **delimitado exclusivamente por la voluntad de las partes divorciantes**, en la solicitud unilateral o bilateral; **cuando en realidad, el contenido del convenio debe estar regulado por las normas de orden público e interés**

social y fundado, específicamente, en el principio rector del interés superior del menor, el cual, debe ser resguardado por el juez y aplicado bajo su más estricta responsabilidad en la resolución judicial y no así en la voluntad particular de los cónyuges.

De esta manera, la **hipótesis** en la presente investigación consiste en **determinar si las reformas procesales del divorcio incausado en el Distrito Federal vulneran el interés superior del menor en el convenio otorgado por la voluntad de las partes divorciantes.**

Por lo anterior, es necesario distinguir entre la voluntad libre emitida por los cónyuges en la celebración del matrimonio y en su posterior disolución, de la voluntad limitada para la conformación del convenio de divorcio incausado. Pues si bien es cierto, existe una autonomía de voluntad, ésta se encuentra limitada a que los consortes no pueden pactar sobre derechos denominados irrenunciables; como tampoco pueden estipular la prohibición o limitación de goce de los derechos fincados a favor de los hijos procreados dentro del matrimonio próximo a disolver (visitas, guarda y custodia, custodia compartida, alimentos, etc.), conforme al principio de interés superior del menor, so pena de violarlo en contra de ellos. En cambio, si se facultara al juez para ser el único responsable en determinar el contenido de los efectos derivados del divorcio incausado bajo este principio elemental de protección del menor, después de estudiar la propuesta, contrapropuesta o propuesta única por mutuo acuerdo de los cónyuges y, conforme el análisis de las pruebas que le sean ofrecidas por los divorciantes en sus respectivas solicitudes unilateral o bilateral, se estaría en condiciones de emitir una resolución ajustada a derecho, a la justicia y a la equidad.

Es así que, el desarrollo de esta investigación se compone de tres capítulos.

En el primer capítulo denominado: *Evolución del Divorcio en México*, se expondrá una semblanza sobre la evolución del divorcio desde la antigua Grecia

hasta nuestros días en México, profundizando en la exposición de motivos de los juristas que dieron origen a las iniciativas que sirvieron de base para elaborar el proyecto de reformas en materia de divorcio incausado, aplicando para su estudio el método histórico.

En el segundo capítulo bajo el nombre de: *Generalidades del Divorcio en el Sistema Jurídico Mexicano*, se desarrollarán diversos conceptos en materia de divorcio, a través de un estudio general sobre el mismo y la aplicación de la norma jurídica al caso en particular.

En el tercer capítulo, intitulado: *Estudio de la reforma procesal en materia de divorcio incausado en el Distrito Federal conforme a los principios del Derecho de Familia, específicamente, el Interés Superior del Menor*, para conocer cada uno de sus elementos, objeto de esta investigación, como son el principio de interés superior del menor y los sujetos a quiénes protege, es decir los hijos. Con base en esta vertiente, se determinará si en efecto este principio de interés superior del menor está siendo respetado y protegido por las normas procesales.

En este punto se resolverá que, con la presente investigación se confirma la violación del interés superior del menor siendo necesaria la modificación de los artículos procesales referentes en primer lugar, a la solicitud unilateral y bilateral de divorcio, toda vez que se deben detallar con precisión sus requisitos de fondo y forma en artículo expreso y no así tratando de ajustar los requisitos de una demanda en general a una solicitud particular de divorcio; en segundo lugar, a la eliminación del convenio, pues se debe establecer como facultad exclusiva del juez resolver sobre los efectos del divorcio y particularmente sobre la protección al del menor en superioridad al interés que pudieran tener los cónyuges, y, en tercer lugar, lo relativo al incidente, en virtud de que se propone la eliminación de este procedimiento, toda vez que el interés superior del menor es de orden público y no es válido que se vea suspendida su aplicación, hasta en tanto se resuelva la sentencia interlocutoria del incidente.

Por otra parte, el desarrollo de la presente investigación fue realizado bajo una técnica documental al utilizar como instrumentos y herramientas de la misma, la norma jurídica nacional e internacional aplicable tanto en materia de divorcio incausado como en protección al interés superior del menor; los documentos *bibliográficos* y *hemerográficos* necesarios para el desarrollo teórico así como la información virtual extraída de páginas de Internet, publicaciones virtuales, periódicos y revistas electrónicas, entre otros.

Con base en el problema planteado, se demostrará a lo largo de la presente investigación y específicamente en su capítulo tercero, que si bien es cierto, la tramitación del divorcio incausado mediante una solicitud unilateral o bilateral respeta el derecho de autonomía de la voluntad, en virtud de la cual, los cónyuges pueden decidir libremente si continúan o no dentro de la relación marital, esta garantía de libertad no puede ser aplicable en materia del convenio, porque se están vulnerando las normas de orden público como lo es el interés superior del menor, siendo necesaria la restricción y sometimiento de esta voluntad de los divorciantes a la resolución de la autoridad judicial. Asimismo, se verificará que la participación del juez dentro del procedimiento de divorcio incausado es vital para proteger y resguardar el cumplimiento de la normatividad en materia del interés superior del menor a través de la regulación debida de los derechos de los infantes en la familia ajustado a los principios de orden público e interés social que parten de la protección jurídica del menor.

La hipótesis contenida en la presente investigación, se resolvió con la norma jurídica nacional y específicamente con la internacional mediante el uso de la *Convención sobre los Derechos del Niño* creada a favor del menor.

ESTUDIO DE LAS REFORMAS PROCESALES DEL DIVORCIO INCAUSADO EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

CAPÍTULO PRIMERO EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO EN MÉXICO

El divorcio ha existido desde los tiempos más remotos dentro de las culturas más antiguas, este rompimiento del lazo que une a la pareja cuya intención ha sido formar una familia, se ha dado por distintos motivos algunos justificados y otros de manera autoritaria y radical. El divorcio como ruptura de la unión entre los cónyuges tuvo como antecedente el repudio; posteriormente, la separación de cuerpos y, finalmente, la disolución del vínculo matrimonial otorgada por mandato legal y con autorización judicial.

En el presente capítulo se expondrá brevemente la historia del divorcio en Europa, comenzando con la antigua Grecia, después Roma, cuna de la civilización jurídica, continuando con Alemania y España, radicales exponentes del protectorado a las normas jurídicas en materia familiar, posteriormente Francia y por último, México importante precursor de leyes cuyo contenido discordante con las necesidades de su población ha tenido que proponer, a lo largo de su historia, múltiples reformas en materia de divorcio, las últimas tan polémicas como imprescindibles en nuestra actualidad jurídica.

1.1. Grecia

Para los griegos, el divorcio era desconocido durante la época homérica, después se convirtió en un acontecimiento diario regulado por la Ley Ática, la cual permitía al varón repudiar a su mujer en cualquier momento y sin causa alguna, cumpliendo como requisito devolverla a casa de sus padres junto con su dote. Por su

parte, la mujer podía solicitar el divorcio acudiendo al arconte (abogado) mencionando los motivos de la disolución del matrimonio.¹

1.2. Roma

Durante las épocas primitivas se conocieron formas brutales para romper con el vínculo de los cónyuges derivado del matrimonio, con base en la arbitraria y prepotente autoridad del marido mediante el alevoso método del **repudio**², reconocido en las legislaciones de los pueblos de oriente, por ejemplo, el *Código de manú*, Ley 81 que prescribía como casos de repudio contra la mujer la autorización para ser reemplazada después de ocho años de convivencia por ser estéril; bebedora, enferma o pródiga; perder por muerte a todos sus hijos menores de edad o aquella que únicamente engendrara mujeres.³ Destacamos, que en esta época se enuncian algunas causales de divorcio, hoy en día desaparecidas; útiles en esos momentos, además, para restringir los derechos de la progenitora, por abuso o negligencia en contra de sus hijos, como protección a los intereses de los menores.

“En Roma, tanto el matrimonio entre patricios- ceremonia religiosa llamada *Confarreatio*, como entre plebeyos- convención civil llamada *Coemptio*- admitió el divorcio y en el primer caso, por una ceremonia contraria llamada *Disfarreatio*.”⁴

a) Primera Época de Roma

En un principio, tras su fundación en 753 a.C., Roma fue una monarquía etrusca⁵ regulada por la antigua Ley de Rómulo llamada *Jus divortendi ne esto*, la

¹ Chávez Ascencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales*, 5ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 425.

² **Repudio**. Acción y efecto de repudiar. **Repudiar**. Rechazar, condenar. Rechazar legalmente el marido a su mujer. *Diccionario de la Lengua Española. Esencial*, México, Larousse, 1994, p. 574.

³ Cfr. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo IX, Buenos Aires, Driskill, 1979, p. 26.

⁴ Yungano, Arturo R. *Derecho de Familia. Teoría y Práctica*, 3ª ed., México, Macchi, 2001, p. 55.

⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Antigua_Roma, consultado 07/09/09, 21:10 hrs.

cual autorizaba el divorcio solamente en caso de adulterio, aborto y abandono del hogar por parte de la mujer, por lo que cualquier otra causa únicamente era castigada con la pérdida de los bienes del marido.⁶ Lo anterior se modificó cuando el matrimonio se celebró *sine manu*, es decir sin la protección y dependencia patrimonial del marido; en consecuencia, el divorcio era posible a favor de uno u otro cónyuge. Realizado el matrimonio a manera de contrato, se formalizaba con el simple consentimiento y se perfeccionaba con la *traditio* (entrega) de la mujer. De igual manera, se disolvía bajo la afirmación de que todo lo que podía ligarse se podía desligar; esto prevaleció en la ley de las *XII Tablas*, evitando que durante más de 500 años un marido pudiera repudiar a su mujer.⁷

b) Segunda Época de Roma

Durante la segunda época de Roma (509 a.C.) como república latina⁸, la pérdida de los valores familiares, del rigor del matrimonio y de las costumbres derivó en la elección por el celibato, el aumento de la esterilidad y el mayor uso de la adopción pero sobre todo de los divorcios⁹.

Al ser castigado el adulterio como delito público, algunas Constituciones Imperiales reformaron el divorcio fijando causas y castigando a los que lo hicieran sin motivo. Esta ruptura voluntaria del lazo conyugal ahora podía ser solicitada por ambos cónyuges debido a la pérdida de la *afectio* (afecto) bajo la *bona gratia* (buena voluntad) o por uno solo a manera de *repudio* fundando su causa, en caso contrario, le eran aplicables las sanciones impuestas por los emperadores consistentes en la pérdida de ciertos derechos pecuniarios. Sin embargo, ambas figuras carecieron de una regulación jurídica aun durante el reinado del emperador Augusto.¹⁰ Resaltamos

⁶ Cfr. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., nota 3, p. 42.

⁷ *Idem*.

⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Antigua_Roma, consultado 07/09/09, 21:10 hrs.

⁹ Cfr., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., nota 3, p. 43.

¹⁰ Cfr. Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 1, p. 426.

este punto como origen para la conformación de la reforma legislativa en el Distrito Federal, dada a conocer como *divorcio incausado*, en la cual destacan dos tipos de procedimientos de divorcio, uno con base en una solicitud bilateral o por mutuo acuerdo, equiparable a la *bona gratia* y otro, en una solicitud unilateral de voluntad semejante al repudio. Demostrando que las reformas en materia de divorcio en el Distrito Federal no son novedosas; sin embargo, llama la atención que el propio legislador, sea quien las promueva sin causa aparente y sin sanción, a contrario de lo sucedido en Roma, como se aprecia a continuación.

El afectado que deseara renunciar a la vida en común lo hacía del conocimiento del otro cónyuge mediante un acta expresando cualquiera de las dos *fórmulas* (demandas) reconocidas: *Tuas res tibi habeto* – “ten tú lo tuyo para ti”, por el marido y *Tuas res tibi agito*– “arréglate tú tus cosas”, por la mujer. En el caso del repudio, la Ley *Iulia de adulteriis* exigía que la voluntad se manifestara ante siete testigos ciudadanos romanos, precisando la fecha del divorcio para que la mujer pudiera contraer nuevas nupcias y evitar ser expuesta a una acusación de adulterio¹¹. El marido, después de llevar a cabo la separación, podía contraer nuevas nupcias. No obstante, este derecho estaba prohibido para la mujer quien debía esperar un año para hacerlo, caso contrario podía ser acusada de *infamia*.¹² Subrayamos la desigual protección legal de género frente al divorcio en esta época, favoreciendo al varón con el privilegio de contraer inmediatamente nupcias, no así la mujer romana, quien debía publicitar el hecho ante testigos y esperar un año para evitar ser acusada por los delitos de adulterio o infamia.

c) El Imperio Romano

¹¹ Cfr. Bravo González, Agustín y Beatriz Bravo Valdés. *Primer curso de Derecho Romano*, 13ª ed., México, Pax, 1988, p. 170.

¹² **Infamia.** Acción mala o vil. Calidad de infame, dicese de la persona vil y detestable o de las acciones indignas y vergonzosas. *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*, nota 2, p. 363.

Posteriormente, cuando Roma se convirtió en Imperio en 27 a.C.,¹³ apareció el divorcio legal bajo la forma de institución sujeta a determinadas normas casi ecuanímes, justas, con requisitos y formalidades que limitaron la omnipotencia del varón procurando el respeto y la igualdad de la mujer, tratando de elevar su dignidad en el matrimonio. Antonino el Piadoso y Marco Aurelio cesaron el abuso del paterfamilias en el uso indiscriminado del repudio, facultándolo exclusivamente a romper el vínculo del matrimonio y, protegiendo así a los que se encontraban sometidos a su autoridad, bajo las causas de esclavitud como pena del derecho civil, cautividad, muerte de uno de los esposos y por divorcio.¹⁴ En este momento, podemos ya vislumbrar una posible igualdad de género frente a la disolución del matrimonio regulada en ley, restringiendo al varón en su uso, y justificándola bajo cuatro causas: por castigo, cautividad, muerte y divorcio.

d) Caída del Imperio

Con la caída del imperio romano surgió el Cristianismo, propugnando la indisolubilidad del matrimonio, salvo casos de excepción, conforme a los principios del Derecho Canónico; prevaleciendo su doctrina religiosa durante el periodo conocido como la Edad Media. Abrazado por la mayor parte de los pueblos europeos afectó principalmente los cuerpos legales de Alemania y España.¹⁵ Tal como se observa, el cristianismo volvió al matrimonio indisoluble.

1.3. Alemania

Los germanos tuvieron grandes influencias jurídicas del Derecho romano sobre todo en materia de divorcio. En el tiempo del Derecho germánico antiguo, la ruptura del vínculo matrimonial podía solicitarse a través de un convenio celebrado entre el marido y los parientes de la mujer; luego, entre cónyuges y más tarde se

¹³ http://es.wikipedia.org/wiki/Antigua_Roma, consultado 07/09/09, 21:30 hrs.

¹⁴ Cfr., Bravo González, Agustín y Beatriz Bravo Valdéz, *op. cit.*, nota 11, p. 169.

¹⁵ Cfr., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *op. cit.*, nota 3, p. 44.

otorgó por la simple declaración unilateral del marido, quien podía legítimamente abandonar a su mujer cuando ésta cometiera adulterio o por esterilidad.¹⁶ Este es el primer antecedente del uso de un convenio para dar por disuelto el vínculo matrimonial, tal y como se estila en la actualidad; no obstante, aunque se puede observar un gran avance en la legislación con el mutuo acuerdo de los cónyuges, se observa un significativo retraso en los derechos de igualdad de género entre los cónyuges al otorgar el privilegio de la solicitud unilateral exclusiva a favor del varón por causas ajenas a la voluntad de la mujer y a pesar de un error en su naturaleza. Por otro lado, los doctrinarios consultados omiten mencionar cuál era el contenido de dicho pacto y sobre todo, se desconoce cuál era la situación jurídica de los menores ante este arreglo.

Con el Cristianismo, las ideas de los alemanes respecto al matrimonio se transformaron, pues lo consideraron “fundamento natural y moral de toda la organización jurídica y política de carácter sagrado”¹⁷, en consecuencia, digno de sanción religiosa. Siendo protegido como sacramento bajo la influencia eclesiástica pero con tintes seculares, llevando a cabo una distinción entre el elemento religioso y el civil de esa relación. No obstante, después de la ley de 1875 se permitió el divorcio absoluto o vincular y en 1896 la separación de cuerpos, prevaleciendo actualmente ambas figuras.

1.4. España

A partir del Siglo X, la Iglesia autoproclama su jurisdicción en materia de asuntos matrimoniales promoviendo la indisolubilidad del matrimonio en el *Nuevo Testamento* con base en las enseñanzas de los apóstoles San Mateo, San Lucas y San Marcos, quienes pregonaban la conducta adúltera tanto del cónyuge que repudiaba a su pareja como de aquél que se casara con ella. Por su parte, la antigua

¹⁶ Cfr. Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas, Familia*. 13ª ed., México, Porrúa, 1994, p. 600.

¹⁷ *Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit.*, nota 3, p. 44.

legislación española denominada *Fuero Juzgo* otorgaba el divorcio por adulterio de la mujer con autorización del obispo en su *Ley II*; permitiendo al cristiano, mujer o varón, a separarse con quien estaba casado por norma no cristiana en su *Ley III*.¹⁸

Otras fuentes importantes son: *Las Partidas*, reguladoras de la separación del marido y la mujer mediante sentencia de la autoridad judicial y no por voluntad propia en la *Partida 4ª*, proemio del Título X. De esta manera, desaparece el injusto repudio bajo la tramitación de un procedimiento ante tribunal civil competente y otorgando la disolución a favor del cónyuge ofendido. Además, disponían que el conocimiento de las causales de divorcio correspondiera a la jurisdicción eclesiástica en su *Ley 2, Título IX* y *Ley 9, Título X*. En consecuencia, reservaban todo lo relativo a derecho de alimentos, litis expensas o restitución de dotes como facultades judiciales de los magistrados seculares, quienes conformaban los propios expedientes y la resolución de manera sumaria acorde a la *Ley 20, Título 2* de la *Novísima Recopilación*.¹⁹

De igual manera, hombre o mujer podían proponer la separación acudiendo a un defensor de matrimonios, cuya función fue creada por la Constitución de Benedicto XIV, el 05 de noviembre de 1741. Pero si la mujer se encontraba en peligro en compañía de su marido durante el procedimiento de separación, se hacía constar la declaración en un acta, a fin de resguardar su seguridad física mediante depósito, secuestro en monasterio o casa segura. Teniendo el marido la prohibición de molestarla, así como la obligación de darle alimentos durante y después del proceso. En su caso, el cónyuge responsable de la separación tenía la obligación de alimentar a los hijos, excepto, cuando fuera pobre pues se trasladaba dicha obligación al que fuera rico.²⁰

Como podemos observar, durante la Edad Media y particularmente con la intervención de la Iglesia en la regulación del matrimonio, las alternativas que se

¹⁸ Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 16, p. 600.

¹⁹ Cfr. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *op. cit.*, nota 3, p. 45.

²⁰ *Idem*.

dieron para España son contradictorias; pues, con el *Fuero Juzgo* se admite el divorcio vincular a causa de adulterio de la mujer o sodomía del marido. Mientras que con *Las Partidas*, se suprime el divorcio absoluto y se opta por la disolución del matrimonio conforme a los dogmas establecidos en el Derecho Canónico, es decir, por cambio de religión de uno de los cónyuges; o bien, por la celebración del matrimonio con base en otras normas religiosas distintas al Cristianismo. No obstante, a los católicos les estaba prohibido el divorcio porque atentaba contra la ley de Dios, únicamente se les permitía la separación de cuerpos.

1.5. Francia

En Francia, el divorcio se implantó con la Ley de Septiembre de 1792, bajo el auspicio de los filósofos liberales del siglo XVIII Montesquieu y Voltaire, quienes consideraban al matrimonio como un contrato civil que podía disolverse como cualquier otro pero de manera legal, únicamente, por las causas señaladas en la sentencia, por mutuo acuerdo de los consortes y hasta por repudio mediante la incompatibilidad de caracteres manifestada por uno de ellos contra el otro. Siendo suprimido por la ley de 8 de mayo de 1816,²¹ reinstaurándose por reforma de 1884 y restringiéndose su tramitación bajo las causales de injurias graves, malos tratos y sevicias en 1945.²² Diferimos del criterio anterior, toda vez que resulta contradictorio, pues, al contrato no se le puede aplicar para su rescisión la causal señalada como *incompatibilidad de caracteres* de los contratantes, en virtud de no ajustarse a ninguno de los elementos ni requisitos para su anulación (incapacidad, falta de forma, vicios en la voluntad, ilicitud). Además, en nuestra opinión, la naturaleza del matrimonio corresponde a la de un acto *jurídico mixto*²³ y solemne, al cual no le es

²¹ Cfr. Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, nota 1, pp. 432 y 433.

²² Cfr. Borda, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*, 10ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1988, pp. 266 y 267.

²³ **Acto jurídico mixto.** Son aquellos que para su constitución misma requieren la intervención de los particulares y de un funcionario del Estado, como elemento esencial para que pueda existir el acto. Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I, Introducción, Personas y Familia*, 33ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 241

aplicable la teoría del contrato, debido a que su objeto, -los derechos y obligaciones derivados de la convivencia, la asistencia mutua, la procreación de los hijos, entre otros-, no es materia de convenio exclusivo entre particulares ni se encuentra en el comercio; por lo que su resguardo, cumplimiento y disolución se estipula en las normas de orden público e interés social, como se demostrará en el presente trabajo de investigación.

1.6. México

En México, para los partidarios de la moderna corriente científica representada por Bentham, Bovio, Ahrens, Savoie, Rollin y Treilhard²⁴ el divorcio es una *institución necesaria*, un mal para evitar mayores males, pero para el resto de su población compuesta por católicos, juristas y sociólogos, es materia de objeción y rechazo.

1.6.1. Época prehispánica

En la cultura mexicana, la familia tenía como base el matrimonio monogámico permitiendo la poligamia entre sujetos ricos y nobles. La separación era otorgada por juez bajo las causales de incompatibilidad de caracteres, mala conducta de la mujer o su infertilidad, decretándose que los hijos quedaran bajo la custodia del padre y las hijas al cuidado de la madre. Al culpable se le condenaba a la pérdida de la mitad de los bienes y ambos tenían la prohibición de contraer nuevas nupcias, bajo pena de muerte.²⁵

Para los mayas, la infidelidad de la mujer era causa de repudio. Por su parte, los Tepehuanes presentaban las quejas del matrimonio al gran sacerdote *Petamuti*, quien los amonestaba y reprendía al culpable, a la cuarta vez decretaba el divorcio.²⁶ Tal parece que en esta cultura, la autoridad encargada de resolver los problemas del

²⁴ Cfr., Ibarrola, Antonio de, *Derecho de Familia*, 4ª ed., México, Porrúa, 1993, p. 308.

²⁵ Cfr., Tapia Ramírez, Javier. *Introducción al Derecho Civil*, México, McGraw-Hill, 2002, p. 18.

²⁶ Cfr., Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 439.

matrimonio, debía estar convencido de la imposibilidad de los cónyuges para continuar con la relación marital, al permitir que después de tres comparecencias de los quejosos se dictara el divorcio. Situación que no coincide con la época actual al decretarse la disolución del vínculo matrimonial desde la primera comparecencia.

1.6.2. Época colonial

Al convertirse el Imperio Mexica en la Nueva España, le fueron aplicables todos los ordenamientos de la metrópoli, tales como las *Leyes del Toro*, la *Nueva y Novísima Recopilación*, y de manera supletoria, el *Ordenamiento de Alcalá*, las *Siete Partidas*, el *Fuero Real* y el *Fuero Juzgo*. Además de imponerse los mandamientos del *Concilio de Trento*, por el cual la Iglesia católica prohibía el divorcio.²⁷ Observamos durante ésta época que no existió ningún tipo de divorcio ni causales del mismo al estar prohibido por la Iglesia.

1.6.3. Época independentista

Durante la época independentista, la Iglesia tenía el poder de controlar y registrar todos los actos del estado civil de la población. No obstante, con la *Ley de Matrimonio Civil* de 23 de julio de 1859, el matrimonio se transforma en contrato alejándolo de toda injerencia del poder eclesiástico. Incluye una Epístola que lleva el nombre de su autor, el filósofo Melchor Ocampo,²⁸ quien- en opinión personal- bajo un texto poético expresa la autoridad absoluta del marido sobre la mujer y los hijos.

Por su parte, los *Código Civiles* de 1870 y 1884, reiteran la indisolubilidad del matrimonio al regular el divorcio por separación de cuerpos bajo causales que

²⁷ Cfr., Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía. *Derecho Civil. Introducción y Personas*, 14ª reimpresión, México, Oxford, 2007, pp. 24 y 25.

²⁸ Cfr., Tapia Ramírez, Javier, *op cit.*, nota 25, pp. 21 y 22.

“implicaban delitos, graves hechos morales o incumplimiento de obligaciones conyugales.”²⁹

1.6.4. Época Revolucionaria

En pleno proceso de revolución social, económica, cultural y política se dan los primeros pasos para la transformación jurídica del México actual a través de Don Venustiano Carranza, quien el 29 de diciembre de 1914 decretó en el estado de Veracruz la *Ley de Divorcio* y en su calidad de Presidente de la República, el 19 de abril de 1917, promulgó la *Ley sobre Relaciones Familiares* cuyas innovaciones consistieron en establecer la igualdad de los integrantes del núcleo familiar, instaurar el divorcio vincular y la liquidación de la comunidad de bienes además de suprimir la clasificación infamante que se hacía de los hijos nacidos fuera del matrimonio.³⁰ Dentro de su exposición de motivos Carranza expresa como argumento evitar la situación irregular de uniones desgraciadas que fomentan la discordia entre familias, lastimando hondamente los afectos entre padres e hijos y extendiendo la desmoralización en la sociedad.³¹ Aunque sus verdaderas intenciones, como lo señala el autor Ibarrola, no fueron en apoyo del orden público ni a favor del interés de la sociedad, a la cual se le excluyó de su consulta pública, sino para provecho de dos de sus ministros quienes planeaban divorciarse de sus respectivas consortes.³²

1.6.5. Época Moderna

Con la creación de las leyes sobre divorcio y relaciones de familia, se allana el camino para la aparición de un nuevo *Código Civil* aplicable al Distrito Federal en Materia Común y en toda la República en Materia Federal, promulgado el 30 de

²⁹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 23, p. 376.

³⁰ *Cfr.*, Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, nota 25, pp. 23 y 24.

³¹ *Cfr.*, Pacheco Escobedo, Alberto, *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, 2ª ed., México, Panorama, 1991, p. 147.

³² *Cfr.*, Ibarrola, Antonio de, *op. cit.*, nota 24, p. 317.

agosto de 1928, iniciando su vigencia a partir del 1º de octubre de 1932. Entre sus innovaciones proclamaba la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer además de la institución del divorcio en sus tres tipos: voluntario, administrativo y ante autoridad judicial.³³ Dicha reglamentación mediante Decreto publicado el 25 de mayo de 2000 en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal y 29 de mayo del mismo año en el Diario Oficial de la Federación, modifica su denominación por el de *Código Civil para el Distrito Federal* y *Código Civil Federal*, respectivamente; en el primer caso para asuntos en materia común y el segundo para asuntos del orden Federal.³⁴

Estas reformas no iban enfocadas únicamente al cambio de denominación legislativa, también proponían una serie de adiciones a más de 400 artículos con la finalidad de fortalecer las disposiciones ya existentes a efecto de proteger los derechos de los menores, ancianos, enfermos y discapacitados.³⁵ Asimismo, en aras de evitar la violencia familiar y de salvaguardar los derechos de las mujeres se dio la inclusión de nuevas causales de divorcio con efectos contrarios, pues, si bien es cierto durante la secuela procedimental los cónyuges podían acreditar el motivo de la disolución del matrimonio y con ello la culpabilidad del contrario, también dejaban fragmentadas las relaciones familiares en perjuicio de los descendientes.

En consecuencia, se preparó una iniciativa de reforma por la *Coalición Parlamentaria Socialdemócrata* presentada por el Diputado Juan Ricardo García Hernández ante la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura durante la reunión celebrada el 29 de noviembre de 2007. Su propuesta era dejar sólo tres de las causales de divorcio de las XXI contenidas en el *Código Civil* vigente para el Distrito Federal, tales como: la separación del cónyuge por más de un año independientemente del motivo que haya dado origen a la separación, a solicitud de cualquiera de ellos; la solicitud unilateral expresa que uno

³³ Cfr., Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, nota 25, pp. 24 y 25.

³⁴ *Ibidem*, p. 26.

³⁵ *Ibidem*, p. 27.

de los cónyuges formulara al otro y por último, la violencia familiar cometida por uno de los cónyuges contra el otro o cualquiera de los miembros de la familia.³⁶

Al respecto, cabe señalar que la solicitud unilateral expresa no es una causa de divorcio sino la forma de promover la acción de divorcio, además de no estar incluida como causal en el Código Civil del Distrito Federal previo a las reformas. De igual manera, la violencia familiar es un hecho ilícito que atenta gravemente contra el principio de respeto y protección de la familia, sancionado por la ley penal como delito y prescrito en la ley civil, para efectos de estipular la pérdida de derechos del agresor, en su calidad de cónyuge o progenitor. Por lo tanto, no es suficiente su inclusión dentro de las reformas de divorcio incausado, es necesario establecer medidas apropiadas de seguridad para evitar que se siga ejerciendo contra los menores en situación de divorcio de sus padres, pues se vulnera el *principio de interés superior del menor* al evitar su sano desarrollo físico y emocional.

De igual manera, una segunda iniciativa de reforma fue presentada ante dicha Comisión de Gobierno durante la reunión celebrada el 20 de mayo de 2008, por el Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática a través de los Diputados Daniel Ordóñez Hernández, Nazario Norberto Sánchez y Víctor Hugo Círiga Vásques (*sic*). Quienes proponían la eliminación de las XXI causales de divorcio establecidas en el Código Civil para el Distrito Federal, bajo el argumento del incremento de la violencia familiar dentro de los tribunales debido a la carencia de medios probatorios idóneos para acreditar la acción intentada para disolver el vínculo matrimonial, volviendo el trámite inoficioso y la relación entre los cónyuges insana. Otra razón basada fundamentalmente en la voluntad expresa al contraer el matrimonio, la cual debía ser responsable, respetuosa y digna; en contrasentido, cuando la relación ya no fuera satisfactoria para alguno o para ambos cónyuges bastaría para disolverse con exteriorizar la negativa a continuar con dicha unión.³⁷

³⁶ Dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, 25 de agosto de 2008, p. 11.

³⁷ *Ídem*.

Subrayamos, que esta propuesta se enfoca principalmente a exponer la violencia ejercida dentro y fuera de los tribunales como causa de afectación entre los cónyuges, pasando desapercibido que este tipo de conducta daña también a todos los miembros de la familia, especialmente a los hijos, quienes durante la tramitación del divorcio necesario, en su momento, eran materia de prueba y servían como instrumento para fincar la responsabilidad del cónyuge culpable. Ciertamente después de las reformas con el divorcio incausado, esto no ha cambiado y para determinar los derechos preferentes de los cónyuges, el menor sigue siendo objeto de vulneración cuando se señala a uno de los padres como titular único de la custodia y del ejercicio de la patria potestad, o bien, al soportar la limitación de sus derechos llevada a cabo durante el arreglo del convenio para determinar los efectos del divorcio.

Ambas Iniciativas por instrucciones de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura fueron recibidas y turnadas para su estudio a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia para su dictamen correspondiente, el cual se emitió con fecha 25 de agosto de 2008, resolviendo aprobarlas para conformar una postura ecléctica que regulara entre otras cosas la solicitud individual o bilateral del divorcio, el convenio de separación de bienes y personas, los derechos de menores y las medidas de seguridad respectivas durante el procedimiento, derogando las figuras del divorcio voluntario por vía judicial y el divorcio por mutuo consentimiento así como la eliminación de todas las causales de divorcio y en consecuencia, la desaparición del divorcio necesario pero manteniendo las causas que justificaran la solicitud de la separación de cuerpos.³⁸

De la lectura a los *Considerandos*³⁹ expuestos por la Comisión Dictaminadora, se derivan los principales razonamientos para dictar esta resolución, siendo los siguientes:

³⁸ *Ibidem*, p. 13.

³⁹ *Ibidem*, pp. 3-13.

- a) El matrimonio produce una relación entre los cónyuges que puede ser disuelta por ellos mismos si la ley se los permite.
- b) El Estado pondera la integración de la familia pero también otorga medios para disolverla si los cónyuges no desean más estar en esa relación.
- c) El Estado pugna por la organización y desarrollo de la familia pero también reconoce el derecho de libertad de los cónyuges para divorciarse en la búsqueda de un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.
- d) El matrimonio es un *contrato civil* cuyo elemento esencial es la voluntad, la cual deberá ser tomada en cuenta para decidir si éste sigue existiendo o se disuelve.
- e) La Comisión reconoce que los únicos que pueden determinar la causa bastante y suficiente para el divorcio son los cónyuges no así cualquier autoridad ignorante de la situación prevaleciente en el matrimonio.
- f) El divorcio no destruye a la familia, los problemas generados por la lenta resolución de las circunstancias negativas que se producen durante su vida son la verdadera causa.

Conforme a lo anterior, resaltamos la diferencia por una parte, entre la **voluntad libre y espontánea** de los cónyuges para decidir sobre la extinción de la relación marital y por la otra, con el **consentimiento** que se encuentra presente en la propuesta de convenio. La primera, a través de la presentación de la solicitud unilateral o bilateral de los interesados en el proceso principal y el segundo detallado en el contenido del convenio, como requisito de procedibilidad del divorcio, dentro del proceso principal, o bien, en uno paralelo llamado *incidente de convenio*. **Ambas, notoriamente fincadas en los intereses particulares de los cónyuges, no así de los menores, cuyo interés se encuentra vulnerado por las decisiones de sus progenitores sin considerar su propia voluntad, violando de manera reiterada primero con el divorcio y posteriormente con el convenio las normas de orden público, de interés social y, por supuesto, el principio de supremacía del interés del menor.**

Dicho incidente se comprobará en esta investigación, es innecesario para determinar mediante acuerdo entre las partes divorciantes los derechos subjetivos y deberes que se desprenden de las normas sustantivas reguladoras de las relaciones jurídicas implícitas del Derecho Familiar, contenidas en la norma jurídica nacional e internacional, en particular, a favor del *interés superior del menor*, derivadas de la filiación y la patria potestad, no así del divorcio. Por lo mismo, consideramos una aberración jurídica que los procedimientos de divorcio se funden en una controversia, anteriormente para acreditar una causal de culpabilidad de uno de los cónyuges y hoy, para determinar los contenidos de una propuesta de convenio que a todas luces es violatoria de los principios del Derecho de familia, específicamente del interés superior del menor, pues se basan en la libre determinación de los cónyuges divorciantes cuando en realidad deben ser fijados por mandato de ley y autorizados por el órgano jurisdiccional, es decir, en normas de orden público e interés social y no por los particulares. Ocasionando una desigualdad e injusticia dentro y fuera de los tribunales al existir la carga de la prueba de los cónyuges divorciantes, durante el incidente, para acreditar los derechos preferentes del solicitante, o bien, desacreditar al contrario convenciendo al juez para que autorice el convenio a favor del promovente de la prueba; no así para resguardar y proteger los derechos inherentes del menor, los cuales se limitan exclusivamente a un aspecto económico, sin incluir todos aquellos beneficios y privilegios otorgados por la norma internacional para su sano desarrollo físico, psicológico y emocional.

Por ello, la **propuesta** consiste en simplificar la tramitación del divorcio eliminando el incidente de convenio y facultando al juez como único responsable de decretar en la sentencia la procedencia de los derechos subjetivos y de los deberes familiares que deben aplicarse a partir del divorcio con base únicamente en las pruebas exhibidas en la solicitud y en la contestación a la propuesta de convenio y no así, en la tramitación de un incidente que retardaría la fijación de la relación subjetiva y de los derechos derivados de la misma, ocasionando con ello un estado de indefensión para los menores en su calidad de terceros afectados, al darse por satisfechos los cónyuges con el dictado de la sentencia de divorcio.

CAPÍTULO SEGUNDO

GENERALIDADES DEL DIVORCIO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

En el presente capítulo se analizará la figura del divorcio en el contexto de la doctrina mexicana y extranjera, comenzando con el origen de la palabra, su significado y concepto; además se expondrán sus diversos tipos y características, por último, se realizará una comparación entre las clases de divorcio que existían antes y después de la reforma de 2008 al Código Civil vigente en el Distrito Federal, para identificar sus afinidades y diferencias; asimismo, para verificar si dentro de dichos procesos existía un debido cumplimiento al principio de defensa del interés superior del menor, paralelo a la voluntad de los cónyuges, en la disolución del matrimonio.

2.1. Concepto de Divorcio

Etimológicamente la palabra divorcio proviene de la voz latina *divortium* que evoca la separación de algo que estaba unido; a su vez deriva de *divertere* que significa “irse cada uno por su lado”. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por las causas determinadas en la ley.⁴⁰

En sentido figurado, el divorcio es todo aquello que emana de una separación o divergencia⁴¹ aplicable tanto a personas, objetos e ideas debido a las diferentes formas de pensar.

En términos jurídicos, el divorcio significa la disolución de un vínculo matrimonial mediante declaración de la autoridad judicial o, bien, administrativa y bajo el procedimiento correspondiente en que se demuestre la necesidad de tal ruptura.

⁴⁰ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 16, p. 597.

⁴¹ *Diccionario Enciclopédico 2000*, México, Larousse, 1999, p. 355.

Para el maestro Flores Barroeta el divorcio es "...la disolución del vínculo del matrimonio en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio".⁴²

Así lo expresa el actual artículo 266 del Código Civil vigente para el Distrito Federal al establecer que el divorcio "...*disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro*".

Por su parte, los autores Baqueiro y Buenrostro manifiestan que el divorcio es la única forma de poner fin a la vida de los cónyuges, disolviendo el estado matrimonial. Entendido como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales, siendo necesario como un caso de excepción y no como un estado general, pues sólo se justifica en aquellas condiciones de naturaleza insostenible e irreparable para los cónyuges que buscan su superación, o bien, la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio.⁴³ Subrayamos que en su mayoría, los doctrinarios apelan a la justificación del divorcio como ruptura del matrimonio para sanear una situación de afectación exclusiva entre los cónyuges, discriminando así, las probables afectaciones que con ello se provoquen a los demás miembros de la familia, especialmente a los menores hijos, quienes sufren de manera directa, en un plano afectivo, emocional y psicológico, esta radical decisión de sus progenitores y a los cuales se les vulneran sus derechos inherentes de protección contenidos en el derecho de familia; pues las consecuencias del divorcio provocan la disgregación de los miembros de la familia, el cambio abrupto en su estilo de vida y la reasignación de roles jurídicos dentro de las relaciones familiares, en las cuales el menor estará bajo el cuidado y la responsabilidad, en diversos momentos, de uno solo de los cónyuges, de ambos cónyuges o de un tercero.

⁴² Flores Barroeta, Benjamín. *Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil*, México, Porrúa, 1960, p. 362.

⁴³ *Cfr.* Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. *Derecho de Familia y Sucesiones*. México, Oxford, 1990, p. 147.

2.2. Causas de Divorcio

En el ser humano, la búsqueda de pareja supera el instinto de supervivencia animal y se convierte en una necesidad de naturaleza social de ayuda mutua y apoyo emocional que se comparte con otra persona. Su carácter racional lo empuja a sociabilizar y buscar un fin en la vida al convertirse en miembro de una familia y permanecer en el tiempo a través de los hijos con la paternidad y la filiación. Por lo mismo, cabe analizar cuáles podrían ser los motivos para que los cónyuges decidan tomar el camino de la separación y en caso extremo el rompimiento del vínculo matrimonial, poniendo en riesgo la estabilidad jurídica y emocional de los demás miembros de la familia, especialmente, los menores hijos.

El maestro Guillermo Borda da respuesta a esta inquietud al exponer como factores propagadores del divorcio vincular los de tipo moral, social, político y económico. Explica este autor que la falta de convicción moral y religiosa, aunada a la emancipación femenina, la inestabilidad mundial, la escasez de vivienda y la influencia extranjera bajo costumbres, ideas y leyes opuestas a las de una comunidad local, son las causas principales de la disolución del matrimonio como fenómeno normal dentro de la sociedad.⁴⁴

En nuestra opinión, las causas del divorcio se dan por **factores externos** al individuo, producidos por trastornos en la economía mundial y cambios en la ideología, que pueden ejercer una presión excesiva en los cónyuges ante una continua privación de satisfactores para sus diversas necesidades, repercutiendo de manera directa en la relación marital y provocando continuos disgustos y reproches ante la imposibilidad de obtener una estabilidad económica y un desarrollo familiar; **factores internos**, derivados de un interés personal, como pueden ser una afectación emocional o psicológica, que de manera excepcional, lesionan al sujeto de manera individual, siendo injustificada su implementación en la norma jurídica a pesar de ser motivo de un daño mayor en las relaciones y vivencias familiares.

⁴⁴ Cfr. Borda, Guillermo, *op. cit.*, nota 22, pp. 259-261.

Algunas de estas causas, se encuentran actualmente reguladas dentro de una solicitud de separación y, no así, como disolución del vínculo matrimonial. Por último, las **causas jurídicas** decretadas en ley, vigentes en la mayoría de las codificaciones civiles de los estados de la República Mexicana, excepto en el Distrito Federal donde ya fueron suprimidas, como se explica a continuación.

Antes de las reformas de 2008, el Código Civil vigente en el Distrito Federal en su artículo 267 exponía en XXII fracciones las causas legales por las que se podía tramitar la disolución del vínculo matrimonial, las cuales, fueron analizadas por el maestro Rafael Rojina Villegas⁴⁵ clasificándolas de la siguiente manera:

- I. Causales que implicaban delitos
- II. Causales que constituían hechos inmorales
- III. Causales contrarias al estado matrimonial o que implicaban el incumplimiento de obligaciones conyugales.
- IV. Causales por determinados vicios y,
- V. Causales bajo ciertas enfermedades

En su momento, las causales más recurrentes por los cónyuges para demandar el entonces *divorcio necesario* y conseguir el beneficio en la satisfacción de las pretensiones fueron, el “*adulterio, injurias, sevicias, amenazas y abandono*”.⁴⁶ Dentro de la práctica profesional y bajo la experiencia personal en la tramitación de los procesos de divorcio en tribunales, estas causales antes que resolver la disolución del vínculo matrimonial lo complicaba más, al tratar de demostrar acusaciones que afectaban la moral de la pareja acusada, **de los hijos** y en general de la familia. Porque para poder conseguir una sentencia favorable era necesario acreditar la coincidencia del comportamiento del demandado con la causal invocada, implicando su culpabilidad; por obvias razones, si ésta era falsa, requería del

⁴⁵ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 23, p. 378.

⁴⁶ Cfr., Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. *Derecho de Familia y Sucesiones, op. cit.*, Nota 43, pp. 163-165.

ofrecimiento, recepción y práctica de pruebas alteradas, muchas de ellas preconstituidas mediante levantamiento de actas ante el Ministerio Público bajo narración de hechos ajenos a la verdad.

Lo anteriormente señalado, bajo las reformas de divorcio incausado pareciera que ha desaparecido, no obstante, en la necesidad de llegar a un arreglo en el convenio para determinar los efectos jurídicos de la disolución del vínculo matrimonial sobre menores y patrimonio familiar, es preciso a solicitud del divorciante opositor, abrir un incidente donde se desahoguen pruebas con el propósito de acreditar derechos preferenciales. Incurriendo nuevamente en lo que se trató de eliminar por el legislador, la desacreditación jurídica del cónyuge contrario, además de la afectación moral para la familia, particularmente, de los derechos sobre los hijos que se encuentran en disputa, como son: la patria potestad, la guarda y la custodia. Infringiendo las normatividad interna e internacional, respecto a la protección del interés superior del menor, conforme a la Parte I, número 1, del ordenamiento 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* que a la letra dice:

“Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, **los tribunales**, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor.**⁴⁷

Conforme a lo mencionado, las pruebas que se desahoguen en el incidente del convenio de divorcio deberán ser explícitamente para la defensa y protección de los derechos e intereses de los menores, no así, en primacía al beneficio personal de los cónyuges divorciantes, con ello comprobamos parcialmente nuestra hipótesis, en virtud de que deberá prevalecer el interés superior del menor, sobre intereses personales. Estos derechos preferentes del menor se encuentran señalados en la Parte I, numeral 1, del precepto, 18 de la Convención referida anteriormente:

⁴⁷ <http://www.unicef.org/spanish/crc/>, consultado 21/09/09, 18:23 hrs.

“Artículo 18.

1. Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ***ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño***. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. ***Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.***”⁴⁸

2.3. Tipos de divorcio en la actualidad

Desde su aparición, el divorcio como institución jurídica ha sufrido diversos cambios. Hace dos siglos, la ley lo consideraba una forma de separación temporal o definitiva sin ruptura del vínculo matrimonial, evitando con ello la celebración de un nuevo matrimonio; posteriormente, adopta la forma de divorcio vincular y con ello, una disolución absoluta del lazo matrimonial autorizando contraer nuevas nupcias. Este último tipo de divorcio pasó por diversos estratos de evolución, primero como sanción, después como remedio, hasta ser aceptado por mutuo consentimiento, regresando a un estado de repudio (romanista), mediante solicitud unilateral y con previo aviso.⁴⁹ Lo anterior, permite clasificar doctrinalmente al divorcio a partir de sus efectos y de la manera de obtenerlo.

Por sus **efectos**, existen dos clases de divorcio por la *simple separación de cuerpos* y el *divorcio vincular*:

- a) **Divorcio por simple separación de cuerpos** (*separation quad thourum et mensam*) llamado *menos pleno* o *No vincular*, el cual evita la celebración de un nuevo matrimonio suspendiendo la obligación de los cónyuges de cohabitar así como del débito carnal pero exigiéndoles la satisfacción del deber de fidelidad entre otras obligaciones derivadas del matrimonio que aun está vigente.⁵⁰ Este tipo de divorcio fue regulado por los códigos Civiles de 1870 y

⁴⁸ *Idem*

⁴⁹ *Cfr.*, Pacheco E., Alberto, *op. cit.*, nota 31, pp. 150 y 151.

⁵⁰ *Cfr.*, Rangel Charles, Juan Antonio y Roberto Sanromán Aranda. *Derecho de los Negocios. Tópicos de Derecho Privado*, 3ª ed., México, Thomson, 2007, p. 74.

1884, procedía de forma voluntaria o por alguna causal y se ejercitaba transcurridos dos años después de la celebración del matrimonio pero se negaba cuando el matrimonio tuviera una duración mayor a los veinte años.⁵¹

Actualmente, esta tramitación se encuentra regulada bajo el requisito de presentación de una solicitud y cumpliendo los supuestos que estatuye el precepto 277 del CCDF:

“**Artículo 277.** La persona que no quiera pedir el divorcio podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con su cónyuge, cuando éste se encuentre en alguno de los siguientes casos:

- I. Padezca cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- II. Padezca impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; o
- III. Padezca trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;

En estos casos, el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.”

Es importante señalar que esta solicitud únicamente es para suspender la obligación de cohabitar entre los cónyuges, no siendo apropiado denominarla divorcio, puesto que no se disuelve el vínculo matrimonial ni se dejan de incumplir otros compromisos derivados de la relación marital; siendo omisa sobre la exigencia de garantía del cumplimiento de aquellas a favor de los menores, por sus representantes legales y por la autoridad correspondiente. Debido a que la separación provisional o definitiva, por si misma, atenta contra los derechos de sana convivencia y desarrollo afectivo del menor con el cónyuge ausente, la autoridad judicial deberá entonces verificar que lo resuelto sea en interés superior del infante y no a favor exclusivo de los cónyuges, como podría erróneamente interpretarse de la lectura de este ordenamiento, conforme a lo dispuesto en la Parte I, numerales 1 y 3, del precepto 9 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, a saber:

⁵¹ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 23, p. 359.

“Artículo 9.

1. Los Estados Parte, velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, **las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.** Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos de maltrato o descuido por parte de sus padres o **cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño...**”

Bajo ningún pretexto la separación del hijo de los padres puede ser considerada benéfica, no obstante, si es necesaria para el resguardo de su integridad física, emocional y psicológica cuando existe el peligro de violencia familiar contra el menor provocándole lesiones que sean irreparables o puedan ocasionarle la muerte, o bien, por descuidos que puedan poner en riesgo su vida.

“3. Los Estados Partes **respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales de contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor.**”
52

Luego entonces, la separación de los cónyuges sea o no decretada por el juez, deberá resguardar en la medida de lo posible los intereses y necesidades del menor para evitar un daño mayor por la propia separación y además, vigilar que los cónyuges divorciados cumplan con todas y cada una de las obligaciones para con el menor de manera conjunta y/o separada.

b) Divorcio vincular (*divorcio quad vinculum*) llamado *pleno* porque rompe el vínculo matrimonial y deja a los interesados en aptitud de contraer nuevas nupcias.⁵³ Este tipo de divorcio, fue introducido en la Ley de Divorcio de 1914 y regulado en la Ley de Relaciones Familiares de 1917.⁵⁴

Por la **forma de obtenerlo**, el divorcio se clasifica en atención a la voluntad de los cónyuges como *unilateral*, por *mutuo consentimiento* y *causal*:

⁵² <http://www.unicef.org/spanish/crc/>, consultado 21/09/09, 21:10 hrs.

⁵³ Cfr., Rangel Charles, Juan Antonio y Sanromán Aranda, Roberto, *op. cit.*, nota 50, p. 74.

⁵⁴ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 23, p. 360.

1. **Divorcio Unilateral.** En este tipo de divorcio la voluntad de uno de los cónyuges bastaba para solicitar la declaratoria de terminación del matrimonio, haciendo valer el repudio, tal y como sucedió en la antigua Roma.
2. **Divorcio por Mutuo consentimiento** también conocido como **Voluntario** o **por Mutuo disenso**, es aquel que requiere del acuerdo libre y espontáneo de los cónyuges para poner fin al matrimonio mediante solicitud judicial y sin hacer efectiva causal alguna en contra del otro cónyuge.

Estos dos tipos de divorcio son semejantes a los propuestos en la última reforma procesal, vigente en estos momentos, por lo que para evitar repeticiones innecesarias, reservaremos para el siguiente capítulo el análisis sobre su contenido y características.

3. **Divorcio Causal** conocido también como **necesario o contencioso**, requería de la existencia de una causa o razón suficientemente grave para hacer imposible la convivencia conyugal ejercida mediante la acción correspondiente por el cónyuge afectado que no hubiera dado motivo a tal ruptura.⁵⁵

El divorcio causal o necesario, se subdividía en **sanción** y **remedio**. El primero implicaba como motivo una violación grave de los deberes matrimoniales; en consecuencia, el afectado ejercitaba acción contra el culpable y en caso de proceder se generaba derecho de alimentos así como una indemnización por pago de daños y perjuicios a su favor. En el segundo, no existía cónyuge culpable pues le era imputable una causa que impedía la convivencia normal, como por ejemplo, las enfermedades graves, contagiosas e incurables, la nulidad de matrimonio o la separación de los cónyuges por más de 6 meses, uno o hasta dos años.⁵⁶

⁵⁵ Cfr., Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones*, op. cit., nota 43, p. 149.

⁵⁶ Cfr., Lozano Ramírez, Raúl. *Derecho Civil, Tomo I. Derecho Familiar*, México, PACJ, 2007, p.140.

Reiteramos nuestra opinión en señalar que todos estos tipos de divorcio preveían la manera de conseguir mediante una causa justificada, ya sea por culpabilidad, enfermedad o separación del hogar, la autorización para liberar a los cónyuges de la relación marital, sin analizar las verdaderas afectaciones que por ello sufrieran los hijos menores, al radicar toda la atención del juez sobre los problemas de los divorciantes.

Otras clases de divorcio están relacionadas con la naturaleza de la autoridad que lo otorga, pudiendo ser *administrativo* o *judicial*.

2.3.1. Divorcio Administrativo

El divorcio es administrativo, cuando por voluntad de los interesados se solicita al juez, oficial o titular del Registro Civil, emita una resolución administrativa que otorgue la disolución del vínculo matrimonial, levantando el acta relativa y proceder a su anotación al margen del acta de matrimonio.⁵⁷

Para la tramitación del **divorcio administrativo** debe transcurrir un año desde la celebración del matrimonio además de no existir pugna o conflicto entre las partes divorciantes que deba de ser resuelta por vía judicial. Es menester que ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges, pudiendo darse de manera anticipada el cambio de régimen patrimonial al de separación de bienes o en ese momento la liquidación de la sociedad conyugal a través del convenio respectivo.⁵⁸

El Juez del Registro Civil del domicilio de los cónyuges, después de identificarlos con sus actas de nacimiento y de verificar sean mayores de edad, sin

⁵⁷ Cfr., González, Juan Antonio. *Elementos de Derecho Civil*, 7ª ed., México, Trillas, 2001, p. 94.

⁵⁸ Cfr., Trejo Guerrero, Gabino. *Manual Práctico y Formularios del Derecho de Familia*, México, Sista, 2004, pp. 297, 298, 350 y 351.

hijos ni bienes, hará constar la solicitud en un acta que levantará y los citará para que se presenten en 15 días a ratificar su solicitud de divorcio. Si ambos cónyuges ratifican su voluntad de divorciarse el Juez los declarará divorciados y levantará el acta correspondiente haciendo la anotación marginal en el acta de matrimonio anterior, para ello, informará de la resolución al juez del Registro que levantó el acta de matrimonio, conforme a las bases de tramitación de este tipo de divorcio extrajudicial contenidas en el precepto 272 del Código Civil reformado para el Distrito Federal.⁵⁹

En este tipo de divorcio se puede apreciar que la voluntad libre y espontánea de los cónyuges para disolver el matrimonio si opera como el legislador lo previo en las reformas, es decir, **sin causa y sin controversia**; en virtud de la manifestación de los cónyuges sobre la inexistencia de hijos o siendo ya mayores de edad, éstos no requirieran alimentos, evitando con ello, la configuración del probable daño al interés superior del menor con dicha solicitud presentada ante la autoridad administrativa. Asimismo, en cuanto al convenio como acuerdo de voluntades como se verá más adelante, éste si procede para efectos de la liquidación de la sociedad conyugal y, únicamente, por los bienes que corresponde a cada cónyuge recibir u otorgar.

2.3.2. Divorcio Judicial

El divorcio es judicial cuando por voluntad unilateral o bilateral de los interesados, se solicita al órgano jurisdiccional emita una resolución que otorgue la disolución del vínculo matrimonial.

Anteriormente a las reformas del 2008, el juez en materia familiar era el encargado de resolver sobre la tramitación de un procedimiento judicial en dos vías diferentes. En primer lugar como *jurisdicción voluntaria* bajo solicitud por común acuerdo entre ambos cónyuges llamado **divorcio por mutuo consentimiento o**

⁵⁹ Cfr., Lozano Ramírez, Raúl, *op. cit.*, nota 56, pp.134 y 135.

voluntario, en el cual no existía disputa solamente la manifestación sobre la conveniencia de divorciarse y llegar a un acuerdo económico por escrito sobre la manutención de los acreedores alimentarios, la forma de garantizarlos, la custodia de los menores, los horarios de visita, entre otras cosas.⁶⁰

El procedimiento iniciaba con una solicitud presentada al Juez de lo Familiar quien citaba a los cónyuges y, en caso de existir hijos al representante del Ministerio Público, a una junta a celebrarse entre los ocho y quince días siguientes para exhortarlos a una conciliación. De no existir arreglo, el convenio presentado junto con su solicitud era revisado por el Ministerio Público y aprobado por el Juez en cuanto a los alimentos provisionales fijados durante el procedimiento así como las medidas para garantizarlos. Si los cónyuges aun continuaban con su deseo de divorciarse eran citados nuevamente a una segunda junta entre los ocho y quince días siguientes para procurar su reconciliación. Si a pesar de la nueva exhortación se mantenían firmes los consortes, escuchando la opinión del Ministerio Público se estimaba que **los alimentos y los derechos de los menores o incapacitados quedaban bien garantizados**, el Juez procedía a dictar sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial aprobando el convenio de manera definitiva con sus respectivas modificaciones.⁶¹

Se confirma, también en este tipo de procedimiento voluntario (derogado con las reformas de divorcio incausado), el desconocimiento sobre el contenido del *principio de interés superior del menor* al que únicamente se consideraba cubierto, en cuanto al valor de las prestaciones económicas que los cónyuges, en calidad de progenitores, debían cubrir por concepto de **alimentos**⁶², pues si bien es cierto, estos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad, para menores e incapacitados, se incluyen además, los gastos

⁶⁰ Cfr., Orizaba Monroy, Salvador. *Matrimonio y Divorcio. Efectos Jurídicos*, 2ª ed., México, PAC, 2001, pp. 78 y 79.

⁶¹ Cfr., Lozano Ramírez, Raúl, *op. cit.*, nota 56, pp. 135- 138.

⁶² Pina, Rafael de y Rafael de Pina Vara. *Diccionario de Derecho*, 26ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 76.

necesarios para la educación básica, o bien, para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo acorde a sus circunstancias personales.

Actualmente, **los alimentos, son un deber jurídico que se cumple parcialmente por los progenitores** en su calidad de cónyuges divorciantes, **por cuanto a la comida, vestido y habitación, incumpliendo las referentes a una educación conforme al nivel y preparación del menor**, quien sufre la cancelación de sus estudios en un determinado colegio por el cambio repentino de domicilio como efecto del divorcio, asimismo, **la afectación al desarrollo de sus capacidades en actividades culturales y recreativas que son excluidas por desden del adulto alegando injustamente un alto costo; vulnerando con ello, su vinculación al arte y la cultura, impidiendo la convivencia, sana recreación y esparcimiento del infante con otras personas que no sean sus padres. Pues este interés, solo puede ser determinado por el propio menor dependiendo del medio familiar en el que se desenvuelva.** Tal y como se confirma en la lectura de la Parte I, numeral 3, del precepto 23 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*:

“Artículo 23.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párr.2 {sic} del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a ***asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba los servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible***”.⁶³

Fines de protección que no solamente se busca deban gozar los niños con *capacidades diferentes* (incapacitados) sino todos los infantes dentro de la comunidad internacional, incluyendo al estado mexicano y, particularmente, el Distrito Federal con la tramitación del divorcio incausado.

⁶³ <http://www.unicef.org/spanish/crc/> , consultado 23/09/09, 11:10 hrs.

En el segundo caso, a solicitud de uno de los cónyuges quien demandaba la disolución del vínculo matrimonial mediante un juicio ordinario civil conocido como **divorcio contencioso o necesario**. El cónyuge inocente planteaba ante la autoridad judicial una cuestión litigiosa fundando su petición en hechos que impidieran la subsistencia de la relación conyugal, encontrándose prevista como causa legal de divorcio dentro de las XXII fracciones contenidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, debiendo ser probada durante la secuela procesal y obteniendo una sentencia favorable que podía decretar además de la disolución de la relación la suspensión, pérdida y hasta limitación del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos procreados durante el matrimonio, teniendo el cónyuge solicitante derecho a los alimentos y a una indemnización (compensación) por el pago de daños y perjuicios que le generó el procedimiento.⁶⁴

En este punto, las últimas reformas al Código Civil para el Distrito Federal publicadas el 03 de octubre de 2008, han eliminado el divorcio necesario, con el fin de disminuir los costos de tramitación, fomentar la armonía entre los involucrados directa o indirectamente en el matrimonio que se quisiera disolver así como lograr una mayor estabilidad emocional de los hijos y de la familia.⁶⁵ Reconociendo únicamente como procedimientos judiciales la solicitud para suspender la obligación de cohabitar con el cónyuge, llamada **separación de cuerpos**, en el artículo 277 del Código referido y el **divorcio vincular**, de manera **unilateral** o **bilateral** en el numeral 266 del mismo ordenamiento.

2.4 Efectos Jurídicos del Divorcio Incausado

El maestro Rafael de Pina define a los efectos jurídicos como la *consecuencia jurídica natural de un acto*.⁶⁶ Por su parte Rojina Villegas define a los actos jurídicos

⁶⁴ Cfr., Orizaba Monroy, Salvador, *op. cit.*, nota 60, pp. 78 y 79.

⁶⁵ Dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Considerando Décimo Quinto, *op. cit.*, nota 36, p. 13.

⁶⁶ Pina, Rafael de y Rafael de Pina Vara, *op. cit.*, nota 62, p. 259.

familiares como “*aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.*”⁶⁷

En cuanto al divorcio, estos efectos jurídicos consisten en las medidas decretadas por el juez de manera *provisional* durante el proceso, y, *definitiva* al dictar la resolución correspondiente; aplicables a los intereses en conflicto y que en su determinación pudieran beneficiar o afectar a los cónyuges, **a los hijos** y a los bienes materiales existentes dentro del régimen patrimonial del matrimonio próximo a su liquidación⁶⁸

2.4.1 Para los cónyuges

Para los cónyuges, los efectos jurídicos de naturaleza *provisional* dentro del divorcio incausado se producen durante la secuela, específicamente, a partir del momento de admitir la solicitud de divorcio⁶⁹ bajo el *principio de oficiosidad*⁷⁰, hasta en tanto se dicta la sentencia interlocutoria en el incidente que resuelve la situación jurídica de los hijos y de los bienes en el convenio respectivo, con la intención de salvaguardar sus derechos y su integridad física, tales como: decretar su separación, el aseguramiento de los alimentos y el uso de la vivienda a favor de uno de ellos.

a) Decretar su separación. Al decretar la *separación de cuerpos* como lo establece la fracción I del artículo 282 del CCDF, el Juez de lo Familiar protege la integridad física y emocional de los cónyuges cuyos problemas maritales los han conducido por el camino de la violencia, malos tratos e insultos, “*con base en*

⁶⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 28, p. 241.

⁶⁸ *Cfr.*, Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. *Derecho de Familia y Sucesiones, op. cit.*, nota 43, p.171.

⁶⁹ *Cfr.*, Rangel Charles, Juan Antonio y Roberto Sanromán Aranda, *op. cit.*, nota 50, p. 77.

⁷⁰ **Principio de Oficiosidad.** Se confiere a quien juzga la dirección del proceso. Santos Azuela, Héctor. *Teoría General del Proceso*, México, McGraw-Hill, 2000, p. 41.

dictámenes, informes y opiniones que hubieren realizado las instituciones públicas o privadas dedicadas a atender asuntos de ésta índole".⁷¹

b) Decretar el aseguramiento de los alimentos. Con el aseguramiento de los *alimentos* proporcionados por el deudor alimentario al cónyuge acreedor que compruebe carecer de los medios económicos para su subsistencia, no tenga bienes, durante el matrimonio se haya dedicado a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o bien, esté imposibilitado para trabajar, se cumple lo dispuesto por la fracción II del numeral 282 en relación con el 288, ambos preceptos del CCDF.

c) Decretar el uso de la vivienda a favor de uno de ellos. Otra de las medidas dictadas provisionalmente es la correspondiente a determinar cual de los cónyuges continuará con el derecho de *uso de la vivienda* familiar, esta protección significa, "oponerse a la liquidación del inmueble o a su libre disponibilidad del cónyuge titular"⁷² favoreciendo no solo a quien la disfrute sino para preservar también el *interés superior del menor*, quien necesita de un espacio para establecerse y donde se pueda llevar a cabo el debido cumplimiento de la patria potestad, guarda y custodia, como se apreciará más adelante.

Son *efectos definitivos* aquellos que se actualizan al dictarse la sentencia que decreta el divorcio restableciendo el estado de soltería de los cónyuges permitiéndoles celebrar un nuevo matrimonio.⁷³ Las reformas de divorcio al Código Civil del Distrito Federal eliminaron la tramitación bajo una causal, en consecuencia no existe cónyuge culpable; así, el efecto principal consiste en recuperar la capacidad para celebrar nupcias. Sin embargo, esta normatividad es omisa en determinar el tiempo de espera para contraer un nuevo matrimonio, por lo que con base en el artículo 291 in fine, transcurridos los 15 días de publicación del extracto

⁷¹ Lozano Ramírez, Raúl, *op. cit.*, nota 56, p. 174.

⁷² Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 330.

⁷³ Lozano Ramírez, Raúl, *op. cit.*, nota 56, pp. 177-185.

de la sentencia de divorcio en los estrados del Registro Civil donde se celebró el vínculo, surte efectos la disolución y no habiendo recurso en su contra podrá celebrarse otro.

2.4.2 Para los hijos

Conforme a lo anterior, los *efectos provisionales* del divorcio incausado que afecten a los menores son aquellos enfocados a determinar con audiencia de los familiares más cercanos como son abuelos, tíos y hermanos mayores la fijación de sus derechos, regulados en atención al *principio de interés superior del menor*, tales como: custodia individual y compartida, régimen de visitas, alimentos, limitación, suspensión y pérdida de quien ejerza la patria potestad en su beneficio, entre muchos otros.⁷⁴

El efecto provisional más importante para el desarrollo integral del menor de edad, consiste en conceder a la madre el **derecho de custodia**, salvo que una causa grave lo impida, por ejemplo ejercer actos de violencia o de corrupción contra el menor.⁷⁵ No obstante, debido a la modernidad de los tiempos, los padres varones ya se han involucrado por necesidad en las actividades domésticas del hogar y muchos de ellos exigen la **custodia compartida**⁷⁶ permitiendo a ambos progenitores hacerse cargo del cuidado del menor ajustando sus horarios de oficina y sus tiempos libres, resultando un gran avance en la igualdad de género.

Sin embargo, el desconocimiento de los padres en salvaguardar los verdaderos intereses del menor conforme a su propia cultura y educación es lo que

⁷⁴ Cfr., Orizaba Monroy, Salvador, *op. cit.*, nota 60, p. 84.

⁷⁵ Cfr. Borda, Guillermo, *op. cit.*, nota 22, p. 273.

⁷⁶ **Custodia Compartida.** Es básicamente un derecho que tienen los hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno filial {sic} y materno filial {sic} igualitaria y justa, sobre la que seguir desarrollando la efectividad y el cariño, al margen de las relaciones contractuales entre sus padres que acaban con el matrimonio. Documentos de la Red Judicial Europea, *Custodia Compartida (Responsabilidad Parental)*. Introducción, p.1.

dificulta a los jueces conocer con precisión cuáles son específicamente estas obligaciones y deberes que deben ser cubiertos por ambos cónyuges, siendo una protección mínima de la autoridad jurisdiccional garantizar el pago económico de los **alimentos** sin llevar a cabo el cumplimiento de los mismos en el sentido amplio de la palabra, pues no se restringen exclusivamente a la comida, vestido y habitación, además **deben incluir, todo lo necesario para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social** como se desprende de la lectura de la Parte I, numerales 1 y 2 del precepto 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Artículo 27.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su **desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.**

2. **A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”**.⁷⁷

2.4.3 Respeto de los bienes en el régimen patrimonial

Al celebrarse el matrimonio los cónyuges, de manera previa, eligen bajo su propio interés personal y ante la posible ausencia de hijos, el tipo de régimen bajo el cual deberán administrarse los bienes que conforman el patrimonio y las reglas para su liquidación.

Por **régimen patrimonial del matrimonio** se entiende “...*el conjunto de normas que regulan todos los asuntos pecuniarios, propiedad, administración y disposición de los bienes de los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que al respecto se generen entre ellos, y entre los cónyuges y terceros, tanto al momento de celebrarse el matrimonio, mientras dure y cuando llegare a disolverse*”.⁷⁸

⁷⁷ <http://www.unicef.org/spanish/crc/>, consultado 23/09/09, 15:00 hrs.

⁷⁸ Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. *Derecho de Familia*, México, Oxford, 2008, p.103.

Este régimen patrimonial se divide en tres tipos que son: la sociedad conyugal, la separación de bienes y el régimen mixto, siendo indispensable para su constitución la celebración de **capitulaciones matrimoniales**, es decir, el contrato que los consortes deben acompañar a la solicitud de matrimonio y por el cual, regulan la situación de sus bienes presentes y futuros, así como sus deudas, siendo efectivo a partir de la celebración del matrimonio.⁷⁹ Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal las define de la siguiente manera:

“Artículo 179. Las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario.”

Como se puede apreciar, el patrimonio conformado por los cónyuges con el matrimonio sirve a sus intereses personales, ya sea para cubrir sus necesidades o sus deudas, al liquidarse no se toma en cuenta la opinión de la familia ni el interés superior de los menores hijos procreados, como veremos a continuación.

a) Efectos del divorcio en la Sociedad Conyugal

La *sociedad conyugal* es la formación de un patrimonio único con los bienes, frutos y productos aportados por el patrimonio de cada cónyuge, ya sea de forma parcial o total, y del cual ambos son titulares.⁸⁰ Conforme al artículo 197 del CCDF, la disolución del matrimonio da por disuelta también la sociedad conyugal y con ello, la liquidación del patrimonio común, estando obligados los divorciantes a proceder de dos maneras:

1. De común acuerdo al cumplir con el convenio de liquidación contenido en las capitulaciones, para pagar los créditos y repartir las utilidades, o
2. Nombrando un liquidador.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 112.

⁸⁰ *Idem*.

El liquidador en cumplimiento con lo dispuesto por el numeral 203 del CCDF, procederá a formar inventario con la descripción de los activos y pasivos excluyendo el lecho, vestidos ordinarios y objetos de uso personal o de trabajo de cada cónyuge, detallando lo de cada uno o de sus herederos; determinará el avalúo de los bienes y de las deudas; pagará a los acreedores del fondo social y devolverá a cada consorte su aportación. El remanente, lo dividirá entre los interesados conforme a lo estipulado en las capitulaciones y, a falta de éstas, en las disposiciones generales de la sociedad conyugal. En caso contrario, de existir pérdidas, su importe se dividirá del haber de cada uno en proporción a las utilidades que debía corresponderle, pero si solo uno de ellos aportó capital, entonces de su haber será deducido el total de las pérdidas.⁸¹ Al respecto, se hace hincapié en la distinción entre el acto solemne de matrimonio y la celebración de un contrato especial llamado capitulaciones sobre los bienes de la sociedad conyugal que, de una manera inconciente, permite equiparar la naturaleza jurídica del matrimonio con un contrato civil, lo cual es erróneo a criterio del autor Rojina Villegas.⁸²

b) Efectos del divorcio en la Separación de Bienes

En el *Régimen de Separación de Bienes* cada cónyuge conserva la propiedad, usufructo y administración de su patrimonio, excepto las obligaciones derivadas del matrimonio para sostenimiento del hogar para proporcionar alimentos entre sí y a sus hijos, si los hay. Generalmente, es sobre la totalidad de los bienes adquiridos antes y durante el matrimonio así como de sus productos, frutos y accesiones que serán de su dominio absoluto y exclusivo entre los que se encuentran los salarios, sueldos, emolumentos y gravámenes por servicios personales, desempeño del empleo o ejercicio de la profesión, comercio o industria a la que se dedique; pudiendo cada consorte disponer de ellos sin licencia o autorización del otro.⁸³

⁸¹ Cfr., Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 1998, pp. 2946 y 2947.

⁸² Cfr., Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 23, p. 259.

⁸³ *Ibidem.*, pp. 118-120.

Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio no afectarán a este régimen excepto cuando ambos cónyuges sean beneficiarios de una donación, herencia o legado de carácter común pues serán copropietarios hasta en tanto se divida el bien y se repartan las ganancias, en cuanto a su administración será ejercida por ambos o por alguno de ellos en calidad de mandatario por convenio previo.⁸⁴

c) Efectos del divorcio en el régimen mixto

El *Régimen Mixto* surge cuando el régimen de separación de bienes es parcial y se ha convenido en que una parte de los bienes, deudas y derechos de los cónyuges se rijan por separación y la otra parte, sea materia de sociedad conyugal. En este caso, su voluntad es soberana, siendo su límite el interés público y los derechos de terceros, así como las reglas establecidas en particular por la sociedad conyugal con base en el Derecho de familia.⁸⁵

Concluimos en este capítulo, que nuestra hipótesis se confirma parcialmente al demostrar durante el estudio de los diversos tipos de procedimiento de divorcio, tramitados antes y con la reforma de divorcio incausado, el desconocimiento de los cónyuges sobre el deber jurídico contenido en el *principio de interés superior del menor* al que únicamente se considera cubierto, en cuanto al valor de las prestaciones económicas que por concepto de alimentos para comida, vestido, habitación y educación se otorga por los progenitores, no así, por cuanto a las necesidades culturales, artísticas, de convivencia, sana recreación o esparcimiento de los hijos menores con los progenitores o con terceros. Pues, este interés solo puede ser determinado por el propio menor dependiendo del medio familiar en el que se desenvuelva. Y, por otro lado, la falta de compromiso y de responsabilidad por parte de los jueces al decretar medidas de manera provisional y definitiva que

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Idem.*

incumplen con la satisfacción de todas aquellas necesidades que el menor requiere para su sano desarrollo integral.

Asimismo, podemos comprobar que en cuanto al régimen patrimonial del matrimonio, éste se rige exclusivamente por el interés personal de los cónyuges a través de un contrato privado, sin tomar en cuenta para su constitución o su liquidación, la opinión ni el interés superior de los menores hijos procreados.

Es por eso que nos vemos en la imperiosa necesidad de presentar en el siguiente capítulo el estudio sobre el contenido y determinación del interés superior del menor como materia de afectación durante la tramitación del divorcio incausado, especialmente, durante la tramitación del incidente de convenio contenido en la actual norma procesal del Distrito Federal.

CAPÍTULO TERCERO
ESTUDIO DE LA REFORMA PROCESAL EN MATERIA DE DIVORCIO
INCAUSADO EN EL DISTRITO FEDERAL CONFORME A LOS PRINCIPIOS
DEL DERECHO DE FAMILIA, ESPECÍFICAMENTE, EL INTERÉS SUPERIOR
DEL MENOR

Dentro del estudio de este capítulo, verificaremos que las reformas procesales en materia de divorcio publicadas el 03 de octubre de 2008 en la Gaceta del Distrito Federal, no se ajustan a los principios emanados del Derecho de Familia, específicamente, en defensa del interés superior del menor, prevaleciendo la voluntad particular de los cónyuges, no solamente para llevar a cabo la disolución del matrimonio, sino además en la determinación de sus efectos en relación a los hijos procreados en la relación marital. Siendo necesario presentar como propuesta de esta investigación, la reforma al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal con el fin de proteger los derechos del menor por el otorgamiento de la resolución que conceda el divorcio incausado.

3.1. Principios del Derecho de Familia

De manera genérica, se puede definir como *principio* toda razón, fundamento u origen. Así, la expresión “principio” aplicable al derecho, bajo una orientación histórica, sirve de inspiración y fundamento al derecho positivo, o bien, con una orientación filosófica, está constituido por la verdad eterna dictada por la razón o por la sabiduría divina⁸⁶.

Es así que, dentro de las normas jurídicas del derecho positivo referentes a las instituciones familiares, como son la familia, el matrimonio, la filiación y el parentesco,⁸⁷ se encuentran los principios contenidos en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a saber: *la igualdad del*

⁸⁶ Pina, Rafael de y Rafael de Pina Vara, *op. cit.*, nota 62, p. 418.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 232.

*hombre y la mujer; la protección de la familia; la protección a la salud; el derecho a un medio ambiente adecuado; el derecho a la vivienda y la protección **del interés superior del menor** consistente en el derecho de todo niño o niña a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, así como el de respeto a su dignidad.* Todos estos principios enunciados, son fuente específica de las normas de orden público e interés social del derecho familiar.

Para efectos de sustentar nuestra hipótesis, nos avocaremos únicamente, al estudio exclusivo del *principio de interés superior del menor*, a fin de comprobar si en verdad dichas reformas sobre el divorcio incausado se basan en el cumplimiento de la norma jurídica de orden público e interés social, tanto nacional como internacional, para la defensa, resguardo y protección de los intereses de los sujetos más vulnerables en la disolución del vínculo matrimonial, es decir, los menores hijos de los cónyuges divorciantes.

3.1.1. Principio de Interés Superior del Menor

Para resolver la situación jurídica de los menores procreados durante el matrimonio próximo a disolverse, el juez de lo familiar deberá aplicar al divorcio incausado, toda la normatividad relacionada con el conflicto, atendiendo específicamente el interés superior del menor. El término ***Best interest of the Children*** aparece por primera vez en el Preámbulo de la *Convención de La Haya* de 1980, su naturaleza jurídica flexible, evolutiva, limitada a las necesidades particulares, se le define como una medida de conducta social correcta en las relaciones en las que participe el derecho de un menor.⁸⁸

Por su parte, el autor Grosman lo define como, un “...*principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, que constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los*

⁸⁸ <http://www.monografias.com/trabajos6/insu/insu.shtml>, consultado 12/09/09, 10:28 hrs.

*jueces, quienes deben apreciar tal interés en concreto, de acuerdo a las circunstancias del caso (...) Es el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo”.*⁸⁹

El interés superior del menor en relación con el divorcio consiste en ser un principio sustancial de conservación de los derechos del infante mediante la interpretación jurídica adecuada para que se dé la satisfacción de sus necesidades bio-sico-sociales, tendientes a favorecer su desarrollo físico, psicológico o moral. Primordial para determinar un régimen de comunicación, buen trato y estadía, para el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

3.1.2. Elementos del Principio de Interés Superior del Menor

El principio de interés superior del menor contiene como elementos, el subjetivo referente a los sujetos y el objetivo enfocado a su objeto, motivo o fin.

Dentro de los sujetos relacionados a la aplicación de este principio están, como **sujeto activo**, el menor, quien se encuentra facultado para exigir por sí mismo o a través de su representante o tutor, el cumplimiento de la norma jurídica a su favor; mientras que será **sujeto pasivo**, obligado al cumplimiento de los deberes y obligaciones derivados del interés superior del menor, los parientes: a) por consanguinidad o adopción, y b) las personas que ejercen la patria potestad, principalmente, los progenitores, en el caso particular del divorcio incausado, los cónyuges divorciantes.

Como elemento **objetivo**, el interés superior del menor, se concreta al respeto efectivo de sus derechos para relacionarse con ambos progenitores, un cuidado personal con prioridad para recibir protección y socorro, a fijársele una cuota alimenticia a su favor, que permita satisfacer sus necesidades de comida, vestido,

⁸⁹ *Ídem.*

habitación, asistencia en caso de enfermedad, gastos necesarios para su educación básica, oficio, arte o profesión adecuados a su sexo, desarrollo de sus capacidades en actividades culturales y recreativas, permitiendo la convivencia, sana recreación y esparcimiento, derecho a un régimen de visitas, a salir del país y hasta de manifestar su opinión al resolver conflictos de familia en que se vea involucrado.

Estos derechos en suma, deberán ser protegidos por el juez en su resolución respecto del divorcio y preveer que se encuentren debidamente resguardados en el convenio fijado por las partes divorciantes, quienes no podrán alegar ignorancia en perjuicio de su contraparte y, por supuesto, del menor.

3.1.3. Norma aplicable al Principio de Interés Superior del Menor

Es norma jurídica aplicable en México al principio de interés superior del menor, en primer lugar, la **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, por lo que concierne a los siguientes artículos:

- 1º. La igualdad jurídica para el otorgamiento de derechos, sin distinción de nacionalidad, edad o sexo, ni de cualquier otra que afecte la dignidad humana;
- 3º. El derecho social a la educación en todos sus niveles, siendo obligatoria la primaria y secundaria;
- 4º. La protección de la familia, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, así como el derecho del menor a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral;
- 6º. La libre manifestación de las ideas, a la cual el menor podrá sujetarse para solicitar el reconocimiento de sus derechos y, manifestar su opinión, al resolver conflictos de familia en que se vea involucrado; además,
- 11º. El derecho del menor para transitar libremente por el estado mexicano y poder salir del país cuando las circunstancias decretadas para la guarda, custodia y derecho de visita lo ameriten, cumpliendo con los requisitos administrativos y diplomáticos correspondientes (pasaporte/visa).

En segundo lugar, por cuanto al precepto 133 de la Constitución Federal, son norma suprema los Tratados Internacionales que no contraríen a dicha Constitución ni a las Leyes Federales, tales como, la *Convención sobre los Derechos del Niño*; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, entre otros.⁹⁰ Todas estas normas jurídicas internacionales han sido creadas con la intención de ser aplicadas, para la defensa y protección del ser humano, particularmente y al caso que nos ocupa, los derechos del menor, ante cualquier afectación que pudiera vulnerar su situación jurídica en la familia y en su relación con terceros.

Dentro de lo permisible, el estado mexicano ha realizado adecuaciones a su normatividad interna con la intención de ajustar sus contenidos con los principios de seguridad y resguardo a favor del menor, no obstante, como vamos a constatar a continuación, en materia de divorcio todavía quedan algunos rezagos que deben ser actualizados a la brevedad, para impedir que se continúe la vulneración de los derechos del menor procreado por los cónyuges divorciantes.

3.2. Requisitos de procedencia del Divorcio Incausado

Para que la disolución del vínculo matrimonial proceda se requiere, primeramente, la existencia de varios elementos como son: la celebración de un matrimonio legal, una relación marital sin futuro, una acción de divorcio ante un órgano jurisdiccional previamente establecido, un juez competente, capacidad jurídica y procesal del o los interesados, un proyecto de convenio sobre los derechos de hijos y/o los bienes, pero sobre todo un conjunto de normas jurídicas que rijan de manera adecuada el procedimiento evitando en la medida de lo posible la afectación del interés superior del menor hijo del matrimonio próximo a disolverse.

⁹⁰ <http://www.indigenas.bioetica.org>, Convenios internacionales, consultado 28/09/09, 13:00 hrs.

3.2.1 Celebración de un matrimonio legal

Por definición legal, matrimonio “...es la unión de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que la ley exige” (Artículo 146 CCDF). En términos generales, todo matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido y solo será afectado de nulidad⁹¹ absoluta o relativa, cuando así lo declare sentencia que cause ejecutoria (artículo 253 CCDF).

El matrimonio ha sido considerado desde diversos puntos de vista como una *institución*, un *estado jurídico*, un *acto jurídico* (condición, mixto, del poder estatal), o bien, un *contrato* (ordinario, de adhesión). En nuestra opinión, concordamos con la *teoría del matrimonio como acto jurídico mixto* en el cual intervienen la voluntad del particular para unirse y la autorización del Estado para legalizar dicha unión.⁹² No así con la postura del contrato, pues, conforme a su concepto general, consiste en un acuerdo entre particulares cuyo objeto se encuentra en la naturaleza y dentro del comercio, lo cual es totalmente opuesto a los fines del matrimonio, puesto que la procreación de los hijos, el respeto y la ayuda mutua jamás serán materia de comercio entre particulares. Además, sus efectos en cuanto a los menores y el régimen patrimonial familiar, son protegidos por el Estado con base en las normas jurídicas de orden público e interés social contenidas en el Derecho de familia.

Conforme a lo anterior, puntualizamos, es un grave error que los miembros de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, actualmente consideren al matrimonio como un *contrato civil* con

⁹¹ **Nulidad.** Ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de la ilicitud de su objeto o de su fin, la carencia de los requisitos esenciales exigidos para su realización o de la concurrencia de algún vicio de la voluntad al momento de su celebración. Pina, Rafael de y Rafael de Pina Vara, *op. cit.*, nota 62, p. 383.

⁹² *Cfr.*, Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 23, p. 292.

base en la opinión de los enciclopedistas del siglo XVIII.⁹³ A decir del maestro Pacheco, “...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”⁹⁴. Esto, obviamente representa un conflicto jurídico de importante trascendencia para nuestra normatividad civil, pues dependiendo de la naturaleza jurídica conferida al matrimonio, será la forma dada para su disolución. Si es un *contrato de carácter civil* podrá ser disuelto mediante rescisión del consentimiento, pero si se analiza bajo la apariencia de un *acto jurídico* podrá ser disuelto mediante la revocación o resolución de la voluntad individual; luego entonces, las reformas planteadas sobre el divorcio incausado a pesar de la errónea argumentación legislativa derivada de la confusión en la naturaleza del vínculo que se trata de disolver, han sido diseñadas de tal manera, que se reconoce la voluntad individual de los cónyuges como un acto jurídico unilateral y, no así, como un consentimiento otorgado dentro de un contrato, permitiendo de igual manera el rompimiento del vínculo matrimonial sin necesidad de invocar una causa justificada para su disolución.

Ahora bien, como se mencionó en el capítulo anterior, los motivos que originan la ruptura del matrimonio pueden ser diversos, pero cuando en una relación el amor, la confianza, el respeto y la dignidad se pierden, difícilmente se puede mantener unida la pareja y al final, los hijos son los que sufren más ante dos posibles consecuencias, por un lado el engaño ante la situación de convivencia forzada de los padres, por el otro, el desmembramiento de la familia con la sola tramitación del divorcio.

Ante una posible relación marital disfuncional en la cual, los miembros de la familia han realizado su mejor esfuerzo en acudir a terapia psicológica, sexual o contra la violencia; han tratado de reactivar el amor y hasta han cambiado su estilo

⁹³ Dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *op. cit.*, nota 36, pp. 4 y 12.

⁹⁴ Pacheco Escobedo, Alberto. *op. cit.*, nota 31, p. 151.

de vida sin lograr mantener a flote la relación, el mejor remedio será la separación provisional y en última instancia, la definitiva con el divorcio. Siendo así, los cónyuges deberán darse cuenta que la disolución del matrimonio puede ser la cura a una relación nociva y perjudicial para todos los miembros de la familia, siempre y cuando se pueda conseguir, independientemente de una nueva relación, el logro de fines comunes, una estabilidad emocional y una mejor situación familiar. No obstante, en la mayoría de los casos, el divorcio resulta ser materia de afectación directa y daño emocional, psicológico y afectivo hacia los hijos, sobre todo de los menores, quienes de manera involuntaria son partícipes de una contienda judicial entre los cónyuges respecto a su tenencia y representación de sus derechos.

3.2.2. Acción de divorcio ante juez competente

En términos procesales, la **acción** es "...la facultad de provocar y mantener la actividad jurisdiccional desde el inicio del juicio hasta la obtención de la sentencia, e incluso su ejecución."⁹⁵ En nuestra opinión, la acción es el derecho subjetivo de petición por excelencia para activar al órgano Jurisdiccional encargado de resolver el conflicto de intereses entre las partes en litigio mediante la intervención de un tercero imparcial que en representación del Estado tutela y protege los intereses afectados.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, tendrá entonces la facultad de que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes emitiendo sus resoluciones de manera pronta, gratuita, completa e imparcial. En consecuencia, la acción de divorcio debe interponerse ante juez competente, esto significa que el tercero encargado de resolver el conflicto entre los cónyuges tiene conocimiento de la ley y está facultado para aplicarla al caso en concreto que se le asigna.⁹⁶

⁹⁵ Santos Azuela, Héctor, *op. cit.*, nota 70, p. 67.

⁹⁶ *Cfr.*, Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, 10ª ed., México, Oxford, 2004, p. 145.

Para conocer de la disolución del vínculo matrimonial, es Juez competente por *territorio* la autoridad del domicilio donde los cónyuges establecieron el lugar para el cumplimiento de sus derechos y obligaciones derivadas del matrimonio, es decir, el *domicilio conyugal* (artículo 156, fracción XII del CPCDF) y por *materia*, los jueces de lo familiar autorizados para conocer de la tramitación de los juicios contenciosos de divorcio (artículo 52, fracción II, LOTSJDF).

En vista de lo anterior, quien tenga la calidad de cónyuge será el único autorizado y legitimado tanto por la ley sustantiva como adjetiva, para interponer la acción del estado civil de disolución del vínculo matrimonial mejor conocida en el Distrito Federal como *divorcio incausado*. La cual tiene como características: estar sujeta a caducidad, extinguirse por reconciliación, renuncia, desistimiento y fallecimiento, de uno o ambos cónyuges.⁹⁷

No obstante, esta acción como se dijo, solamente corresponde ejercitarla a los cónyuges siendo excluido el menor quien, estará imposibilitado para manifestar su aceptación o rechazo a la solicitud de divorcio, aun a pesar de ser el más vulnerable con la separación definitiva de sus progenitores, los cónyuges divorciantes; en consecuencia, se viola su derecho de manifestación de ideas, contenido en el artículo 6 de la Constitución Federal, en relación al interés superior del menor para manifestar su opinión al resolverse conflictos de familia en que se vea involucrado.

Al respecto, la Dra. Graciela Medina comenta que el divorcio por sí mismo, puede ser un generador de indemnización en la legislación argentina por **daños extrapatrimoniales, con motivo de la violación a los derechos de convivencia**, solicitado de un cónyuge hacia el otro⁹⁸, y, de ser aplicable a México a favor de los divorciantes, también podría ser factible de demanda, con mayor razón, por la

⁹⁷ Cfr., Lozano Ramírez, Raúl, *op. cit.*, nota 56, p. 163.

⁹⁸ Cfr., Medina, Graciela. *Daño Extrapatrimonial en el Derecho de Familia y el proyecto de Código Civil unificado 1998*, 1. Motivos por los cuales se debe indemnizar los daños y perjuicios derivados del divorcio. <http://www.gracielamedina.com>, consultado 28/09/09, 13:30 hrs.

afectación directa al menor; luego entonces, el ejercitar la acción de divorcio ocasionaría la inmediata presentación de la acción de reparación del daño emocional causado al menor por el cónyuge solicitante del divorcio. El argumento expuesto, se justifica con motivo de la supletoriedad del derecho civil al derecho familiar, estableciendo que las normas aplicables a favor de los cónyuges también le son aplicables a los demás miembros de la familia, cuando así procedan por la relación derivada de la filiación y la patria potestad. Si se reconoce el daño provocado por divorcio entre cónyuges también debe ser reconocido a favor del menor hijo en contra de los divorciantes, por la violación a los derechos de convivencia que le corresponden con cada progenitor.

Sin embargo, en virtud de que nuestra legislación nacional no se encuentra tan avanzada como la ley argentina, ***únicamente es posible hacer valer esta reparación extrapatrimonial por la violación al principio de interés superior del menor y determinar que al infante le asiste el derecho de exigir de sus padres el deber de respeto a su persona otorgándole en la medida de sus posibilidades la satisfacción a todas sus necesidades no solamente económicas sino, primordialmente, las afectivas y de convivencia que son vulneradas con la sola presentación de la solicitud de divorcio incausado.***

3.2.3. Capacidad jurídica y procesal del cónyuge divorciante

En cuanto a la *capacidad procesal*⁹⁹ de los cónyuges para solicitar el divorcio, podrán intentarlo por sí mismos, de manera individual o conjunta si son mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos. Por obvias razones, la solicitud no podrán ejercerla quienes se encuentren bajo incapacidad mental por no ser aptos para discernir lo que más les conviene y, solo en caso de ser menor de edad o estar

⁹⁹ **Capacidad procesal.** Facultad para ser sujeto de derechos procesales, para estar sometido a las cargas del proceso y asumir las responsabilidades que se desprenden del mismo. Santos Azuela, Héctor, *op. cit.*, nota 70, p. 121.

incapacitado físicamente para acudir al proceso, podrá hacerlo el interesado a través de su representante legal o tutor especial.¹⁰⁰

Debido a ello, es muy delicada la postura de los cónyuges que siendo mayores de edad tienen la responsabilidad de que sus actos no afecten a terceros, más aún cuando éstos son sus hijos. Por lo mismo, esta capacidad jurídico-procesal incluye la aceptación de las consecuencias de afectación provocadas por la sola presentación de la solicitud de divorcio la cual debe contener la especificación de los derechos que deben ser resguardados y protegidos a favor del menor hijo, pues la violación al *principio de interés superior del menor* lo hará acreedor de las sanciones que de manera interna nuestra legislación establece con la pérdida de la patria potestad y que de manera internacional será con la intervención del Estado aplicando las sanciones que de manera penal sean exigibles por la violación a las normas del orden público e interés social relacionadas al derecho familiar y a favor de los infantes, como son los delitos de abandono de persona o violencia familiar.

3.2.4. Proyecto de convenio respecto de los menores hijos

Legalmente, convenio es el “*acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones*” (Artículo 1792 CCDF).

Todo acuerdo entre particulares debe cumplir con el principio de la *autonomía de la voluntad*¹⁰¹ para poder ser válido, bajo la limitante de no afectar el interés de terceros. En otras palabras, cada uno cuenta con la libertad de elegir la manera de regir su voluntad como mejor le convenga bajo su propia moral y responsabilidad.¹⁰²

¹⁰⁰ Cfr., Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, nota 1, p. 481.

¹⁰¹ **Autonomía de la voluntad.** Principio que otorga la facultad de realizar o no determinados actos jurídicos con la forma y en la extensión que le sea posible a las partes interesadas con base en una norma moral que los propios sujetos se han impuesto a sí mismos. Pina, Rafael de y Rafael de Pina Vara, *op. cit.*, nota 62, p. 116.

¹⁰² Cfr., García Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 40ª.ed., México, Porrúa, 1989, pp. 22 y 23.

Sin embargo, los cónyuges involucrados en el divorcio incausado, deben tener presente que está prohibido ante los tribunales, convenir sobre alterar o modificar las normas del procedimiento así como pactar sobre la pérdida de derechos irrenunciables, sobre todo de menores, en perjuicio del cónyuge contrario. Pues, es una conducta común en los litigantes en materia familiar, la de realizar convenios con la intención de obtener un mayor beneficio en perjuicio de su contraparte y hasta en afectación de sus menores hijos, al grado de prohibir la convivencia con su progenitor o negarles a recibir regalos, caricias y afecto. Esto viola directamente los derechos contenidos en *interés superior del menor* y ocasiona al cónyuge infractor la sanción, como ya se señaló, de la pérdida de la patria potestad (artículo 444 CCDF). Sin embargo, dicho daño no se restituye y por lo mismo, es necesario que el juez aplique con todo el rigor jurídico, la norma que garantice su protección y sano desarrollo; por lo que, en nuestra opinión es el juez a quien le asiste la facultad de establecer desde el momento de admitir la solicitud y decretar el divorcio, fijar las garantías del menor sin necesidad de un pacto entre los divorciantes que adolezca de nulidad por ser ilícito o la falta de autorización por deficiente protección de los derechos del menor, ya sea por ignorancia o dolo entre los cónyuges.

El convenio como requisito de procedencia del divorcio incausado, tiene como fin regular las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial, determinando el estado jurídico que prevalecerá tanto para el cónyuge divorciante que no se encuentre en convivencia directa con los hijos menores procreados y/o en posesión directa con los bienes del patrimonio generado dentro del matrimonio, como para aquél que detente al menor y represente sus derechos. La propuesta de convenio incluida en la solicitud unilateral y bilateral de divorcio deberá contener básicamente lo siguiente conforme al precepto 267, fracciones I a la VI, del CCDF:

- a) Guarda y Custodia del menor incluyendo la custodia compartida,
- b) Derecho de visitas al menor,
- c) Derecho de alimentos y aseguramiento del acreedor alimentario,
- d) Derecho de uso del domicilio conyugal y del menaje,

- e) Administración de la Sociedad Conyugal hasta su liquidación y, en su caso,
- f) Derecho a la Compensación del cónyuge beneficiario.

Sin embargo, se puede apreciar que las determinaciones de los cónyuges a favor del menor son realmente en beneficio propio, sin considerar las condiciones de vida integral para su sano desarrollo, pues **se excluyen las relativas al esparcimiento, deporte, recreación y educación para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social** como lo determina la Parte I, numeral 1, del artículo 27 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, ya visto en el capítulo segundo de este trabajo de investigación, **bajo el supuesto de ser un deber y obligación del cónyuge que en esos momentos detente la guarda y custodia del menor** sin ser fijada dentro de la propuesta de convenio ni por el juez en las medidas provisionales o en su resolución definitiva, como se verá más adelante.

3.2.5. Conjunto de normas jurídicas que rigen el procedimiento de Divorcio

Con las últimas reformas en materia civil y procesal para el Distrito Federal durante el año 2008, se suprimieron las causales de divorcio contenidas en el artículo 267 del Código Civil, eliminando las bases para la tramitación del Divorcio Necesario y del Voluntario con la derogación del Capítulo Decimoprimeros del Código de Procedimientos Civiles.

Actualmente, el procedimiento de divorcio llamado *incausado* se rige por los preceptos 266 al 291 del Código Civil y 255 al 429 del Título Sexto del Juicio Ordinario del Código de Procedimientos Civiles. Aunado a ello, se debe aplicar el capítulo Décimo Sexto del mismo ordenamiento en lo concerniente a las posibles controversias que se susciten en materia familiar por alimentos, guarda y custodia de menores, así como liquidación de bienes de la Sociedad Conyugal.

De igual manera, la *Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar* así como la *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Distrito Federal*, permiten aplicar medidas de seguridad, seguimiento y psicoterapias para corregir actos de violencia intrafamiliar, a mujeres y menores. No obstante, todas estas normas son aplicables siempre que se acredite por el interesado, mediante prueba fehaciente, la probable afectación del menor por daños irreversibles ocasionados por la violencia, no siendo aplicable el divorcio por sí mismo, como hecho generador de la afectación o daño al menor.

3.3. El Proceso de Divorcio Incausado Unilateral - Principal e Incidental

El proceso de divorcio incausado promovido bajo la solicitud unilateral se divide para su tramitación en *principal* e *incidental*. En el principal únicamente el juez conocerá de la solicitud de divorcio y la respuesta del otro cónyuge respecto a la propuesta de convenio presentado, analizando con base en las pruebas que se anexen en ambos escritos, si procede o no otorgar la disolución del vínculo matrimonial. Dejando para el incidente, la controversia que se pudiera suscitar con motivo de que las partes se nieguen a llegar a un arreglo respecto de los bienes y los hijos menores de edad. Lo que conlleva a una vulneración directa al *interés superior del menor* al aplazar hasta la tramitación del incidente, el reconocimiento de sus derechos y el otorgamiento de las salvaguardas para protegerlo de manera definitiva y no solamente provisional durante el proceso, las que se basan exclusivamente en una protección económica y de estadía, pero no así para su desarrollo integral en cuanto a su debida educación, recreación, cultura y sano esparcimiento.

3.3.1. Proceso Principal- Instrucción y Juicio Sumario

A pesar de que el divorcio incausado se tramita conforme a las reglas del juicio ordinario, en la práctica se trata de un proceso híbrido pues su naturaleza se

equipara a una *jurisdicción voluntaria*¹⁰³ y por su duración a un *juicio sumario*¹⁰⁴, no mayor a un mes de tramitación si es bilateral y de seis meses si es unilateral (Ver figura 1).

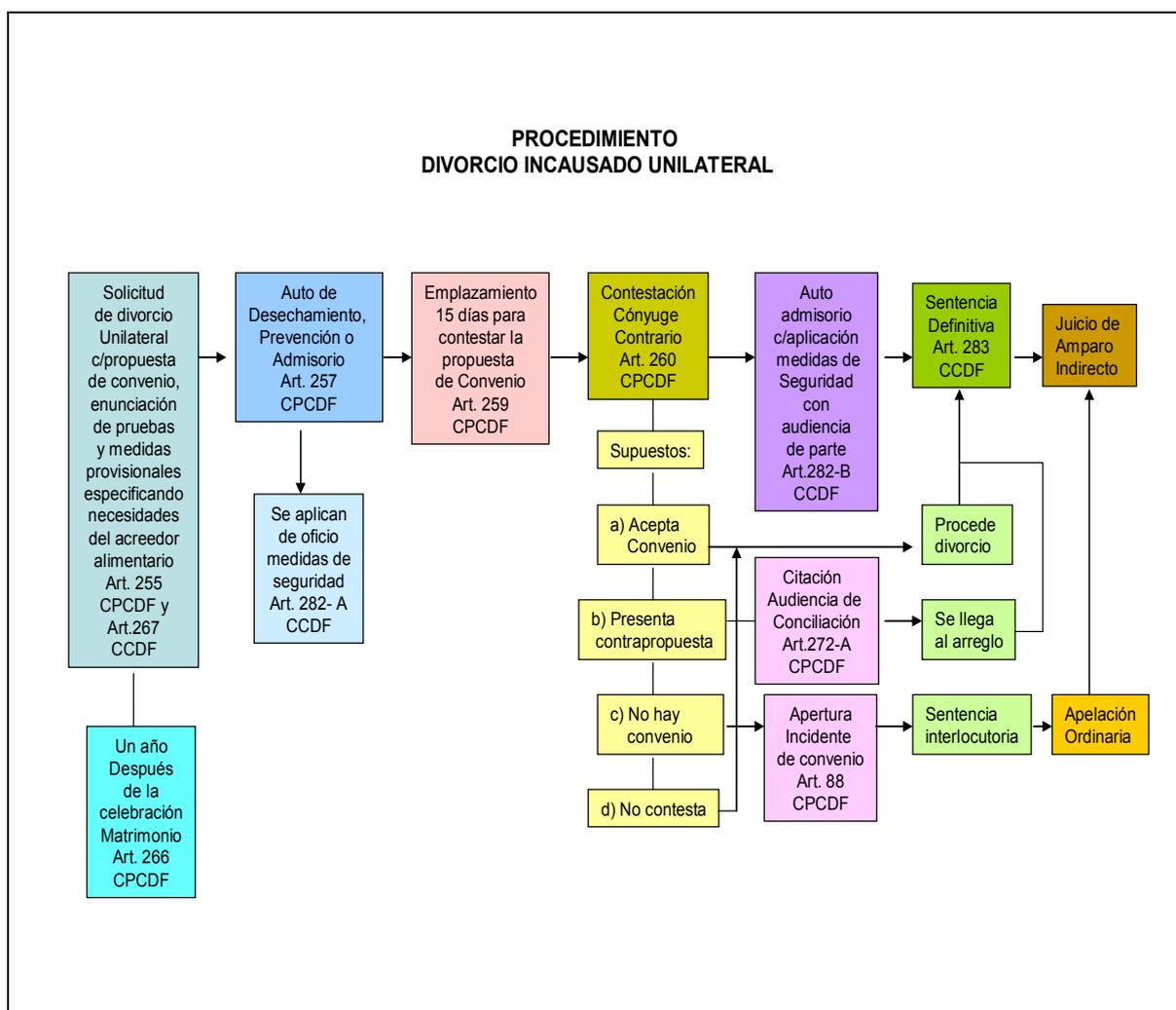


Fig. 1 Procedimiento Divorcio Incausado Unilateral

¹⁰³ **Jurisdicción Voluntaria.** Procedimiento judicial sin oposición o controversia entre las partes, en la que la decisión del Juez no les produce perjuicio. Couture, Eduardo J. citado por Santos Azuela, Héctor, *op. cit.*, nota 70, p. 96.

¹⁰⁴ **Juicio sumario.** Juicio civil que tiene como características fundamentales la sencillez en los trámites y la oralidad. Por decreto de 26 de octubre de 1973 se suprimió en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Tampoco existe en materia federal. Pina, Rafael de y Rafael de Pina Vara, *op. cit.*, nota 62, p. 338.

Todo proceso ordinario se divide en instrucción y juicio. En la primera, se instruye al juzgador sobre los derechos de las partes, sus respectivas pretensiones y la postura de cada una de ellas en caso de controversia; se divide en fase postulatoria, probatoria y alegatoria o preconclusiva. El segundo, se localiza en la fase conclusiva del proceso siendo el razonamiento al cual llega el juzgador después de analizar la tramitación del proceso y valorar las pruebas, a fin de determinar en su resolución, la conducta que debe cumplir el obligado.¹⁰⁵

3.3.1.1. Etapa Postulatoria

En el divorcio incausado, no existe propiamente un litigio en cuanto a la disolución del vínculo matrimonial pero puede suscitarse una controversia entre los divorciantes por los derechos y obligaciones establecidos dentro del convenio de divorcio; por lo que, jurídicamente, su naturaleza es la de un juicio voluntario con implicaciones a lo contencioso. Esta contradicción se resolvería si desde un principio, la resolución sobre el divorcio incluyera las determinaciones del juzgador, respecto a los principios del Derecho de familia, específicamente en salvaguarda del *interés superior del menor* y evitar que los divorciantes manipularan la normatividad a su conveniencia llegando incluso a violar, por ignorancia o dolo, derechos de terceros particularmente, los correspondientes a sus hijos menores.¹⁰⁶

A continuación, se expondrán cada uno de los momentos procesales que se encuentran dentro de esta etapa postulatoria.

a) Presentación de la Solicitud Unilateral de Divorcio.

El proceso de divorcio puede tramitarse un año después de haberse celebrado el matrimonio, se inicia con una **solicitud unilateral** del cónyuge que desea divorciarse presentada ante el juez de lo familiar por escrito, en español y con su

¹⁰⁵ Cfr., Gómez Lara, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*, 6ª ed., México, Oxford-Harla, 1998, pp. 18-22.

¹⁰⁶ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 23, pp. 362 y 363.

firma. Además exhibirá los originales de los documentos que acrediten su personalidad, anexará un proyecto de convenio sobre custodia de hijos menores y liquidación de los bienes que conforman la sociedad conyugal (artículo 267, CCDF), así como las pruebas que demuestren la procedencia de la propuesta de convenio (artículos 56 y 95, CPCDF). Mencionando específicamente, las medidas de seguridad aplicables de manera provisional durante el procedimiento de divorcio y hasta que se emita la sentencia definitiva o interlocutoria del incidente de convenio (artículo 282, CCDF). Esta solicitud deberá cumplir con los requisitos legales de fondo y forma del precepto 255 del CPCDF:

“Artículo 255. Toda contienda judicial, principal o incidental, principiará por demanda, en la cual se expresaran:

- I. El tribunal ante el que se promueve;
- II. El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones;
- III. El nombre del demandado y su domicilio;
- IV. El objeto u objetos que se reclamen, con sus accesorios;
- V. Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos. Asimismo debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión;
- VI. Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;
- VII. El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez;
- VIII. La firma del actor, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias;
- IX. Para el trámite de incidentes en materia familiar, la primera notificación se llevará a cabo en el domicilio señalado en autos por las partes, si se encuentra vigente el juicio principal, y para el caso, de que haya resolución firme o ejecutoriada, o haya inactividad procesal por mas de tres meses, se practicará en el lugar en el que resida la parte demandada incidentista; y
- X. En los casos de divorcio deberá incluirse la propuesta de convenio en los términos que se establece en el artículo 267 del Código Civil, con excepción de lo preceptuado en el segundo párrafo de la fracción V del presente artículo, debiendo ofrecer todas las pruebas tendientes a acreditar la procedencia de la propuesta de convenio.”

De la lectura de este numeral se puede apreciar la falta de consistencia jurídica para ser aplicable a la solicitud de divorcio, toda vez que se señalan: 1) como sujetos, el *actor* y el *demandado*, siendo que la solicitud únicamente hace mención de *cónyuge solicitante* y *contrario*, ambos sin interés en conflicto, 2) la narrativa de hechos que funden la petición con la mención de documentos y testigos, no obstante,

en la *solicitud los hechos sirven fundar la petición y las pruebas para acreditar la procedencia del convenio*, no así la del divorcio; por último, 3) *la propuesta de convenio únicamente sirve para regular los efectos económicos del divorcio entre los cónyuges*, por lo que corresponde a los bienes y los alimentos del menor, no siendo aplicable a éste, para la defensa y protección de los demás derechos inherentes a su interés superior, rezagados bajo la premisa del acuerdo previo entre los divorciantes.

Con lo que se demuestra que el artículo anterior no se encuentra ajustado a los intereses de las partes divorciantes como tampoco al interés superior del menor.

b) Prevención y Desechamiento de la Solicitud de divorcio

Dentro de los 3 días siguientes de su recepción en la Oficialía de Partes del Juzgado, puede recaerle a la solicitud un auto de prevención por oscuridad, irregularidad o por omisión, esto es, por no anexar la propuesta de convenio, no garantizar los alimentos con fianza o hipoteca, no señalar la fuente de trabajo para que se realice el descuento de nómina o por no exhibir la garantía. Sancionándose con desecharse la falta de desahogo de la prevención en el plazo judicial establecido con un máximo de cinco días, conforme al artículo 257 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que a la letra dice:

“...Si la demanda fuere oscura o irregular, o no cumpliera con algunos de los requisitos de los artículos 95 y 255, el juez dentro del término de tres días señalará con toda precisión en qué consisten los defectos de la misma, en el proveído que al efecto se dicte. ***El actor deberá cumplir con la prevención que haga el juez en un plazo máximo de cinco días contados a partir del día siguiente a aquél en que haya surtido efectos la notificación por Boletín Judicial de dicha prevención***, y de no hacerlo transcurrido el término, el juez la desechará y devolverá al interesado todos los documentos originales y copias simples que se hayan exhibido, con excepción de la demanda con la que se haya formado el expediente respectivo.”

El desecharse implica que las cosas vuelvan a su estado original como si la solicitud no hubiera sido presentada, dejando intactos los derechos del menor y evitando su afectación con la admisión.

c) Aplicación de las medidas de seguridad

En cuanto a las medidas de seguridad, existen dos momentos para su aplicación; el primero, *de oficio*, al ser admitida la solicitud de divorcio; el segundo, *con audiencia de parte*, después de ser aceptada la propuesta de convenio o dentro del plazo para su respuesta.

A. De Oficio. Cumplidos los requisitos de ley, la solicitud de divorcio será admitida aplicándose de oficio las medidas de seguridad señaladas en el precepto 282, apartado A, del Código Civil vigente, como son:

- a) Salvaguardar la integridad y seguridad de las víctimas de violencia incluyendo la familiar;
- b) Señalar y asegurar las *cantidades* que el deudor alimentario otorgue como alimento provisional a los acreedores alimentarios;
- c) Proteger los *bienes* que constituyan el patrimonio de familia, evitando que los cónyuges puedan causar daño o perjuicio a sus respectivos bienes ni a los de la sociedad conyugal;
- d) Ordenar la anotación preventiva de la solicitud en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal o donde se encuentren los bienes y, por último,
- e) Revocar los mandatos que entre los cónyuges se hubieren otorgado, excepto cuando hubieren sido condición de un contrato bilateral o como medio para cumplir una obligación contraída.

En este punto, se puede observar que las medidas decretadas por el juez con base en la solicitud no son adecuadas en su totalidad para la defensa del interés superior del menor pues se excluyen varios de los derechos que permiten de manera integral el desarrollo del menor, tales como el aseguramiento al **derecho de educación, a la salud, sano esparcimiento, derecho de viajar y salir del país cuando las circunstancias decretadas para la guarda, custodia y derecho de**

visita lo ameriten, derecho de convivencia con ambos padres y no exclusivamente con uno, derecho a participar en actividades propias de su edad, en la cultura y en las artes. Todo lo anterior mientras no se encuentre determinado legalmente en el convenio queda exclusivamente a voluntad de los progenitores en calidad de cónyuges divorciantes otorgarlo en la medida de sus posibilidades, las cuales estarán siempre delimitadas en preferencia de los obligados y no así bajo la necesidad del menor.

B. Con audiencia de parte. Contestada la propuesta de convenio, el juez con audiencia de parte y teniendo en cuenta el interés familiar, aplicará conforme al mismo numeral 282, ahora en su apartado B del Código Civil en comento, las medidas de seguridad siguientes:

- a) Determinará cuál consorte continuará con el uso de la vivienda familiar;
- b) Determinará, previo inventario, los bienes que continuarán dentro de la vivienda y los que el otro cónyuge se llevará;
- c) Pondrá en custodia a los menores y permitirá a los divorciantes bajo convenio compartir la guarda y custodia.
- d) Resolverá sobre el derecho de visita del menor y su convivencia con los padres; y
- e) Requerirá a cada cónyuge bajo protesta de decir verdad el inventario de sus bienes y de los que componen la sociedad conyugal, especificando título de adquisición y valor, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición.

Todas estas medidas podrán aplicarse escuchando el interés de cada uno de los cónyuges y **al menor afectado**, así como a los familiares que funjan como testigo de las diversas conductas que en el ámbito familiar pudieran afectar al menor por la decisión de los padres. En este punto, nuestra hipótesis se confirma parcialmente al observar que para la determinación de las medidas decretas por el juez, la ley ordena escuchar la opinión del menor, así como de terceros que estén en representación de

la defensa de sus derechos; sin embargo, siguen siendo excluidos varios de los derechos que permiten de manera integral el desarrollo del menor, como lo manifiesta el autor Alberto Pacheco:

“Los hijos son siempre los grandes perdedores en todo juicio de divorcio, cualquiera que sea la causa de éste y cualquiera que sea la edad de aquellos...sin oírlos y sin posibilidad alguna de defensa, se les deja sin hogar y queda modificada gravemente para ellos su posibilidad de educarse y formarse. En nuestro tiempo, que tanto se habla de protección a la infancia, de derechos de los menores y de protección a los hijos, la legislación permite que esos derechos sean negados y seriamente afectados por sus padres divorciantes, pensando que proteger a la misma infancia es tratar de llenar solamente sus necesidades materiales.”¹⁰⁷

Como ya se había indicado, no se cumple cabalmente con el aseguramiento al **derecho de educación, salud, sano esparcimiento, derecho de viajar, salir del país, guarda, custodia, derecho de visita, a participar en actividades propias de su edad, en la cultura y en las artes**, pues reiteramos, mientras no se encuentre autorizado por el juez el convenio, queda exclusivamente a voluntad de los progenitores en calidad de cónyuges divorciantes otorgarlos en la medida de sus posibilidades económicas, las cuales estarán siempre delimitadas en preferencia de los obligados y no así bajo la necesidad del menor.

d) Contestación a la propuesta de convenio

Una vez dictado el auto admisorio de la solicitud de divorcio, se correrá traslado con los documentos anexos al cónyuge contrario, emplazándolo a efecto de que en el lapso de **15 días**¹⁰⁸ responda sí acepta la propuesta del convenio o plantea una contrapropuesta (Artículo 256 CPCDF). Esta contestación cumplirá con los requisitos establecidos en el numeral 260 del CPCDF, a saber:

¹⁰⁷ Pacheco Escobedo, Alberto, *op. cit.*, nota 31, p. 164.

¹⁰⁸ Conforme a las reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 10/IX/2009.

“Artículo 260.- El demandado formulará la contestación a la demanda en los siguientes términos:

I. Señalará el tribunal ante quien conteste;

II. Indicará su nombre y apellidos, el domicilio que señale para oír notificaciones y, en su caso, las personas autorizadas para oír notificaciones y recibir documentos y valores;

III. Se referirá a cada uno de los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos;

IV. Se asentará la firma del puño y letra del demandado, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, lo hará un tercero en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias, poniendo los primeros la huella digital;

...

VIII. En los casos de divorcio podrá manifestar su conformidad con el convenio propuesto o, en su caso, presentar su contrapropuesta, debiendo anexar las pruebas respectivas relacionadas con la misma; y...”

No obstante, este precepto al igual que el 255 del mismo ordenamiento, debe ser ajustado al divorcio incausado e indicar “presentada la solicitud”, en lugar de la palabra “demanda”; otra aclaración consiste en que no se contesta una demanda, tan solo se manifiesta el consentimiento con la propuesta de convenio del cónyuge divorciante agregada a la solicitud. En este último caso, es incorrecto que las partes sean las únicas en delimitar con su voluntad la propuesta y aceptación el contenido del convenio, porque éste, debe ser regulado con base en norma jurídica nacional e internacional que pueden desconocer los promoventes; aunado a que son normas de orden público; por lo que, para evitar situaciones confusas en la especificación de los derechos del menor deberá aplicarse la facultad exclusiva del juzgador y determinar en su resolución los efectos de la disolución del vínculo matrimonial, evitando la elaboración de un convenio que carezca de los contenidos jurídicos en protección del interés superior de los menores hijos.

e) La Conciliación y los efectos de la no conciliación

La reconciliación de los cónyuges da por terminado el procedimiento de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, volviendo las cosas al momento anterior a la presentación de la solicitud. En consecuencia, el juez ordenará que el expediente completo sea enviado al archivo judicial, devolviendo los originales de los

documentos exhibidos a cada una de las partes (Artículo 280 CCDF), evitando con ello, que los intereses de los menores sean afectados con el divorcio. En caso contrario, pueden suceder los cuatro supuestos siguientes:

- 1) La aceptación de la propuesta del convenio procediendo inmediatamente al divorcio;
- 2) La negativa a la propuesta del convenio, ordenándose la conciliación, en consecuencia el acuerdo y dictado posterior del divorcio;
- 3) Decretar el Divorcio y señalar la apertura del incidente de convenio para resolver su controversia; o bien,
- 4) No contestar.

1) Primer supuesto: Aceptación de la propuesta de convenio

Una vez transcurrido el plazo de los 15 días¹⁰⁹ -tiempo de contestación- si el cónyuge emplazado acepta la propuesta de convenio, el juez solicitará la presencia de ambos a efecto de que ratifiquen su decisión y **aprobará de plano el convenio si al efecto no contraviene disposición legal alguna**, decretando de inmediato el divorcio mediante sentencia (Artículo 287 CCDF). Sin embargo, este convenio como se ha demostrado si puede contravenir diversas disposiciones nacionales e internacionales, como son la Constitución Federal en sus artículos 1, 3, 4, 6 y 11, así como el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, al no resguardar la protección del interés superior del menor respecto a los derechos de igualdad jurídica, educación, libre tránsito, libre manifestación de las ideas además de evitar un desarrollo integral al eximirlo de actividades que lo vincularan con la cultura y las artes.

De igual manera, el numeral 272-A, párrafo segundo *in fine* del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala que se dictará **auto** que

¹⁰⁹ *Ídem.*

decrete la disolución del vínculo y la aprobación del convenio sin necesidad de dictar sentencia.

“...En los casos de divorcio, si los cónyuges llegan a un acuerdo respecto al convenio, el juez dictará un **auto** en el cual decreta la disolución del vínculo matrimonial y la aprobación del convenio, sin necesidad de dictar sentencia.”

En términos procesales, un *auto* y una *sentencia* son resoluciones judiciales con diferente efecto jurídico, pues mientras el primero sirve para tres fines distintos en virtud de ser: a) una determinación que puede ejecutarse de manera provisional (auto provisional); b) una resolución que prepara el conocimiento y decisión del negocio ordenando, admitiendo o desechando pruebas (auto preparatorio) y, c) una decisión que tiene fuerza definitiva impidiendo y hasta paralizando de forma definitiva la prosecución del juicio (auto definitivo); la segunda es una resolución que analiza el fondo del asunto y resuelve la controversia entre las partes, en el caso particular el contenido del convenio por efectos del divorcio.¹¹⁰

“Artículo 79.- Las resoluciones son:

- I. Simples determinaciones de trámite y entonces se llamarán decretos;
- II. Determinaciones que se ejecuten provisionalmente y que se llaman *autos provisionales*;
- III. Decisiones que tienen fuerza de definitivas y que impiden o paralizan definitivamente la prosecución del juicio, y se llaman *autos definitivos*;
- IV. Resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenando, admitiendo o desechando pruebas, y se llaman *autos preparatorios*;
- V. Decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia, que son las *sentencias interlocutorias*;
- VI. *Sentencias definitivas*.”

Por lo tanto, el legislador no se puede permitir errores legales y crear confusión al permitir que dos artículos en el mismo sentido, utilicen una terminología diferente implicando que la decisión final que emita el juzgador pueda ser indistintamente un auto o una sentencia, con base en el acuerdo entre las partes divorciantes, pues debe verificar su adecuación al derecho familiar y de ajustarse el acuerdo a dicha normatividad, emitir su autorización elevando el convenio a sentencia definitiva, no así a un simple auto que de por concluido el procedimiento.

¹¹⁰ Cfr., Santos Azuela, Héctor, *op. cit.*, nota 70, p. 177.

2) Segundo Supuesto: Negativa a la propuesta del convenio

Una vez contestada la propuesta de convenio o transcurrido el tiempo para su contestación sin que los cónyuges hayan llegado a un arreglo, el juez en los cinco días siguientes citará a los cónyuges a la Audiencia Previa de Conciliación, a efecto de promover el acuerdo y dirimir las diferentes pretensiones en cada uno de los convenios planteados (Artículo 272-B, CPCDF).

“...En caso de diferencias en los convenios propuestos, el juez, dentro de los cinco días siguientes, citará a las partes para promover el acuerdo entre las pretensiones expuestas en los citados convenios...”

Reiteramos nuestra opinión en el sentido de ser responsabilidad del juzgador determinar los efectos del divorcio con base en los documentos y pruebas exhibidas desde los escritos de solicitud y contestación, sin importar si las partes divorciantes estén o no de acuerdo con lo estipulado en las respectivas propuesta y contrapropuesta. Toda vez que en materia familiar, la autonomía de la voluntad está limitada a la existencia de los *derechos y deberes subjetivos familiares*, estos últimos definidos como:

“ ...los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí...inherente a todo deber jurídico y consiste en la subordinación que desde el punto de vista del derecho guarda un sujeto que se denomina “obligado” frente a otro sujeto llamado “pretensor”, y cuya característica primordial es su situación permanente por cuanto que se manifiesta en un conjunto o serie de obligaciones que se van renovando continuamente, a diferencia de lo que ocurre en los deberes jurídicos personales o sea, de los que existen a cargo del deudor, pues éstos se caracterizan generalmente como temporales y se extinguen, por lo tanto, una vez que son cumplidos, sin que haya posibilidad de una renovación.¹¹¹

¹¹¹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 23, p. 240.

3) Tercer Supuesto: Divorcio y apertura del incidente de convenio

Si aún los cónyuges no llegan a un arreglo respecto del convenio, el juez dejará a salvo sus derechos para que los hagan valer en vía incidental y decretará el divorcio mediante sentencia (Artículos 287 CCDF y 88 CPCDF). Destacamos la vulneración al interés superior del menor el cual, a pesar de estar contenido en una norma de orden público, es relegado a un segundo término frente al interés de las partes divorciantes, quienes obteniendo la sentencia de divorcio poco les importará la tramitación de un incidente de convenio tratando de resolver la situación jurídica del menor hijo.

En este punto, las reformas caen en la misma situación que se trató de eliminar, es decir, evitar la controversia sobre una causal de divorcio y generar un litigio ahora sobre el verdadero problema localizado en la falta de acuerdo entre las partes, respecto a los efectos de la disolución del matrimonio, estipulado en el convenio. Esta es la verdadera razón del pleito entre los cónyuges divorciantes, los cuales se niegan a reconocer los derechos del contrario y de los terceros, que son sus propios hijos, violando de manera reiterada el *interés superior del menor* contenido tanto en nuestra Constitución Federal como en los diversos tratados internacionales. El legislador no debe permitir que la contienda en los tribunales se manifieste ahora como un incidente cuyo resultado puede llegar a ser igual al del principal cuando existía el divorcio necesario.

4) Cuarto Supuesto: No contestar.

Para el caso de que el cónyuge contrario no de respuesta a la propuesta de convenio en el lapso de tiempo otorgado, la ley procesal es omisa, debiéndose indicar que contrario a lo esperado no se podrá aplicar el efecto de la rebeldía en materia familiar, es decir, por contestada en sentido negativo sino afirmativo, para tener por admitida dicha propuesta; sin embargo, esto también puede ser materia de afectación a los derechos del hijo pues la sola propuesta de uno de los progenitores

no garantiza su protección, es necesario verificar que se encuentre ajustada al Derecho, demostrando con ello, la posible vulneración al *principio del interés superior del menor* ante la falta de regulación jurídica con motivo del silencio del cónyuge emplazado y la aceptación inmediata de la única propuesta de convenio sin su previa revisión. En virtud de lo anterior, el juez deberá proceder de manera inmediata ajustando los efectos del divorcio a la normatividad, tanto nacional como internacional, para la correcta protección a los derechos del menor protegiendo en todo lo posible su *interés superior* frente al interés personal del cónyuge solicitante del divorcio, actuando conforme a los principios de orden público e interés social derivados del Derecho familiar.

3.3.1.2. Etapa Probatoria- Las pruebas en el procedimiento de Divorcio

Como ya se mencionó, el divorcio incausado es un proceso *sui generis* cuya solicitud basta para proceder a la disolución del matrimonio. No obstante, ante la discordia entre los cónyuges para otorgar el consentimiento del convenio, se deberá acreditar su procedencia mediante el ofrecimiento de pruebas en la solicitud y en la contestación; de las admitidas, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, únicamente se ordenará su preparación y se señalará fecha para su desahogo en el incidente correspondiente. (Artículos 272-A, pfo. 4º y 290, CPCDF)

3.3.1.2.1. Proceso Incidental

El *incidente*¹¹² de convenio de divorcio, se tramitará a petición de parte interesada mediante un escrito donde se incluyan cada uno las pruebas que beneficien al promovente así como la mención de las medidas provisionales que deberán ser aplicables durante el procedimiento incidental (Artículo 287, CCDF en relación con los preceptos 88 y 255 del CPCDF).

¹¹² **Incidente.** Son los procedimientos para resolver una cuestión accesoria al litigio principal. Santos Azuela, Héctor, *op. cit.*, nota 70, p. 184.

El juez gozará de un plazo de tres días para verificar si el primer escrito cumple con los requisitos de ley resolviendo si lo admite; en su caso, dando vista al contrario para que desahogue la vista manifestando lo que a su derecho convenga, debiendo anexar a su escrito las pruebas correspondientes a su contrapropuesta de convenio. Si las pruebas ofrecidas por ambas partes no tienen relación con los puntos cuestionados incidentalmente en el convenio como son guarda y custodia del menor, custodia compartida, derecho de visitas, alimentos y aseguramiento del acreedor alimentario, derecho de uso del domicilio conyugal y del menaje, administración de la sociedad conyugal hasta su liquidación, derecho a la compensación del cónyuge beneficiario, entre otros; o si éstos son puramente de derecho, el tribunal deberá desecharlas. En caso de que el juez las admita citará a las partes a una audiencia para su recepción y práctica dentro de un plazo de diez días que será diferible por una sola vez. Concluida la audiencia, se procederá a escuchar los alegatos verbales de las partes terminando su participación con la citación para oír sentencia interlocutoria que deberá dictarse dentro de los ocho días siguientes y mandarse notificar por publicación en el Boletín Judicial, la cual será inapelable.

Manifestamos nuevamente lo innecesario de este procedimiento incidental, el cual deberá ser eliminado del divorcio incausado, toda vez que la falta de consentimiento de las partes divorciantes respecto a los contenidos del convenio no da motivo para que el juzgador abra un nuevo trámite para resolver la controversia, en virtud que los deberes subjetivos familiares de los cónyuges respecto de los derechos de los hijos menores, se encuentran estipulados dentro de la normatividad del Derecho de Familia, así como en los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, en la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales que protegen el interés superior del menor.

En vista de lo anterior, lo correcto sería que el juez después de admitir la propuesta y contrapropuesta de convenio, analizará las pruebas ofrecidas por las partes divorciantes y sin necesidad de mayor trámite, en un lapso no mayor al

señalado para dictar el divorcio, determinará lo conducente sobre sus efectos, dando vista al Ministerio Público adscrito al juzgado, a efecto de recibir su opinión sobre lo conducente para proteger y resguardar la situación jurídica de los perjudicados por la disolución del matrimonio, es decir, de los menores por vulneración a su interés superior. Eliminando la apertura del incidente a prueba, y permitiendo su tramitación cuando la oportunidad lo amerite, esto es, cuando cambien las circunstancias de hecho o de derecho de los interesados.

3.3.1.3. Etapa Preconclusiva - Alegatos

La eliminación de la etapa probatoria dentro del proceso principal de divorcio incausado, dio como resultado la desaparición de la audiencia de pruebas y **alegatos**, estos últimos se permitían manifestar de manera verbal dentro del juzgado o por escrito, a manera de conclusiones, dentro de los cinco días siguientes. Algunos doctrinarios ubican a los alegatos dentro de una etapa conclusiva, por virtud de los cuales se da por terminada la instrucción para continuar con el juicio; en nuestra opinión, nos adherimos a lo manifestado por el maestro Cipriano Gómez Lara quien establece la existencia de una etapa previa a la conclusión del proceso llamada preconclusiva o alegatoria.¹¹³

En cuanto a este punto, señalamos la falta de criterio jurídico del legislador al eliminar las causales de divorcio sin establecer con precisión la naturaleza especial de este proceso incausado, debiendo señalar que la resolución emitida sea a través de una jurisdicción voluntaria, sin controversia, otorgando al juez la facultad exclusiva de fijar los efectos de la disolución del matrimonio, sin necesidad de un convenio entre las partes divorciantes sobre los derechos de protección al interés superior del menor.

¹¹³ Cfr., Gómez Lara, Cipriano. *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, nota 104, p. 21.

3.3.1.4. Etapa Conclusiva - La sentencia de divorcio

El proceso de divorcio incausado concluye mediante resolución del juez que decreta la disolución del vínculo matrimonial, ya sea por auto definitivo o sentencia. Si es por auto, se mandará publicar en el Boletín Judicial dentro del plazo de tres días siguientes a las veinticuatro horas en que el secretario de acuerdos de cuenta del último trámite o promoción (Artículo 89, CPCDF). Si es por sentencia, una vez dictada, se mandará publicar en el Boletín Judicial dentro de los quince días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación del auto en que se hubiera hecho su citación (Artículo 87, CPCDF).¹¹⁴

Dicha resolución definitiva deberá especificar todos los datos de identificación del proceso, de las partes y del tribunal que la dictó, así como el lugar y fecha de expedición (Artículo 82, CPCDF).¹¹⁵ Para ser válida y pueda surtir efectos legales, se dictará conforme a los principios de equidad, congruencia y legalidad. Además deberá cumplir con los requisitos de contenido y fondo del numeral 283 del CCDF, fijando de manera definitiva las medidas de seguridad que durante el procedimiento fueron dictadas provisionalmente, relativas al señalamiento de los derechos y deberes subjetivos familiares inherentes a:

- I. Patria potestad en cuanto a su otorgamiento, limitación, suspensión y pérdida;
- II. Guarda y custodia;
- III. Obligaciones de crianza;
- IV. Derecho de convivencia de los hijos con ambos progenitores y las medidas para garantizarlo;
- V. Medidas necesarias contra la violencia familiar a favor de los hijos;

¹¹⁴ Por reforma al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 10/IX/09.

¹¹⁵ *Ídem.*

- VI. Medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar;
- VII. División de los bienes;
- VIII. Alimentos a favor de los hijos;
- IX. Medidas de protección para mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges;
- X. Procedencia de la compensación en desacuerdo de los cónyuges; y
- XI. Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.**

En cuanto a la patria potestad, la sentencia puede limitarla o suspenderla pero el hecho de que el padre o la madre la pierdan, no los libera de cumplir sus obligaciones para con sus hijos (Artículo 285, CCDF)

En otras palabras, la sentencia tiene que verter el contenido de la norma jurídica en cada uno de sus puntos resolutivos, determinando con exactitud los derechos y obligaciones que le asisten a las partes divorciadas en protección de los menores e incapaces, por cuanto a su *interés superior*, siendo precisadas en esta fracción XI del artículo 283 del CCDF, los derechos de salud, educación, sano esparcimiento, derechos de convivencia con ambos padres, permitiéndole realizar actividades que lo vinculen con la cultura y el arte, derecho de libre tránsito y salida del país cuando las circunstancias decretadas para la guarda, custodia y derecho de visita lo ameriten; todas estas consideraciones no solamente en el aspecto patrimonial sino también afectivo, social, intelectual y cultural para su desarrollo integral.

3.4. El procedimiento Incausado Bilateral – Por mutuo acuerdo

El procedimiento de divorcio incausado bilateral, puede promoverse después de un año de celebrado el matrimonio manifestando ambos cónyuges su voluntad de no querer continuar con dicha relación.

Inicia con la solicitud por escrito, cumpliendo con los requisitos de fondo y forma del ocurso general de demanda (Artículo 255, CPCDF) con las respectivas adecuaciones que fueron señaladas para la solicitud unilateral,¹¹⁶ anexando el convenio propuesto por mutuo acuerdo, así como las pruebas que acrediten **no tener hijos o ser mayores de edad**, contar cada uno con ingresos propios y estar casados bajo el régimen de separación de bienes o comprobando la liquidación previa de la sociedad conyugal.

El juez bajo su más estricta responsabilidad, revisará si los escritos cumplen con los requisitos de ley para poder acordar sobre su admisión, citando a los cónyuges dentro de los tres días siguientes para que ratifiquen el convenio y conforme al análisis de las pruebas exhibidas, decretar si procede o no otorgar la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia en el plazo de los 10 días siguientes.

Cabe señalar, que este tipo de divorcio en realidad se ajusta a las características que debe contener un proceso de solicitud de divorcio incausado, independientemente de ser unilateral o bilateral, pues lo que se busca es la rapidez de la emisión de la resolución sin afectación a los derechos de los involucrados, en el caso en particular, se facilita ante la ausencia de menores que deban ser protegidos por la ley y con asistencia de la autoridad, judicial o administrativa (Ministerio Público).

3.5. Impugnación de las resoluciones en el proceso principal e incidental

Dentro del proceso unilateral de divorcio, la sentencia o auto definitivo que declare la disolución del vínculo matrimonial es inapelable si ambas partes han llegado a un arreglo con la propuesta de convenio (Artículo 685 Bis, CPCDF).

¹¹⁶ Ver Capítulo Tercero, página 55, párrafo último de este trabajo de investigación.

Teniendo como único medio de impugnación el juicio de **amparo indirecto**¹¹⁷ ante Juez de Distrito en caso de violación a las reglas del procedimiento y con ello la afectación de algún derecho, particularmente, vulnerando el *interés superior del menor*, con fundamento en los artículos 14 (párrafos segundo y cuarto) y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que **se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento** y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho...
En los juicios del orden civil, **la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley**, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de **mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...**”

En el procedimiento incidental tramitado por desacuerdo entre las partes en cuanto a la propuesta de convenio, la sentencia interlocutoria podrá ser impugnada por cualquiera de los cónyuges, debiéndose incluir también al menor, quien a través de su representante puede hacer valer recurso por la violación a su interés superior, mediante **apelación ordinaria**¹¹⁸ (Artículo 685 Bis, CPCDF) además, del **amparo indirecto**, con una duración de tres meses aproximadamente y cuya resolución

¹¹⁷ **Amparo Indirecto.** Instancia que protege a los individuos afectados por un acto de autoridad distinto de una sentencia, por ejemplo vicios del procedimiento que no puedan corregirse por vías ordinarias de impugnación, que invada sus garantías individuales. Díaz González, Luis Raúl. *Conceptos Jurídicos Fundamentales, Elementos de Derecho Civil, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, México, Gasca Sicco, 2005, pp. 183 y 184.

¹¹⁸ **Apelación ordinaria.** Medio ordinario de impugnación de resoluciones jurisdiccionales que permite someter a una cuestión ya decidida en primera instancia a la reconsideración de un juez superior, competente para darle la solución que estime arreglada a derecho, tomando en cuenta los agravios formulados al efecto por la parte recurrente. Pina, Rafael de y Rafael de Pina Vara, *op. cit.*, nota 62, p. 88.

podrá ser impugnada a su vez con un **recurso de revisión**¹¹⁹ ante el Tribunal Colegiado de Circuito, con una duración de seis meses.¹²⁰

En el proceso de divorcio bilateral debido a que ambas partes están de acuerdo con la disolución del vínculo matrimonial y con el convenio exhibido que regule sus efectos, no es factible promover recurso ni medio de impugnación en contra de la sentencia definitiva dictada. Solicitando por los interesados, la declaratoria de la sentencia de cosa juzgada, a fin de causar ejecutoria y proceder a su cumplimiento.

3.6. Ejecución del divorcio y del convenio

La ejecución de la sentencia de divorcio se realiza, cuando el Juez de lo Familiar remite copia de la resolución definitiva al titular o juez del Registro Civil, ordenándole se lleve a cabo su anotación al margen del acta de matrimonio declarando su disolución y levantando acta de divorcio correspondiente. A continuación se publicará un extracto de la resolución durante 15 días en los estrados del Registro, a efecto de dar a conocer de manera pública la capacidad de los ex cónyuges para contraer nuevas nupcias (Artículo 291, CCDF).

El cumplimiento del convenio se hará de manera voluntaria por los interesados y en caso contrario, el afectado tendrá el derecho de acudir ante el juez que lo aprobó para hacer valer la aplicación de la vía de apremio, conforme a los artículos 500 y 501 del Código de Procedimientos Civiles.

Como se ha podido observar a lo largo de este trabajo de investigación, las reformas en materia de divorcio a pesar de la buena voluntad del legislador para resolver el conflicto de intereses entre los cónyuges divorciantes no cumplen con el

¹¹⁹ **Recurso de Revisión.** Medio de impugnación autorizado por la Ley de Amparo contra las resoluciones de un juez de Distrito o del superior del Tribunal responsable. *Ibidem*, p. 445.

¹²⁰ <http://asesoriajuridica.com.mx/blog/?p=41>, consultado 23/08/2009, 20:35 hrs.

requisito de eficacia que se pretende desde su iniciativa, discusión y posterior publicación, toda vez que no se ajustan a los parámetros del Derecho Familiar. Pues en su mayoría, el contenido de sus artículos resultan ser enmienda política y no creación novedosa ajustada a los intereses de la sociedad en general, ávida de procesos que resuelvan eficazmente problemas con base en el respeto a su persona y de su economía, pero sobre todo, porque deja en estado de indefensión al menor quien tiene que sufrir desde el inicio de la tramitación del divorcio la vulneración de su interés superior de convivencia con los cónyuges dentro de la familia y a lo largo del procedimiento la violación continua de sus derechos para su sano desarrollo integral, debido a que las medidas provisionales que pueda decretar el juez en su beneficio ignoran varios de sus derechos relativos a la educación, esparcimiento, opinión y cultura, entre muchos otros.

3.7. Comentarios finales y sugerencias

De acuerdo a las estadísticas del INEGI un 75 % de los procesos de divorcio incausado ha sido promovido por las cónyuges,¹²¹ quienes se han visto favorecidas con la reforma legislativa, porque los procesos de divorcio ya no son materia de insultos, maltratos y violencia dentro de los tribunales, además de no exigir la comprobación de una causal fuera de toda posibilidad de acreditación para ellas. En consecuencia, el Estado busca ahora una nueva iniciativa de reforma que aplique “candados procesales” a esta tramitación y con ello, asegurar el mantenimiento del vínculo matrimonial. Sin embargo, hay que considerar que las nuevas generaciones ya no piensan en casarse. Con esto, el gobierno tiene que darse a la tarea de inculcar en la población la responsabilidad que implica el matrimonio, tener familia y evitar su ruptura en un corto tiempo, afectando con ello a los menores hijos.

¹²¹ <http://www.inegi.gob.mx> , consultado 22/03/09, 12:55 hrs.

3.7.1. Equiparación del divorcio incausado a un divorcio *Express*

El Presidente de la Cuarta Sala en Materia Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Magistrado Juan Luis González Carrancá durante una entrevista para el Rotativo de Querétaro¹²² **equiparó el divorcio incausado con un divorcio *Express***, conforme en su aplicación para una conclusión más rápida del proceso en caso de acuerdo entre las partes. Pero, cabría analizar si realmente se trata de un trámite *Express*, pues el término ha sido utilizado en España de una forma diferente. Durante el año de 2005, la ley española de divorcio se reformó admitiendo una disolución más rápida sin invocación de causales, solicitada a partir de los 3 meses de matrimonio y sin previa separación de los cónyuges; incluyendo dentro del convenio la custodia compartida, un **fondo de garantía para alimento de menores**, pago de compensación y obligatoriedad de ambos consortes de compartir las tareas domésticas.¹²³

Destacamos que en México, la garantía de los alimentos al menor se cubre con prenda, hipoteca o fianza. Asimismo, en Monterrey, Nuevo León los cónyuges que solicitan el divorcio voluntario se presentan al tribunal con la solicitud, el convenio, un aval y manifestando su separación previa de 2 a 5 años. El juez los cita al día siguiente y mediante un juicio oral verifica que la información proporcionada se acredite con las pruebas exhibidas otorgando en ese mismo día la sentencia con copia en DVD de lo grabado en el proceso y a los siguientes 15 días se expide el acta de divorcio.¹²⁴

¹²² http://www.rotativo.com.mx/?module=displaystory&story_id=8556&format=html, consultado 06/11/08, 11:00 hrs.

¹²³ <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/divorcio-express>, consultado 02/08/09 11:15 hrs.

¹²⁴ <http://mexicolegal.com.mx/foro-verresp.php?id=18484>, consultado 06/08/09, 17:20 hrs.

Como se puede apreciar en otras legislaciones, tanto nacionales como extranjeras, el término *Express* se justifica pues los trámites además de ser rápidos, con una duración de un día a una semana como máximo, necesitan del arreglo previo entre las partes así como de un proceso de naturaleza oral, equivalente al trámite de divorcio administrativo en el Distrito Federal. Por ello, algunos particulares y juristas reconocen como verdadero divorcio *Express*, únicamente, el proceso voluntario bilateral ante los tribunales jurisdiccionales o el administrativo ante el Registro Civil donde se celebró el matrimonio, pero no así, el divorcio incausado unilateral, el cual resulta más tardado y conlleva un procedimiento incidental en caso de desacuerdo entre los divorciantes, lo que ocasiona la afectación de los derechos y la violación al principio de interés superior del menor.

3.7.2. Propuesta de reforma legislativa a fin de mejorar el trámite del divorcio incausado y ajustarlo con el Principio de Interés Superior del Menor.

A continuación presentamos una serie de propuestas jurídicas de mejora a la legislación procesal en materia de divorcio incausado, con el fin de defender los derechos inherentes de los menores en lo que concierne a su interés superior frente al interés personal de los cónyuges divorciantes y a la voluntad de la ley a través de la autoridad judicial.

Exposición de Motivos

Con la tramitación de un divorcio incausado, la disolución del matrimonio se ha simplificado por la eliminación de una causal que determine la culpabilidad de uno de los cónyuges y en consecuencia su sanción, ahora el promovente debe cumplir con la presentación de un escrito que reúna los requisitos de fondo y forma del numeral 255 del CPCDF, remitiéndose a un precepto expresamente determinado para la promoción de una demanda señalada para una contienda judicial, estando obligado a ajustar de manera indebida su contenido para la solicitud unilateral o bilateral del

divorcio, según corresponda, por lo que se propone a fin de proteger el derecho de acción de los cónyuges divorciantes y en protección al interés superior de los menores hijos, que se **adicione el artículo 255 bis**, a fin de determinar el contenido de la solicitud de divorcio incausado.

De igual manera, el cónyuge contrario emplazado con una solicitud unilateral de divorcio debe elaborar la respuesta de aceptación a una propuesta de convenio, ajustando de manera indebida su contenido en el numeral 260 del CPCDF, precepto que expresamente determina la contestación de una demanda dentro de un proceso contencioso, por lo que se propone a fin de proteger el derecho de audiencia del cónyuge divorciante emplazado, que se **adicione el artículo 260 bis**, a fin de determinar el contenido de la contestación a la solicitud de divorcio incausado.

Asimismo, se estipula en el precepto 271 del CCDF como facultad del juzgador suplir la deficiencia de las partes divorciantes en el convenio propuesto; sin embargo, cabe señalar que la responsabilidad del juez no implica únicamente enmendar omisiones y probables errores del promovente, va más allá al ser el único con el deber jurídico de prescribir como mandato judicial el contenido de los efectos del divorcio, con base, no en la voluntad de los cónyuges transformada en consentimiento con la oferta en la propuesta de convenio, o su negativa en la contrapropuesta. Sino, en pruebas fehacientes que acrediten la existencia de los derechos, bienes y personas a las cuales hace referencia la propuesta de cada una de las partes divorciantes. Por ello, se propone **reformar el numeral 271 de la norma sustantiva local** para otorgar y reconocer al juez como redactor de la propuesta sobre los efectos del divorcio incausado y, único responsable del control de la legalidad al incorporarla en su resolución definitiva.¹²⁵

¹²⁵ Cfr., Chávez Asencio, Manuel. *Convenios Conyugales y Familiares*, 4ª ed., México, Porrúa, 1999, p.84

Por otra parte, en materia familiar hay un orden público que impide que sus normas puedan alterarse por ser imperativas, toda vez que en la participación conyugal existe una autonomía de voluntad restringida la cual fija un límite natural al convenio evitando que pueda violar los principios, derechos, obligaciones derivados del matrimonio y de las relaciones implícitas de familia. En vista de lo anterior, cabe señalar que el problema del convenio no son las facultades y deberes contenidos sino la manera en la cual los cónyuges tratan de eximirse de la obligación de cumplirlos; por tanto, queda al juez después de admitir los respectivos escritos de las partes, analizar las pruebas ofrecidas y determinar lo conducente sobre los derechos de las partes involucradas y de los terceros afectados por el divorcio, específicamente, a fin de proteger el principio de interés superior del menor, dando vista al Ministerio Público adscrito al juzgado, a efecto de recibir su opinión sobre la fijación de los efectos del divorcio, determinados en la sentencia definitiva, sin que medie un convenio para ello. Por lo que se propone **la derogación de los artículos que autorizan el convenio** en materia de divorcio incausado, a fin de que la determinación de los derechos y deberes de los cónyuges divorciantes sea regida únicamente por el Estado y no por los particulares.

En consecuencia, toda vez que la falta de consentimiento de las partes divorciantes respecto a los efectos del divorcio da motivo para que el juzgador abra de manera injustificada un nuevo trámite para resolver una controversia que no se encuentra en las facultades de los particulares divorciantes resolver mediante su voluntad, en virtud que los derecho y deberes subjetivos familiares, particularmente de los hijos, se encuentran estipulados dentro de la normatividad del Derecho de Familia en el ámbito nacional, así como en la norma internacional con los diferentes Tratados, Convenios y Convenciones relativos a la protección de la familia, de la mujer y sobre todo del interés superior del menor de edad.¹²⁶ Por lo que se propone **la derogación de los artículos que promueven el incidente de convenio en el divorcio incausado**, por ser injustificado y violatorio de los principios de orden

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 77-79.

público e interés social del Derecho de Familia, particularmente, del *principio de interés superior del menor*.

Con la intención de que la impartición de justicia en el divorcio incausado sea expedita, con las solemnidades y requisitos necesario para que en un mismo acto se presenten la solicitud, documentos y propuesta sobre los efectos de la disolución del matrimonio, citándose a los interesados al día siguiente para que ratifiquen su voluntad y en una sola audiencia se desahoguen las pruebas correspondientes que acrediten la personalidad de los cónyuges, su interés legal, las recíprocas concesiones contenidas en las respectivas propuesta y contrapropuesta que incluyan la protección del interés superior del menor, dictándose inmediatamente la sentencia; siendo obligatorio grabar la diligencia en un Disco Compacto no regrabable, mismo que se entregará a los interesados en calidad de documento fehaciente del estado de legalidad y para efecto de evitar violaciones al procedimiento ya sea por el juez, las partes o terceros involucrados, quienes deben ser muy cuidadosos con su labor profesional. Se propone la agilización de los trámites de divorcio incausado a través de **la aplicación del procedimiento oral** para que en realidad sea un divorcio Express.

Además, a efecto de simplificar los trámites para la disolución del matrimonio, sería factible elaborar un *Formato único* que determinara los efectos del divorcio, para ser llenado en los espacios con la información más elemental que sirviera de base a los divorciantes para sus respectivas propuesta y contrapropuesta. De esta manera el juzgador podría comparar en un solo día los datos aportados por cada cónyuge en sus respectivos escritos, confirmando con las respectivas pruebas la resolución a favor de uno de ellos o de ambos y en beneficio absoluto del menor, por ejemplo, en caso de custodia compartida. Por lo que se propone la **aplicación un Formato único para determinar los efectos del divorcio incausado**, que contenga los datos que cada cónyuge debe anexar a sus respectivos escritos de propuesta y contrapropuesta.

En este orden, se observa que las modificaciones al Código de Procedimientos Civiles y en su caso, al Código Civil, ambos del Distrito Federal consisten en los siguientes contenidos:

- 1) Propuesta de adición del artículo 255 bis del CPCDF;
- 2) Propuesta de adición del artículo 260 bis del CPCDF;
- 3) Propuesta de reforma a los artículos 267, 271 y 282 del CCDF; así como 272-A y 272-B del CPCDF.
- 4) Propuesta de derogación de los artículos que promueven el convenio en materia de divorcio;
- 5) Propuesta de derogación de los artículos que promueven el incidente de convenio en el divorcio;
- 6) Propuesta de aplicación del procedimiento oral al procedimiento de divorcio;
- 7) Elaboración y aplicación de un *Formato Único* para determinar los efectos del divorcio.

Reformas propuestas al Código Civil del Distrito Federal:

Artículo 267. *El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud el formato único con toda la información necesaria para regular las consecuencias inherentes a la disolución del matrimonio, debiendo contener los siguientes datos:...*

Artículo 271. *Los jueces tienen el deber de proteger y resguardar el interés superior del menor, siendo los únicos facultados para regular los efectos del divorcio entre las partes solicitantes y los menores hijos.*

...derogado.

Artículo 282. *Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes.*

A...

II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo compartir éstos la guarda y custodia por determinación judicial, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Artículo. 287. *Derogado.*

Reformas propuestas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal:

Artículo 255 bis. *A efecto de promover la solicitud de divorcio, unilateral o bilateral, el cónyuge promovente manifestará lo siguiente:*

- I. El tribunal ante el que se promueve;*
- II. El nombre y apellidos del solicitante y domicilio para recibir notificaciones;*
- III. En su caso, el nombre del cónyuge contrario y su domicilio;*

- IV. Los hechos que motiven la petición del divorcio;*
- V. Los fundamentos de derecho y la clase de acción que ejercita;*
- VI. El formato o propuesta con los datos específicos de los efectos del divorcio, anexando las pruebas documentales que demuestren la existencia de los derechos y deberes de las partes divorciantes, así como de terceros menores de edad, a fin de que el juez esté en posibilidad de determinar en su resolución las medidas provisionales y definitivas en protección del interés superior del menor; y,*
- VII. La firma del solicitante o de su representante legítimo.*

Artículo 260 bis. *A efecto de dar contestación a la propuesta sobre los efectos de la solicitud de divorcio incausado, el cónyuge contrario deberá manifestar lo siguiente:*

- I. Señalará el tribunal ante quien conteste;*
- II. Indicará su nombre y apellidos, domicilio para recibir notificaciones, personas autorizadas para oírlos en su representación, así como para recibir documentos y valores;*
- III. El formato de contrapropuesta sobre la determinación de los efectos del divorcio, anexando las pruebas documentales que demuestren la preferencia de derechos y deberes sobre la parte divorciante solicitante, respecto de los menores hijos. A fin de dar cumplimiento a la fracción VII del artículo 255 bis, in fine, en protección del interés superior del menor; y,*
- IV. La firma del cónyuge o de su representante legítimo.*

Artículo 272-A...

En los casos de divorcio, sin que medie convenio, el juez dictará sentencia de divorcio y será el único facultado para determinar los efectos de la disolución del matrimonio resguardando en todo momento los derechos inherentes derivados del interés superior del menor.

Artículo 272-B. *Tratándose de divorcio, el juez lo decretará una vez que se haya contestado la solicitud presentada o en su defecto haya precluido el término para contestarla.*

Concluimos que nuestra hipótesis se comprobó parcialmente al demostrar que las reformas en materia de divorcio incausado están elaboradas para la defensa de los intereses personales de las partes divorciantes, no obstante, se les desprotege en cuanto a no precisar el contenido de la solicitud afectando con ello su derecho de acción, por otro lado, la falta de exactitud legal en el contenido de la contestación del cónyuge contrario afecta su derecho de audiencia para fijar su respuesta respecto a los efectos del divorcio. Sin embargo, se acreditó nuestra hipótesis respecto a que la disolución del matrimonio por sí misma es causa de vulneración a los principios emanados del Derecho de familia, específicamente, al *interés superior del menor*, pues tanto el convenio que se determina bajo la voluntad e interés personal de los cónyuges como la tramitación del incidente son violatorios de los derechos a favor de los hijos menores, cuya afectación trasciende a los aspectos moral, psicológico, cultural, espiritual y educativo.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, dependiendo de la naturaleza jurídica que se le confiera, será la forma para su disolución. Como *contrato civil* podrá ser disuelta mediante rescisión del consentimiento, pero si se analiza bajo la apariencia de un *acto jurídico* podrá ser disuelta mediante la revocación o resolución de la voluntad individual.

SEGUNDA. La reforma legislativa aplicable al Distrito Federal sobre *divorcio incausado* a pesar de su errónea argumentación legislativa derivada de la confusión en la naturaleza del vínculo de matrimonio que se trata de disolver, ha sido diseñada de tal manera, que se reconoce la voluntad individual de los cónyuges como un acto jurídico unilateral y, no así, como un consentimiento otorgado dentro de un contrato, permitiendo de igual manera el rompimiento del vínculo matrimonial sin necesidad de invocar una causa justificada para su disolución.

TERCERA. En la antigua Roma, el matrimonio celebrado *sine manu*, sin dependencia patrimonial del marido, hizo posible el divorcio a favor de uno u otro cónyuge debido a la pérdida del *afecto*, bajo la *buena gracia* o a través del *repudio* fundando su causa. Algunas de estas causales, hoy en día desaparecidas, fueron útiles para restringir los derechos de la madre por abuso o negligencia en contra de sus hijos establecida como medida de protección a los intereses de los menores. Actualmente, con el divorcio incausado se destacan dos tipos de procedimientos para la disolución del matrimonio, uno con base en una solicitud bilateral o por mutuo acuerdo, equiparable a la *buena gracia* y otro, en una solicitud unilateral de voluntad semejante al *repudio*. Demostrando con ello, que las reformas en materia de divorcio en el Distrito Federal no son originales porque se apoyan en las formas de divorcio dadas ya en la antigua Roma.

CUARTA. Se justifica el divorcio, como ruptura del matrimonio, para sanear una situación de afectación exclusiva entre los cónyuges, discriminando así, los probables daños que con ello se provoquen a los demás miembros de la familia, especialmente a los menores hijos, quienes sufren de manera directa, en un plano afectivo, emocional y psicológico, esta radical decisión de sus progenitores y a los cuales se le vulneran sus derechos inherentes de protección contenidos en el derecho de familia, específicamente, en el *principio de interés superior del menor*; pues las consecuencias del divorcio provocan la disgregación de los miembros de la familia, el cambio abrupto en su estilo de vida y la reasignación de roles jurídicos dentro de las relaciones familiares, en las cuales el menor estará bajo el cuidado y la responsabilidad, en diversos momentos, de uno solo de los cónyuges, de ambos cónyuges o de un tercero, ajeno o no, a la relación familiar.

QUINTA. El *interés superior del menor en relación con el divorcio* consiste en ser un principio sustancial de conservación de los derechos del infante mediante la interpretación jurídica adecuada para que se dé la satisfacción de sus necesidades, tendientes a favorecer su desarrollo físico, psicológico o moral. Primordial para determinar un régimen de comunicación, buen trato y estadía, para el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. No obstante, en la mayoría de los casos, el divorcio resulta ser materia de afectación directa y daño emocional, psicológico y afectivo hacia los hijos, sobre todo de los menores, quienes de manera involuntaria son partícipes de una contienda judicial entre los cónyuges respecto a su tenencia y representación de sus derechos.

SEXTA. Debido a que la solicitud de separación provisional o definitiva como efecto del divorcio incausado, por si misma, atenta contra los derechos de sana convivencia y desarrollo afectivo del menor con el cónyuge ausente, la autoridad judicial deberá verificar que lo resuelto sea en interés superior del infante y no a favor exclusivo de los cónyuges, como podría erróneamente interpretarse.

SÉPTIMA. Bajo ningún pretexto la separación del hijo de los padres puede ser considerada benéfica, no obstante, sí es necesaria para el resguardo de su integridad física, emocional y psicológica cuando existe el peligro de violencia familiar contra el menor, al provocarle lesiones que sean irreparables o puedan ocasionarle la muerte, o bien, por descuidos que puedan poner en riesgo su vida.

OCTAVA. La acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges siendo excluido el menor quien, estará imposibilitado para manifestar su aceptación o rechazo a la solicitud de divorcio, aun a pesar de ser el más vulnerable con la separación definitiva de sus progenitores, los cónyuges divorciantes; en consecuencia, se viola su derecho de manifestación de ideas, contenido en el artículo 6 de la Constitución Federal, en relación al *principio de interés superior del menor* para manifestar su opinión al resolverse conflictos de familia en que se vea involucrado.

NOVENA. La violación al *principio de interés superior del menor* genera un daño extrapatrimonial al menor, quien solamente podrá solicitar como reparación, el derecho de exigir de sus padres el deber de respeto a su persona, otorgándole en la medida de sus posibilidades la satisfacción a todas sus necesidades no solamente económicas sino, primordialmente, las afectivas y de convivencia que son vulneradas con la sola presentación de la solicitud de divorcio incausado.

DÉCIMA. Los alimentos, son un deber jurídico que se cumple parcialmente por los progenitores en su calidad de cónyuges divorciantes, por cuanto a la comida, vestido y habitación, incumpliendo las referentes a una educación conforme al nivel y preparación del menor, quien sufre la cancelación momentánea de sus estudios por el cambio repentino de domicilio como efecto del divorcio; asimismo, la afectación al desarrollo de sus capacidades en actividades recreativas que son excluidas so pretexto de un alto costo; vulnerando con ello, su vinculación al arte y la cultura, impidiendo la convivencia, sana recreación y esparcimiento del infante con otras personas que no sean sus padres. Pues este interés, solo puede ser determinado por el propio menor dependiendo del medio familiar en el que se desenvuelva.

DÉCIMA PRIMERA. El Derecho germánico, fue el precursor legal en el uso de un convenio por los cónyuges para dar por disuelto el vínculo matrimonial y regular sus efectos, tal y como se estila en la actualidad, aunque se desconoce cuál era la situación jurídica de los menores ante este arreglo.

DÉCIMA SEGUNDA. Cabe resaltar la diferencia entre la voluntad libre y espontánea de los cónyuges para decidir sobre la extinción de la relación marital y por la otra, con el consentimiento que se encuentra presente en la propuesta de convenio. Ambas, notoriamente fincadas en los intereses personales de los cónyuges, no así de los hijos, cuyos derechos se encuentran notoriamente vulnerados por las decisiones de sus progenitores sin considerar su propia voluntad. Violando de manera reiterada primero con el divorcio y posteriormente con el convenio las normas de orden público, de interés social y, por supuesto, el principio de supremacía del interés del menor.

DÉCIMA TERCERA. En el divorcio incausado, no existe propiamente un litigio en cuanto a la disolución del vínculo matrimonial pero puede suscitarse una controversia entre los divorciantes por los derechos y obligaciones establecidos dentro del convenio de divorcio; por lo que, jurídicamente, su naturaleza es la de un juicio voluntario con implicaciones a lo contencioso. Esta contradicción se resolvería si desde un principio, la resolución sobre el divorcio incluyera las determinaciones del juzgador, respecto a los principios del Derecho de familia, específicamente en salvaguarda del *interés superior del menor* y evitar que los divorciantes manipularan la normatividad a su conveniencia llegando incluso a violar, por ignorancia o dolo, derechos de terceros particularmente, los correspondientes a sus hijos menores. Por lo que, para evitar situaciones confusas en la especificación de los derechos del menor debería de ser facultad exclusiva del juzgador determinar en su resolución los efectos de la disolución del vínculo matrimonial, evitando la elaboración de un convenio que a todas luces carezca de los contenidos jurídicos en protección del interés superior de los menores hijos.

DÉCIMA CUARTA. Las reformas sobre divorcio incausado caen en la misma situación que se trató de eliminar, es decir, evitar la controversia sobre una causal de divorcio y generar un litigio ahora sobre el verdadero problema localizado en la falta de acuerdo entre las partes, respecto a los efectos de la disolución del matrimonio, estipulado en el convenio. Esta es la verdadera razón del pleito entre los cónyuges divorciantes, los cuales se niegan a reconocer los derechos del contrario y de los terceros, quienes son sus propios hijos, violando de manera reiterada el *interés superior del menor* contenido tanto en nuestra Constitución Federal como en los diversos tratados internacionales. El legislador no debe permitir que la contienda en los tribunales se manifieste ahora como un incidente cuyo resultado puede llegar a ser igual al del principal cuando existía el divorcio necesario.

DÉCIMA QUINTA. Se comprueba en esta investigación, que en cuanto al régimen patrimonial del matrimonio, éste se rige exclusivamente por el interés personal de los cónyuges a través de un contrato privado, sin tomar en cuenta para su constitución y, con mayor razón, en su liquidación por el divorcio incausado, la opinión ni el interés superior de los menores hijos procreados.

DÉCIMA SEXTA. Para los cónyuges, los efectos jurídicos de naturaleza *provisional* dentro del divorcio incausado se producen durante la secuela, con la intención de salvaguardar sus derechos y su integridad física, tales como: decretar su separación, el aseguramiento de los alimentos y el uso de la vivienda a favor de uno de ellos; son *efectos definitivos* aquellos que se actualizan al dictarse la sentencia que decreta el divorcio restableciendo su estado de soltería permitiéndoles celebrar un nuevo matrimonio. En cambio, son *efectos provisionales* que afectan a los menores por el interés personal que prevalece a favor de los cónyuges divorciantes, aquellos que debieran ser regulados en atención al *principio de interés superior del menor*, tales como: custodia individual y compartida, régimen de visitas, alimentos, limitación, suspensión y pérdida de quien ejerza la patria potestad en su beneficio, entre muchos otros.

DÉCIMA SÉPTIMA. El legislador no se puede permitir errores legales y crear confusión implicando que la decisión final que emita el juzgador en el divorcio incausado, pueda ser indistintamente un auto o una sentencia, con base en el acuerdo entre las partes divorciantes, ya que debe verificar su adecuación al derecho familiar y de ajustarse a dicha normatividad, emitir su autorización elevando la propuesta a sentencia definitiva, no así a un simple auto que de por concluido el procedimiento.

DÉCIMA OCTAVA. Como se ha podido observar a lo largo de este trabajo de investigación, las reformas en materia de divorcio a pesar de la buena voluntad del legislador para resolver el conflicto de intereses entre los cónyuges divorciantes no cumplen con el requisito de eficacia que se pretende desde su iniciativa, discusión y posterior publicación, toda vez que no se ajustan a los parámetros del Derecho Familiar. Pues en su mayoría, el contenido de sus artículos resultan ser enmienda política y no creación original ajustada a los intereses de la sociedad en general, ávida de procesos que resuelvan eficazmente problemas con base en el respeto a su persona y de su economía, pero sobre todo, porque deja en estado de indefensión al menor quien tiene que sufrir desde el inicio de la tramitación del divorcio la vulneración de su interés superior de convivencia con los cónyuges dentro de la familia y a lo largo del procedimiento la violación continua de sus derechos para su sano desarrollo integral, debido a que las medidas provisionales que pueda decretar el juez en su beneficio ignoran varios de sus derechos relativos a la educación, esparcimiento, opinión y cultura, entre muchos otros.

DÉCIMA NOVENA. Nuestra hipótesis se comprobó parcialmente al demostrar que las reformas en materia de divorcio incausado están elaboradas para la defensa de los intereses personales de las partes divorciantes; no obstante, se les desprotege en cuanto a no precisar el contenido de la solicitud afectando con ello su derecho de acción, por otro lado la falta de exactitud legal en el contenido de la contestación del cónyuge contrario afecta su derecho de audiencia para fijar su respuesta respecto a los efectos del divorcio. Sin embargo, se acreditó nuestra hipótesis respecto a que la

disolución del matrimonio por si misma es causa de vulneración a los principios emanados del Derecho de familia, específicamente, al *interés superior del menor*, porque tanto el convenio que se determina bajo la voluntad e interés personal de los cónyuges como la tramitación del incidente son violatorios de los derechos a favor de los hijos menores, cuya afectación trasciende su aspecto moral, psicológico, cultural, espiritual y educativo.

VIGÉSIMA. En vista de lo anterior, el incidente de convenio debe ser eliminado del divorcio incausado, toda vez que la falta de consentimiento de las partes divorciantes respecto a los contenidos del acuerdo sobre los efectos de la disolución del matrimonio, no da motivo para que el juzgador abra un nuevo trámite para resolver la controversia, en virtud que, los deberes subjetivos familiares de los cónyuges respecto de los derechos de los hijos menores, se encuentran estipulados dentro de la normatividad del Derecho de Familia así como en los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, en la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales que protegen el interés superior del menor. Lo correcto sería que el juez después de admitir los escritos de las partes divorciantes, analizará las pruebas ofrecidas y sin necesidad de mayor trámite, en un lapso no mayor al señalado para dictar el divorcio, determinará lo conducente sobre sus efectos, dando vista al Ministerio Público adscrito al juzgado, quien opinará sobre lo conducente para proteger y resguardar la situación jurídica de los perjudicados por la disolución del matrimonio, es decir, de los menores por vulneración a su interés superior. Eliminando la apertura del incidente a prueba, y permitiendo su tramitación cuando cambien las circunstancias de hecho o de derecho de los interesados. Toda vez que en materia familiar, la autonomía de la voluntad está limitada a la existencia de los *derechos y deberes subjetivos familiares*.

FUENTES DE CONSULTA

a) BIBLIOGRAFÍA

BARAHONA, Abel y Francisco BARAHONA. *Metodología de Trabajos Científicos*, Bogotá, IPLER, 1984.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía BUENROSTRO BAEZ. *Derecho de familia y sucesiones*. México, Oxford, 1990.

_____. *Derecho Civil. Introducción y Personas*, México, Oxford, 2007.

_____. *Derecho de Familia*, México, Oxford, 2008.

BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1993.

BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*, 10ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1988.

BOSCH GARCÍA, Carlos. *La técnica de investigación documental*, 12ª ed., México, Trillas, 1990.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1990.

BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz BRAVO VALDÉS. *Primer curso de Derecho Romano*, 13ª ed., México, Pax, 1988.

CHAVEZ ASECIO, Manuel F. *Convenios Conyugales y Familiares*. 4ª ed., actualizada, México, Porrúa, 1999.

_____. *La familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales*. 5ª ed., México, Porrúa, 2000.

DIAZ GONZALEZ, LUIS RAUL. *Conceptos Jurídicos Fundamentales. Elementos de Derecho, Derecho Civil, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, México, Gasca Sicco, 2005.

FLORES BARROETA, Benjamín, *Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil*, México, 1960.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil Primer Curso. Parte General. Personas, Familia*. 14ª ed., México, Porrúa, 1995.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 40ª ed., México, Porrúa, 1989.

GÓMEZ LARA, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*, 6ª ed., México, Oxford-Harla, 1998.

_____. *Teoría General del Proceso*, 10ª ed., Oxford, 2004.

GONZÁLEZ, Juan Antonio. *Elementos de derecho civil*, 7ª ed., México, Trillas, 2001.

GROSMAN, Cecilia P., *Los Derechos del Niño en la Familia, Discurso y Realidad*, Buenos Aires, Universidad, 1998.

HERNÁNDEZ MICHEL, Susana et al. *Lecciones sobre Metodología de las ciencias sociales*, México, UNAM, 1985.

IBARROLA, Antonio de. *Derecho de Familia*, 3ª ed., México, Porrúa, 1984.

LOZANO RAMÍREZ, Raúl. *Derecho Civil, Tomo I, Derecho Familiar*, México, PACJ, 2007.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*, México, Porrúa, 1987.

MARTÍNEZ AURIOLES, Bernardo y Eduardo ALMEIDA ACOSTA, *Cómo organizar un trabajo de investigación*. 2ª ed., México, Universidad Iberoamericana Puebla, 2005.

MÁRQUEZ ROMERO, Raúl. *Criterios editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM-IIJ, 2003.

ORIZABA MONROY, Salvador. *Matrimonio y Divorcio. Efectos Jurídicos*, 2ª ed., México, PAC, 2001.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derecho de Familia*. Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Sección Publicaciones, 1989.

RANGEL CHARLES, Juan Antonio y Roberto SANROMAN ARANDA. *Derecho de los Negocios. Tópicos de derecho privado*, 3ª ed., México, Thomson, 2007.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I. Introducción, Personas y Familia*. 33ª ed., México, Porrúa, 2003.

SANTOS AZUELA, Héctor. *Teoría General del Proceso*, México, McGraw-Hill, 2000.

TAPIA RAMÍREZ, Javier. *Introducción al Derecho Civil*, México, McGraw-Hill, 2002.

TREJO GUERRERO, Gabino. *Manual Práctico y Formularios del Derecho de Familia*, México, Sista, 2004.

YUNGANO, Arturo R., *Derecho de Familia (Teoría y Práctica)*, 3ª ed., México, Ediciones Macchi, 2001.

b) ECONOGRAFÍA

Diccionario Práctico. Sinónimos/Antónimos, México, Larousse, 1986.

Diccionario de la Lengua Española. Esencial, México, Larousse, 1994.

Diccionario Enciclopédico 2000, México, Larousse, 1999.

Diccionario Enciclopédico de la Psicología, Tomo 6, Océano, Barcelona, 1982.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Driskill, 1979.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 1998.

PINA, Rafael de y Rafael de PINA VARA, *Diccionario de Derecho*, 26ª ed., México, Porrúa, 1998.

c) HEMEROGRAFÍA

Revistas:

SANCHEZ CORDERO, Olga. "La familia en el Derecho. Vida, crecimiento, muerte y libertad". Revista de Derecho Privado. Nueva Serie, número 21-22 de Septiembre de 2008- abril de 2009, Año 2009, ISSN 0188-5049, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM.

GONZÁLEZ, Jesús. *Organizan Semana de Derecho Fiscal y ponencias sobre matrimonio y transexualidad. "Amplían juristas sus conocimientos en materia tributaria"*, Boletín Aragón, Órgano informativo de la FES Aragón, UNAM, Publicación quincenal No. 252, 16 al 31 de marzo de 2009, ISSN088-6396

Trípticos:

ALCARAZ, Rodolfo y ALCARAZ, Abril. *El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género*. Textos del Caracol, Núm. 4, México, CONAPRED, 2008

Documentos:

Custodia Compartida (Responsabilidad Parental) Documentos de la Red Judicial Europea.

MEDINA, Graciela. *DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DERECHO DE FAMILIA y el proyecto de Código Civil Unificado 1998*. <http://www.gracielamedina.com>

Conferencia:

“*Divorcio incausado*”, impartida por el C. Juez 38º Familiar del T.S.J.D.F., Dr. Juan Tapia Mejía, el 20 de marzo de 2009, en el auditorio del Centro Tecnológico Aragón, FES Aragón, UNAM.

d) LEGISLACIÓN

CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 21ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, S.A., 2009

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, México, Editorial Sista, S.A. de C.V., 2009.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 18ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, S.A., 2009

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, 18ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, S.A., 2009

REFORMAS EN MATERIA DE DIVORCIO AL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL, publicadas el 03 de Octubre de 2008 en la Gaceta del Distrito Federal.

REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL, publicadas el 10 de Septiembre de 2008 en la Gaceta del Distrito Federal.

DICTAMEN DE LA COMISION DE ADMINISTRACION Y PROCURACION DE JUSTICIA, DE LA H. ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, IV LEGISLATURA, 25 de Agosto de 2008

e) PAGINAS WEB

Herrerag@cpacf.org.ar

http://rotativo.com.mx/?module=displaystory&story_id=8556&format=html

<http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/divorcio-express>

<http://www.mexicolegal.com.mx/foro-verresp.php?id=18484>

<http://www.asesoriajuridica.com.mx/blog/?p=41>

<http://www.el-universal.com.mx/estados/63875.html>

<http://www.excelsior.com.mx>

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/jrs/jrsl.st.htm>

<http://www.slideshare.net/teresita/historia-del-feminismo-1158124>

http://es.wikipedia.org/wiki/Antigua_Roma

<http://www.asambleadf.gob.mx/sp/pdf/020904020115.pdf>

<http://www.unicef.org/spanish/crc/>

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>