



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho

PROPUESTA DE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL, PARA REGULAR LA
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CÓNYUGE QUE INCUMPLE
LAS OBLIGACIONES DEL MATRIMONIO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN
DERECHO PRESENTA:

Ramón Lorea Reyes

ASESORA DE TESIS

Mtra. María del Carmen Montoya Pérez



Cd. Universitaria, D.F.

2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV41/2012
ASUNTO: Aprobación de Tesis

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E.**

El alumno, **LOREA REYES RAMÓN**, quien tiene el número de cuenta **09752878-8**, elaboró en este Seminario, bajo la asesoría y responsabilidad de la suscrita, **Mtra. María del Carmen Montoya Pérez**, la tesis denominada **“PROPUESTA DE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PARA REGULAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CÓNYUGE QUE INCUMPLE LAS OBLIGACIONES DEL MATRIMONIO”**, y que consta de **176** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII, del artículo 10, del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga, la aprobación correspondiente, autorizándose su presentación al jurado recepcional, en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado, deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día), a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido, de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización, no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional, conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, lo cual, calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F. a 25 de septiembre del 2012.

MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ
Directora del Seminario, turno vespertino.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

PROPUESTA DE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL, PARA REGULAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL
CÓNYUGE QUE INCUMPLE LAS OBLIGACIONES DEL MATRIMONIO.

Introducción	I
CAPITULO PRIMERO. MATRIMONIO	
1.1. Concepto	1
1.2. Naturaleza jurídica	11
1.3. Requisitos para contraer matrimonio	15
1.4. Derechos y obligaciones que surgen del matrimonio	26
CAPITULO SEGUNDO. DIVORCIO	
2.1 Concepto	34
2.2 El sistema de causales	51
2.3 Causal única o sin causa	57
2.4 Las consecuencias de ser considerado cónyuge inocente o culpable en el sistema de causales	63
2.5 Consecuencias de la inexistencia de cónyuge inocente o culpable en el divorcio con causal única o sin causa	79
CAPITULO TERCERO. RESPONSABILIDAD CIVIL	
3.1 Responsabilidad civil contractual y extracontractual	84
3.2 Daños y perjuicios	92
3.3 Daño moral	97
3.4 La responsabilidad civil entre cónyuges	108

CAPITULO CUARTO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL
CÓNYUGE QUE INCUMPLE LAS OBLIGACIONES DEL
MATRIMONIO.

4.1Fundamento de la obligación de resarcir el daño	119
4.2Derechos y obligaciones renunciables e irrenunciables	127
4.3La cuantificación del daño	132
4.4Propuesta de modificaciones al Código Civil para regular la responsabilidad civil del cónyuge que incumple las obligaciones del matrimonio.	138
Conclusión	165
Bibliografía	169

Agradecimientos:

Con éste trabajo culmina un periodo de esfuerzo y aprendizaje que recorrí de manera increíblemente dichosa, gracias a la participación de un sin número de personas que por cuestiones de espacio y de mi precaria memoria, no me es posible plasmar.

Sin embargo, hago patente mi agradecimiento a mi esposa, por la compañía que me brindó y brinda una de las mayores satisfacciones de mi vida, por ser una mujer inteligente, hermosa, sensible, una excelente esposa y mejor madre; por su ayuda constante y desinteresada, por su sacrificio discreto, porque me brindo apoyo, y ánimo en los momentos de flaqueza en fin, por ser como es... gracias.

A Lorena porque ha sabido ser una buena hija (a pesar de los muchos errores que cometí como padre) de la que estoy orgulloso, y porque resté muchas horas a su grata compañía por terminar éste proyecto.

A Sofía por los mismos motivos, por su paciencia, y porque ha salpicado de alegría los últimos cinco años de mi vida, dándome nuevas razones para llegar a la meta.

A mis padres, hermanos y hermanas que han sido constantes en su apoyo, comprensión y aliento.

A mis maestros, particularmente a la Lic. María del Carmen Montoya, por su paciencia inagotable, su sabia dirección y su amable disposición.

Finalmente a mi entrañable amigo Arturo, por su ejemplo, amistad, lealtad y compromiso con las causas perdidas.

Introducción

El tres de octubre del año 2008 nuestro Código Civil para el Distrito Federal, fue reformado con el propósito de facilitar el divorcio en el Distrito Federal y evitar juicios largos, nuestros legisladores estimaron que la mejor forma para hacerlo era eliminar la necesidad de probar una causal del divorcio y sujetaron la disolución del vínculo matrimonial a la sola manifestación de la voluntad de una de las partes, pero como se recordara nuestro ordenamiento civil preveía diferentes consecuencias para los cónyuges dependiendo de si eran considerados culpables o no del divorcio, un ejemplo de ello es lo que disponía el antepenúltimo párrafo del artículo 288 el cual ordenaba: *”El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en éste Código para los hechos ilícitos.”*

En otras palabras se establecía que el cónyuge culpable tenía obligación de reparar el daño causado a su cónyuge, pero como con la reforma, al descartar las causales de divorcio se excluyeron también las figuras de cónyuge culpable e inocente, eliminándose igualmente las menciones a tales figuras por lo que ni en la actual redacción del artículo 288 ni en ninguna otra parte de nuestro ordenamiento civil vigente se contempla la obligación del cónyuge culpable de reparar los daños causados con el divorcio; situación que consideramos injusta pues al contraer matrimonio los cónyuges adquieren derechos y obligaciones recíprocos, y si uno de los cónyuges no cumple con sus obligaciones el otro debe tener la posibilidad de exigir la reparación del daño causado con el incumplimiento, por lo que consideramos que es necesario establecer claramente cuáles son los derechos y obligaciones que adquieren los cónyuges al contraer matrimonio, y rescatando el espíritu del artículo 288 antes de la reforma, que quien los incumpla tiene obligación de reparar el daño causado con su conducta, pues tanto sí un cónyuge comete actos de violencia familiar como si quebranta algún otro de sus deberes como puede ser la fidelidad, tal incumplimiento debe hacer surgir para él o ella la

obligación de reparar el daño que cause a su cónyuge, pues en muchas ocasiones no basta con la sola disolución del vínculo matrimonial pues habrá casos en que los daños son de tal magnitud que pueden mermar las capacidades físicas de uno de ellos o bien su esfera afectiva, social o emocional por lo que quien ocasionó dichos daños los debe reparar.

Así, las cosas procederemos a investigar en el primer capítulo aunque sea de modo somero, cuál es el concepto de matrimonio así como su naturaleza jurídica para determinar si es una institución del derecho familiar que se basa en la autonomía de la voluntad, después estudiaremos los requisitos para contraer matrimonio y culminaremos con los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio con el propósito de establecer posteriormente cuales son susceptibles de ser incumplidas.

En el segundo capítulo, nos ocuparemos del divorcio estudiando primeramente su concepto, después haremos un breve recorrido por el sistema de causales para avocarnos posteriormente al sistema de causal única o sin causa, proseguiremos con un breve estudio de lo que implicaba ser considerado cónyuge inocente o culpable en el sistema de causales, y terminaremos el capítulo expresando nuestra opinión acerca de lo que implica que actualmente no exista ni cónyuge inocente ni cónyuge culpable.

En virtud de que el presente trabajo se ocupa de postular una regulación de la responsabilidad civil del consorte que incumple sus obligaciones matrimoniales, consideramos de suma importancia avocarnos en el tercer capítulo al estudio de la responsabilidad civil ocupándonos especialmente de la responsabilidad contractual y extracontractual, pues existen diferencias importantes según se trate de una o de otra. Y nos pronunciaremos acerca de si el incumplimiento referido acarrea responsabilidad contractual o extracontractual; continuaremos con un breve análisis de los daños y perjuicios así como del daño moral, y por último estudiar la responsabilidad civil entre los cónyuges.

En el cuarto capítulo, examinaremos a la responsabilidad civil del cónyuge que incumple las obligaciones que nacen al contraer matrimonio, para lo cual veremos primeramente cuales son los fundamentos para establecer la obligación de reparar el daño, estudiaremos así mismo cuales son los derechos y las obligaciones correlativas a las que pueden renunciar válidamente los cónyuges; como debe cuantificarse el daño en caso de que exista y finalmente haremos una propuesta de modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal, para regular la responsabilidad civil del cónyuge que incumple con las obligaciones del matrimonio.

Finalmente, expresaremos de manera sintética las conclusiones a las que arribamos tras la elaboración del presente trabajo.

CAPÍTULO I

MATRIMONIO

1.1 Concepto

Existen tantas definiciones de matrimonio como disciplinas que se ocupan de él. Así, nos encontramos con que la sociología, el derecho, la lingüística, la religión, por citar sólo algunas, han elaborado sus propias teorías acerca del significado de esta voz, nosotros sólo nos ocuparemos de los conceptos etimológico, y jurídico.

Concepto etimológico de matrimonio.

José de Jesús López Monroy nos dice que en latín se usan las voces “*matrimoniun*”, “*conjugium*” y “*consortium*” para referirse al matrimonio.¹

“*Matrimoniun*” tiene un origen dudoso pues puede provenir de las palabras:

“*Matremmunies*”; proveimiento a la madre o protección a la misma.

“*Matrem munens*”; una advertencia sobre la fidelidad debida al padre y al esposo, y por último;

“*Matrem unions*”; unión común de la vida conyugal.

“*Conjugium*” significa una vinculación ordenada, mutua y recíproca para la realización de una tarea común, mientras “*consortium*” puede entenderse como la comunidad de suerte.

¹ López Monroy, José de Jesús, “El concepto de matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, México, 1991, núm. 5, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/5/dtr/dtr4.pdf>.

De lo anterior el autor concluye que:

...de un análisis etimológico se desprende que el matrimonio es una institución civilizada, es decir, que surge en una vida ordenada y que está destinada fundamentalmente a proteger a la mujer y a los hijos; pero mira fundamentalmente a la pareja pues se habla de una vinculación ordenada, mutua y recíproca o de una comunidad de suertes.²

Como puede observarse el autor en cita, arriba a la conclusión de que el matrimonio es una institución, destinada a proteger a la mujer y a los hijos, pero sin perder de vista la importancia del vínculo que surge entre los consortes.

La voz matrimonio se utiliza para designar dos situaciones diferentes que son el momento en que los futuros cónyuges celebran el acto ante el Juez del Registro Civil, (matrimonio-acto) y la consecuencia jurídica de la celebración válida de dicho acto (matrimonio-estado). De lo anterior se concluye:

Estas dos realidades dificultan una definición del matrimonio. Conjugando ambas podemos señalar que el matrimonio es un acto jurídico conyugal (pacto conyugal) en el que intervienen, además, el juez del Registro Civil para constituir el vínculo conyugal, el que se traduce en el matrimonio-estado, como comunidad íntima y permanente de vida conyugal de un hombre y una mujer, en orden al amor conyugal la procreación responsable y la promoción humana de ambos... ... Del acto jurídico conyugal surge el vínculo jurídico, que es la comunidad íntima de vida conyugal como un estado jurídico,

² Ídem.

cuya relación se integra por los deberes, obligaciones y derechos conyugales.³

El matrimonio genera deberes y obligaciones los primeros no tienen un valor pecuniario, mientras que los segundos sí, un ejemplo de los primeros pueden ser la fidelidad, el débito carnal, la ayuda, el socorro y el respeto, y de los segundos los alimentos, el sostenimiento del hogar y la sucesión. ⁴

En razón de lo anterior se puede afirmar que el matrimonio ha sido definido de diferentes maneras a lo largo de la historia e incluso según el lugar; por lo que para ensayar un concepto universal, válido en todo tiempo y lugar, se tiene que tomar en cuenta que, para unas culturas es una cuestión religiosa, para otras materia del derecho, mientras que para otras más se trata incluso de una institución anterior al derecho, por otra parte, enfocando el matrimonio sólo desde el punto de vista del derecho, también nos encontramos con dificultades debidas, ya sea a cuestiones de tiempo y lugar o bien a que los estudiosos ponen un énfasis especial en diferentes aspectos de la unión conyugal. Sobre lo anterior Sara Montero nos dice:

...es del todo imposible hallar una definición única o un concepto totalitario del matrimonio, válido para todas las épocas y lugares. Precisamente porque el matrimonio es tan variado como la cultura en que se da, y porque los criterios doctrinales y legislativo ponen el acento en diversos aspectos de la figura. ...aún desde el simple punto de vista legal, no hay unidad de criterio, pues es a un mismo tiempo un acto jurídico, que, una vez realizado produce un estado, el cual es

³ Chávez Asencio, Manuel F., "Matrimonio y divorcio", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1988, núm. 19, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr26.pdf>.

⁴ Ídem.

regido por un conjunto de normas que armónicamente organizadas constituyen una institución.⁵

Una vez aclarado lo anterior la autora en comento nos da el siguiente concepto de matrimonio: "Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley."⁶

La definición anterior era válida únicamente para nuestro derecho positivo, en 1992 ya que, debido a las reformas que ha sufrido el Código Civil para el Distrito Federal, el matrimonio puede extinguirse con la sola voluntad de uno de los cónyuges, y tampoco es necesario que los cónyuges sean de distinto sexo ya que actualmente el matrimonio puede celebrarse entre personas del mismo sexo.

Por otra parte, y pese a la dificultad para establecer un concepto universal de matrimonio Sara Montero nos da la siguiente: "forma legal de constituir la familia a través la unión de dos personas de distinto sexo, que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho."⁷

Sara Montero nos dice que según la teoría tradicional han existido 4 etapas diferentes para llegar al matrimonio actual que son:⁸

Primitiva promiscuidad; en esta etapa se supone que todos los hombres tienen relaciones sexuales con todas las mujeres, sin importar si existe o no parentesco entre ellos, en otras palabras, en éste periodo, no es obstáculo alguno

⁵ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, México, D. F., Porrúa, 1992, p. 96.

⁶ Ídem.

⁷ Ibídem, p. 100.

⁸ Ibídem, pp. 101 a 103.

que una mujer fuera, su hermana, hija o madre, para que pudiera tener relaciones sexuales con ella.

Relaciones sexuales por grupos o cenogamia; en éste tipo de matrimonio se casan un grupo de hombres con un grupo de mujeres teniéndose todos ellos como cónyuges comunes, se conocen dos tipos diferentes de éste tipo de matrimonio común, que son:

- La endogamia que consistía en que en una tribu todos los hombres podían cohabitar sexualmente con todas las mujeres, con la única limitante de pertenecer a una misma generación, esto es, podían tener relaciones sexuales con cualquier persona del sexo opuesto que no pudiera ser su padre o su hijo.
- La exogamia en la cual no es posible contraer matrimonio con personas de la misma tribu por lo que los consortes tenían que pertenecer a tribus diferentes, dentro de esta categoría existió un tipo de unión llamado punalúa, (hermano) que exigía además que al menos uno de los grupos de cónyuges ya fuera el de los hombres o el de las mujeres fueran hermanos entre sí.

Matrimonio por raptó; en éste tipo de matrimonio, el hombre rapta a la mujer, quien es considerada, como propiedad de su raptor y en consecuencia ésta estaba obligada a serle fiel, lo que no sucede con el hombre, quien puede ser infiel por ser el conquistador, éste matrimonio sienta las bases del patriarcado pues es el primero en el que el parentesco se establece por línea paterna.

Matrimonio por compra; en éste tipo de matrimonio la mujer es considerada como un objeto, y por lo tanto se le puede comprar y vender, por lo que pasa de la propiedad del padre a la propiedad del marido, el precio podía consistir en bienes o servicios, que pagaba el marido al suegro, o incluso un intercambio de mujeres, con el transcurso del tiempo se fue suavizando el trato hacia la mujer, por lo que ya no fue llamado precio el que se pagaba por la esposa sino que se hacía

consistir en regalos del novio al suegro, y en ocasiones el suegro guardaba éstos presentes para ocuparlos en la hija, en caso de que enviudara, la autora señala que la dote que se pagaba y se paga en algunas culturas al novio, obedece al mismo principio de considerar a la mujer una carga improductiva, sólo que en el matrimonio por compra el novio, compensa al suegro de los gastos que le ocasiono la hija, durante el tiempo que vivió con él, mientras que en la dote es el novio quien es compensado, por llevar a su hogar a una persona improductiva.⁹

Matrimonio consensual: consiste en la unión de un hombre y una mujer donde la nota más importante es la voluntad de ambos para unirse en matrimonio, ejemplos de este modo de unión son el matrimonio en el derecho romano, en canónico y el civil.¹⁰

Para Efraín Moto Salazar el matrimonio: *“es un contrato solemne por el que se unen dos personas de sexo diferente, con la doble finalidad de procrear una familia y ayudarse a soportar las cargas de la vida”*¹¹

Moto Salazar, en su definición, nos pone en relieve el requisito de solemnidad del matrimonio, no debe pasarse por alto que éste es un requisito de existencia, por otra parte también incluye en su definición las finalidades del vínculo matrimonial.

También se le ha definido como:

...una unión de dos personas que tiene por finalidad constituir una familia. Hasta hace pocos años se consideraba un elemento esencial de la definición el hecho que ambos contrayentes debían ser de sexo opuesto, pero en el último tiempo este elemento ha sido objeto de

⁹ Ibídem, pp. 103 y 104.

¹⁰ Ibídem, pp. 105 y 109.

¹¹ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho*, 45ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 168.

moderaciones debido a la introducción, por algunos ordenamientos, del matrimonio entre personas del mismo sexo.¹²

La anterior definición tiene especial interés para nuestro derecho civil local pues como se recordará a raíz de las reformas de diciembre de 2009 ya no es requisito para contraer matrimonio la diferencia de sexos.

Para Rafael de Pina: *“el matrimonio es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente para el cumplimiento de todos los fines de la vida”*.¹³

También encontramos que se ha definido como: *“...el «acto jurídico, que origina la relación familiar, consistente en la unión de un hombre y una mujer, para la plena comunidad de vida» (Consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio, MODESTINO)*.”¹⁴

Esta definición pone énfasis en el aspecto legal, y nos dice que es un acto jurídico que origina la familia.

Para Pérez Duarte el matrimonio es: *“una estructura mediante la cual se pretende organizar la sexualidad de hombres y mujeres y la crianza de los hijos(as) que pudieran nacer de esa convivencia sexual.”*¹⁵

¹² “Matrimonio” *Wikipedia la enciclopedia libre*, 2010, <http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio>

¹³ De Pina, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 33º ed., México, Porrúa, 2003, p. 368.

¹⁴ “Matrimonio” *Enciclopedia-juridica.biz14.com*, España, Theodakis Publishing Ltd, 2009, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/matrimonio/matrimonio.htm>

¹⁵ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, *Derecho de familia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1919>

Esta autora pone énfasis en lo que es, sociológicamente el matrimonio, y nos expone que es una estructura que pretende organizar (normar) la sexualidad humana y la crianza de los hijos que en su caso sean resultado de esa actividad.

Por otra parte Julián Bonnacase citado por Chávez Asencio nos dice acerca del matrimonio:

El mismo término técnico: "matrimonio", designa dos realidades; por una parte, una institución jurídica que comprende el conjunto de las reglas que presiden la organización social de la unión de los sexos y de la familia natural, y, por otra parte, un acto jurídico que se concreta a la celebración de esta unión ante el oficial del estado civil y cuyo único objetivo es la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio. Ver en el término técnico: "matrimonio" única o principalmente el acto jurídico del matrimonio, es deformar totalmente la realidad, tomar lo accesorio por lo principal, y más bien un simple elemento externo por la institución misma. Por lo demás, no significa esto que el acto jurídico del matrimonio no sea un acto jurídico complejo, en virtud de reunir en sí tanto el consentimiento de los esposos como la participación del oficial del estado civil, que complementa éste consentimiento. Pero su función permanece siempre externa, subordinada en relación a la institución jurídica del matrimonio.¹⁶

Chávez Asencio considera que el matrimonio es:

...un acto jurídico conyugal (pacto conyugal) en el que intervienen, además, el juez del Registro Civil para constituir el vínculo conyugal, el que se traduce en el matrimonio-estado, como comunidad íntima y

¹⁶ Chávez Asencio, Manuel F. op. cit., nota 3

permanente de vida conyugal de un hombre y una mujer, en orden al amor conyugal la procreación responsable y la promoción humana de ambos.¹⁷

Como puede observarse el autor en cita incluye en su definición tanto la celebración del matrimonio, esto es, el momento en que reunidos los futuros consortes manifiestan su voluntad de unirse en matrimonio ante el Juez del Registro Civil, como el vínculo que surge entre los consortes una vez que han contraído matrimonio.

Para Julián Güitrón Fuentesvilla el matrimonio es: *“un acto jurídico solemne, que nace de la libre y espontánea voluntad expresada por ambos contrayentes, ante el juez del Registro Civil o el Oficial en su caso, con las solemnidades que la ley exige, con el propósito de crear, transmitir, modificar o extinguir, deberes, obligaciones y derechos.”*¹⁸

Como podemos observar éste autor nos brinda su definición de matrimonio, en otras palabras nos da el concepto jurídico de matrimonio, que contiene los siguientes elementos:

- Es un acto Jurídico solemne
- Voluntad libre y espontánea de los cónyuges
- Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil o el Oficial en su caso
- Cumplirse con las solemnidades establecidas en la ley
- Su propósito es crear, transmitir, modificar o extinguir, deberes, obligaciones y derechos.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Güitrón Fuentesvilla, Julián, “Sabe usted las diferencias jurídicas entre matrimonio y concubinato”, *El Sol de México*, México, 25 de febrero de 2007, <http://www.oem.com.mx/elsoldemexico/notas/n184087.htm>

Me parece que jurídicamente ésta es la mejor definición de matrimonio y no debe soslayarse que incluso el Código Civil para el Distrito Federal tiene una definición muy semejante la cual reza en su artículo 146: *Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.* Esta hipótesis normativa permite ahora el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Una vez analizado el concepto del matrimonio resulta prudente referirnos a los antecedentes históricos del matrimonio en este orden de ideas hay que indicar que la poligamia es el antecedente de la unión monogámica permanente que hoy se conoce como matrimonio y que es sólo hacia finales del siglo IV de nuestra era cuando se generaliza el matrimonio. Pero que éste no fue regulado idénticamente en todos los lugares y en todas las épocas. Así en el antiguo Egipto a las mujeres se le permitía ejercer el comercio, ser productivas y que incluso participaran como gobernantes; en Grecia la edad para contraer matrimonio era de 35 años para el hombre y de 25 años para la mujer, pero esta última debía entregar dote.¹⁹

Eloísa Alemán nos comenta que durante el Imperio Romano hubo 3 modalidades de unión matrimonial, llamadas: “*confarreatio*” (ceremonia ante al menos 10 testigos), “*coemptio*” (venta) y “*usus*” (cuando la mujer había sido poseída por el marido por el término de un año) pero apunta que no en todas ellas la mujer estaba bajo la potestad del esposo.

Señala la autora que es en la época de Carlomagno, cuando la iglesia católica impone su concepción sobre la familia y el matrimonio, y que es durante el feudalismo cuando se consolidó el poder de la iglesia arraigándose el matrimonio monogámico y elevándose a la categoría de sacramento.

¹⁹ Alemán Campos, Eloísa R., “Breve Análisis de la Institución Jurídica del Matrimonio”, *Verba-Iuris*, México, año I, núm. 3, noviembre de 2004, <http://www.cem.itesm.mx/verba-iuris/articulos/040904.html>

La misma autora nos comenta que en el México prehispánico sólo los grandes señores podían tener más de una esposa, pero que en esos casos tales consortes recibían los siguientes nombres: “*cihupilli*” (la primer esposa), “*cihuanmaste*” (esposa dadas por los padres), y “*tlacihuasanti*” (esposa robada u obtenida en guerra).

También nos explica Eloísa Alemán que durante la época colonial rigieron en nuestro país las leyes españolas que regulaban el matrimonio monogámico y religioso; y que es hasta las leyes de Reforma cuando definitivamente se suprime el fuero eclesiástico, y es por eso que la Constitución de 1917, y la Ley Sobre Relaciones Familiares del mismo año se refieren al matrimonio como un contrato civil solemne.

1.2 NATURALEZA JURÍDICA

Eloísa Alemán nos dice que las teorías más aceptadas acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio son las que lo consideran como contrato, como acto jurídico adhesión (contrato por adhesión), como acto jurídico condición o bien como un acto jurídico del poder estatal:²⁰

Como contrato: la autora nos dice que en nuestro país los legisladores lo consideraron un contrato, para eliminar el control que tenía la iglesia, pero nos explica que esta consideración es desafortunada pues el matrimonio no puede revocarse o rescindirse con el solo consentimiento de las partes, (lo que sí ocurre con los contratos civiles) pues para disolver el vínculo matrimonial es necesaria la intervención del Estado, además de que la totalidad de las normas que regulan el matrimonio son de carácter público, por lo que las partes no pueden modificarlas;

²⁰ Ídem.

por último no debe soslayarse que la definición del matrimonio como contrato ya no está prevista por nuestro Código Civil vigente.²¹

Se le considera como acto jurídico adhesión o bien contrato por adhesión: porque es el Estado quien impone las normas aplicables al matrimonio, y los consortes únicamente se adhieren a ellas.

También se afirma que es un acto jurídico condición en virtud de que quienes lo celebran se condicionan, sujetan o subordinan a la regulación que hace la ley de la institución del matrimonio.

Las opiniones que afirman que el matrimonio es un acto de poder estatal se fundan en el hecho de que lo que determina la naturaleza del matrimonio es la solemnidad que la ley exige para la celebración del mismo, esto es que se lleva a cabo ante el Juez del Registro Civil, contra esta teoría alega la autora que si bien la solemnidad es uno de los elementos de existencia de éste acto jurídico, no es el único indispensable para que se considere existente, toda vez que la voluntad de los contrayentes también lo es.²²

La teoría que considera al matrimonio como acto jurídico mixto se fundamenta en que para la existencia del matrimonio es tan importante la voluntad de los contrayentes como la del Estado.

No obstante lo anterior en opinión de Eloísa Alemán:

El matrimonio, entonces, más que un contrato, un contrato de adhesión, un acto jurídico mixto o un acto del poder estatal, es una institución compleja y fundamental para la sociedad, es la base de los valores éticos y morales que toda sociedad requiere para su buen

²¹ Ídem.

²² Ídem.

funcionamiento; es además el núcleo de la autoestima de las personas más vulnerables de la sociedad, los niños y jóvenes que serán los futuros ciudadanos hacedores del desarrollo de México; Los negocios empresariales, políticos, sociales, culturales y sobre todo jurídicos, están en manos de quienes han sido formados en el seno de un matrimonio, siendo éstos reflejo de lo aprendido en la familia de donde proceden, tomando entonces el matrimonio la gran responsabilidad de hacer frente a éstos desafíos, a los problemas sociales que el mundo globalizado enfrenta.²³

De lo anterior se desprende que para ésta autora el matrimonio es una institución compleja que abarca no sólo el concepto jurídico sino también el sociológico.

Pérez Duarte nos dice que la naturaleza contractual del matrimonio tiene su explicación en la necesidad que tuvo el Estado de quitarle a la iglesia católica el poder que detentaba para determinar el estado civil de las personas y, que debido a ello fue que en 1917, se reformó el artículo 130 de nuestra constitución para establecer que el matrimonio era un contrato civil entre un hombre y una mujer. La autora en cuestión opina que lo único en común que tienen los contratos nominados y el matrimonio es que ambos precisan el consentimiento de las partes.²⁴

Para Magallón Ibarra el matrimonio es un contrato “*suigeneris*”, totalmente distinto a todos los demás, con reglas propias, con formas específicas para su celebración, pero a fin de cuentas un acuerdo de voluntades y, por lo tanto, un contrato.²⁵

²³ Ídem.

²⁴ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op. cit., nota 15.

²⁵ Citado por Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op. cit., nota 15.

Para Bonnacase el matrimonio es una institución si por institución se entiende *“un conjunto de reglas de derecho que forman un todo orgánico (institución) y que comprenden una serie indefinida de relaciones (estado jurídico) considerada como punto de partida y base.”*²⁶ Porque se trata de un conjunto de normas que reglamentan relaciones de una misma naturaleza y persiguen la creación de un estado permanente entre los cónyuges y, que de dicho estado (el estado civil de casado) surgen consecuencias jurídicas.

Pérez Duarte apunta que la definición de Bonnacase contiene los tres momentos del matrimonio: *“el momento en que se celebra, el cual se puede definir como un acto jurídico de naturaleza contractual sui generis; un segundo momento marcado por el estado jurídico o civil que se establece a partir de ese acto jurídico y la institución que la norma;”*²⁷

La autora que nos ocupa sostiene que la naturaleza del matrimonio es compleja y múltiple y que ninguna de las figuras la define por si sola por lo que cada una de las teorías se complementa entre sí ya que tiene características de los contratos, del acto jurídico y de la institución.²⁸

Respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio existe la opinión de considerarlo como; acto jurídico, contrato, estado civil, institución y sacramento²⁹

Se considera acto jurídico, porque se trata de una manifestación de la voluntad sancionada por el derecho, y que se ubica dentro de los actos jurídicos plurilaterales en virtud de que intervienen tanto las voluntades de los consortes como la del Estado.

²⁶ Ídem.

²⁷ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op. cit., nota 15.

²⁸ Ídem.

²⁹ Montero Duhalt, Sara. op. cit., nota 5, p. 111.

Se afirma que es un contrato ya que existe un acuerdo de voluntades que crea y transmite derechos y obligaciones entre los cónyuges.

Ahora bien el matrimonio también es estado civil; pues los cónyuges pierden su estado civil de solteros y se convierten en casados, y el estado civil de casados cambia su situación jurídica con respecto a su familia, la sociedad, y el Estado, y para perder el estado civil de casados, tendrá que acontecer la muerte del otro cónyuge o una resolución judicial que declare que el matrimonio es nulo o que están divorciados.

Es una Institución jurídica porque si consideramos a la Institución como: *“un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico, y persigue una finalidad de interés público”*³⁰ y entonces el matrimonio al estar regulado como un todo orgánico, por normas de carácter imperativo, y que desde luego persigue el interés público, en razón de lo anterior el matrimonio es una institución jurídica.

Por último, acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio:

...puede establecerse que la misma es múltiple, pues por *matrimonio* se entiende el *acto jurídico*, como *contrato solemne de derecho de familia* y de interés público. Matrimonio es la *ceremonia misa* que da nacimiento al mismo. Matrimonio es el *estado civil de los casados*. Matrimonio *es una institución* cuando lo contemplamos como un conjunto de normas de carácter imperativo que regulan un todo orgánico (el estado de casados) y que persigue una finalidad de interés público; y por último, para el derecho canónico y para los sistemas jurídicos que aceptan el mismo como regulador de la vida familiar de los sujetos, el matrimonio es *un sacramento*, entendido por

³⁰ Ibídem, p. 113

tal un *contrato natural* al que la Iglesia considera de carácter sagrado e indisoluble en la vida de los cónyuges.³¹

Al respecto es de indicar que compartimos la opinión de la autora pues como se ha visto, la naturaleza del matrimonio es múltiple, y por lo mismo no puede decirse de ésta institución que no sea también un acto jurídico, o que no genera un estado civil, el de casados, y mucho menos que la regulación de los derechos y obligaciones que surgen de él no incumba al Estado, por lo que se considera de derecho público.

1.3 Requisitos para contraer matrimonio

Acerca de éste tema es importante exponer que, como todo acto jurídico, el matrimonio tiene elementos de existencia y de validez, los primeros permiten que el acto jurídico surja a la vida, mientras que los segundos son necesarios para que surtan plenamente sus efectos, pues sin ellos el acto es nulo.³²

Los elementos de existencia son: la voluntad, el objeto y las solemnidades.

- La voluntad; se manifiesta en dos momentos diferentes, el primero cuando se presenta la solicitud de matrimonio, y el segundo cuando se responde afirmativamente a la pregunta del Juez del Registro Civil, cuando éste les pregunta a los futuros cónyuges, si es su deseo contraer matrimonio. Esta voluntad debe ser libre, pues de lo contrario puede dar lugar a nulidad.³³
- Objeto; consiste en: *“establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo.”*³⁴ Sara Montero considera que esto implica la ayuda mutua, y que la procreación no es ya objeto del

³¹ Ibídem, p. 116

³² Ibídem, pp. 121 y 122

³³ Ibídem, p. 122

³⁴ Ibídem, pp. 122 y 123

matrimonio, pues los cónyuges tienen derecho a decidir si tendrán descendencia o no de acuerdo a lo que establece el artículo 4º constitucional. Actualmente el artículo 146 de nuestro Código Civil Vigente en el Distrito Federal establece: *“Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.”*

- Solemnidades; para la existencia del matrimonio se requiere que se celebre el acto ante una autoridad específica, que se expresen ciertas palabras (art. 102 del Código Civil para el Distrito Federal) y que se levante un acta (art. 103) que contenga ciertos requisitos marcados en la ley.³⁵

Los elementos de validez del matrimonio son; la capacidad de las partes, la ausencia de vicios del consentimiento, la licitud (ausencia de impedimentos legales), y las formalidades.

- Capacidad de las partes; los contrayentes deben de tener capacidad de goce y de ejercicio, por ello el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal establece que ambos contrayentes deben ser mayores de 18 años, sin embargo se permite el matrimonio de menores de edad cuando siendo mayores de 16 años cuentan con el consentimiento de quien legalmente puede otorgarlo, y sólo mediante dispensa podrá otorgarse autorización para que un menor de 16 años contraiga matrimonio y siempre y cuando la mujer esté embarazada.
- Ausencia de vicios del consentimiento; los vicios de la voluntad son los siguientes: error, dolo, mala fe, intimidación (violencia) y lesión, en el matrimonio sólo pueden darse dos de ellos; la intimidación (violencia) y el error, pero sólo cuando se trate de error de identidad en la persona; el cual:

³⁵ Ibídem, p. 124

*“Consiste en casarse con persona distinta con la que se desea unir”*³⁶ únicamente pueden darse dos supuestos, el primero cuando el matrimonio se realiza por medio de apoderado y o bien que se celebre con un gemelo idéntico, pero ambas situaciones no son muy comunes.

- Licitud; es decir el matrimonio debe realizarse sin contravenir las prohibiciones legales que el Código Civil para el Distrito Federal incorrectamente llama: *“impedimentos”*, tal denominación obedece a que el término “impedimentos” fue tomado de la legislación canónica, pero toda vez que las normas, se clasifican en imperativas, prohibitivas y permisivas debería sustituirse la voz: *“impedimentos”* por el término, prohibiciones. Actualmente las prohibiciones para contraer matrimonio están reguladas por los artículos 156, 157, 159 y 160 del ordenamiento civil local que contienen las siguientes prohibiciones:

- ❖ La falta de edad que como ya se dijo, tiene tres supuestos diferentes, 18, 16 y 14 años.
- ❖ La falta del consentimiento del que debe otorgarlo
- ❖ El parentesco por consanguinidad, tratándose de ascendientes y descendientes en línea recta (padres, abuelos, hijos, nietos etc.); en línea colateral igual, (hermanos y medios hermanos), en la línea colateral desigual está prohibido el matrimonio entre tíos y sobrinos en tercer grado, pero en éste caso se puede obtener dispensa.
- ❖ El parentesco por afinidad en línea recta
- ❖ El adulterio judicialmente comprobado entre los que pretenden contraer matrimonio.

Cabe señalar que actualmente el Código Penal para el Distrito Federal ya no contempla el delito de adulterio, y que el Código Civil para el Distrito Federal

³⁶ Ibídem, p. 126

tampoco contempla tal supuesto como causal de divorcio, por lo que la hipótesis normativa por lo menos es incongruente con la legislación local vigente.

- ❖ Atentar contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.
- ❖ La violencia física o moral,
- ❖ La impotencia incurable para la cópula (es dispensable si es conocida y aceptada por el otro contrayente)
- ❖ Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, (es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.)
- ❖ Que alguno de los que pretenden contraer matrimonio no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismo o por algún medio que la supla. a causa de una enfermedad reversible o irreversible, o que por un estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez.
- ❖ Tener un vínculo matrimonial subsistente, con persona diversa a aquella con la que se pretende contraer matrimonio.
- ❖ El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D (Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado.)
- ❖ El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes,

- ❖ El tutor, el curador no pueden contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, la prohibición anterior alcanza a los descendientes del curador o tutor, (puede obtenerse dispensa pero sólo a condición de que sean aprobadas las cuentas de tutela.) la contravención de esta disposición sólo ocasiona que el Juez nombre un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa.

La contravención de las prohibiciones anteriores puede causar la nulidad absoluta, nulidad relativa o bien que el matrimonio sea considerado ilícito.

- Formalidades.- existen dos tipos que son:
 - ❖ Las anteriores a la celebración del matrimonio: contenidas en los artículos 97 a 100 del Código Civil para el Distrito Federal que actualmente, dicen más o menos lo siguiente:
 - Los futuros consortes deberán presentar ante el Juez del Registro Civil de su elección una solicitud de matrimonio por escrito, con su firma y huella digital, que contenga los siguientes datos de los futuros esposos; nombres completos, edad, ocupación, domicilio y nombres completos de sus progenitores. Así como manifestar que no tienen impedimento legal para casarse y que es su voluntad contraer matrimonio. El Juez una vez recibida la solicitud tiene obligación de hacer que los solicitantes y si éstos son menores de edad sus ascendientes o tutores, reconozcan por separado sus firmas.
 - Al escrito anterior deberá anexarse: los documentos con los que acrediten su edad, (acta de nacimiento o certificado médico); la constancia de que existe consentimiento de quien puede otorgarlo para el caso de que alguno de los solicitantes sea menor de edad; identificación oficial; el convenio donde conste si los bienes, tanto los presentes como los futuros, de los pretendientes estarán bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes; en su caso

copia de la acta de defunción del cónyuge fallecido, o de la sentencia de divorcio o nulidad de matrimonio anterior; copia de la dispensa de impedimentos, o la manifestación por escrito y bajo protesta de decir verdad de haber concluido el proceso para la concordancia sexo-genérica.

- ❖ Las coetáneas a su celebración; estas formalidades están contenidas en los artículos 101 a 103 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales disponen, actualmente, en síntesis, lo siguiente: el matrimonio deberá realizarse dentro de los ocho días posteriores a la solicitud de matrimonio en el lugar hora y día que se señale; cuando se realice la ceremonia, deberán estar presentes los pretendientes (o su apoderado) y el Juez, éste último deberá leer en voz alta la solicitud, los documentos anexos a ellas y las diligencias que en su caso se hayan realizado, informará a los pretendientes los derechos y obligaciones que contraen; posteriormente vienen las solemnidades es decir el Juez les preguntara a cada uno si es su deseo contraer matrimonio y de ser así los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad. Hecho lo anterior levantará el acta de matrimonio que deberá contener: los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes; si son mayores o menores de edad; los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres; de haber menores de edad el consentimiento del que puede otorgarlo; que no existe impedimento o que se dispensó; la expresión de la voluntad de los contrayentes de unirse en matrimonio, y la del Juez de unirlos en nombre de la ley y de la sociedad; si el régimen será de sociedad conyugal o de separación de bienes; que se cumplieron las formalidades señaladas en el párrafo anterior; y finalmente el acta será firmada por los testigos el Juez y los contrayentes, estampando éstos últimos su huella digital.

López Monroy considera que, si tomamos en cuenta que el matrimonio, es un acto jurídico, debemos aceptar que como tal, tiene requisitos de primer término (presupuestos) que son; la voluntad de los futuros cónyuges, la aptitud físico-psíquica de los mismos y, en sus caso, la autorización o consentimiento de los padres o tutores³⁷

- La voluntad; el autor en cita nos recuerda que, para que la voluntad surta sus efectos legales plenamente, debe manifestarse sin que medien vicios del consentimiento, señalando además que tales vicios son: el error, la violencia, el dolo, la mala fe y la lesión, pero hace notar que en el matrimonio sólo son invocables como causas de nulidad, el error en la persona, y la violencia física y moral.
- Aptitud físico-psíquica; para el autor en consulta, para que esta se dé, ninguno de los contrayentes debe tener alguno de los siguientes defectos: embriaguez habitual, morfinomanía, eteromanía, drogadicción, impotencia incurable; sífilis, locura, enfermedades crónicas e incurables que sean además, contagiosas o hereditarias y, el idiotismo y la imbecilidad. Cabe hacer mención que los defectos anteriores estaban contemplados como causa de nulidad del matrimonio en las fracciones VIII y IX del artículo 156, mismas que actualmente sólo prevén la impotencia y las enfermedades crónicas, (ambas dispensables) mientras que la fracción X del mismo artículo nos remite a la fracción II del numeral 450 el cual establece que tienen incapacidad natural y legal:

Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

³⁷ López Monroy, José de Jesús, op. cit., nota 1.

Por otra parte, el autor opina que los futuros cónyuges deberán cubrir los requisitos de edad y tener sexos diferentes. Sobre el primero de ellos ya hemos dicho que actualmente lo pueden celebrar los mayores de 18 años; el requisito de tener sexos diferentes lo apoyaba el autor en el artículo 147 que decía: *“cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie... se tiene por no puesta”*³⁸ y consideraba que como la perpetuación de la especie tiene como presupuesto la diferencia sexual, esta estaba implícita en el citado precepto.³⁹ Cabe recordar que actualmente el matrimonio puede celebrarse entre personas del mismo sexo pues el artículo 146 actualmente dispone: *“Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida”*.

- la autorización o consentimiento de los padres o tutores, actualmente el artículo 148 ordena que sólo será posible que contraigan matrimonio:
 - ❖ Los mayores de 18 años
 - ❖ Los menores de 18 pero mayores de 16 con consentimiento de sus padres o tutores, y a falta de éstos o en su negativa del Juez de lo Familiar.
 - ❖ La menor mayor de 14 años cuando esté embarazada y cuente con el consentimiento de sus padres.

Por otra parte López Monroy considera que además de los requisitos de fondo positivos enunciados con anterioridad, también existen los impedimentos o requisitos de fondo negativos, y los elementos formales que para el caso específico de éste acto jurídico adquieren la categoría de solemnes.⁴⁰

Los impedimentos o requisitos de fondo negativos, pueden clasificarse de dos formas diferentes, la primera de ellas hace una distinción entre impedimentos

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Ídem.

impedientes e impedimentos dirimentes; y la segunda los divide en impedimentos relativos e impedimentos absolutos.

- Los impedimentos impedientes hacen ilícito el matrimonio pero no lo nulifican, el autor considera que sólo existen dos casos que son:
 - ❖ El matrimonio entre tíos y sobrinos y
 - ❖ El matrimonio celebrado entre tutor y pupila sin que se hayan aprobado las cuentas de tutela

Actualmente y en consideración a que se ha derogado el artículo 264, y que el artículo 235 señala que son causas de nulidad del matrimonio, entre otras que se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda, es dable decir entonces que no existiendo la dispensa el matrimonio es nulo, por lo que considero que la legislación actual ya no prevé los matrimonios ilícitos.

Los impedimentos dirimentes hacen ilícito el matrimonio y además lo hacen nulo.

Los impedimentos absolutos o personales afectan directamente a la persona del contrayente esto es, no se pueden casar con ninguna persona, ejemplos de éste impedimento son la edad, y la impotencia.

Impedimentos relativos o vinculares, que son los que recaen sobre ciertas relaciones y que en consideración de López Monroy son los siguientes:⁴¹

- El parentesco (artículos 157 y 156 fracc. III, y IV)
- El adulterio judicialmente comprobado (artículo 156 fracc. V)

⁴¹ Ídem.

- Atentar contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el otro (artículo 156 fracc. VI)
- Estar casado (artículo 156 fracc. XI)

Los requisitos de forma del matrimonio se pueden dividir en las formalidades que son anteriores al matrimonio y las que son concomitantes a su celebración.⁴²

Formalidades anteriores al matrimonio, como se recordará, los solicitantes de matrimonio deben presentar ante el Juez del Registro Civil un escrito, con su firma y huella digital, que contenga los siguientes datos de los futuros esposos; nombres completos, edad, ocupación, domicilio y nacionalidad; así como los nombres completos y la nacionalidad de sus progenitores, también deberán manifestar que no tienen impedimento legal para casarse y que es su voluntad contraer matrimonio, el Juez una vez recibida la solicitud tiene obligación de hacer que los solicitantes y si éstos son menores de edad sus ascendientes o tutores, reconozcan por separado sus firmas, al escrito anterior deberán anexarse: los documentos con los que acrediten: su edad, (copia certificada del acta de nacimiento); la constancia de que existe consentimiento de quien puede otorgarlo para el caso de que alguno de los solicitantes sea menor de edad; identificación oficial; el convenio donde conste si los bienes, tanto los presentes como los futuros, de los futuros cónyuges estarán bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes; en su caso copia de la acta de defunción del cónyuge fallecido, o de la sentencia de divorcio o nulidad de matrimonio anterior; copia de la dispensa de impedimentos, o la manifestación por escrito y bajo protesta de decir verdad de haber concluido el proceso para la concordancia sexo-genérica; por último en caso de que alguno de los contrayentes se encuentre inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos el Juez del Registro Civil lo hará del

⁴² Ídem.

conocimiento de los pretendientes inmediatamente después de la presentación de la solicitud.

Formalidades concomitantes al matrimonio; el matrimonio deberá realizarse dentro de los ocho días posteriores a la solicitud de matrimonio en el lugar hora y día que se señale; cuando se realice la ceremonia, deberán estar presentes los pretendientes (o su apoderado) y el Juez, éste último deberá leer en voz alta el acta respectiva, los documentos anexos a ella y las diligencias que en su caso se hayan realizado, informará a los pretendientes los derechos y obligaciones que contraen y les preguntará a cada uno si es su deseo contraer matrimonio y de ser así los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad; hecho lo anterior levantará el acta de matrimonio que deberá contener: Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio, lugar de nacimiento y nacionalidad de los contrayentes; Los nombres, apellidos, ocupación, domicilio y nacionalidad de los padres; el consentimiento del que puede otorgarlo; que no existe impedimento o que se dispensó; la expresión de la voluntad de los contrayentes de unirse en matrimonio, y la del Juez de unirlos en nombre de la ley y de la sociedad; si el régimen será de sociedad conyugal o de separación de bienes; que se cumplieron las formalidades ya señaladas; y finalmente el acta será firmada por el Juez, los contrayentes y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo, estampando los desposados su huella dactilar.

López Monroy nos recuerda que aunque se pueden llamar formalidades solemnes a todas las anteriores sólo es posible solicitar la nulidad absoluta del matrimonio cuando falta el acta de matrimonio en la cual consta el consentimiento de los desposados⁴³

Gregorio Vieyra Mondragón, nos dice que tradicionalmente el matrimonio ha sido considerado como institución y como contrato y que como éste último, tiene

⁴³ Ídem.

elementos esenciales y de validez. Los elementos esenciales son: voluntad o consentimiento, objeto, solemnidad y norma.⁴⁴

- Voluntad; la encontramos en la manifestación de los consortes y del Juez del Registro Civil.
- Objeto; para éste autor el objeto consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, (actualmente no es necesario que exista la diferencia de sexos) derechos y obligaciones que están regulados en distintos preceptos de la ley, y a modo de ejemplo señala que están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio; a socorrerse mutuamente; a vivir en el mismo domicilio conyugal.
- Solemnidad y norma: Señala el autor que la ceremonia de matrimonio para que sea válida debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y dos testigos, (cabe hacer notar que la regulación actual no contempla el requisito de los testigos) e insiste además, que en virtud de que la ley establece que tanto la manifestación de la voluntad de los futuros consortes como la del representante del Estado, debe efectuarse en el modo en que está previsto por la ley, pues de otro modo al carecer el acto del requisito de solemnidad exigido por el legislador, el acto es inexistente.

Elementos de validez del matrimonio. En opinión del autor en consulta, tales elementos son: capacidad, ausencia de vicios de la voluntad, licitud en el objeto y formalidades.⁴⁵

- Capacidad.- El autor que nos ocupa, identifica, la capacidad de los futuros consortes con el requisito de edad prevista en el Código Civil vigente al momento en que escribió la obra consultada, como ya se dijo al abordar la

⁴⁴ Vieyra Mondragón, Gregorio, “Efectos que produce el matrimonio (primera parte)”, *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, México, 2000, núm. 3, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/3/art/art5.pdf>

⁴⁵ Ídem.

obra de la Maestra Sara Montero, actualmente dicha edad es de 18, 16 y 14 años en los supuestos ya señalados con anterioridad. Por otra parte, también nos recuerda, que para el caso de que uno o ambos de los contrayentes sea menor de edad, lo podrán realizar con la autorización de su tutor, curador o de la persona prevista por la ley según el caso específico. Aunque hay que recordar que no es permitido el matrimonio de un mayor de edad incapaz.

- Ausencia de vicios de la voluntad. Para el autor que nos ocupa, sólo existen tres tipos de vicios que pueden provocar la invalidez del matrimonio y éstos son: error en la persona con la que se contrae el matrimonio, el miedo y la violencia.
- Nos recuerda el autor que el matrimonio, considerado como acto jurídico carece de validez, por ilicitud, en los siguientes supuestos:
 - ❖ Adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio.
 - ❖ Atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.
 - ❖ Rapto cuando la mujer no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad. (actualmente derogado)
 - ❖ Bigamia e incesto.
- Formalidades. Para Gregorio Vieyra Mondragón, estas consisten en los requisitos de forma que la ley exige, que contengan las actas de matrimonio tales como; la mención del lugar, la fecha, los datos generales de los contrayentes sus padres o tutores, la existencia del consentimiento para el caso de menores de edad, la mención de que no existe impedimento, el régimen patrimonial y los datos de los testigos. Situaciones que ya han sido abordadas al referirnos a las obras de Sara Montero y López Monroy.

Como puede observarse, aunque las llamen de diferentes modos los autores citados coinciden en manifestar que atendiendo a la naturaleza del acto jurídico que tiene el matrimonio, el mismo requiere de más o menos los mismos requisitos de existencia y validez que tienen los demás actos jurídicos, pero que a diferencia de los demás, y por tratarse del único acto solemne previsto en nuestra legislación civil, requiere de éste elemento de solemnidad, en la forma de llevarse a cabo, por otra parte no le son aplicables todos los vicios del consentimiento, debido a que se trata de la unión de personas y no del intercambio de prestaciones u objetos.

1.4 Derechos y obligaciones que surgen del matrimonio

Haremos un muy sucinto, recorrido a través de la evolución de los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio, pero sólo a partir de que éstos, fueron regulados por el Código Civil, pues como se recordará en nuestro país fueron preceptuados primero por el derecho indígena y luego por el derecho canónico.

Por otra parte no haremos mención a los derechos comunes, pues éstos (cohabitación, ayuda y asistencia) permanecieron casi sin cambios hasta nuestros días, sino sólo a los que de manera diferenciada tenían el esposo y la esposa.

El Código Civil de 1870 regulaba los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio de la siguiente manera:⁴⁶

Del esposo

- Proteger a la mujer
- Proporcionarle alimentos
- Ser representante legítimo de su esposa

⁴⁶ Adame Goddard, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp.16 y 17.

De la esposa

- La mujer sólo tenía obligación de ministrar alimentos al marido si se cumplían simultáneamente tres supuestos; que ella poseyera bienes propios, que el esposo no los tuviera y que éste no pudiera trabajar.
- La mujer debía obedecer al marido en lo doméstico, la educación de los hijos y la administración de los bienes.
- Debía seguir a su marido a cualquier lugar donde éste decidiera establecer su residencia
- La mujer debía pedir licencia del marido para; comparecer en juicio, adquirir bienes, o enajenar los suyos, y en general para obligarse o contratar de cualquier manera, a menos que se encontrara en alguno de los supuestos previstos como excepciones en la ley, pero en éste caso tenía que acudir a un Juez para que otorgara el permiso.

El Código Civil de 1884 reguló de forma casi idéntica los derechos y obligaciones de los consortes sólo ampliando las excepciones para que la mujer pudiera contratar sin licencia del marido (una de ellas fue para litigar en contra del esposo) y obligaba al esposo a probar una causa justificada para negar el permiso solicitado por su cónyuge.⁴⁷

Como puede observarse en estas regulaciones jurídicas hay una clara diferenciación de los derechos y obligaciones de los cónyuges en atención a su sexo, la mujer se encarga del trabajo en el hogar y del cuidado de los hijos mientras al varón le corresponde trabajar fuera de casa, pero además la mujer es considerada un ser inferior al cual hay que cuidar y supervisar, lo que puede apreciarse también en el fragmento de la epístola de Melchor Ocampo, que hasta

⁴⁷ Ibídem p. 20.

hace muy pocos años era leída en todas las bodas civiles que se llevaban a cabo en el Distrito Federal, y que se transcribe a continuación:

Epístola de Melchor Ocampo, julio de 1859

Declaro en nombre de la ley y de la Sociedad, que quedan ustedes unidos en legítimo matrimonio con todos los derechos y prerrogativas que la ley otorga y con las obligaciones que impone; y manifiesto: “que éste es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Este no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí. El hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando éste débil se entrega a él, y cuando por la Sociedad se le ha confiado. La mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo propia de su carácter...”⁴⁸

La lectura de la epístola estaba contemplada en el artículo 15 de la ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859 y éste fue derogado cuando se expidió el

⁴⁸ Redacción EL UNIVERSAL.com.mx "Que dice la Epístola de Melchor Ocampo?" *El universal*, México, 2 de mayo de 2007, <http://www.eluniversal.com.mx/notas/422497.html>

Código Civil de 1870, pero nuestros jueces del Registro Civil, continuaron con su lectura por mera costumbre o tradición aunque sin fundamento legal alguno hasta finales del año 2006, por lo que no es raro encontrar hombres y mujeres que todavía piensan que, lo que les leyeron en su matrimonio, son los derechos y obligaciones que tienen en su calidad de esposo y esposa, por lo que considero muy acertado que se haya eliminado su lectura de las ceremonias del Registro Civil, y sólo lamento que se hayan tardado tanto.

En la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, Según nos dice Jorge Adame, se introducen algunos cambios para disminuir el poder del esposo, y los derechos y obligaciones que del esposo y la esposa contenían entre otras las siguientes disposiciones:⁴⁹

Del esposo:

- Proporcionar alimentos a la cónyuge y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar
- Dar permiso a la esposa para que trabaje con terceros, ejerza una profesión o se desempeñe como comerciante.
- Fijar el domicilio conyugal

De la esposa:

- Colaborar a los gastos del hogar, pero sólo si tiene bienes propios, o desempeña algún trabajo o comercio, pero esta colaboración sólo podría ser hasta del 50% del los gastos a menos que el cónyuge varón estuviera imposibilitado para trabajar.
- Atender los asuntos domésticos

⁴⁹ Adame Goddard, Jorge, op. cit., nota 46, p. 44.

- Ser la encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar
- Sólo podía trabajar para terceros, desempeñarse como comerciante o profesionista, si contaba con el permiso de su consorte.
- Vivir en el domicilio que escoja el esposo
- Por último no podía celebrar contratos sobre bienes raíces o derechos reales, con su esposo, ni salir fiadora suya.

En el **Código Civil de 1928**, en opinión del mismo autor, se regularon los derechos y obligaciones de los consortes del siguiente modo:⁵⁰

Del marido

- Proporcionar lo necesario al sostenimiento de la familia
- Oponerse a que la mujer trabaje
- Fijar el domicilio conyugal

De la esposa

- Dirección y cuidado del hogar
- Podía desempeñar cualquier empleo, oficio, profesión o industria que deseará siempre y cuando no interfiriera con sus obligaciones domésticas
- La mujer podía contratar con su esposo y ser su fiadora.
- Tenía obligaciones alimentarias con su esposo cuando ella trabajaba y él se encontraba en los supuestos normativos contenidos en el mismo ordenamiento jurídico.

En 1974 se reformó el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la nueva redacción se decía en el párrafo tercero: *“el varón*

⁵⁰ Ibídem, p. 55

y la mujer son iguales ante la ley", como consecuencia de ello se reformó el Código Civil, para eliminar las obligaciones diferenciadas de los cónyuges, es por eso que el artículo 164 señala que la obligación de contribuir al sostenimiento de la familia y de los hijos, es de ambos cónyuges y que los derechos y obligaciones son iguales entre éstos sin importar el monto de la aportación económica al sostenimiento del hogar.⁵¹

A partir de ésta reforma desaparece del Código toda diferencia derivada del sexo y se establecen obligaciones y derechos iguales para los esposos y es por eso que se elimina la posibilidad de que el marido se oponga a que la mujer trabaje alegando que descuida las labores del hogar.⁵²

En 1983 se reforma de nuevo el Código Civil, y en esta ocasión se establece en el artículo 163 que el domicilio conyugal es el fijado por ambos cónyuges de común acuerdo, con lo que se exime a la mujer de seguir al marido, pues ya no es derecho exclusivo de él, determinar el domicilio de ambos.⁵³

Para 1994 se derogaron los artículos 174 y 175 del Código Civil, que establecían prohibiciones para que los esposos contrataran entre sí y para que la esposa fuera fiadora de su marido, y que eran medidas protectoras hacia la mujer. Que ya no eran congruentes con la igualdad legal de hombres y mujeres. La exposición de motivos de la reforma nos dice:

En lo relativo al derecho de familia, se propone suprimir la autorización judicial que requieren los cónyuges para contratar entre sí, prevista en los artículos 174 y 175 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia Federal, ya que no parece ser acorde con el principio de libertad de

⁵¹ *Ibidem*, p. 85

⁵² *Ídem*.

⁵³ *Ídem*.

las partes para contratar, además, si cualquiera de los cónyuges puede contratar con terceros sin la supervisión y autorización de autoridad alguna, por mayoría de razón también se le debe reconocer su derecho para contratar con su propio cónyuge. Por otra parte, el principio de igualdad jurídica de los cónyuges debe traducirse en una regla distinta a la actual que conduce a éstos a obtener autorización judicial para contratar entre sí, y permitirles la posibilidad legal de contratar entre ellos sin dicha autorización, lo cual, además, evitará que los cónyuges inviertan tiempo y eroguen gastos adicionales en la realización de actos contractuales permitidos por la ley.

El Código Civil Vigente en el Distrito Federal, nos dice en su capítulo tercero que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio son los siguientes:

- Contribuir a los fines del matrimonio y socorrerse mutuamente;

Con respecto a esta obligación, Ingrid Brena, considera que los fines del matrimonio son los siguientes: *“la comunidad de vida, la procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua. La procreación también puede ser una finalidad de la unión matrimonial, pero sólo como una posibilidad y no como un fin necesario.”*⁵⁴

- Decidir de común acuerdo, sobre si tendrán hijos o no y el momento oportuno para ello;
- Vivir juntos en el domicilio conyugal (con las excepciones previstas en la ley) donde ambos tienen autoridad propia y consideraciones iguales.
- Contribuir al sostenimiento del hogar, dar y recibir alimentos recíprocamente, y a sus descendientes (con las excepciones previstas en la ley), educar a sus hijos y distribuirse las cargas de común acuerdo.

⁵⁴ Brena Sesma, Ingrid, “Reformas al Código Civil en materia de matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, México, 2002, núm. 1, Enero-Abril 2002, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr1.htm>

- Los derechos y obligaciones serán siempre iguales aunque las contribuciones económicas no lo sean.
- El trabajo en el hogar y el cuidado de los hijos es una contribución económica al sostenimiento del hogar.
- Decidir de común acuerdo sobre el manejo del hogar, la educación de los hijos, la administración de los bienes de éstos últimos.
- Desempeñar cualquier actividad lícita.
- Ambos cónyuges tienen plena capacidad jurídica.
- Sólo están limitadas las capacidades de ejercicio de los cónyuges menores de edad.
- Los cónyuges pueden comprar y vender entre ellos sólo si están casados bajo el régimen de separación de bienes.
- Los cónyuges pueden ejercer los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro pero la prescripción no corre entre ellos mientras dure el matrimonio.

Resumiendo podríamos decir que desde que el matrimonio comenzó a regirse por las leyes dictadas por el Estado se fue disminuyendo progresivamente la potestad marital que el esposo tenía sobre su mujer y que colocaba a ésta en un plano de subordinación con respecto al marido, hasta que en 1974 se alcanzó legalmente la: *"igualdad"* de la mujer, aunque a las mujeres les paso lo mismo que a los obreros con el salario mínimo (que constitucionalmente debe ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos) pues una cosa es que la constitución diga que hombres y mujeres son legalmente iguales y otra muy diferente que la mujer deje de sufrir discriminaciones de todo tipo por el sólo hecho de haber nacido mujer.

CAPÍTULO II

DIVORCIO

2.1. CONCEPTO

Según el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la palabra divorcio proviene de las voces latinas “*divortium*” (separar lo que estaba unido) y “*divertere*” (tomar líneas divergentes.)⁵⁵

El concepto de divorcio ha sido abordado por una gran cantidad de importantes juristas, hacer una relación de todos ellos es una tarea demasiado extensa, que además se aleja del propósito del presente trabajo, razón por la cual sólo nos referiremos a algunos de ellos:

Para Ingrid Brena Sesma el divorcio es: “...*la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, fundada en las causales previstas por la ley, y decretada por autoridad competente, la cual permite a los mismos contraer otro*”⁵⁶

Sara Montero Duhalt nos da la siguiente definición:

Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en

⁵⁵ Montero Duhalt, Sara, “*Divorcio*” Diccionario Jurídico Mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. III, D, p. 329

⁵⁶ Brena Sesma, Ingrid, *Derechos del Hombre y de la Mujer Divorciados*, México, UNAM, 2000, Colección nuestros derechos, p. 5

la ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento.⁵⁷

Edgard Baqueiro Rojas opina que el divorcio es una: “*Forma de terminar las relaciones conyugales en vida de los casados. El divorcio es siempre decretado por la autoridad que puede ser judicial o administrativa*”⁵⁸

Eduardo Pallares lo define como: “*...acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros*”⁵⁹

El Código Civil para el Distrito Federal dice al respecto: “*El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.*”

Como puede observarse, no existe una opinión unánime con respecto a la definición del divorcio, pensamos sin embargo que es más adecuada la expresada por Sara Montero Duhalt por parecernos más completa al diferenciar al divorcio de las demás formas de extinguir el matrimonio pues al decir: “*Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges*”⁶⁰ lo distingue de la muerte; que causa también la disolución del vínculo al fallecer cualquiera de los cónyuges; mientras que al hacer referencia a: “*por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo*”⁶¹ lo separa claramente de la nulidad; que extingue el vínculo por causas surgidas con anterioridad al matrimonio. Sin embargo es de indicar que actualmente no hay causas de divorcio sino que el cónyuge que quiera divorciarse lo solicitará por escrito al Juez de lo

⁵⁷ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 55, p. 329

⁵⁸ Baqueiro Rojas, Edgard, *Derecho civil*, México, Harla, 1997, colección Diccionesarios Jurídicos Temáticos, vol. 1, p. 37.

⁵⁹ Pallares, Eduardo, *El divorcio en México*, 5ª ed., México D.F., Porrúa, 1987, p. 36

⁶⁰ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 55, p. 329

⁶¹ Ídem.

Familiar sin necesidad de expresar los motivos o causas que originan tal determinación.

Para tener una mejor idea acerca de esta institución, consideramos que es importante tener un breve acercamiento a su desarrollo histórico.

Cesar Augusto Belluscio, nos informa que debido a que el divorcio aparece en las organizaciones familiares avanzadas y no en las primeras conocidas, puede decirse que esta institución está íntimamente ligada a la evolución histórica.⁶²

Se ha considerado que el antecedente inmediato del divorcio fue el repudio, consistente en un derecho del varón para disolver el matrimonio por causas tales como el adulterio, la esterilidad, torpezas, impudicia, vida licenciosa, etc. Ese mismo derecho sólo fue limitadamente concedido a la mujer cuando por ejemplo el hombre la maltrataba o no cumplía con sus obligaciones. Tal modo de disolver el matrimonio, fue ampliamente usado y conocido en: Babilonia, China, India, Israel, Egipto, etc.⁶³

Para mejor comprensión del tema veamos un par de definiciones de repudio:

Edgard Baqueiro Rojas nos dice:

Repudio forma de divorcio practicado en Roma por la voluntad de uno de los esposos. Si el matrimonio se había celebrado "*cum manus*" sólo el marido podía repudiar a su mujer, pero era necesario una ceremonia formal; si el matrimonio se celebraba "*sin manus*" cualquiera de los esposos podía repudiar al otro sin ninguna ceremonia, para efectos de prueba en el Derecho clásico se usaba

⁶² Augusto Belluscio, Cesar, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Depalma, 1981, vol. III, p. 5

⁶³ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 55, p. 321

notificar el repudio ante siete testigos. Se usa el término para designar al divorcio por acto de voluntad de unos de los cónyuges sin mediar causa o acuerdo de los interesados.⁶⁴

Mientras que Sabino Ventura Silva nos dice que: *“Repudio es un divorcio por voluntad unilateral”*⁶⁵

Cabe hacer mención que, con las últimas reformas al Código Civil para el Distrito Federal, es suficiente con la solicitud de uno de los cónyuges siguiendo un procedimiento rápido, para que el Juez de lo Familiar disuelva el vínculo matrimonial.

En los pueblos antiguos el divorcio fue evolucionando de distintas formas, así encontramos culturas que lo contemplan y otras que no lo hacen, con el transcurso del tiempo veremos que es aceptado casi en todas y que se le conceden cada vez más derechos a la mujer, para solicitarlo ya que en un principio fue un derecho exclusivo del género masculino.

Por otra parte en Egipto la única forma de disolver el vínculo matrimonial era la muerte, más tarde apareció el repudio unilateral por causa grave, que sólo podía ejercer el varón, después fue concedido ese mismo derecho a la mujer, incluso sin necesidad de causa grave, y finalmente se podía establecer en las convenciones matrimoniales que sólo la mujer tuviera facultades para ejercer el divorcio.⁶⁶

En Mesopotamia se conocen algunas disposiciones, anteriores al Código de Hammurabi, que colocaban en franca desventaja a la mujer, una de ellas es la

⁶⁴ Baqueiro Rojas, Edgard, op. cit., nota 58, p. 98

⁶⁵ Ventura Silva, Sabino, *Derecho romano curso de derecho privado*, 18^a ed., México, Porrúa, 2002, p. 134.

⁶⁶ Augusto Belluscio, Cesar, op. cit., nota 62, p. 5.

siguiente: *“si la mujer aborrecía al marido sería echada al río y si el hombre aborrecía a la mujer debía darle una mina de plata.”*⁶⁷

En el Código de Hammurabi, se establecía que: si la mujer descuidaba el hogar, desatendía al marido y tenía la intención de abandonarlo, el marido podía decidirse entre dejarla ir sin dinero, o contraer nuevo matrimonio teniéndola como esclava; si la mujer era incapaz de procrear, el marido podía repudiarla pero debía devolverle su donación nupcial y el patrimonio aportado por ella al matrimonio, si no había existido donación debía indemnizarla; si el hombre era hecho prisionero y había dejado a la mujer los medios necesarios para su manutención, ésta estaba impedida bajo pena de muerte a contraer nuevas nupcias, en caso de que el varón no dejara los medios mencionados la mujer podía volver a casarse, pero si el marido regresaba debía volver con él; si el marido huía por causa de guerra la mujer podía contraer nuevo matrimonio sin estar obligada a regresar con su anterior marido, si éste volvía.⁶⁸

En Grecia también surgió primero el repudio como facultad exclusiva del marido quien debía devolver la dote en el momento de ejercerlo o pagar intereses muy altos si incurría en mora, y después apareció el divorcio, el cual no requería de causa justificada para el hombre pero si para la mujer, quien debía acudir al arconte, el cual decidía sobre la disolución del vínculo matrimonial pero si era concedido la mujer era regresada a la casa paterna y los hijos siempre quedaban en la casa del marido. Entre las causas que podían ser invocadas por la mujer se encontraban; la pérdida de la libertad del marido; la introducción de una mujer en el hogar conyugal, y las relaciones contranatura del marido con otro hombre. En Grecia también fue conocido el divorcio por mutuo consentimiento el cual sólo requería una declaración de ambos cónyuges ante el arconte.⁶⁹

⁶⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁸ *Ídem*.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 13 y 14

Respecto de Roma, Manuel Chávez Asencio nos comenta que en un principio sólo el hombre podía, por causa grave, repudiar a la mujer.⁷⁰

En el derecho romano existían dos tipos de matrimonio el conocido como “*cum manus*” que colocaba a la mujer bajo la autoridad del marido y el llamado “*sine manus*” que otorgaba derechos y obligaciones semejantes al hombre y la mujer; pero éste último tuvo muy poca popularidad entre los romanos, y es hasta finales de la República y principios del Imperio cuando la mujer obtiene más facilidades para divorciarse.

En el derecho romano el matrimonio terminaba por 3 razones: muerte, pérdida o disminución de capacidad y por voluntad de uno o ambos cónyuges o pérdida del “*affectio maritalis*”.⁷¹

La pérdida o disminución de la capacidad podía ser por: “*Capitis deminutio máxima*” que ocurría cuando cualquiera de los cónyuges por condena o por encontrarse en manos del enemigo se convertía en esclavo; “*Capitis deminutio*” media que se daba cuando el individuo perdía su ciudadanía esto era así ya que el matrimonio únicamente podía celebrarse entre ciudadanos romanos; “*Capitis deminutio*” mínima la cual sólo causaba el divorcio en caso de provocar entre los esposos una causa que hubiese sido bastante para impedir el matrimonio como por ejemplo el “*Incestus superveniens*” que ocurría cuando el suegro adoptaba al yerno, convirtiéndose éste último entonces en hermano de su esposa.⁷²

Sobre la tercera razón para terminar con el vínculo matrimonial cabe decir que aparte del mutuo acuerdo también podía ser invocada por cualquiera de los cónyuges, la pérdida de la “*affectio maritalis*” acerca de la cual nos dice Edgar

⁷⁰ Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el derecho: relaciones jurídicas conyugales*, 6a ed., actualizada, México, Porrúa, 2003, p. 412

⁷¹ Augusto Belluscio, Cesar, op. cit., nota 62, p. 15

⁷² Ventura Silva, Sabino, op. cit., nota 65, pp. 133 y 134

Elías Azar que es: *“la intención constante, proyectada en el tiempo de continuar con la vida conyugal como marido y mujer no pudiendo las partes pactar ninguna cláusula tendiente a eliminar la posibilidad del derecho a acceder al divorcio cuando ya no hubiere el ánimo, el amor o el gusto de continuar con la relación”*⁷³

Manuel Chávez Asencio, citando a Eugenio Pettit, nos dice que el divorcio romano podía efectuarse de dos formas: *“Bona Gratia es decir, por mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido. Por Repudiación, es decir, por la voluntad de uno aunque sea sin causa”*⁷⁴

El mismo autor nos dice que las causas más comunes de repudio eran la esterilidad y las riñas entre las suegras.⁷⁵

Cabe hacer la aclaración de que existe confusión en la diferencia entre divorcio y repudio pues para algunos autores el divorcio existía cuando la voluntad emanaba de ambos cónyuges y el repudio cuando sólo procedía de uno de ellos; mientras que otros autores consideran que el repudio proviene del hombre y el divorcio de la mujer.⁷⁶

Chávez Asencio citando otra vez a Pettit, transcribe: *“...en la época clásica, los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio pero buscaron dificultarlo, imponiendo leyes que castigaban con penas graves a los individuos que repudiaban sin causa justificada”*.⁷⁷

⁷³ Elías Azar, Edgard, *Personas y bienes en el derecho civil mexicano: jurisprudencia y artículos concordados*, 2ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 229

⁷⁴ Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 70, p. 412

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Augusto Belluscio, Cesar, op. cit., nota 62, p. 21

⁷⁷ Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 70, p. 413

Sabino Ventura Silva, nos dice que el Código de Justiniano reconocía dos formas de divorcio "*Divortium comuni concensu*" y "*Repudium*".

El "*Repudium*" a su vez se dividía en "*Divortium ex iusta causa*": que se daba cuando se alegaban causas contempladas en la ley, por ejemplo el adulterio de la mujer; "*Divortium bona gratia*" que ocurría sin culpa del cónyuge pero con origen en causas que impedían realizar los fines del matrimonio, por ejemplo cautividad, impotencia o locura; y el "*Divorcio sine causa*" sin justificación legal y que ocasionaba pérdidas patrimoniales a quien lo ejercía.⁷⁸

Con el tiempo se establecieron las 4 formas definitivas de disolución del vínculo matrimonial en Roma que fueron: mutuo consentimiento, "*bona gratia*", y repudio con o sin causa. Este último acarreaba castigos al repudiante.⁷⁹

En el derecho musulmán se permitían cuatro formas de disolver el vínculo matrimonial: repudio del hombre, el mutuo consentimiento, el consensual retribuido y el obligatorio para ambos, éste último a causa de impotencia, enfermedad que hiciera peligrosa la cohabitación, por adulterio, o por no cumplirse ciertas condiciones del contrato, como no pagarle la dote al marido o no ministrar éste los alimentos a la mujer.⁸⁰

En éste sistema jurídico: "*los pleitos de divorcio se fundaban en las siguientes causas: impotencia de los cónyuges o enfermedades que hicieran peligrosa la convivencia*".⁸¹

Las enfermedades incurables ocasionaban el divorcio rápidamente, pero si se trataba de enfermedades curables el Juez concedía un plazo prudente para

⁷⁸ Ventura Silva, Sabino, op. cit., nota 65, p. 135

⁷⁹ Augusto Belluscio, Cesar, op. cit., nota 62, p. 21

⁸⁰ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 55, p. 321.

⁸¹ López Ortiz José, citado por Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 70, p. 414.

que el enfermo sanare antes de divorciar a los cónyuges; así mismo se concedía un plazo para cumplir obligaciones insatisfechas derivadas del contrato matrimonial, como por ejemplo dote y alimentos. Pero pasado el plazo sin que las obligaciones incumplidas fueran satisfechas se procedía a la disolución del vínculo matrimonial.

Debido a que las partes del contrato matrimonial podían obligarse libremente, los maridos introducían cláusulas que les permitían repudiar a la mujer casi por cualquier causa, situación que preocupó enormemente a Mahoma y decidió reglamentar las causas de divorcio conforme al Corán, después de dicha reglamentación tanto los maridos como las esposas podían solicitar la disolución del vínculo matrimonial y las causas más comunes para hacerlo eran la sevicia del hombre en contra de la mujer y la falta de docilidad de esta última con respecto al primero.⁸²

Existió también aunque un poco después en el derecho musulmán, otra forma de disolución de la cual, nos informa Rojina Villegas citado por Chávez Asencio: *“Esta nueva forma de disolución del matrimonio sólo podía ser invocada por el hombre y consistía en que si el marido juraba la abstención absoluta de relaciones sexuales con su mujer, podía invocar el divorcio”*.⁸³

A través de éste juramento el marido se obligaba a no tocar a su mujer por ningún motivo, si el marido se retractaba podía volver al lado de su esposa, pero si persistía la mujer podía exhortarlo a través del Juez para que rompiera el juramento y si no lo hacía podía exigir que el marido la repudiara o que lo hiciera el Juez en su representación si el marido se abstenía de realizar el repudio y

⁸² *Ibíd*em, p. 415.

⁸³ *Ídem*.

persistía en su juramento. En éste derecho también se conoció el divorcio por mutuo consentimiento.⁸⁴

En el derecho canónico : *"...sólo es válido disolver el vínculo cuando el matrimonio no se ha consumado o cuando el matrimonio se realiza entre no bautizados.*"⁸⁵

Para el derecho canónico existen dos tipos de matrimonio: el realizado entre bautizados y el que se lleva a cabo entre quienes no lo son, esta diferencia da origen a la institución llamada privilegio paulino, y consiste en el derecho que tiene aquella persona que se bautiza bajo la fe católica, encontrándose casado anteriormente, a divorciarse y contraer nuevo matrimonio, si su cónyuge se niega a bautizarse o a cohabitar con él.⁸⁶

Para el ejercicio del privilegio paulino se necesitan los siguientes requisitos: la existencia de un matrimonio entre personas no bautizadas; que uno de los cónyuges se bautice en la fe católica; que el cónyuge no bautizado no quiera cohabitar con el bautizado o no quiera convertirse en creyente; que la persona bautizada realice nuevo matrimonio con persona bautizada bajo la fe católica.

También es importante indicar que:

El derecho canónico regula también el llamado divorcio separación o divorcio no vincular. Consistente en la separación de lecho, mesa y habitación, con persistencia del vínculo. Este divorcio se puede pedir por varias causas, entre ellas el adulterio (canon 1129), el separarse

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 55, p. 329

⁸⁶ Pallares, Eduardo, op. cit., nota 59, p. 11.

un cónyuge de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia, y la sevicia (canon 1131).⁸⁷

En el derecho germano la disolución del vínculo matrimonial se realizaba a través de un contrato que se efectuaba entre el marido y los parientes de la mujer, más adelante el contrato se celebraba entre los cónyuges; el repudio también fue conocido por éste derecho que hacía una diferencia entre repudio lícito e ilícito el primero ocurría cuando estaba justificado por una causa lícita como el adulterio o la esterilidad de la mujer y era considerado ilícito cuando no existía dicha causa y en éste caso el esposo estaba obligado a indemnizar a la mujer.⁸⁸

Respecto de Francia hemos de precisar que después de la revolución francesa y con el propósito de distinguir el matrimonio regulado por el Estado del que lo era por el derecho canónico, los legisladores franceses, decidieron que el matrimonio era un contrato y como consecuencia de esto se llegó a la conclusión de que si dos personas decidían de común acuerdo unirse mediante un vínculo matrimonial, también esas mismas personas podían decidir, por mutuo acuerdo, disolver el mencionado vínculo, además de ésta causal se incorporo también a la legislación francesa el divorcio por incompatibilidad de caracteres, conocido también como repudio, la restauración borbónica prohibió el divorcio y hubo que esperar hasta 1816, para que se permitiera de nuevo.⁸⁹

En el derecho ingles nos remontamos a las primeras comunidades que poblaron Inglaterra en donde no existía el matrimonio tal como lo conocemos hoy por lo que en rigor tampoco había divorcio en el sentido actual, el hombre compraba a la mujer a sus parientes y era en consecuencia su propietario, con el

⁸⁷ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 55, p. 329

⁸⁸ Augusto Belluscio, Cesar, op. cit., nota 62, p. 46

⁸⁹ Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 70, pp. 417 a 419

tiempo fueron aceptadas como causas de divorcio el adulterio, el abandono e incluso el mutuo consentimiento.⁹⁰

Al adquirir éste país la fe católica la disolución del vínculo matrimonial fue regulada por el derecho canónico, que sólo consentía los supuestos ya mencionados con anterioridad. Al cambiarse la religión oficial del país a la religión protestante, el divorcio quedo bajo la jurisdicción de la nueva religión, la cual si permitía el divorcio vincular, es hasta 1666 que el divorcio pasa a la jurisdicción del parlamento el cual siguió permitiendo el divorcio vincular pero el procedimiento era excesivamente costoso, por lo que tuvo muy poca aplicación, para 1857, la situación cambio haciendo más económicos y expeditos los procedimientos. El divorcio vincular sólo podía ser decretado por adulterio y la separación de cuerpos o divorcio no vincular por abandono, sevicia, entre otras causales.⁹¹

Después de un largo proceso de leyes y reformas sobre la institución del divorcio se creó en 1969 "*The Divorce Reform Act*", la cual estableció en su sección 1, como causal de divorcio el "irretrievable breakdown" (irreparable fracaso) del matrimonio, también se contempló el divorcio por mutuo consentimiento que podía pedirse después de dos años de separación.⁹²

Importante es referirnos a la normatividad de los Estados Unidos de Norteamérica, en este orden de ideas es de indicar que antes de su independencia en los Estados Unidos sólo tenía aplicación el divorcio no vincular, al independizarse de Inglaterra los Estados imitaron el modelo inglés y le conceden la facultad de disolver el vínculo matrimonial al parlamento. A mediados del siglo XIX el divorcio era común, y la jurisdicción fue transferida al poder

⁹⁰ Augusto Belluscio, Cesar, op. cit., nota 62, p. 105

⁹¹ Ibídem, pp. 108 a 109

⁹² Briones, Irene, "El Diseño Familiar" en Gallego José Andrés y Pérez Adán José, (comp.), *Pensar la Familia*, Madrid, Ediciones Palabra, S. A. 2001, p.158

judicial, como cada Estado regula diferentemente esta institución nos encontramos con que en algunos Estados se regulan ambos divorcios el vincular y el de separación de cuerpos y en otros no, y las causales también difieren en cada entidad federativa.⁹³

Por lo que hace a México es importante referirnos a la época precolonial; así entonces, en Texcoco, conocieron y aplicaron el divorcio vincular aunque debido a que era motivo de vergüenza para el divorciante y sus familiares tuvo muy poca aplicación y las autoridades hacían todo lo posible por convencer a los cónyuges de que continuaran su vínculo matrimonial.⁹⁴

Los aztecas disolvían el vínculo matrimonial a instancia tanto de la mujer como del marido, aplicaron el divorcio voluntario y el necesario, éste último tenía como principales causales: la incompatibilidad de caracteres, la infertilidad, el abandono, la falta de cumplimiento a los deberes alimentarios o que la esposa no atendiera sus tareas domésticas.⁹⁵

Los mayas extinguían el matrimonial a través del repudio; que era permitido sólo a causa de adulterio de la mujer, pues la poligamia era aceptada, los hijos pequeños quedaban al cuidado de la madre y los mayores al cuidado del padre si eran hombres y de la mamá si eran mujeres. La mujer repudiada podía contraer nuevas nupcias pero si se arrepentía y era perdonada por el marido anterior podía regresar con él.⁹⁶

En la época colonial se aplicó en México el derecho canónico en todo lo relacionado al divorcio por lo que se ejerció sólo el divorcio no vincular y

⁹³ Augusto Belluscio, Cesar, op. cit., nota 62, p. 105

⁹⁴ Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 70, pp. 424 y 425

⁹⁵ Elías Azar, Edgard, op. cit., nota 73, p. 231

⁹⁶ Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 70, p. 425

excepcionalmente el divorcio vincular cuando tenía aplicación el privilegio paulino; tema que ya fue abordado en el presente trabajo.

Después de la independencia y hasta la revolución mexicana, hay pocos cambios importantes en cuanto al divorcio se refiere, sin embargo es importante destacar que durante el gobierno de Juárez se dicta la ley de Matrimonio Civil,⁹⁷ en la cual se otorgan, con inspiración del Código Civil francés, facultades al Estado para dictar leyes y resolver las controversias derivadas del matrimonio, facultades que con anterioridad estaban reservadas al derecho canónico.

El divorcio en el derecho mexicano va teniendo avances constantes desde esa época así en 1914 y 1915 se dictan los llamados decretos divorcistas de Venustiano Carranza, que permiten el divorcio vincular; durante los años siguientes, se admitirá el divorcio por mutuo acuerdo tanto judicial como administrativo, y se derogaran algunas causales de divorcio mientras se añadirán otras con el ánimo de hacer más equitativo el divorcio para hombre y mujeres en cumplimiento a convenios internacionales, pero éstos temas serán tratados más profundamente en las siguientes paginas.

Es importante destacar que el divorcio a lo largo de los años ha sido motivo de diversos juicios valorativos; al respecto Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, nos dice:

Algunos considerandos éticos señalan al divorcio como la: “causa” de desintegración de la familia. Algunos otros terminan por definirlo como un: “mal necesario”, pues remedia una situación familiar conflictiva, aunque lo hace a través de su desintegración. Desde mi punto de vista ninguno de los dos extremos es exacto. El divorcio como instituto no puede ser calificado en términos de bueno o malo,

⁹⁷ Adame Goddard, Jorge, op. cit., nota 46, p. 7

como se ha hecho hasta ahora. Considero que debe ser calificado en términos de utilidad. Este instituto ¿es útil a la sociedad? sí o no y porqué. En éstos términos, el divorcio es, indudablemente, un instituto útil en las relaciones familiares, pues aporta un principio de solución a un conflicto. No es un instituto perfecto, claro está y afirmo que sólo aporta un principio de solución, pues lo que ofrece es un instrumento de tipo jurídico para resolver un problema afectivo. Es decir, es un instituto que se estructura en un plano diferente al conflicto que pretende resolver, por lo cual, la solución sólo llega parcialmente. El resto tendría que ser aportado por la pareja que se divorcia.⁹⁸

Sobre el mismo tema Sara Montero se manifiesta de la siguiente manera:

“Al divorcio se le ha llamado acertadamente, un mal menor o un mal necesario. Es un mal, porque es la manifestación del rompimiento de la unidad familiar, pero es un mal menor y por ello necesario porque evita la vinculación legal de por vida de los que ya están desvinculados de hecho.”⁹⁹

Por su parte Jorge Adame Goddard, nos presenta las siguientes opiniones sobre el divorcio:

Al comentar la exposición de motivos del decreto publicado el 2 de enero de 1915, en el cual se introducía por primera vez el divorcio vincular en México, señala lo siguiente: “Los argumentos, en síntesis, son que el divorcio vincular: a) es conforme con la naturaleza humana; b) es congruente con la naturaleza contractual del matrimonio; c) es conveniente para las tres clases en que se divide

⁹⁸ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op. cit., nota 15,

⁹⁹ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 55, p. 329

la sociedad mexicana, y d) es un factor de moralización de la vida conyugal y familiar.”¹⁰⁰

El mismo autor prosigue:

Rojina y Rafael de Pina, lo consideran un: “mal necesario” y advierten contra él: “abuso” de los divorcios por causas insignificantes, pero, en todo caso, dicen que el divorcio vincular es: “moral”. En sus consideraciones sobre el divorcio, despunta en Rojina la idea de que el matrimonio es esencialmente una convivencia afectuosa, que termina cuando el afecto se hace imposible, idea que es ciertamente incompatible con su posición de que el matrimonio es principalmente un acto del poder estatal. Galindo Garfias, aunque parte de la idea de que el matrimonio en la intención de los contrayentes debe contemplarse como un vínculo permanente, acepta que no hay interés en mantener el vínculo cuando la situación entre los cónyuges ya no es la de un: “verdadero matrimonio”, es decir, en una posición semejante a la de Rojina: la falta de afecto matrimonial justifica la disolución del vínculo.¹⁰¹

Lo cierto es que muchos doctrinarios han considerado que el divorcio vincular es un instrumento que disgrega la familia y la sociedad. ¹⁰²

Alberto Pacheco citado también por Jorge Adame critica abiertamente el divorcio, por considerar que el matrimonio es indisoluble por las siguientes razones: “...*que el consentimiento dado por los cónyuges crea un vínculo jurídico que no puede deshacerse por la voluntad contraria, que sólo la indisolubilidad*

¹⁰⁰ Adame Goddard, Jorge, op. cit., nota 46, p. 37

¹⁰¹ Ibídem, p. 81

¹⁰² Ibídem, p. 115

permite el cabal cumplimiento de los fines matrimoniales y que la sociedad y el bien común tienen interés en la estabilidad de las familias y el bien de los hijos."¹⁰³

Jorge Adame también nos dice que para Chávez Asencio el divorcio es un medio para resolver una situación de discordia conyugal, una especie de bisturí que corta un lazo de por sí podrido.¹⁰⁴

Como puede observarse son muchos los juicios de valor que se han emitido para laudarse o condenarse el divorcio. En mi opinión esta forma de terminar con la unión matrimonial, es necesaria por los siguientes motivos:

- El aumento en la esperanza de vida; debido a los adelantos científicos, y tecnológicos, así como un interés cada vez mayor en la salud han propiciado que actualmente los hombres y las mujeres tengan una esperanza de vida de más 75 años, esto es, pueden vivir en promedio aproximadamente hasta esa edad y es muy probable que en los próximos años esa cifra aumente considerablemente. Teniendo en cuenta que los seres humanos vivimos en un constante cambio es casi seguro que si una pareja contrae matrimonio a temprana edad, cada uno de ellos irá cambiando de manera paulatina y casi inadvertida en diferentes direcciones lo que ocasiona que tanto mujeres como hombres acaben dándose cuenta que después de algunos años viven casados con un desconocido, que ya no comparte sus mismos intereses ni metas y a veces incluso con estilos de vida diferentes.
- La falibilidad humana; las personas nos equivocamos, algunas más algunas menos pero todos lo hacemos más tarde o más temprano, por lo que toda creación humana incluyendo desde luego el matrimonio debe prever la posibilidad de rectificar.

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 99

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 102

- Seguridad jurídica, pues independientemente que el Estado prevea o no esta forma de terminar con el matrimonio, las personas cuando ya no se tienen afecto simplemente se separan o uno de ellos abandona al otro. Por lo que incluir el divorcio como una forma de terminar con el vínculo matrimonial, no hace más que regular una conducta que de todos modos tiene existencia en el mundo fáctico.

2.2. El sistema de causales

Como ya se señaló los ordenamientos civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884 reconocieron el divorcio menos pleno o de separación de cuerpos, el cual podía obtenerse de común acuerdo en forma voluntaria, o bien por alguna de las causales expresamente señaladas en ellos.

Es hasta la ley del divorcio del 29 de diciembre de 1914 que se contempla en la legislación mexicana la disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio. Es importante señalar que el mencionado ordenamiento, evitó hacer una enumeración de las causales de divorcio necesario limitándose a especificar en su artículo primero:

El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la relación de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio los cónyuges puedan contraer una nueva unión legítima.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Mata Pizaña, Felipe de la y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, 2a ed., México, Porrúa, 2005, pp. 179 y 180

De lo anterior se desprende que: *“Es evidente que la ley del divorcio de 1914 no contenía en su articulado ninguna lista enunciativa o limitativa de causales del rompimiento del vínculo, por el contrario, tenía una serie de nociones y características generales que, en su caso, el juez debía apreciar libremente.”*¹⁰⁶

En 1915 se reformó la ley; y el legislador volvió a establecer causales de divorcio vincular inspirándose en los Códigos de 1870 y 1884.

La ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, el Código Civil de 1928 y sus reformas (hasta antes de las reformas del 3 de octubre de 2008) continuaron aplicando el mismo sistema de lista de causales de divorcio.

Es por ello que de la Mata y Garzón nos dicen:

...en México han habido históricamente dos grandes sistemas que han regulado las causales de divorcio necesario:

- 1) El genérico, donde el juez analizaba el caso y si lo consideraba conveniente decretaba la disolución del vínculo, y
- 2) El sistema de lista, en el que sólo se puede dar la disolución del matrimonio si se actualiza bajo una causal de divorcio necesario; que es el sistema predominante en el Distrito Federal hasta la fecha.¹⁰⁷

A partir de las reformas del 3 de octubre del año 2008, podríamos decir que existe un tercer sistema, que consiste en el *“divorcio sin causa”*, (como una especie de repudio)

El Código Civil para el Distrito Federal, hasta antes de las reformas citadas, regulaba en el artículo 267, diferentes hipótesis normativas en 21 fracciones como

¹⁰⁶ *Ibíd*em, p. 180

¹⁰⁷ *Ídem*.

causales de divorcio las cuales eran de carácter limitativo, cada una de naturaleza autónoma, por lo que la causa que se invocaba debía ajustarse a cualquiera de las causales señaladas entonces en el numeral 267; al respecto es importante señalar que no se podían mezclar unas con otras pero si invocarse más de una para demandar el divorcio.

A continuación se transcriben las causales que contenía el artículo en comento:

I El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;

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

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

XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en éste Código;

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

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

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

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

Sara Montero, nos dice que la doctrina había clasificado las anteriores causales en:

Las que implican; delito, hechos inmorales, hechos contrarios al estado matrimonial, incumplimiento de obligaciones matrimoniales, causas eugenésicas llamadas también remedio en oposición a causas-sanción, las que implican conducta desleal, etc. La doctrina

más reciente agrupa a las causas en dos grandes grupos: las que implican culpa y las causas objetivas (ya no hay matrimonio).¹⁰⁸

Por otra parte nos dice que: “*Los últimos avances legislativos abandonan casi totalmente la enumeración de las causales para resumirlas en una sola: la quiebra efectiva, total, de hecho y comprobada del matrimonio.*”¹⁰⁹

La autora en cita justifica así esta tendencia:

Si bien se mira, cualquiera de las causas que señala el CC (Código Civil para el Distrito Federal) que nos ocupa o cualquier legislación del mundo de ayer o de hoy, implica que el matrimonio se ha roto. Cuando un cónyuge demanda al otro o cuando se han puesto de acuerdo para pedir el divorcio, significa que la relación de interés afectuoso entre los dos ha dejado de existir. Que la motivación que los llevó a contraer matrimonio ha desaparecido. Las causas que llevaron al fracaso son realmente intrascendentes; lo único válido es la constatación de tal fracaso.¹¹⁰

Lo que desde luego nos recuerda el sistema de causal única contemplado en la ley del divorcio del 29 de diciembre de 1914.

Edgard Baqueiro nos dice que la doctrina clasificaba las causas de divorcio en:

a) Causales que implican delitos en contra del otro cónyuge, los hijos o terceros (la incitación de un cónyuge a otro para cometer un delito, corrupción a la mujer o a los hijos, sevicia, amenazas o injurias

¹⁰⁸ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 55, p. 333

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ Ídem.

graves, calumnia y cometer un delito infamante contra terceros o contra el cónyuge);

b) Causales que constituyen hechos inmorales (dar a luz la mujer un hijo concebido antes del matrimonio y que sea declarado ilegítimo, propuesta del marido de prostituir a la mujer y corrupción a la prole);

c) Causales violatorias de los deberes conyugales (adulterio, abandono del hogar conyugal, negativa al socorro, alimentos y ayuda);

d) Vicios (alcoholismo, drogadicción y hábitos de juego);

e) Enfermedades (mentales o incurables y contagiosas, impotencia), y

f) Falta de convivencia matrimonial (por declaración de ausencia, separación por más de dos años).¹¹¹

Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buen Rostro nos comentan que a partir de la clasificación que Rafael Rojina Villegas hizo de las causas de divorcio en causales sanción y causales remedio, el divorcio causal había sido subclasificado en: divorcio sanción y divorcio remedio.¹¹²

Divorcio sanción. Éste tipo de divorcio suponía una violación grave a los deberes del matrimonio y el divorcio era la sanción que se aplicaba al cónyuge culpable; la acción para pedir el divorcio le correspondía al cónyuge inocente, quien podría ejercitarla, perdonarla o dejar que la acción prescribiera. En opinión de los mencionados autores las causales contempladas en el entonces artículo

¹¹¹ Baqueiro Rojas, Edgard, op. cit., nota 58, p. 20

¹¹² Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buen Rostro Báez, *Derecho de familia*, México, Oxford University, 2005, pp. 185 y 186

267 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal que se podían incluir dentro de ésta clasificación eran las contempladas en las fracciones: I, II, III, IV, V, VIII, IX, XI, XII, XIII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XX y XXI:

Divorcio remedio. En éste tipo de divorcio no puede hablarse de cónyuge culpable por lo que tampoco cabría aplicar sanción alguna. Dichas causales estaban previstas por las fracciones: VI, VII, IX, X, XV y XIX.

La clasificación anterior fue de suma importancia pues, como más adelante se verá, existían diferentes consecuencias si se era considerado culpable o no del divorcio.

2.3. Causal única o sin causa

Como se recordará Felipe de la Mata y Roberto Garzón, sostienen que en nuestro país han regido dos sistemas de divorcio necesario; el genérico, y el sistema de lista, en el primero el matrimonio podía disolverse por: "*causas que hagan imposible o indebida la relación de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal.*"¹¹³ En otras palabras no se señalaban las causales y se dejaba al arbitrio del Juez considerar si el matrimonio debía persistir o no, el sistema de lista consistía en que el Juez sólo podía decretar el divorcio, cuando se probara que al menos uno de los cónyuges había incurrido en uno de los supuestos contemplados en la ley.

A partir del 4 de octubre de 2008, entraron en vigor diferentes reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que nos permiten afirmar que a partir de dicha fecha existe un nuevo sistema de

¹¹³ Mata Pizaña, Felipe de la y Roberto Garzón Jiménez, op. cit., nota 105, pp. 179 y 180

divorcio, que ha sido llamado: “*divorcio exprés*”, “*divorcio incausado*”, “*divorcio sin causa*”, “*divorcio unilateral*”, “*divorcio repudio*” y “*divorcio por causal única*”.

La denominación de “*divorcio exprés*” obedece a que ha sido llamado así por la prensa nacional, en atención a que según los medios de comunicación con las reformas el divorcio podría obtenerse en unos pocos días, aunque si bien es cierto que la disolución del vínculo matrimonial se obtiene en mucho menor tiempo, que con la legislación anterior, también es cierto que el uso, del amparo indirecto, contra la sentencia interlocutoria, y el posterior recurso de revisión, pueden retardar la entrada en vigor de la sentencia interlocutoria hasta por 9 meses.¹¹⁴

En las estadísticas publicadas por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal se refieren a éste tipo de divorcio como “*incausado*”, lo que es otra forma de decir que no tiene causa alguna.¹¹⁵

Elías Mansur Tawill, nos dice: “...*el “divorcio sin causa” no es un concepto nuevo. El divorcio voluntario es por definición un “divorcio sin causa”, esto es, sin expresión de ella, cuya nota distintiva, sin embargo es el mutuo consentimiento.*”¹¹⁶

Para Elías Mansur incluso la causal que establecía la fracción XVIII del artículo 267 y que contemplaba la separación de los cónyuges por más de un año como motivo suficiente para solicitar el divorcio, también trata de un “*divorcio sin*

¹¹⁴ Gutiérrez del Río, Armando, *¿Divorcio express?*, México, www.asesoriajuridica.com, 2008, <http://www.asesoriajuridica.com.mx/blog/?p=41>

¹¹⁵ Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Estadística Judicial Año judicial 2009 (diciembre 2008 – noviembre 2009)*, México D. F., 2009, diciembre 2008 - noviembre 2009, http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/PDFs/comunicados/informes_estadisticas/informe_anual_2009/EstadisticaJudicial.pdf.

¹¹⁶ Mansur Tawill, Elías, *El divorcio sin causa en México, génesis para el siglo XXI*, México, Porrúa, 2006, p. 157.

causa”, pues como se recordará, la misma procedía sin importar el motivo que hubiera originado la separación y sin que se tomara en cuenta cual de los cónyuges la hiciera valer.¹¹⁷

La prensa a dado en llamar a éste tipo de divorcio como “*divorcio unilateral*”, tal vez porque el artículo 267 de nuestro Código Civil actualmente dice: “*El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio...*”

Debido a que ya no existen causales de divorcio y que basta la sola voluntad de una de los cónyuges para solicitar el divorcio, el cual será decretado en todos los casos algunos de los más prestigiosos juristas lo asimilan al repudio, tal es el caso de Julián Güitrón Fuentevilla quien expresa:

NUEVO DIVORCIO POR REPUDIO

Por supuesto, al ya no haber causales de divorcio necesario y plantearse sólo por solicitud, que finalmente, como ya lo dijimos antes, viene a ser un repudio, no hay causa, es simplemente porque hueles mal, porque ya me caíste peor o simplemente porque ya no quiero estar casado y se acaba el matrimonio, la familia, los hijos y todo lo demás. Por ello nuestra crítica acerba al modo en que se ha atacado tan duramente a la familia.¹¹⁸

Por otra parte, si tomamos en cuenta que tanto el divorcio voluntario como el unilateral atienden sólo a la voluntad de ambos o de uno sólo de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial podríamos decir que actualmente la única causal subsistente es la voluntad de extinguir el vínculo matrimonial.

¹¹⁷ Íbidem, pp. 158 y 159

¹¹⁸ Güitrón Fuentevilla, Julián, “*Situación actual del divorcio en el Código Civil del Distrito Federal*”, El Sol de México, Organización Editorial Mexicana, México, 2009, <http://www.oem.com.mx/oem/notas/n1029711.htm>

En éste trabajo nos referiremos a este tipo de divorcio indistintamente como “*sin causa*”, “*incausado*”, y por “*causal única*” (la sola expresión de la voluntad de no querer continuar con el matrimonio) y entendemos como tal a la disolución del vínculo matrimonial, a solicitud expresa de uno o de ambos cónyuges decretada por autoridad judicial, tras verificar que se cumplen con los requisitos expresados en la ley.

Pero analicemos ahora los cambios introducidos al artículo 266, dicha hipótesis normativa establecía:

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

Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de éste Código.

De la lectura del artículo anterior se desprende que:

- El divorcio disolvía el vínculo matrimonial y dejaba a los anteriores esposos en aptitud de contraer un nuevo matrimonio; situación que continúa igual.
- Se clasificaba el divorcio en voluntario y necesario, y el divorcio voluntario se dividía a su vez en administrativo y judicial.
- El divorcio necesario debía ser demandado por alguno de los cónyuges ante el Juez de lo Familiar, fundándose en por lo menos una de las causales previstas por el artículo 267, que como ya se ha mencionado contenía una lista de las diferentes conductas que el legislador consideraba suficientemente graves como para romper el lazo conyugal.

Actualmente el artículo 266 prescribe:

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.

Sólo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.

Como puede notarse se sigue definiendo al divorcio del mismo modo, pero ya no se hace mención alguna a la clasificación de voluntario y necesario, además de que expresamente señala que basta la manifestación de la voluntad de ambos o de uno sólo de los cónyuges, de ya no querer continuar con el matrimonio, para que éste sea disuelto, sin que sea necesario invocar causa alguna

Por lo que hace a la clasificación del divorcio en voluntario y necesario, esta dejó de tener aplicación ya que ha dejado de existir el divorcio necesario; pero no debe olvidarse que el artículo 272 del ordenamiento civil no fue reformado por lo que el divorcio voluntario administrativo sigue vigente y también puede tramitarse el divorcio voluntario vía judicial.

Respecto al divorcio administrativo Jorge Adame nos dice que comenzó a tener vigencia en nuestro país a partir de la publicación del Código Civil de 1928¹¹⁹ y Rosalio Bailón lo define como: "... *la disolución del matrimonio por acuerdo de*

¹¹⁹ Adame Goddard, Jorge, op. cit., nota 46, p. 55

*los cónyuges cuando son mayores de edad, no tienen hijos, ni bienes en la sociedad conyugal.*¹²⁰

En ese orden de ideas es de indicar que el divorcio administrativo es el solicitado por mutuo acuerdo de los cónyuges mayores de edad, ante el Juez del Registro Civil, siempre y cuando: haya transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, hayan liquidado la sociedad conyugal, si están casados bajo ese régimen patrimonial; la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad y éstos o alguno de los cónyuges no requieran alimentos.

Según nos expresa Sara Montero, éste tipo de divorcio fue duramente criticado pues se pensaba que sería causa de destrucción de múltiples matrimonios al facilitar excesivamente su disolución, por lo que los redactores del Código, en la exposición de motivos, lo justificaron así:

El divorcio en éste caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos,¹²¹

¹²⁰ Bailón Valdovinos, Rosalio, *Teoría y práctica del divorcio en México*, México D. F., Pac, 1993, p. 107

¹²¹ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 55, p. 335

Por lo que hace al divorcio voluntario judicial que estaba previsto en el artículo 273, y tomando en consideración que tal artículo se encuentra actualmente derogado, podría colegirse que ya no existe, pero como el numeral 266 del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente ordena que el divorcio podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando se cubran los requisitos exigidos en el artículos 267, (que es una propuesta de convenio sobre las consecuencias del divorcio) podemos concluir que esta todavía vigente.

La clasificación, aunque no está expresamente mencionada, consideraría la primera división entre divorcio voluntario administrativo, y “*divorcio sin causa*”, y éste último se podría dividir en voluntario o de mutuo acuerdo y unilateral.

El “*divorcio sin causa*” voluntario sería cuando ambos cónyuges, después de un año de haberse unido en matrimonio, están de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial y acuden ante el Juez de lo Familiar para manifestar su deseo de no continuar la unión conyugal, y solicitan ante éste, que se disuelva el vínculo matrimonial; previa comprobación de que se han cumplido los requisitos exigidos en el artículo 267.

Y el “*divorcio sin causa*” unilateral surge cuando uno sólo de los consortes después de un año de haberse unido en matrimonio, manifiesta ante el Juez de lo Familiar su deseo de no continuar la unión conyugal y solicita ante éste que se disuelva el vínculo matrimonial; previa comprobación de que se han cumplido los requisitos exigidos en el artículo 267.

2.4. Las consecuencias de ser considerado cónyuge inocente o culpable en el sistema de causales

División de los efectos del divorcio en provisionales y definitivos:

En el sistema de causales los efectos de divorcio se podían dividir para su estudio en provisionales y definitivos; los primeros eran las medidas que dictaba el Juez mientras duraba el juicio y los segundos eran los que tenían lugar al dictarse

la sentencia definitiva que resolvía definitivamente la nueva situación jurídica de los divorciantes; veamos lo que decía el Código Civil para el Distrito Federal, antes de la reforma del 3 de octubre de 2008, en su artículo 282 acerca de los:

Efectos provisionales:

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

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

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

II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del

Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

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

VI. El juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

VII. En los casos en que el juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.

b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.

c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de éste Código;

IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

X. Las demás que considere necesarias.

Cabe hacer notar que actualmente el mismo artículo dispone lo siguiente:

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; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

A. De oficio:

I.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales

exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

B. Una vez contestada la solicitud:

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

II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos;

III.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

IV.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

V.- Las demás que considere necesarias.

Como puede notarse actualmente las medidas provisionales se dividen en aquellas que el Juez puede decretar de oficio y las que puede emitir una vez que se conteste la solicitud de divorcio, acerca de las primeras nos parece que las víctimas de la violencia familiar estaban mejor protegidas en la legislación anterior;

pues el juzgador estaba obligado a ordenar al cónyuge demandado que se abstuviera de ir al domicilio o al trabajo de la víctima; o que se acercara a los agraviados; e incluso que abandonara la vivienda familiar, mientras que ahora tiene la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas, (pero no está obligado a hacerlo) además de que una libertad tan amplia puede impedir la efectividad de sus resoluciones pues ahora ya no está facultado expresamente, por lo que el juzgador puede emitir medidas provisionales que juzgue convenientes para salvaguardar los intereses del menor, cónyuge o el interés familiar.

Por otra parte, no creemos acertado que se aumente la edad de 7 a 12 años para presumir que por el sólo hecho de ser mujer, uno de los cónyuges esta mejor capacitado que el otro para conservar la guarda y custodia pues pensamos que tal decisión debería tomarse de manera multidisciplinaria y atendiendo a las circunstancias del caso.

Para Chávez Asencio¹²² los efectos provisionales tenían las siguientes características:

- Eran urgentes; es por eso que se dictaban con la presentación de la demanda o antes de ser necesario, siempre que en éste último caso se expresaran las razones y se exhibieran las pruebas necesarias. Actualmente siguen teniendo esta característica las que se dictan de oficio.
- Tenían efecto sólo mientras duraba el juicio. Esta característica la conservan actualmente tanto las que se dictan de oficio como las que tienen lugar una vez “contestada” la solicitud y pueden continuar después de emitida la sentencia y hasta la resolución de los incidentes respectivos.

¹²² Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 70, p. 567.

- No eran de ejecución irreparable, se podían combatir mediante incidente una vez iniciado el procedimiento, o bien en la sentencia definitiva, mediante el recurso correspondiente. También conservan esta característica tanto las que se dictan de oficio como las que tienen lugar una vez contestada la solicitud.
- Se dictaban sin necesidad de audiencia del otro cónyuge. Cabe hacer notar que de conformidad a lo dispuesto por la fracción I, tratándose de la separación de los cónyuges sí era necesaria la audiencia de la contraparte. Actualmente sólo aplica para las medidas que dicta el Juez de oficio.
- Se debía legitimar la petición con documentos probatorios; como actas de nacimiento y de matrimonio. Esta característica sigue siendo necesaria.
- Se podían modificar en cualquier tiempo mediante sentencia interlocutoria o definitiva. (Actualmente puede decirse lo mismo al respecto)

Por otra parte, al emitirse la sentencia de divorcio se producen efectos definitivos: *“Se consideran efectos definitivos los que se actualizan al dictarse la sentencia que decreta el divorcio y que, por consiguiente, establece el nuevo estado de los cónyuges, la situación de los hijos y la repartición de los bienes para el futuro.”*¹²³

En ese orden de ideas, se desprende que los efectos definitivos podían y pueden clasificarse en tres: en relación a los cónyuges, a los hijos y en relación a los bienes.

- Los efectos definitivos del divorcio en relación a los cónyuges; comprendía a su vez:
 - ❖ Los excónyuges adquieren nuevamente el estado civil de solteros;

¹²³ Baqueiro Rojas, Edgar y Buen Rostro Báez, Rosalía, op. cit., nota 112, p. 216

- ❖ El derecho de alimentos;
- ❖ El derecho a una indemnización de hasta un 50% del valor de los bienes adquiridos por el otro cónyuge si se reúnen los requisitos que señala la ley para tal efecto.
- ❖ El derecho a exigir una indemnización por daños y perjuicios;
- Los efectos definitivos del divorcio en lo que respecta a los hijos incluían:
 - ❖ La pérdida de la patria potestad, en su caso.
 - ❖ La suspensión de la patria potestad de ser procedente.
 - ❖ La limitación de la patria potestad por haberse justificado la cusa para ellos
 - ❖ La custodia de los menores y los derechos de convivencia.
 - ❖ El derecho de los menores y sus familiares a solicitar medidas necesarias para el desarrollo de los primeros.
 - ❖ La pérdida de las obligaciones del padre y la madre.
 - ❖ La obligación alimentaria del padre y la madre para con sus hijos.
- Los efectos definitivos del divorcio en lo que respecta a los bienes incluían;
 - ❖ La disolución de la sociedad conyugal y
 - ❖ La conservación o revocación de las donaciones.

A continuación veremos un poco más a detalle cada una de las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial:

- Efectos definitivos del divorcio en lo que respecta a los cónyuges:
 - ❖ Adquisición nuevamente del estado civil de soltero;

Al extinguirse el matrimonio los divorciantes adquieren nuevamente el estado civil de solteros y pueden de inmediato celebrar nuevo matrimonio válidamente.

Como se recordará la anterior redacción del artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal, que fue reformado el 25 de mayo del 2000, establecía que el cónyuge culpable no podía casarse hasta pasados dos años y que si el divorcio había sido por mutuo acuerdo ambos cónyuges tendrían que esperar un año para celebrar nuevo matrimonio.

Es importante indicar que artículo 158 derogado del Código Civil para el Distrito Federal prohibía a la mujer fuera o no culpable del divorcio contraer matrimonio, sino hasta transcurridos trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diera a luz un hijo. Lo anterior era para evitar la “*turbatio sanguinis*” y en un momento determinado, fuera imposible determinar la paternidad del hijo que tuviera la mujer.

❖ El derecho de alimentos

Con relación a éste derecho cabe hablar de tres distintas hipótesis que estaban contempladas en el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, antes de las reformas del 3 de octubre del año 2008.

- El derecho a alimentos de la mujer en caso de divorcio voluntario; en éste supuesto la mujer tenía derecho a recibir alimentos por un lapso de tiempo igual al de la duración del matrimonio siempre que no hubiera tenido ingresos suficientes y no se volviera a casar o se uniera en concubinato. (Actualmente dicho derecho lo tienen tanto el hombre como la mujer, pero el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias del caso para fijar la cantidad que cubra los alimentos.)
- El derecho a alimentos del cónyuge culpable; en ésta hipótesis, quien había dado causa al divorcio no tenía derecho a recibir alimentos, y si ambos cónyuges lo eran, ninguno de ellos tenía ese derecho. (Actualmente ya no existe cónyuge culpable)

- El derecho a alimentos del cónyuge inocente; en esta hipótesis el cónyuge culpable tenía la obligación de proporcionar alimentos mientras el cónyuge inocente no contrajera nuevo matrimonio o se uniera en concubinato pero el Juez al momento de fijar la pensión, tanto en éste caso como en el anterior, debía tomar en cuenta las circunstancias del caso entre ellas: la salud de cada cónyuge y su edad; su situación profesional y su posibilidad de acceso a un empleo; la duración del matrimonio y la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración que con trabajo personal se prestó al otro cónyuge; las necesidades y los medios económicos que tuviera cada cónyuge y finalmente aunque no menos importante las obligaciones (deudas) que tuviera el cónyuge deudor.

Actualmente el artículo 288, del ordenamiento civil local establece como requisitos para que uno de los cónyuges tenga derecho a alimentos:

- Que tenga necesidad de recibir alimentos
- Que se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, o al cuidado de los hijos,
- Este imposibilitado para trabajar
- Carezca de bienes

Si se cubren los requisitos anteriores (aunque el artículo no dice si tienen que coexistir todos ellos o basta con que se de uno o dos de ellos) el juez determinará la cantidad que a título de alimentos debe ministrar el otro cónyuge tomando en cuenta las siguientes circunstancias:

I.- La edad y el estado de salud de los cónyuges;

II.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;

III.- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;

IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;

V.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y

VI.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

- ❖ El derecho a una indemnización de hasta un 50% del valor de los bienes adquiridos.

El artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente derogado, establecía el derecho de los cónyuges a exigir del otro, en la demanda de divorcio, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, si se reunían los siguientes requisitos:

- Que hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes;
- Que el demandante se hubiera dedicado en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; y
- Que durante el matrimonio el demandante no hubiera adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, fueran notoriamente menores a los de la contraparte.

El mismo numeral citado nos decía que el Juez de lo Familiar tenía que resolver atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso en particular.

Cabe apuntar que la misma hipótesis estaba contemplada en la fracción VI del artículo 267 que a la letra expresaba después de la reforma del 3 de octubre de 2008:

VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la

compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

Actualmente nuestro ordenamiento civil local dice en el mismo numeral a partir de la reforma del 24 de junio de 2011:

VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

La actual redacción, la consideramos afortunada pues al igual que la redacción anterior a la reforma del 3 de octubre de 2008, protege el derecho del cónyuge que se dedica preponderantemente a las labores domésticas y al cuidado de los hijos a obtener una indemnización del otro cónyuge que se había beneficiado con su trabajo no remunerado, y había acrecentado su patrimonio, pues actualmente al incluir de nuevo la voz “preponderantemente” se impide que incluso aquel cónyuge que colaboró esporádicamente y de manera desigual en las labores hogareñas y al cuidado de los hijos tenga derecho a la compensación, también estamos de acuerdo con que se haya eliminado la expresión “o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte” pues consideramos que la última parte de la fracción en comento podía interpretarse en el sentido de que era suficiente con

que existiera separación de bienes y diferencia patrimonial para que operara la compensación pues no decía “y que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte” sino que estaba separado por una “o” lo que implicaba que estábamos en presencia de dos hipótesis diferentes, y no de una con tres requisitos.

❖ El derecho a exigir una indemnización por daños y perjuicios.

Hasta antes de la reforma del 3 de octubre de 2008, el artículo 288, disponía que, con independencia del derecho de alimentos, el cónyuge inocente podía exigir, en caso de que el divorcio le causara daños o perjuicios, que el cónyuge culpable le indemnizara, por tratarse de un hecho ilícito, a menos que el divorcio se hubiera otorgado en atención a alguno de los siguientes supuestos: que alguno de los cónyuges padeciera alguna enfermedad incurable que además fuera, contagiosa o hereditaria; que alguno de los cónyuges padeciera impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tuviera su origen en la edad avanzada; o que alguno de los cónyuges sufriera trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se hiciera con respecto a éste.

En los casos enunciados con anterioridad era el cónyuge enfermo quien tenía derecho a alimentos, si carecía de bienes y estaba imposibilitado para trabajar, pero no podía demandar los daños y perjuicios que el divorcio le ocasionara.

Actualmente la hipótesis normativa ha desaparecido por completo de nuestro Código Civil pero sobre este tema abundaremos posteriormente.

- Los efectos definitivos del divorcio en lo que respecta a los hijos:

- ❖ La pérdida de la patria potestad

Al emitirse el divorcio el Juez actualmente dejará a salvo los derechos de las partes para promover en el incidente respectivo la pérdida de la patria potestad.

El artículo 444 (que no ha sido modificado desde febrero de 2007) prescribe que la pérdida de la patria potestad sólo puede ser decretada por un Juez, el cual tiene que pronunciarse acerca de su pérdida, suspensión, limitación o recuperación al momento de dictar sentencia de divorcio; y cita como causas de su pérdida: la violencia familiar, incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días; abandono de los hijos por más de 3 meses; ser condenado por sentencia ejecutoriada por haber cometido algún delito doloso en contra de los hijos o sus bienes y por último cuando quien la ejerce sea condenado más de 2 veces por delitos graves.

Luego entonces, el juez valorará las pruebas ofrecidas por las partes y determinará si procede o no la pérdida de la patria potestad.

- La suspensión de la patria potestad

Tanto el padre como la madre podían y pueden ser condenados a la suspensión del ejercicio de la patria potestad, cuando se encuentran en cualquiera de los supuestos contenidos en el numeral 447, que tampoco ha sufrido modificaciones desde enero de 2008, y que podrían resumirse de la siguiente manera: incapacidad, ausencia, alcoholismo, drogadicción, poner en riesgo al menor, y por no permitir la convivencia del menor con quien tenga derecho por sentencia o convenio.

- ❖ La limitación de la patria potestad

El artículo 444 faculta al Juez de lo Familiar para decidir, tomando siempre en cuenta el interés superior del menor, acerca de cómo ejercerán los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad (alimentos, guarda y custodia, régimen de visitas etc.) la madre y el padre de los menores en caso de divorcio o separación.

- ❖ La custodia de los menores y los derechos de convivencia

El artículo 283 bis cuya última reforma data de octubre de 2008, nos indica que los divorciantes pueden acordar mediante convenio, quien conservaría la guarda y custodia, y el modo como cumplirán con las obligaciones de crianza, pero no debemos olvidar que el numeral 282, que fue modificado en la reforma del 3 de octubre de 2008, establece, en el tercer párrafo de la fracción II de su letra B: *“Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos;”*

Esta última disposición a merecido muchas críticas por parte de la doctrina y a manera de ejemplo se transcribe la opinión de María de Montserrat Pérez Contreras ¹²⁴:

Dar automáticamente preferencia a la madre, o en su caso a cualquiera de los padres sobre el otro, bajo cualquier argumento de orden natural o de género en la custodia de los hijos, genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad en la protección en y ante la ley.

De conformidad con los instrumentos internacionales convencionales y universales de derechos humanos, tanto generales como específicos; es decir la Convención sobre la Eliminación de Todas las

¹²⁴ Pérez Contreras, María de Montserrat, “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. la custodia compartida y las reformas de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 116, mayo-agosto de 2006, http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex116/BMD11608.pdf

Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño, que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución son ley vigente y positiva en el territorio nacional, así como con los propios artículos 1o. y 4o. constitucionales, que establecen el derecho de no discriminación y de igualdad entre el hombre y la mujer ante la ley, cualquier consideración que exprese preferencia por razón de sexo, tanto en la ley como en la práctica por las autoridades encargadas de impartir justicia, estará reflejando violaciones a derechos humanos y garantías fundamentales, que llevan implícitas prácticas de discriminación en los casos de determinación de la custodia.

Debe quedar claro que no existen argumentos para descalificar a un padre respecto del otro en la crianza de los hijos, salvo aquellos promovidos por las prácticas culturales, roles y estereotipos de género que siempre perjudicarán a alguna de las partes, en éste caso a uno o varios miembros de la familia. Asimismo, por el interés superior o el mejor interés de los menores, y en igualdad de condiciones y de circunstancias del hombre y la mujer, cualquiera de los padres está capacitado y habilitado para el cuidado de los hijos.

Quienes defienden la opinión contraria postulan que la mujer esta naturalmente mejor dispuesta para atender a los hijos que el hombre; un ejemplo sería la siguiente jurisprudencia citada por la misma autora:

MENORES, CUSTODIA DE LOS. NO ES NECESARIO TRAMITAR INCIDENTE PREVIO PARA ENTREGARLOS EN GUARDA Y CUSTODIA DE SU PROGENITORA SIEMPRE Y CUANDO AQUÉLLOS NO REBASEN LOS CINCO O SIETE AÑOS DE EDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). No es necesario sujetar al trámite incidental, la solicitud de la demandada para que le fuera entregada la guarda y custodia de sus menores hijos, en razón que

de acuerdo con los artículos 315 y 336 fracción VI del Código Civil del Estado, los hijos e hijas menores de cinco años se mantendrán al cuidado de la madre; así como conforme al 227 del procedimiento civil de Jalisco, deben quedar al cuidado de la madre los hijos menores de siete años; de lo que se deduce que el legislador jalisciense tuvo como voluntad que, tanto durante el trámite de los juicios respectivos como al decidirse éstos, si los cónyuges tuvieran hijos menores de cinco o siete años, deberían pasar a la guarda y custodia de su madre. Lo anterior es así, si se parte de la base, que es de explorado conocimiento jurídico, que los legisladores no producen disposiciones redundantes ni contradictorias y que si lo hacen es principio de hermenéutica jurídica que las disposiciones de la ley deben interpretarse armónicamente, de tal manera que las mismas valgan sin excluirse en lo individual y se complementen con las restantes. Luego, si de los preceptos citados anteriormente se deduce claramente que, tratándose de matrimonios nulos o ilícitos del trámite provisional como acto prejudicial en un juicio de divorcio o en la decisión final que se tome en un procedimiento de tal naturaleza, la ley impuso al resolutor la obligación: "siempre" y: "en todo caso", que los menores aludidos se entreguen en guarda y custodia a la madre de los mismos, obviamente, sin mediar el trámite incidental, porque fue precisamente esa la voluntad del legislador, lo que se presenta como una situación razonable y de fácil explicación, si se toma en consideración que el ser humano en esa edad, necesita de extremos cuidados, enorme protección y cariño que sólo le podrán ser proporcionados por la madre, pues por más que se le pudieran proporcionar por cualquier otra persona, incluso el padre, nunca, cuando menos en situaciones normales, tendrán estas personas la posibilidad de sustituir la calificada atención que le otorga la naturaleza a la madre de los pequeños. No se opone a tal razonamiento, la pretendida falta de audiencia que para ese fin

reclama el padre quejoso, porque del texto de los preceptos invocados, se aprecia que fue voluntad del legislador, invertir los factores para conceder primero la natural protección de la madre a los menores y otorgar después esa garantía de audiencia al padre, para que, posteriormente, en la vía incidental, de existir alguna de las inconveniencias que señala la propia ley o alguna otra que adujera el padre, tramitar en esa forma las inconformidades que en contra de la entrega en custodia de los pequeños pudiera hacer valer, como claramente se aprecia de los preceptos referidos, al colocar en la parte final de los mismos la posibilidad de oposición para el padre de los niños.¹²⁵

Consideramos que, si bien es cierto que en la mayoría de los casos puede decirse que la mujer está mejor preparada para detentar la custodia de sus hijos, no debe pasarse por alto que en el Distrito Federal esta situación ha venido cambiando, pues hay que recordar que tiene ya algunas décadas que la mujer se ha venido integrando de manera cada vez más significativa en el mercado laboral, lo que ha causado desde luego que tanto hombres como mujeres tengan en muchos casos la misma capacidad para encargarse de los menores. Por lo que se debería estudiar el caso concreto y evaluar de manera multidisciplinaria, la situación tanto de la madre como del padre antes de decidir quién se encargara del cuidado de los menores.

- ❖ El derecho de los menores y sus familiares a solicitar medidas necesarias para el desarrollo de los primeros.

El artículo 284 del Código Civil para el Distrito Federal, derogado en octubre de 2008, disponía:

¹²⁵ Ídem.

Artículo 284 El Juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces.

En otras palabras el artículo en estudio facultaba al Juez de lo Familiar para que antes de pronunciarse definitivamente acerca de la patria potestad y tutela de los menores e incapaces, ordenará cualquier medida que considerara necesaria para el desarrollo de éstos últimos, siempre que le fuera solicitada por el menor, sus abuelos, hermanos, tíos, primos, o el ministerio publico.

Consideramos que esta disposición podía invocarse para evitar que uno o ambos padres del menor ejercieran inadecuadamente la patria potestad, y antes de que el Juez resolviera acerca de su pérdida, posibilitaba que los parientes acudieran al juez para que dictara las medidas que considerara pertinentes, un ejemplo de esto podría ser que los padres permitieran la convivencia del menor con personas poco recomendables, y que los abuelos al notarlo acudieran al juez para impedirlo, sin que necesitaran promover juicio de pérdida de patria potestad, por lo que consideramos que haber derogado la disposición no tiene explicación alguna, máxime que no se procuró que el mismo derecho fuera establecido en otro artículo, sino que solo se elimino de nuestro ordenamiento civil local, sin que en la exposición de motivos de la reforma del 3 de octubre de 2008, encontremos razón alguna para que se haya derogado tal artículo, sobre todo porque en él no se decía nada relacionado con el divorcio o con las figuras de cónyuge inocente y culpable.

- ❖ La pérdida de las obligaciones del padre y la madre.

El artículo 285 que no fue tocado por las reformas de octubre de 2008, ordena, que aún en el caso de que el padre y la madre pierdan la patria potestad continúan teniendo todas las obligaciones para con sus hijos.

Por otra parte el artículo 445 que tampoco ha sido reformado a la fecha, establece que cuando los que ejerzan la patria potestad se casen nuevamente, no perderán por ese hecho los derechos y obligaciones inherentes a dicha figura jurídica; por lo que se puede decir que tanto el padre como la madre conservaran siempre las obligaciones para con sus menores hijos.

❖ La obligación alimentaria del padre y la madre para con sus hijos.

En la redacción del artículo 287 antes de la reforma de octubre del 2008, se ordenaba que ambos cónyuges tenían obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de sus hijos. Actualmente idéntica disposición esta contenida en la fracción IV del artículo 283, que en la parte que interesa dispone: “...*Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.*”

- Los efectos definitivos del divorcio en lo que respecta a los bienes

❖ La disolución de la sociedad conyugal

El principal efecto del divorcio es la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, si los divorciantes fueron previsores se estará a lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales, pero de no existir éstas; se suplía la voluntad de las partes con lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal, en lo relativo a la sociedad conyugal.¹²⁶

¹²⁶ Baqueiro Rojas, Edgar y Buen Rostro Báez, Rosalía, op. cit., nota 112, p. 218

En la sentencia de divorcio que dictaba el Juez se debía decretar la disolución de la sociedad conyugal, dicha disolución podía hacerla cualquiera de los cónyuges, o un liquidador nombrado por ambos, en caso de no existir acuerdo el Juez de lo Familiar podía nombrar uno.

El liquidador debía hacer un inventario de los bienes y las deudas comunes, hacía un avalúo, pagaba a los acreedores, y devolvía a cada esposo lo que hubiera aportado al matrimonio. El sobrante se repartía de acuerdo a convenio expreso o en acatamiento a la sentencia.

Si había pérdidas, se deducían de lo que cada quien había aportado a la sociedad conyugal, en proporción a la parte que en las utilidades le había correspondido. Pero si sólo uno de los esposos aportaba capital, de éste se deducían las pérdidas.

- ❖ La conservación o pérdida de las donaciones según se fuera considerado cónyuge inocente o culpable

Por cuanto hace a las donaciones, el cónyuge culpable perdía todo lo que le había dado o prometido el cónyuge inocente u otra persona en consideración al matrimonio, así como todo lo que le había dado o prometido a su consorte, mientras que el inocente podía conservar todo lo que se le hubiera dado y reclamar todo lo prometido.

De lo expuesto en el presente título se puede resumir que ser considerado cónyuge inocente o culpable en éste sistema tenía las siguientes consecuencias:

- El cónyuge culpable no tenía derecho a alimentos.
- El cónyuge culpable tenía obligación de proporcionar alimentos al inocente.
- El cónyuge inocente podía exigir una indemnización por los daños y perjuicios que le causara el divorcio.

- El cónyuge culpable perdía todo lo que le había dado o prometido el cónyuge inocente u otra persona en consideración al matrimonio, así como todo lo que le había dado o prometido a su consorte.
- El cónyuge inocente podía conservar todo lo que se le hubiera dado y reclamar todo lo prometido.

2.5. Consecuencias de la inexistencia de cónyuge inocente o culpable en el divorcio con causal única o sin causa.

En la parte final del título anterior vimos cuales eran las consecuencias de ser considerado cónyuge inocente o culpable en el sistema de causales, e hicimos una breve lista donde las resumimos, en éste título haremos un breve análisis de esas consecuencias y las compararemos con la regulación actual para las mismas hipótesis y expresaremos algunas opiniones.

En el primer caso (cónyuge culpable sin derecho a alimentos) quien cometiera alguna de las conductas contempladas en las fracciones I, (adulterio) II, (hijo ajeno) III, (propuesta de prostitución) IV, (incitación o violencia para cometer un delito) V, (corrupción de los hijos) VIII, (separación injustificada) XI, (sevicia, amenazas e injurias) XII, (incumplimiento de contribución económica al sostenimiento del hogar) XIII, (calumnia) XIV, (ser condenado por delito doloso) XV, (el alcoholismo o el hábito de juego) XVI, (ser condenado por delito doloso en contra del cónyuge o de sus hijos) XVII, (violencia familiar) XVIII, (no cumplir las determinaciones tendientes a corregir los actos de violencia familiar) IXX, (drogadicción) XX (fecundación asistida sin consentimiento del cónyuge) y XXI, (impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad lícita): del entonces numeral 267 del Código Civil para el Distrito Federal, era sancionado con la pérdida de su derecho a alimentos y si los dos eran considerados culpables ninguno tenía que proporcionar alimentos al otro.

A manera de ejemplo de lo anterior diríamos que el cónyuge que cometía adulterio; realizaba actos de violencia familiar o corrompía a los hijos no tenía derecho a alimentos.

En el segundo caso (cónyuge inocente con derecho a recibir alimentos) quien no fuera encontrado culpable de haber incurrido en alguna causal de divorcio, podía exigir del otro cónyuge que le proporcionara alimentos, siempre y cuando se encontrara en alguno de los siguientes supuestos contenidos en el numeral 288 cuya parte relativa se transcribe: “...*el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.*”

En otras palabras el cónyuge inocente podía exigir alimentos en cualquiera de los siguientes 4 casos: 1 si carecía de bienes; 2 si durante el matrimonio se dedicó preponderantemente a las labores del hogar; 3 Si durante el matrimonio se dedico preponderantemente al cuidado de los hijos y; 4 si se encontraba imposibilitado para trabajar

De lo anterior se desprende que para recibir alimentos era necesario que existiera un cónyuge culpable que estaba obligado a proporcionar alimentos y un cónyuge inocente que tenía derecho a exigirlos si se encontraba además en alguno de los supuestos mencionados.

La actual redacción del artículo 288 dice:

En caso de divorcio, el Juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes circunstancias:

I.- La edad y el estado de salud de los cónyuges;

- II.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- III.- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
- V.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y
- VI.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.

Como puede notarse, puesto que ya no existe diferencia entre cónyuge inocente y culpable, no sólo es necesario que uno de ellos tenga necesidad de recibir los alimentos sino que además se encuentre en alguno de los supuestos mencionados en el artículo en comento, pero debe notarse que a diferencia de la redacción anterior a la reforma, donde cada supuesto estaba separado por la letra: “o” en la actual redacción las hipótesis normativas están separadas con comas, lo que puede provocar diferentes interpretaciones, pues podría entenderse que se deben cumplir con las dos actividades (labores del hogar y cuidado de los hijos), además de necesitar los alimentos y estar imposibilitado para trabajar para ajustarse a la disposición legal en comento.

Con la redacción actual ya no existe la sanción consistente en la pérdida del derecho a recibir alimentos del cónyuge culpable del divorcio, con lo que se darán desde luego casos como el siguiente:

Podría pasar que una pareja se casara por separación de bienes desde luego, pues se quieren mucho pero no es para tanto, y decidieran que la mujer trabajara en lo que el hombre termina los estudios, pues luego que el termine le tocara el turno a ella de estudiar y a él de trabajar, mientras ella trabaja el estudia y hace las labores del hogar, durante el matrimonio todos los bienes adquiridos quedan a nombre de ella, pero resulta que el marido engaña a su esposa con una amiga muy cercana, y la mujer decide divorciarse, que bueno verdad, ahora no tendrá que esperar mucho tiempo para que sea legalmente divorciada pues ya existe el “*divorcio sin causa*”, tampoco importa si él quiere el divorcio o no pues para eso existe la solicitud unilateral, lo malo es que como el cónyuge varón no tiene bienes propios y tiene necesidad de una pensión pues la cónyuge tendrá que dársela pues así lo exige la ley, ¿parece injusto verdad?. Piénsese ahora que quien solicita el divorcio, a pesar de haber sido él quien cometió la infidelidad es el hombre, pues de todos modos la mujer podrá ser obligada a proporcionarle alimentos.

En el sistema de causales, una consecuencia de ser considerado culpable de la disolución del vínculo matrimonial, consistía en que el cónyuge inocente podía exigir una indemnización por los daños y perjuicios que le causara el divorcio.

Actualmente, en atención a que ya no existen ni cónyuge inocente ni cónyuge culpable en el divorcio, tal hipótesis ha desaparecido de nuestro Código Civil, situación que nos parece injusta pues lo deseable es que si uno de los cónyuges ha cumplido con los deberes y respetado los derechos que surgen del matrimonio lo lógico es que espere que su consorte actúe de igual forma, y que si no es así, y como vivimos en un Estado de derecho, éste debe tutelar que se restituya al inocente en la situación previa a que fueran vulnerados sus derechos, y de no ser posible posibilitar que sea indemnizado. Pero éste es un punto que será abordado más adelante.

Otra de las consecuencias era que sí un cónyuge era considerado judicialmente culpable del divorcio implicaba que se perdía todo lo que le había dado o prometido el cónyuge inocente u otra persona en consideración al matrimonio, así como todo lo que el culpable había dado o prometido a su consorte.

Debe tenerse presente que las causales de divorcio sancionaban conductas que el legislador consideraba suficientemente graves como para impedir la convivencia, incluso algunas eran también delitos, por lo que tales conductas podían ser consideradas como ingratitud del cónyuge al que se privaba de las donaciones, por lo que se podría pensar que toda vez que el Código Civil para el Distrito Federal prevé la ingratitud como causa de revocación de las donaciones en nada afecta que se haya suprimido la hipótesis en estudio pero esto no es así; pues no todas las entonces causales de divorcio pueden ser consideradas graves a juicio del Juez. Y tomando en cuenta que según lo preceptuado por el artículo 233 en relación con el 228 sólo podrán ser revocadas por el cónyuge donante las donaciones en caso de que el donatario cometa adulterio, violencia familiar, abandono de las obligaciones alimentarias u otras que sean graves a juicio del Juez de lo Familiar. Se puede concluir que hay gran cantidad de situaciones que hacían perder lo donado por el cónyuge inocente en el sistema de causales y en el sistema actual le permite retenerlas.

Por otra parte, tratándose de las donaciones de un tercero, éste no podría recuperarlas a menos que fuera ascendiente o descendiente del cónyuge ingrato, lo que no consideramos que sea precisamente muy justo para los padres y demás parientes y amigos del cónyuge, que antaño hubiera sido considerado inocente del divorcio, pues el cónyuge culpable hubiera perdido todo lo donado por éstos, mientras que ahora puede conservarlo.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Rolando Tamayo nos indica que la palabra responsabilidad proviene de “*responderé*” que significa (inter alia) prometer, merecer o pagar, y que en un sentido más restringido (responsum) significa: “*el obligado a responder de algo o de alguien.*”¹²⁷ El mismo autor citando a Kelsen nos dice: “*un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado.*”¹²⁸

El autor en cita nos aclara que la responsabilidad presupone el incumplimiento de un deber jurídico, consistente en un acto u omisión establecido por el ordenamiento legal, por lo que considera que la responsabilidad es una obligación de segundo grado, que sólo surge cuando el deber jurídico es omitido, en otras palabras, el presupuesto de toda responsabilidad es un hecho ilícito.¹²⁹

Sobre el mismo tema es importante indicar que: “*en su acepción jurídica, significa tanto como obligación que una persona tiene con respecto a otra de reparar los daños y resarcir los perjuicios que haya ocasionado como consecuencia de un acto propio o ajeno, o por el efecto de las cosas u objetos inanimados o de los animales.*”¹³⁰

¹²⁷ Tamayo y Salmoran, Rolando, “Responsabilidad” *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. VIII, Rep – Z, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1175/3.pdf>

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ De Pina, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa, 1993, vol. III, p. 232

Galindo Garfias por su parte nos dice que en opinión de Cupis y Carneluti la responsabilidad es: “*la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso*”¹³¹ así mismo también afirma que: “*en términos generales se concibe la responsabilidad civil, como la consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie.*”¹³²

Rosario Amor López Valencia, considera que la palabra responsabilidad se utiliza comúnmente en 4 diferentes significados: “*1...como deberes de un cargo... 2...Como causa de un acontecimiento... 3...Como merecimiento, reacción, respuesta. Responsabilidad en éste sentido, significa: “verse expuesto a...”;* “*merecer*””; “*responder de...*””; “*pagar por...*”” y 4... *Como capacidad mental...*”¹³³

La misma autora nos dice que de estas 4 acepciones la que podemos entender en sentido jurídico, es la 3 y nos recuerda que para Kelsen: “*Un individuo es responsable cuando de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado.*”¹³⁴

Para López Valencia existen diferentes tipos de responsabilidad, y una primera división de ella se establece entre la responsabilidad moral y la jurídica, y ésta a su vez puede subdividirse en:

- “1. Responsabilidad Administrativa;
2. Responsabilidad Aeronáutica;

¹³¹ Galindo Garfias, Ignacio, “Responsabilidad civil” *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. VIII, Rep – Z, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1175/3.pdf>

¹³² Ídem.

¹³³ López Valencia, Rosario Amor, *La responsabilidad patrimonial del estado hasta antes de la reforma constitucional*, México, Red de investigadores parlamentarios en línea (REDIPAL), Junio 2005, <http://www.diputados.gob.mx/sia/redipal/Redipal-03-05.pdf>

¹³⁴ Ídem.

3. Responsabilidad Astronáutica;
4. Responsabilidad Civil;
5. Responsabilidad del Estado;
6. Responsabilidad del Producto;
7. Responsabilidad Fiscal;
8. Responsabilidad Internacional;
9. Responsabilidad Judicial;
10. Responsabilidad Oficial;
11. Responsabilidad Penal;
12. Responsabilidad Política;¹³⁵

Para la autora en cita la responsabilidad jurídica, es: *“la obligación de responder a quien interpela con derecho”*¹³⁶ y la manera de responder en materia civil es reparando los daños y perjuicios causados.

Pérez Duarte opina al igual que Juan Ricardo Jiménez que la responsabilidad civil: *“es la atribución de una sanción por la realización de una conducta no permitida por el derecho”*¹³⁷ para la citada autora esta definición es más acertada pues considera que la indemnización que se obliga a pagar a quien

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, *“El daño moral”*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 1985, núm. 53 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/53/art/art4.pdf>

causa un detrimento en los bienes no estimables en dinero, no tiene naturaleza de indemnización, sino de sanción.

Julieta Ovalle, considera que la responsabilidad civil: *“consiste en la obligación que tiene una persona de resarcir daños y perjuicios causados a otra persona, por una conducta contraria al derecho, a las buenas costumbres, o por un riesgo creado”*¹³⁸

El artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: *“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”*

De lo anterior se puede concluir que la responsabilidad civil es la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por una conducta ilícita. Pero debe tomarse en cuenta que nuestro derecho considera que tal conducta puede ser desplegada tanto directamente por el obligado a pagarla, como por aquellas personas que están bajo su custodia o cuidado, pues como se recordará los padres y quienes tienen la custodia de un menor o incapaz están obligados a reparar los daños ocasionados por éstos últimos, salvo que estén bajo el cuidado y autoridad de alguien más (por ejemplo sus maestros) ya que en éste caso quien debe reparar el daño es quien los tiene bajo su cuidado; otro caso de obligación civil por daños producidos por un tercero lo tenemos con la obligación de reparar los daños y perjuicios que tienen los patrones respecto de los daños procedentes de sus trabajadores; la de las personas morales por los causados por sus representantes legales; la de los maestros artesanos motivados por sus operarios; la de los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles por los producidos por sus obreros o dependientes; y la de los jefes de casa o los dueños de hoteles

¹³⁸ Ovalle Piedra, Julieta, *La Responsabilidad Civil por Productos en México, Canadá y Estados Unidos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/32/3.pdf>.

o casas de hospedaje por los originados por sus sirvientes, es decir que se puede responder por hechos propios o por hechos de terceros.

Galindo Garfias considera que para que exista la responsabilidad civil se requiere la coexistencia de los siguientes elementos: un hecho ilícito, que exista un daño y el nexo causal entre el daño y el hecho ilícito.¹³⁹

- Hecho ilícito; para que exista éste se requiere que exista dolo (que se haya actuado con la intención de causar el daño) o culpa (que el daño se haya producido por imprudencia, inadvertencia, falta de atención, cuidado, o impericia.) el mismo autor nos recuerda que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1830 define al ilícito como: “*el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.*”¹⁴⁰ No existirá responsabilidad civil cuando el daño sea causado debido a caso fortuito o fuerza mayor; cuando se deriva del ejercicio de un derecho o por descuido de la víctima.
- Daño; en opinión del autor en cita existen 3 tipos de daños; 1. El daño emergente (daño o quebranto que soporta una persona en su patrimonio); 2. El lucro cesante (daño reparable que comprende también la privación de cualquier ganancia lícita que se podría haber obtenido por el cumplimiento de la obligación y 3. El daño moral (lesión a los bienes no estimables en dinero, por ejemplo la vida, la salud, la intimidad, etc.) acerca de éste último tipo de daño Galindo Garfias nos dice: “*Aunque el daño moral no es susceptible de una reparación pecuniaria, es de justicia que al ofensor se le aplique una sanción como efecto de su conducta ilícita, obligándolo a pagar al ofendido una suma de dinero por concepto de indemnización compensatoria.*”¹⁴¹

¹³⁹ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 131.

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ Ídem.

- Nexo causal entre el daño y el hecho ilícito; el daño debe ser consecuencia del hecho ilícito, y es esto lo que determina que exista un sujeto obligado a la reparación del daño como consecuencia de su responsabilidad civil.

Para Rojina Villegas, los elementos de la responsabilidad civil son; la comisión de un daño, la culpa y la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.¹⁴²

Julieta Ovalle señala que Antonio Gullón y Luís Díez-Picazo consideran que se debe añadir un elemento más consistente en: *“la existencia de un criterio que permita imputar dicha responsabilidad al demandado. Este criterio puede ser el de la culpa, el dolo, la idea de riesgo o una atribución automática o ex lege de la responsabilidad.”*¹⁴³

Por otra parte López Valencia, nos recuerda que existen dos clases de responsabilidad civil; la contractual y la extracontractual, y nos dice que en la primera: *“se infiere la existencia de una relación preconstituida entre el responsable y la víctima, es decir, que previamente ha existido una obligación o un contrato, o una declaración unilateral de voluntad, o una gestión de negocios, o un enriquecimiento sin causa.”*¹⁴⁴

Mientras que en el caso de la segunda: *“...encontramos a la víctima y al responsable, pero sin que exista previamente entre ellos una relación obligatoria, es decir, no existe ninguna relación preconstituida”*¹⁴⁵

Julieta Ovalle también considera que existen 2 tipos de responsabilidad; la contractual y la extracontractual, y nos dice que para Manuel Bejarano Sánchez la

¹⁴² Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1998, vol. II, p. 119

¹⁴³ Ovalle Piedra, Julieta, op. cit., nota 138.

¹⁴⁴ López Valencia, Rosario Amor, op. cit., nota 133.

¹⁴⁵ Ídem.

responsabilidad contractual es: *“la proveniente de la transgresión de una cláusula particular, de una norma jurídica de observancia individual, de un contrato u otro acto jurídico de derecho privado”*.¹⁴⁶

También se ha definido a la responsabilidad contractual como: *“aquella que tiene su origen en la infracción de un vínculo obligatorio preexistente, es decir, la que tiene como presupuesto la existencia de una obligación, que exige, en caso de quedar incumplida, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento”*¹⁴⁷

Julieta Ovalle sobre este tema a llegado a la conclusión de que: *“El presupuesto para que surja éste tipo de responsabilidad es la existencia de un contrato. La responsabilidad contractual será la consecuencia de la violación de la disposición establecida en el contrato.”*¹⁴⁸

En otras palabras la responsabilidad civil contractual tiene como nota característica, que el causante del daño y quien lo sufre tienen previamente al hecho dañoso, una relación contractual.

Manuel Bejarano citado por Julieta Ovalle nos dice: *“hay responsabilidad extracontractual cuando el carácter de la norma transgredida (el tipo de antijuridicidad) es una norma de observancia general”*¹⁴⁹

Juan Luis González, considera que no debería existir la división actual entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, pues ambas son consecuencia del incumplimiento de una obligación ya sea que esté contenida en un contrato o en la ley, y las dos deben de generar en consecuencia la obligación de reparar el daño, por lo que estima que debería existir una teoría unitaria de la

¹⁴⁶ Ovalle Piedra, Julieta, op. cit., nota 138.

¹⁴⁷ Rojina Villegas, Rafael, op.cit. nota., 142, p. 232.

¹⁴⁸ Ovalle Piedra, Julieta, op. cit., nota 138.

¹⁴⁹ Ídem.

responsabilidad civil. Sin embargo señala las siguientes diferencias entre ambos tipos de responsabilidades:¹⁵⁰

- La capacidad; en la responsabilidad contractual sólo puede ser responsable, quien tenga capacidad general, mientras que en la extracontractual, el hecho ilícito puede acarrear la responsabilidad incluso de incapaces
- Las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, sólo son posibles en la responsabilidad contractual
- La competencia; tratándose de responsabilidad contractual es competente el Juez del lugar del cumplimiento, el del domicilio del demandado o el de la celebración del contrato mientras que en la responsabilidad extracontractual lo es el del lugar donde se produjo el daño, o el del domicilio del demandado.
- En la responsabilidad contractual en caso de pluralidad de sujetos que incumplen una obligación, éstos son solidarios mancomunadamente mientras que en el caso de la responsabilidad extracontractual quienes causan en conjunto un daño como consecuencia de un hecho ilícito son responsables solidariamente.
- La prueba de la culpa; en la responsabilidad contractual el demandado tiene que probar que no es culpable; pues existe presunción de ésta última, mientras que en la extracontractual sucede todo lo contrario pues corresponde al demandante probar la culpa del demandado.
- La mora sólo es posible en la responsabilidad contractual.

¹⁵⁰ González A. Carrancá, Juan Luis, “El pago de daños en materia de competencia económica”, *Abogado Corporativo*, México, 2007, Octubre-Noviembre, <http://www.abogadocorporativo.com.mx/002/pdf/07%20Analisis%20-%20Pago.pdf>

- La prescripción de la responsabilidad contractual es de 10 años y la de la extracontractual es sólo de 2 años.

No debe olvidarse que en el artículo 288 (antes de la reforma) expresaba en su antepenúltimo párrafo: *“El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en éste Código para los hechos ilícitos.”*

Lo anterior es importante pues como se recordará, la doctrina no es unánime acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, y si consideramos a éste como un contrato, la responsabilidad civil que acarrearía el incumplimiento de las obligaciones que surgen del matrimonio, sería la contractual, mientras que si no lo consideramos como un contrato, la responsabilidad civil sería la extracontractual; lo que como ya se vio tiene diferencias trascendentales, pero éste tema será estudiado más adelante por lo que ahora sólo hacemos su señalamiento.

3.2. Daños y perjuicios

La voz “*daño*” proviene del latín “*damnun*” que significa daño, pérdida, multa. Y del indoeuropeo “*dap-no*”, cuyo significado es pérdida o gasto.¹⁵¹

Edgard Baqueiro nos dice que daño emergente y daño directo son dos distintas formas de referirse a: “*la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio*”.¹⁵²

¹⁵¹ Cienfuegos Salgado, David, “*Responsabilidad civil por daño moral*”, *Revista de Derecho Privado*, México, 1998, núm. 27 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>

¹⁵² Baqueiro Rojas, Edgard, op. cit., nota 58, p. 30.

También se ha definido al daño como: “menoscabo, deterioro, lesión; dañar es maltratar, estropear, perjudicar, lesionar.”¹⁵³

Al daño también se le ha considerado como: “...*la lesión o menoscabo que experimenta una persona en bienes, cuerpo o alma, quien quiera que sea su causante y cual sea la causa, incluso inferida por el propio lesionado o acontecida sin intervención del hombre.*”¹⁵⁴

Por otra parte se considera que daño es: “*El detrimento, perjuicio ó menoscabo que se recibe en la honra, la hacienda ó la persona.*”¹⁵⁵

El daño entonces lo podemos definir como la pérdida o menoscabo que sufre una persona derivado del obrar ilícito de otro.

El daño, además de la ya abordada clasificación en contractual y extracontractual ha sido clasificado de diversas maneras por la doctrina, a continuación veremos a modo de ejemplo algunas de ellas:

Sergio Mena nos expresa que el daño puede ser material y moral y, citando a Capitant nos dice que el daño material: “*incide sobre la integridad física o sobre el patrimonio de una persona*”¹⁵⁶ mientras que el daño moral: “*incide sobre la consideración, el honor, o los afectos de una persona*”¹⁵⁷

¹⁵³ Cienfuegos Salgado, David, op. cit., nota 151.

¹⁵⁴ Hans Fischer citado por Cienfuegos Salgado, David, op. cit., nota 151.

¹⁵⁵ Escriche, Joaquin, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Google, http://books.google.com.mx/books/download/Diccionario_razonado_de_legislacion_civi.pdf?id=RgZeATuXnQkC&output=pdf&sig=ACfU3U3ZezxhaHB1jsaDqwYAjj8_bCftZA&source=gbs_v2_summary_r&cad=0

¹⁵⁶ Mena García, Sergio, “La responsabilidad de la administración pública. El daño: tipos y modalidades”, *Revista Jurídica de Seguridad Social*, México, 1999, núm. 9, Abril de 1999, <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica9/art4.pdf>

¹⁵⁷ Ídem.

Para Jean Rivero, citado por Sergio Mena, los daños materiales son: *“aquellos que tenían consecuencias de orden patrimonial, sea por los gastos que conllevaban, sea por las pérdidas que provocan”* y los daños morales consisten en: *“los valores abstractos, no evaluables en dinero.”*¹⁵⁸

David Cienfuegos nos dice que los daños se pueden clasificar también en inmediatos y mediatos; directos e indirectos; patrimoniales y extrapatrimoniales y finalmente en ciertos e inciertos.¹⁵⁹

Los daños inmediatos son los que se causan instantáneamente por el hecho dañoso o con muy poco tiempo de diferencia, y los mediatos se producen con bastante posterioridad.

Los daños directos son aquellos donde el hecho dañoso es causa eficiente para producir el daño mientras que en los indirectos el hecho dañoso no es más que una ocasión, el autor en cita nos pone el siguiente ejemplo de éstos últimos: *“Si un transeúnte por presenciar un asesinato en la vía pública sufre un síncope cardíaco y muere, esta consecuencia no es a cargo del homicida”*.¹⁶⁰ Esta clasificación es de suma importancia pues mientras los daños directos son resarcibles los daños indirectos no acarrearán esta responsabilidad.

El daño patrimonial es aquel que afecta un interés concerniente a un bien patrimonial. Bien patrimonial es aquel que puede valuarse en dinero. Mientras que el daño no patrimonial no puede ser definido, más que en contraposición al patrimonial.¹⁶¹

Los daños ciertos son aquellos cuya naturaleza, se conoce desde el comienzo del procedimiento y que al momento de dictar sentencia puede ser

¹⁵⁸ Ídem.

¹⁵⁹ Cienfuegos Salgado, David, op. cit., nota 151.

¹⁶⁰ Ídem.

¹⁶¹ Ídem.

evaluada, mientras que los inciertos son aquellos cuya naturaleza puede permanecer igual o agravarse durante el procedimiento por lo que siempre será necesario realizar evaluaciones posteriores, piénsese por ejemplo en una lesión que al momento de iniciar la demanda no parece grave pero que durante el proceso causa la muerte de la víctima, sin que la agravación o permanencia de las lesiones obedezca a hechos de la víctima, de terceros, caso fortuito o fuerza mayor, pues en cualquiera de éstos casos no existe responsabilidad de reparar el daño.¹⁶²

David Cienfuegos nos dice que perjuicio deviene del latín “*praejudicium*”, que significa idea o juicio formado con anticipación¹⁶³

El artículo 2109 de nuestro ordenamiento civil dice textualmente: “Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.”

También se le ha definido como: “*la ganancia que se deja de hacer por culpa de otro*”¹⁶⁴

Mientras que en opinión de Edgard Baqueiro esta voz, al igual que perjuicio indirecto y lucro cesante no son otra cosa que: “*la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido*”¹⁶⁵

David Cienfuegos nos comenta que el desarrollo del concepto de perjuicio tiene su origen en el derecho romano, pues como se recordará cuando el deudor no podía entregar la cosa adeudada tenía que pagar el valor de la misma, con lo que nació el resarcimiento en dinero, más tarde se distinguió entre el daño

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ Escriche, Joaquín, op. cit., nota 155.

¹⁶⁵ Baqueiro Rojas, Edgard, op. cit., nota 58, p. 82

(damnus emergens) y el perjuicio (lucrum cesans) el daño es objeto de reparación, mientras que el perjuicio es materia de indemnización.¹⁶⁶

Para el autor que nos ocupa el perjuicio, en materia extracontractual: “es la ganancia no obtenida como consecuencia inmediata y directa del acto u omisión dañoso.”¹⁶⁷ Mientras que en materia contractual es la: “*privación de cualquiera ganancia lícita que debería haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación*”.¹⁶⁸

En ese orden de ideas, podemos concluir que perjuicio es la privación de la ganancia lícita que se deja de recibir a consecuencia del obrar ilícito de una persona.

3.3 Daño Moral

Pérez Duarte nos comenta que el concepto de daño moral (que algunos autores denominan daño no patrimonial, daño inmaterial, daño no económico o daño extrapatrimonial) proviene de la doctrina francesa y comparte con nosotros las siguientes definiciones:¹⁶⁹

Citando a Baudry-Lacantinerie y Barde, nos dice que daño moral es:

“...Todo perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo... El daño comprende: la desconsideración que significa para la persona atacada el resultado del ataque, el dolor causado por la pérdida de una persona querida, los sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son, a veces, la consecuencia del hecho dañoso.”¹⁷⁰

¹⁶⁶ Cienfuegos Salgado, David, op. cit., nota 151.

¹⁶⁷ Ídem.

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op. cit., nota 137.

¹⁷⁰ Ídem.

La misma autora nos dice que en opinión de Von Thur los daños morales son: *"los quebrantos y dolores físicos o de orden moral que se le producen al hombre cuando ilícitamente se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus personales intereses."*¹⁷¹

Mientras que para Ortiz Ricol el daño moral es el: *"... daño inferido en derechos de la estricta personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material, económica... es la lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona, o la repercusión afectiva desfavorable producida por los daños materiales."*¹⁷²

Andrés Cid nos dice acerca del daño moral: *"...se podría decir, que el daño moral es, el extrapatrimonial, el inmaterial o el que no posee un valor económico a priori..."*¹⁷³

También se ha definido al daño moral como: *"la afectación de valores no apreciables en dinero"*¹⁷⁴

David Cienfuegos nos comenta que para Savatier el daño moral es todo sufrimiento físico o moral (cuando la víctima se ve afectada en su reputación, autoridad, pudor, seguridad, amor propio, integridad intelectual, afectos etc.)¹⁷⁵

El autor en cita considera que el daño moral debe abarcar: *"además del menoscabo físico y espiritual, la privación de posibilidades existenciales reflejadas en la conducta cultural, estética, sensitiva, sexual, intelectual"*¹⁷⁶

¹⁷¹ Ídem.

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ Cid Luque, Andrés, "Cuantificación del daño moral ¿Nos acercamos a América?", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, España, 2006, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/19Andres%20Cid.pdf>

¹⁷⁴ Baqueiro Rojas, Edgard, op. cit., nota 58, p. 29.

¹⁷⁵ Cienfuegos Salgado, David, op. cit., nota 151.

Yoleida Vielma Mendoza considera que los daños morales son: *“los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica; es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de la personalidad o extrapatrimoniales”*¹⁷⁷

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1916 define al daño moral como:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Como se verá más adelante en la definición del Código se considera al daño moral como la lesión a los derechos de la personalidad, definición que compartimos por considerar que el daño moral no puede limitarse al dolor padecido por la víctima, sobre todo porque sería de difícil o imposible la demostración tal sufrimiento.

Por lo anterior podemos afirmar que el daño moral surge cuando se afecta el patrimonio moral de una persona.

Edgard Baqueiro divide al daño moral en dos aspectos o categorías:

“uno que afecta la parte social del individuo cuando se le perjudica en su situación en la relación con los otros, disminuyendo la estima y

¹⁷⁶ Ídem.

¹⁷⁷ Vielma Mendoza, Yoleida, “Discusiones en torno a la reparación del daño moral”, *DIKAIOSYNE Revista de filosofía práctica*, Venezuela, 2006, Año IX núm. 16, <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC047592.pdf>

consideración de que goza en la sociedad, afecta la honra la reputación, el prestigio; otro aspecto que es el que toca la parte afectiva, hiere los sentimientos afectivos o estimativos, ya respecto a la propia persona, sus seres queridos o bienes relacionados con sentimientos de amor o respeto.”¹⁷⁸

Gutiérrez y González,¹⁷⁹ divide los derechos de la personalidad en parte social pública, parte afectiva y parte físico somática.

La parte social pública comprende los derechos al honor o la reputación, al título profesional, al secreto o reserva, al nombre, a la presencia estética, y a la convivencia; la parte afectiva comprende los derechos de afección tanto familiares como amistosos y la parte físico somática abarca los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad física, ecológicos, los relacionados son el cuerpo humano y sobre el cadáver.

David Cienfuegos¹⁸⁰ opina que la enumeración anterior es mejor que la que hace nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1916 que dispone:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Acerca de los bienes tutelados por el artículo anterior David Cienfuegos citando a Ochoa Olvera nos da las siguientes definiciones:¹⁸¹

¹⁷⁸ Baqueiro Rojas, Edgard, op. cit., nota 58, p. 29

¹⁷⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecunario y el moral o derechos de la personalidad*, México, Porrúa, 2004, p. 743

¹⁸⁰ Cienfuegos Salgado, David, op. cit., nota 151.

El sentimiento es un estado de ánimo, es el hecho de percibir sensaciones producidas por causas internas o externas que pueden causar dolor o placer.

El afecto es la tendencia a alguna persona o cosa.

La creencia consiste en el firme sentimiento y conformidad con una cosa; es la certeza de que algo es válido o verdadero.

La vida privada es considerada como los actos particulares y personales del sujeto (se incluye a la familia).

La configuración y aspecto físico están relacionados con la apariencia estética de la persona, con su aspecto físico en otras palabras con como se ve la persona.

El decoro comprende al honor, el respeto, la circunspección, la pureza, la honestidad, el recato, la honra, y la estimación. El decoro se fundamenta en la máxima que dice que a toda persona se le debe considerar honorable y merecedora de respeto.

El honor es la cualidad moral que compele a una persona a cumplir con un deber, haciéndola merecedora de admiración y confianza en las relaciones sociales.

La reputación es la fama y crédito de que goza una persona, la cual puede presentarse de dos distintas formas: la primera consiste en la opinión generalizada que se tiene en el medio social donde se desenvuelve, y la segunda consiste en lo sobresaliente o exitosa que es dicha persona en sus actividades.

¹⁸¹ Ídem.

Gisela María Pérez Fuentes.¹⁸² nos dice que el daño moral ha sido conceptualizado desde cuatro posiciones distintas a lo largo de la historia de nuestro país; en la primera de ellas el daño moral fue considerado dependiente del daño patrimonial, y en consecuencia para que existiera daño moral era necesario que también existiera un daño patrimonial, y el monto del daño moral no podía exceder de las 2 terceras partes del daño patrimonial; en la segunda posición se consideró al daño moral como autónomo pero se identifica como tal el que no es patrimonial, es inherente a la persona y no es posible de ser reparado pecuniariamente, en la tercera posición (que ocurre al mismo tiempo que la primera) se considera daño moral el: “*sufrimiento físico o psíquico que causa al perjudicado la lesión.*”¹⁸³ En la cuarta y última postura el daño moral es el atentado a ciertos derechos que están protegidos por el ordenamiento jurídico pero veamos lo expresado a éste respecto por la autora en mención:

... (El derecho moral esta) determinado por el atentado a ciertos derechos, pues el dolor o sufrimiento son las repercusiones que la lesión tiene en la parte espiritual de la persona... ...el derecho no resarce cualquier dolor, humillación aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el afectado poseía interés jurídico protegido.¹⁸⁴

Esta última postura ha sido acogida por el legislador pues actualmente el daño moral consiste en la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y

¹⁸² Pérez Fuentes, Gisela María, “Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el derecho mexicano”, *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, 2005, año IV, núm. 12, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/12/dtr/dtr3.pdf>

¹⁸³ Ídem.

¹⁸⁴ Ídem.

aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, así como la libertad, la integridad física y la integridad psíquica.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha explicado la hipótesis normativa contenida en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal del siguiente modo:

DAÑO MORAL. SU REGULACION.

El artículo 1916 reformado del Código Civil para el Distrito Federal, señala que los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de uno tienen los demás son los llamados derechos de la personalidad, como adecuadamente los viene considerando la legislación civilista contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar al individuo el goce de estas facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral, pues el ser humano posee éstos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo reconoce o tutela adecuadamente, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual dentro del derecho civil, se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente: "contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación" (Exposición de motivos de la reforma legislativa).¹⁸⁵

¹⁸⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *IUS 2008, Junio 1917 - Junio 2008 jurisprudencias y tesis aisladas*, [DVD] México, 2009, registro: 239510.

Para mejor comprensión del derecho de la personalidad presentaremos a continuación algunas definiciones doctrinales:

Para De Cupis; citado por Pérez Duarte, los derechos de la personalidad son: "*aquellos derechos esenciales, derechos que constituyen el mínimo necesario del contenido de la propia personalidad... son derechos innatos que no se agotan en su contenido.*"¹⁸⁶

Alicia Elena Pérez Duarte nos comenta que para Ferrara los derechos de la personalidad son: "... *aquellos que garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando al individuo el señorío de su persona y la actuación de sus fuerzas físicas y espirituales.*"¹⁸⁷

Gutiérrez y González nos da la siguiente definición de derechos de la personalidad: "...*los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico.*"¹⁸⁸

Carbonnier citado por Eduardo Vázquez Bote, nos dice que éstos derechos: "*comprenden una serie de prerrogativas que, por el simple hecho del nacimiento pertenecen a toda persona y que vienen a configurarse como una especie de derechos del hombre, aunque no referidos al área jurídico pública, sino al ámbito del Derecho Privado*"¹⁸⁹

¹⁸⁶ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op. cit., nota 137.

¹⁸⁷ Ídem.

¹⁸⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit., nota 179. p. 768

¹⁸⁹ Vázquez Bote, Eduardo, "Los denominados derechos de la personalidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 1973, núm. 18, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/18/art/art3.pdf>

Eduardo Vázquez también nos dice que la doctrina suele diferenciar los derechos humanos; los derechos de la personalidad y los derechos políticos, no por su contenido sino en atención a de donde puede provenir el acto o hecho dañoso y así cuando la lesión puede provenir de la actividad de los particulares se tratara de derechos de la personalidad; si la lesión proviene de la actividad de las entidades políticas estaremos ablando de derechos políticos y si quien puede ser el ofensor es el Estado o la sociedad en su conjunto estaremos hablando de derechos humanos.¹⁹⁰

Julio Cesar Rivera, Gustavo Gatti y Juan Ignacio Alonso, citando a Cupis nos dicen que el honor es: "*la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma*"¹⁹¹ en otras palabras el honor tiene dos manifestaciones, una es la autovaloración de la propia estima que tiene una persona en cuanto a la consideración que merece de los demás y que es conocido como honor subjetivo y la otra es la consideración que realmente merece esa persona de los demás u honor objetivo y que se traduce en estimación ajena, fama y reputación. Cabe resaltar que en opinión de los autores en cita la clasificación anterior es intrascendente pues tanto el honor objetivo como el subjetivo son resarcibles.¹⁹²

Eduardo Vázquez considera que los derechos de la personalidad son: "*aquellos derechos pertenecientes a toda persona, según se deriven de la personalidad misma*".¹⁹³

¹⁹⁰ Ídem.

¹⁹¹ Rivera, Julio César et al., "La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen", *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, 2007, núm. 7, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt14.pdf>

¹⁹² Ídem.

¹⁹³ Vázquez Bote, Eduardo op. cit., nota 189.

El autor que nos ocupa afirma que los derechos de la personalidad, incluso abarcan más derechos que los derechos humanos pues se puede ser humano, y además doctor, o abogado y por éste hecho tener derechos (como el de secreto profesional) que no se tendrían si se fuera ingeniero, por lo que: *“sólo puede concebirse una enumeración de los derechos de la personalidad concebida como una enumeración de los derechos humanos, concretados, precisados y enriquecidos con las manifestaciones particulares de la personalidad bajo la cual se actúa.”*¹⁹⁴

En consecuencia podemos concluir que los derechos de la personalidad son aquellos derechos inherentes a la persona, reconocidos y tutelados por el derecho positivo mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los demás. El Código Civil para el Distrito Federal tutela los siguientes derechos de la personalidad: los sentimientos, los afectos, las creencias, el decoro, el honor, la reputación, la vida privada, la configuración física, el aspecto físico, la consideración que de una persona tienen los demás, la libertad, la integridad física y la integridad psíquica de las personas. Luego entonces no se incluye expresamente el derecho a la intimidad, y hay que tomar en cuenta que la intimidad es el derecho: *“...que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencia ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas.”*¹⁹⁵

Lo anterior tiene como consecuencia que si una persona hace públicos muchos aspectos de su vida privada no puede quejarse luego de que sean publicados, pero quien a través de sus actos guarda reserva acerca de su zona íntima, puede obtener una justa reparación del daño moral, cuando se le afecta.

¹⁹⁴ Ídem.

¹⁹⁵ Rivera, Julio César et al., op. cit., nota 191.

En este orden de ideas el derecho a la intimidad comprende: "...a) el secreto o reserva de los actos de la vida privada; b) el secreto de la correspondencia epistolar y de los papeles privados; c) la privacidad del domicilio; d) el derecho a la imagen; el derecho al nombre; y f) el derecho al secreto profesional."¹⁹⁶

Consideramos que la vida privada a que se refiere el artículo 1916 y el derecho a la intimidad que describen los doctrinarios citados son expresiones sinónimas por lo que es de indicar que lo que se ha expuesto a propósito del derecho a la intimidad, es igualmente válido tratándose de la vida privada que, como ya se ha dicho, son los actos particulares y personales del sujeto.

Por otra parte, es de indicar que la cuantificación de la indemnización del daño moral corresponde hacerla al Juez tomando en cuenta:

- Los derechos lesionados
- El grado de responsabilidad
- La situación económica del responsable
- La situación económica de la víctima
- Así como las demás circunstancias del caso.

Como puede verse en la siguiente opinión de nuestro más alto tribunal existen 2 requisitos indispensables, para que exista la obligación de reparar el daño moral; el primero de ellos es que el daño haya sido producido y el segundo que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito.

DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACION.

¹⁹⁶ Ídem.

De conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 Bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero, consistente en que se demuestre que el daño se ocasionó y, el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de éstos elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello; así, aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, si no se demuestra que ésta produjo daño; o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarcitoria. Por tanto, no es exacto que después de la reforma de 1º de enero de 1983, del artículo 1916 del Código Civil, se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos lícitos; por el contrario, al entrar en vigor el artículo 1916 Bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.¹⁹⁷

Debe tenerse presente que aunque se deba probar la existencia del daño, tratándose del daño moral sólo es necesario probar que existe el evento que causa el daño moral, y no el daño moral en si mismo tal y como puede apreciarse en la siguiente tesis.

DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO.

Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no

¹⁹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., nota 185, registro: 209,386

fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afecciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.¹⁹⁸

3.4 La responsabilidad civil entre cónyuges

Mucho se ha escrito acerca de si el matrimonio es o no un contrato, algunos a favor y otros en contra, sin embargo y teniendo sólo en cuenta las opiniones jurisprudenciales y doctrinales más actuales somos de la opinión de que si bien el matrimonio, tiene elementos en común con el contrato tiene muchos otros que no los son por lo que nos inclinamos a considerarlo como lo hace Sara Montero para quien:

...el matrimonio es una relación de naturaleza tan compleja que ninguna de las figuras la define por sí sola. Más bien, como ocurre en el caso de la institución, para definirla es necesario que se complementen unas y otras. Esto indica que el matrimonio es una figura de naturaleza jurídica compleja y múltiple que contiene por lo menos: el acto jurídico, el contrato, el estado jurídico y la institución.¹⁹⁹

Decidir si el matrimonio es o no un contrato tiene vital importancia para resolver si la responsabilidad es contractual o extracontractual, pues como se recordará tienen diferencias trascendentales (sobre todo en cuanto hace a la carga de la prueba), el antepenúltimo párrafo del artículo 288 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal Vigente hasta el 3 de octubre de 2008, solucionaba éste dilema pues expresaba: *“El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el*

¹⁹⁸ Ibídem, registro: 239,511

¹⁹⁹ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op. cit., nota 15,

divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en éste Código para los hechos ilícitos.”

La nueva redacción es omisa en éste sentido lo que causa una laguna legal que podría impedir que la víctima del daño causado por el divorcio o por los hechos que dan causa a éste obtuviera la reparación del daño, de momento sólo hacemos notar tal laguna y su posible consecuencia pues más adelante veremos una modesta propuesta de modificaciones a nuestro ordenamiento civil.

Sin embargo y pese a que consideramos que el matrimonio tiene elementos comunes con los contratos ésto no significa que consideremos que la obligación de resarcir el daño motivado con el divorcio o con los hechos que le dieron causa tenga carácter contractual, basta con recordar lo establecido en el artículo 288 del entonces Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal que en su texto original de 1928 establecía:

En los casos de divorcio, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

El texto del artículo en mención fue cambiando a lo largo de la historia pero siempre mencionando la obligación de reparar los daños al cónyuge inocente como una obligación nacida de un hecho ilícito, en otras palabras como consecuencia de una responsabilidad extracontractual.

Nos comenta García Mendieta que en Uruguay se planteo ante los Tribunales de apelación la procedencia de una demanda por daños materiales y morales en caso de divorcio por adulterio, situación que no se había dado con anterioridad. El tribunal estudió primero si estaba en presencia de un daño contractual o extracontractual y consideraron que el fundamento de la reparación no podía ser contractual pues se:

Descarta que el fundamento de la reparación pueda ser contractual, por la especificidad de las normas sobre matrimonio, que no puede asimilarse a un contrato civil. Estima, en cambio, que los principios y disposiciones que rigen la responsabilidad extracontractual ofrecen un marco adecuado para las reclamaciones de esa naturaleza. En efecto, la responsabilidad aquiliana nace cuando se produce la violación del deber genérico de no causar daño a otro, daño que abarca todas las variantes que pueden producirse con motivo de las relaciones humanas. Por ello se sostiene que si el divorcio como hecho humano provoca daño gratuito a uno de los cónyuges, éste tiene derecho a ser indemnizado.²⁰⁰

Consideramos que el mismo criterio puede ser aplicado para considerar que los daños en estudio tienen naturaleza extracontractual.

Graciela Medina²⁰¹ nos recuerda que durante el siglo XIX e incluso gran parte del XX, la familia estaba basada en la autoridad del padre, a éste le correspondían todos los derechos, y tanto la esposa como los hijos estaban supeditados a él, en ese tenor no era imaginable que uno de los miembros de la

²⁰⁰ García Mendieta, Carmen, “La responsabilidad extracontractual en caso de divorcio”, *Revista de Derecho Privado*, México, 1990, núm. 3, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=revdpriv&n=3>

²⁰¹ Medina, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1528>

familia contratara con otro pues no existía más voluntad que la del padre, y mucho menos cabía la posibilidad de reclamar los daños causados por un miembro de la familia a otro, por ejemplo cuando un padre provocaba daños físicos en su mujer o en sus hijos su proceder no era culpable pues actuaba en ejercicio de su deber de corrección, derivado de la autoridad marital o de la patria potestad.

Con la evolución del derecho de familia se ha socavado la preeminencia del padre, procurando otorgarle iguales derechos a la mujer y al hombre lo que ha permitido que actualmente se considere a los integrantes de la familia como individuos autónomos, (en nuestro país incluso se ha elevado a rango constitucional la igualdad del hombre y la mujer), y en consecuencia no sólo es posible contratar entre miembros de una misma familia, sino que también se puede reclamar el resarcimiento del daño provocado por la actividad dañosa de alguno de los miembros de la familia, es por eso que la autora en comento afirma:

En la actualidad, la evolución del Derecho de Familia ha conducido a privilegiar la personalidad y al autonomía del sujeto familiar respecto de la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico. El sujeto familiar es por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente al otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar.²⁰²

La misma autora nos recuerda que la atribución de la responsabilidad de resarcir el daño tomo en cuenta en una primera etapa, la culpa de quien lo causaba, pero que durante el siglo XIX, con la aparición de la teoría del riesgo la atribución de la responsabilidad se centro en quien causaba el daño, con independencia de si era culpable o no pero sólo cuando se trataba de actividades riesgosas, y que actualmente de nuevo esta cambiando para reubicar el foco de la

²⁰² Ídem.

cuestión no en quien produce el daño o se le puede atribuir el evento dañoso, sino en el derecho de la víctima a ser resarcido; sin embargo también apunta que tratándose del daño entre familiares los principios anteriores no aplican pues de ningún modo se puede pensar que la formación de una familia es de por sí una actividad riesgosa, por lo que sólo se podrá reclamar el daño cuando éste haya sido producido con dolo o culpa grave.

Nos dice Graciela Medina que en cuanto a la reparación del daño, actualmente la tendencia es aplicar la regla de la reparación integral de los daños tanto a los materiales como los morales lo que se advierte en los siguientes aspectos del derecho contemporáneo: reconocimiento del derecho a la reparación del daño extrapatrimonial (no subsiste la vieja idea de que éstos últimos sólo eran reparables cuando el daño era consecuencia de un delito); se acepta la reparación del daño moral contractual; se han establecido presunciones para invertir la carga de la prueba y paliar así la imposibilidad de la víctima en muchas ocasiones para probar el daño; ya no es necesario tener un interés subjetivo y legítimo sino sólo uno simple y finalmente hace la siguiente estimación que por su importancia para el tema del presente trabajo reproducimos textualmente:

Sin embargo, en materia de Derecho de Familia, el concepto de reparación integral presenta barreras o dificultades para la delimitación de su extensión, sobre todo en lo que hace a los daños derivados del divorcio.

Una aplicación expresa del principio de la indemnización integral llevaría a afirmar que se deben indemnizar tanto los daños derivados de las causales que originaron el divorcio como los daños del divorcio en sí; sin embargo la jurisprudencia y la doctrina, así como los proyectos legislativos, se muestran vacilantes en esta materia aun cuando creemos que la tendencia dominante es a admitir la

indemnización de los daños que provienen de las causales que originaron el divorcio y los derivados del divorcio en sí.²⁰³

La autora que nos ocupa considera que en la responsabilidad civil hay una tendencia a transferir el daño, de la víctima al dañador, pero que en derecho familiar esta regla no puede aplicarse pues se puede llegar a situaciones injustas, donde la condena sea mayor al bien que se repara, pues no se debe llegar al extremo de dejar en la indigencia al dañador para satisfacer a su familia, y siempre abra que ponderar situaciones que merezcan un tratamiento más benévolo por parte del ordenamiento pues no se puede tratar igual a un padre que se niega a reconocer un hijo, sin que se realice previamente una prueba de ADN, que a otro que se niega a reconocer al hijo y a que se lleve a cabo la prueba. Por lo que se deberá buscar un equilibrio entre los intereses del dañador y la víctima.

Debe tenerse presente además que la familia nuclear a evolucionado y la mujer ya no está subordinada al hombre, esto tiene como consecuencia que al ser iguales jurídicamente, no tiene ninguno de ellos la obligación de soportar los daños que el otro le cause, de donde concluimos que ambos cónyuges tienen el derecho a exigir del otro ser resarcidos en caso de ser dañados y en contrapartida el cónyuge que causa daño tiene la obligación de reparar el daño que cause, por lo que podemos afirmar que la responsabilidad civil es aplicable a los cónyuges.

Graciela Medina nos comenta que algunos estudiosos se han opuesto a la indemnización por daño derivado del divorcio aduciendo entre otros argumentos, los siguientes:

- La especialidad del Derecho de Familia;
- La falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio y la si inclusión de los daños en materia de nulidad;

²⁰³ Ídem.

- Que no se puede indemnizar el error de elección;
- Que puede disminuir la cantidad de matrimonios y
- Que no todos los daños se deben reparar

En contra del primer argumento (la especialidad del Derecho de Familia) la autora en mención considera que se debe respetar por encima de las normas familiares el precepto jurídico de no dañar a otro contenido en el artículo 19 de la Constitución argentina que expresa: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

La mencionada autora considera que el principio jurídico de no dañar a otro está implícito en el artículo transcrito, y por nuestra parte consideramos que el mismo criterio es aplicable en el caso de nuestro país pues como se recordará los artículos 14 y 16 de nuestra carta magna estipulan en la parte que interesa lo siguiente:

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.

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.

Como puede observarse en los artículos transcritos también está implícito el precepto jurídico fundamental de no dañar a otro, además de lo anterior la autora también opina que el derecho a la integridad física y espiritual de la persona es inherente a ella por lo que la ley sólo lo reconoce, y en consecuencia el Derecho de Familia no puede desconocerlo, y que si un cónyuge falta a sus deberes infringe con ello la dignidad y el respeto que le es debido a su consorte.

Por otra parte, Graciela Medina considera que la especialidad de la materia familiar no impide la aplicación de los principios generales y como prueba de ello hace notar que en el matrimonio se aplican las reglas generales en cuanto a capacidad, efectos y responsabilidad y que cuando la ley quiere apartarse de la generalidad crea un régimen específico, como es el caso del mandato, por lo que considera que; admitida la aplicación de los principios generales, también debe admitirse la obligación de reparar el daño por el hecho generador del divorcio o por el divorcio en sí.

Y por último, también en contra de esgrimir la especialidad del derecho de familia para negar la obligación de resarcir el daño en caso de divorcio la autora que nos ocupa manifiesta que la especialidad del derecho de familia no ha impedido que sean indemnizados los daños causados en caso de filiación pues nos dice: *“jurisprudencialmente se ha condenado a pagar los daños originados por el no reconocimiento de un hijo extramatrimonial, aplicando los principios de la responsabilidad civil”*²⁰⁴

Por otra parte, la misma autora cita la siguiente jurisprudencia argentina.

...lo decisivo para sostener la procedencia de la indemnización del daño moral en materia de divorcio es que todo hecho que encuadre en una causal de divorcio es contrario a la ley por causar daño, de

²⁰⁴ Ídem.

donde se presentan los recaudos de los artículos 1066, 1067 del Código Civil, por dolo (art. 1077, Cód. Civ.) o por culpa (art. 1109, Cód. Civ.). Así como no está vedado al cónyuge víctima denunciar o querellar penalmente al culpable de delitos de lesiones, injurias, adulterio, tentativa de homicidio, etcétera, y no se vedaría la indemnización correspondiente en sede civil o en la jurisdicción criminal (art. 29, Cód. Pen.), tampoco puede concebirse un obstáculo legal para la indemnización de los daños provenientes de hechos que sean solamente delitos o cuasidelitos del Derecho Civil, ante los tribunales correspondientes²⁰⁵

En contra del 2º argumento (la falta de previsión legislativa de los daños en el divorcio y la si inclusión de los daños en materia de nulidad)

La autora nos comenta que en el derecho argentino el legislador en tres reglamentaciones civiles publicadas a lo largo de un siglo no ha previsto la reparación de los daños ocasionados con el divorcio, y si ha previsto la reparación del daño para el caso de nulidad de matrimonio, y que de lo anterior, los que defienden el argumento en cuestión concluyen la intención del legislador fue limitar el daño a la nulidad matrimonial.²⁰⁶

La autora considera que el hecho de que el legislador prevea un régimen especial para el caso de la nulidad matrimonial excluye a éste de la regla general pero que para todos los demás casos, incluyendo la reparación por daños ocasionados con el divorcio debe aplicarse la regla general.

En nuestro país sucede lo contrario pues el artículo 288, previó expresamente la reparación de los daños ocasionados por el divorcio para el cónyuge inocente, pero nuestros legisladores al eliminar el divorcio necesario,

²⁰⁵ Ídem.

²⁰⁶ Ídem.

también eliminaron el concepto de cónyuge inocente del divorcio, y por “*error*” omitieron establecer cuando se tiene obligación a reparar los daños que se causen con el divorcio. Pero sumándonos al argumento expresado por la autora que nos ocupa consideramos que se debe aplicar la regla general e imponer la obligación de reparar los daños que se causen con el divorcio o con los hechos que lo originan.

Por lo que hace al tercer argumento (que no se puede indemnizar el error de elección); Graciela Medina nos comparte lo expuesto a favor de éste argumento por Estévez Braza:

...se entiende que quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido -exigencia fundamental- con todo lo que ello implica. Si por distintas razones, la elección del cónyuge se revela equivocada, se sufren disgustos, humillaciones o inevitables rupturas, ha de admitirse que tales circunstancias han de ser cuidadosamente sopesadas antes de dar un paso trascendental en la vida. Acordar por vía jurisprudencial una reparación indemnizatoria significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos²⁰⁷

Graciela Medina considera que no se está reparando el error de elección sino el daño que el compañero ilegítimamente a cometido en contra de su cónyuge, cabe agregar que la obligación de reparar el daño nace de haber cometido un hecho ilícito en contra de una persona, y no tiene nada que ver la elección que hizo en su momento el otro cónyuge pues si se aplicara de manera general el argumento de Estévez, llegaríamos al absurdo de no castigar al cónyuge que mata al otro pues la víctima se equivocó en la elección y es suya la culpa.

²⁰⁷ Ídem.

Por lo que se refiere al cuarto criterio (que puede disminuir la cantidad de matrimonios) la autora hace ver que es un criterio valorativo de carácter extra-jurídico, y que sí se cumplen los requisitos que exige la ley para determinar si existe la obligación de reparar el daño, el juzgador tiene la obligación de condenar al culpable sin importar si con ello se alienta o se desanima al resto de la población a contraer matrimonio. Por otra parte nos recuerda que las condenas a reparar el daño, son una parte muy pequeña de las sentencias de divorcio y que además, por lo común, no es uno sólo de los cónyuges el responsable del divorcio por lo que el hecho de que exista la posibilidad de resarcir el daño, no puede ser determinante en la voluntad del contraer matrimonio.

Por lo que hace al quinto argumento (hay daños que deben quedar sin reparación), la autora expresa su total acuerdo con dicho argumento, pero señala que cuando exista una conducta ilícita, un factor de atribución y una relación de causalidad entre las dos anteriores se presenta entonces la obligación de reparar el daño y debe hacerse.

En consecuencia podemos decir que cuando existe una conducta ilícita, un factor de atribución y una relación de causalidad entre las dos anteriores, nace la obligación de reparar el daño, situación que el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal (antes de la reforma de octubre de 2008) preveía al ordenar: *“El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en éste Código para los hechos ilícitos.”*, esta parte del artículo fue derogada en la reforma mencionada, sin que se estableciera en ninguna otra parte del código la obligación del cónyuge que con su actuar causa daños al otro cónyuge de resarcir dichos daños, este olvido lo consideramos injusto para el cónyuge que ha procurado cumplir con las obligaciones que el vínculo matrimonial le ha impuesto, y que puede ver lesionados sus derechos sin que pueda reclamar indemnización alguna por la conducta del otro cónyuge, lo

que ocasiona que el cónyuge que incumple las obligaciones a las que libremente se obligó cuando contrajo matrimonio quede impune, lo que desde luego nos parece del todo indebido.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CÓNYUGE QUE INCUMPLE LAS OBLIGACIONES DEL MATRIMONIO.

4.1 Fundamento de la obligación de resarcir el daño

Consideramos que el fundamento para la obligación de reparar el daño se encuentra principalmente en los artículos, 14 y 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 1920 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con los numerales 146 y 162 a 177 del mismo ordenamiento así como con el principio jurídico fundamental de no dañar a otro.

Como ya se señaló con anterioridad, el derecho romano, creó los llamados “*luris praecepta sunt haec*” (principios jurídicos fundamentales): “*honeste vivere*” (vivir honradamente), “*suum cuique tribuere*” (dar a cada cual lo suyo), y “*alterum non laedere*”, (no dañar al otro),²⁰⁸ los legisladores inspirados en el principio de no dañar a otro lo incluyeron en los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución ya transcritos, por la ubicación de dichos artículos podría pensarse que se refiere a los derechos que tiene el individuo con respecto al Estado y que no tienen nada que ver con el tema que nos ocupa, pero consideramos que esto no es así, pues los derechos contenidos en el capítulo de garantías son los derechos del hombre que la constitución de 1857 expresamente le reconocía al hombre como tal, pues en su artículo primero expresaba: “*El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución*”²⁰⁹

²⁰⁸ “*luris praecepta haec sunt*” www.refranesyfrases.com, México, 2010, <http://www.refranesyfrases.com/busc-l/luris-praecepta-haec-sunt/1.html>

²⁰⁹ “Derechos del Hombre” *Diccionario Jurídico 2000*, [disco compacto] México, Desarrollo Jurídico, Información Jurídica Profesional, 2000.

Mientras que el mismo artículo actualmente establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El hecho de que actualmente el artículo primero de la Constitución ya no contenga la mención expresa del reconocimiento de los derechos del hombre no significa que nuestra constitución ya no los reconozca sino que el legislador consideró ocioso hacer la mención expresa; por otra parte, dichos derechos no necesitan la aceptación del Estado pues son inherentes al hombre y por esa circunstancia el Estado está obligado no sólo a respetar dichos derechos sino también a hacerlos respetar cuando son vulnerados por los particulares y en consecuencia si alguien ilegítimamente los menoscaba, éste tiene la obligación de resarcir el daño causado.

Como se recordará para que surja el deber de resarcir el daño, se requiere: “la coexistencia de los siguientes elementos: un hecho ilícito, que exista un daño y

el nexo causal entre el daño y el hecho ilícito.²¹⁰ Los dos últimos elementos de la responsabilidad civil, tienen que ver con el caso concreto, por lo que en éste Título sólo nos ocuparemos de cuáles pueden ser los hechos ilícitos relacionados con el tema de éste trabajo; o en otras palabras cuales son las obligaciones que pueden incumplir los cónyuges, incurriendo con ello en un hecho ilícito.

El artículo 1910 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal dispone: *“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”*

Como se recordará en opinión de Galindo Garfias el hecho ilícito, existe cuando:

Hecho ilícito, para que exista éste se requiere que exista dolo (que se haya actuado con la intención de causar el daño) o culpa (que el daño se haya producido por imprudencia, inadvertencia, falta de atención o de cuidado, o impericia” el mismo autor nos recuerda que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1830 define al ilícito como: “el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.²¹¹

Con relación a las leyes de orden público es importante destacar que:

...En un sentido técnico, la dogmática jurídica con 'orden público' se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la "autonomía de la voluntad")

²¹⁰ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 131.

²¹¹ Ídem.

ni por la aplicación de derecho extranjero... .. Estos principios e instituciones no son sólo normas legisladas. El orden público comprende además, tradiciones y prácticas del foro, así como tradiciones y prácticas de las profesiones jurídicas. Podría decirse que el orden público se refiere, por decirlo así, a la "cultura" jurídica de una comunidad determinada, incluyendo sus tradiciones, ideales e, incluso dogmas y mitos sobre su derecho y su historia institucional. Si cabe una amplia metáfora podría decirse que 'orden público' designa la "idiosincrasia" jurídica de un derecho en particular... ..El orden público constituye las "ideas fundamentales" sobre las cuales reposa la "constitución social". Estas ideas fundamentales son, justamente las que se encuentran implicadas en la expresión 'orden público'; «i.e.» , un conjunto de ideales sociales, políticos, morales, económicos y religiosos cuya conservación, el derecho, ha creído su deber conservar... .. las leyes de "orden público", no se refieren necesariamente, al derecho público, como opuesto al derecho privado. Existen, leyes de "orden público" que regulan instituciones del derecho privado las cuales son instituciones sociales fundamentales (p.e., el parentesco, el matrimonio, etc.)... .. En ocasiones las propias disposiciones legislativas se declaran, expresamente, de orden público; en otras, corresponde justamente a los tribunales determinar si en determinadas circunstancias, un acto es contrario al orden público nacional.²¹²

De lo anterior se desprende que para que un hecho sea ilícito debe ser contrario a las leyes de orden público, (que como ya se vio no sólo comprenden una conducta u omisión descrita en un precepto jurídico, sino las que atenten contra el derecho público que incluye ideales sociales, políticos, morales,

²¹² "Orden Público" *Diccionario Jurídico 2000*, op. cit., nota 209.

económicos e incluso religiosos. lo cual puede apreciarse también en la siguiente tesis de nuestros altos tribunales:

REPARACION DEL DAÑO.

La realización de un daño considerado en la ley penal como delito, puede dar origen a dos expectativas diferentes en relación con el pasivo de la conducta; una, la reparación del daño proveniente de la sentencia penal condenatoria en la que se decide sobre la culpabilidad del agente, previa la realización de la conducta típica; otra, la que está constituida por la obligación que tiene todo aquel que actúa ilícitamente, con independencia de la tipicidad o ausencia de la misma del hecho ilícito. La reparación del daño proveniente de una declaratoria de culpabilidad tiene como supuesto la ilicitud tipificada y culpable; su fuente hay que buscarla en la sentencia penal condenatoria; en cambio, la expectativa del pasivo de una conducta ilícita no declarada delito, radica en el daño objetivo; la ilicitud en el caso de reparación del daño proveniente de delito, debe de tener objetividad legislada que precise en qué consiste la conducta de referencia; la ilicitud en el caso de la expectativa del pasivo de lo ilícito no tipificado puede no tener objetividad legislada, es decir, es bastante con que a través de una interpretación sistemática se concluya la no autorización del derecho en relación con la conducta realizada.²¹³

Lo anterior es importante pues con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, del 3 de octubre de 2008, podría pensarse que las conductas descritas como causales de divorcio en el artículo 267 anterior a dicha reforma no

²¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., nota 185, registro: 804,955

pueden ser motivo de daño, en virtud de tal reforma, pero como se verá más adelante consideramos que esto no es así.

Nuestro Código Civil contempla como obligaciones que nacen del matrimonio las siguientes:

- Contribuir a los fines del matrimonio (realizar la comunidad de vida, procurarse respeto, igualdad y ayuda mutua) y socorrerse mutuamente;

Consideramos que las obligaciones de realizar comunidad de vida, respeto, igualdad, ayuda y socorro son las obligaciones genéricas que tienen los cónyuges, y las contenidas en los artículos 162 a 177 (que de forma resumida se expresan en los siguientes párrafos), contienen obligaciones específicas derivadas de alguna o varias de dichas obligaciones genéricas.

- Decidir de común acuerdo, sobre el número y espaciamiento de los hijos; (respeto e igualdad),
- Vivir juntos en el domicilio conyugal (con las excepciones previstas en la ley) donde ambos tienen autoridad propia y consideraciones iguales; (realizar comunidad de vida, respeto e igualdad),
- Contribuir al sostenimiento del hogar, dar y recibir alimentos recíprocamente, y a sus descendientes (con las excepciones previstas en la ley), educar a sus hijos y distribuirse las cargas de común acuerdo; (igualdad, ayuda y socorro),
- Los derechos y obligaciones serán siempre iguales aunque las contribuciones económicas no lo sean; (igualdad y ayuda),
- El trabajo en el hogar y el cuidado de los hijos se considera como una contribución económica al sostenimiento del hogar; (respeto, igualdad y ayuda),

- Decidir de común acuerdo sobre el manejo del hogar, la educación de los hijos, y la administración de los bienes de éstos últimos; (realizar comunidad de vida, respeto, igualdad y ayuda),
- Desempeñar cualquier actividad lícita; (respeto e igualdad),
- Ambos cónyuges tienen plena capacidad jurídica; (respeto e igualdad),
- Sólo están limitadas las capacidades de ejercicio de los cónyuges menores de edad; (respeto e igualdad),
- Los cónyuges pueden comprar y vender entre ellos sólo si están casados bajo el régimen de separación de bienes; (respeto e igualdad),
- Los cónyuges pueden ejercer los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro pero la prescripción no corre entre ellos mientras dure el matrimonio; (respeto e igualdad),

Así mismo, consideramos que a excepción de los supuestos contemplados en las fracciones VI, VII, y X las demás hipótesis normativas que contemplaba el artículo 267 antes de la reforma también eran especies de los deberes genéricos de realizar comunidad de vida, respeto, igualdad, ayuda y socorro.

Para mejor claridad de lo expuesto con antelación veamos cuales son las definiciones de las voces respeto, igualdad, ayuda y socorro.

La página 1DICCIONARIO.COM, nos dice que la voz “respeto” proviene del latín “*respectus*”, que significa atención consideración, y nos da las siguientes definiciones acerca de la palabra que nos ocupa:

Veneración, acatamiento que se hace a alguien.

Miramiento, consideración, deferencia.

Cosa que se tiene de prevención o repuesto.

Coche de respeto. miedo II recelo.²¹⁴

Por su parte Nina María Bravo Donoso nos dice que respeto es: “*Actuar o dejar de actuar, valorando los derechos, condición y circunstancias, tratando de no dañar, ni dejar de beneficiarse a sí mismo o los demás.*”²¹⁵

Juan Sánchez, nos dice que Piaget y Bovet, consideran que existen dos tipos diferentes de respeto; el unilateral; que implica una desigualdad entre el que respeta y el respetado (el que le deben los hijos a los padres, los estudiantes al maestro etc.) y el respeto mutuo que se da entre iguales, y que consiste en: “*el trato atento, educado y correcto frente a otras personas... ...un principio de convivencia social que involucraba la aplicación de muchos más valores, como por ejemplo la justicia, la solidaridad, la verdad entre otros*”²¹⁶

Consideramos que el legislador dado que en la definición el artículo 146 también menciona que los cónyuges tienen que procurarse igualdad se refería al respeto mutuo que se deben los cónyuges entre sí. Por lo que estimamos más adecuada la última de las definiciones.

La misma página 1Diccionario.Com, nos dice que “igualdad” proviene del latín “*aequalitas, -ātis*”, y nos da las siguientes definiciones acerca de la palabra:

²¹⁴ “Respeto”, 1diccionario.com, *Diccionario Español Online*, México, 2009, <http://www.1diccionario.com/buscar/respeto>

²¹⁵ Bravo Donoso, Nina María, *Valores humanos: por la senda de una ética cotidiana*, Chile, RIL Editores, 2009, <http://www.scribd.com/doc/6945422/Bravo-Donoso-Nina-Valores-Humanos>

²¹⁶ Sánchez Rosas, Juan Eladio, *Respeto mutuo: la visión de Jean Piaget*, juansanchez.webcindario.com, 2005, <http://juansanchez.webcindario.com/trabajos/resmutuo.php>

f. Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad.

f. Correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo.

f. Mat. Equivalencia de dos cantidades o expresiones.

Igualdad ante la ley.

f. Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos.²¹⁷

Por su parte Guillermo Cabanellas opina que la igualdad es: “*Conformidad o identidad entre dos o más cosas, por comunidad o coincidencia de naturaleza o accidentes. I Correspondencia, armonía y proporción entre los elementos integrantes de un todo. I Trato uniforme en situaciones similares.*”²¹⁸

Consideramos que no se trata aquí de la igualdad jurídica que tienen los cónyuges por mandato del artículo 4º de nuestra Constitución, sino de la igualdad entendida como una meta para la distribución de las actividades, oportunidades, trato, responsabilidades comodidades, etc., en otras palabras que los cónyuges compartan la misma suerte y se traten con idéntico respeto.

Por último veremos los significados de las palabras ayudar y socorrer encontradas en la misma página ya mencionada:

Ayudar (Del lat. adiutāre).

²¹⁷ “Igualdad”, 1diccionario.com, *Diccionario Español Online*, op. cit., nota 214, <http://www.1diccionario.com/buscar/igualdad>

²¹⁸ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, 15a. ed., Argentina, Heliasta, 2001, p. 234.

tr. Prestar cooperación.

tr. Auxiliar, socorrer.

prnl. Hacer un esfuerzo, poner los medios para el logro de algo.

prnl. Valerse de la cooperación o ayuda de alguien.

Socorrer (Del lat. succurrĕre).

tr. Ayudar, favorecer en un peligro o necesidad.

tr. Dar a alguien a cuenta parte de lo que se le debe, o de lo que ha de devengar.

prnl. ant. Acogerse, refugiarse.

Cabe hacer mención que aunque ambas voces son consideradas sinónimos no tienen un significado idéntico, pues ayudar es cooperar con alguien para el logro de un objetivo, en el caso del matrimonio podríamos hablar de ayuda cuando los cónyuges realizando la misma tarea o tareas diferentes coadyuvan para el logro de la educación de los hijos, u obtener una mejor calidad de vida, mientras que el socorro es el auxilio que se da en caso de peligro o necesidad, que por ejemplo sería cuando uno de los cónyuges enferma o sufre un accidente y el otro acude en su auxilio para librarlo del peligro, hacerlo menos grave, o procura su remedio.

De la lista anterior podríamos concluir que cuando alguno de los cónyuges causa un daño a su consorte al incumplir sus obligaciones genéricas de realizar comunidad de vida, respeto, igualdad, ayuda y socorro, queda obligado a resarcir el daño, ya sea éste material o moral, pues su actuar, es ilícito al contravenir una norma de carácter público, pues no debe olvidarse que de conformidad a lo establecido por el artículo 138 Ter:

Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

4.2 Derechos y obligaciones renunciables e irrenunciables.

Como se recordará el artículo 6 de nuestro Código Civil establece:

La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

En principio todos los destinatarios de la norma tienen que plegar su actuar a lo determinado en ella pero hay una excepción a la norma que consiste en que cuando se cumplen ciertos requisitos es permitido renunciar a los derechos, pero no es posible renunciar a cualquier derecho, sino sólo a aquellos que son privados y que no atentan directamente contra el interés público, y cumplidos esos requisitos se exige además que dicha renuncia no perjudique derechos de terceros.

Galindo Garfias considera que se pueden renunciar sólo los derechos adquiridos, es decir los derechos subjetivos, y nos dice acerca de ellos:

éstos derechos, si bien están previstos en la ley de una manera general, abstracta e impersonal, se individualizan en una determinada persona cuando ésta se ha colocada en la situación jurídica prevista por la norma. El titular de esos derechos puede renunciar

válidamente, es decir, le es permitido prescindir de su ejercicio por propia decisión.²¹⁹

En otras palabras los derechos subjetivos están previstos en la ley y su destinatario puede decidir si los ejercita o no.

Por su parte Edgard Baqueiro considera que el derecho subjetivo es el: *“Poder que el ordenamiento Jurídico (derecho objetivo) confiere a la voluntad del sujeto para proteger intereses materiales o morales mediante la posibilidad de la coacción.”*²²⁰

Para Samuel Antonio González Ruiz, el derecho subjetivo es la:

Facultad que da la norma; posibilidad que contiene el orden jurídico de hacer u omitir lícitamente algo... ...el derecho subjetivo es correlativo de un deber jurídico, es decir, si A está obligado a dar a H a B, luego entonces B tiene derecho de recibir H de A... ... Se puede afirmar que la suma de derechos subjetivos de un individuo es igual a su libertad jurídica, es decir a toda la serie de actos que puede hacer o dejar de hacer lícitamente.²²¹

El mismo autor nos comenta que no hay acuerdo unánime acerca de si éste derecho es una facultad, autorización, competencia, potestad etcétera, también nos dice que en sus inicios éste derecho fue conceptualizado como aquello que

²¹⁹ Galindo Garfias, Ignacio, “Artículo 6º”, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal texto comentado*, Libro Primero De las personas, 3ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, y Miguel Ángel Porrúa, 1993, Tomo I, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1778/5.pdf>

²²⁰ Baqueiro Rojas, Edgard, op. cit., nota 58, p. 37.

²²¹ González Ruiz, Samuel Antonio, “Derecho Subjetivo” *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. III, D, pp. 206 y 207.

perteneía a un individuo y que podía defender legítimamente, con el tiempo fue conceptualizándose de distinto modo y así, Grocio y Puffendorf consideraron a éste derecho como una: *“facultad moral”*; Víctor Cathrien afirmó con relación a éste derecho: *“el Derecho Subjetivo es una facultad, o sea un poder moral que nos atribuye dominio sobre algo... en una autorización concedida, poder que se nos confiere”* González Ruiz también cita a Windscheid para quien el derecho en comento es: *“un poder o servicio de la voluntad”* a Ihering quien considera que es: *“El interés jurídicamente tutelado”*; González Ruíz también afirma que para Kelsen el derecho subjetivo es: *“la posibilidad de poner en movimiento la maquinaria estatal para la aplicación de la sanción”*.²²²

De lo anterior podríamos concluir que el derecho subjetivo tiene las siguientes características: está contemplado en la ley, posibilita a una persona a exigir de otra el cumplimiento de un deber correlativo a su derecho, y faculta al titular del derecho a acudir a un órgano jurisdiccional a exigir su cumplimiento. Sin embargo, no debemos olvidar que el sujeto que incumple la obligación no sólo puede ser obligado a su cumplimiento forzoso sino que cuando esto es imposible debe pagar los daños y perjuicios que su incumplimiento ha ocasionado.

Consideramos que los derechos y las correlativas obligaciones que tienen los cónyuges entre si son de éste tenor pues aunque están previstos en la ley, y posibilitan a uno de ellos a exigir del otro su cumplimiento, en caso de que ello no ocurra el cónyuge que no ha obtenido el cumplimiento del derecho que le otorga la norma jurídica puede acudir al Juez, si bien no para exigir su cumplimiento forzoso si para exigir el pago de daños y perjuicios que le cause el incumplimiento de la obligación.

Galindo Garfias nos comenta que las leyes se pueden clasificar en preceptivas, prohibitivas y permisivas; son preceptivas las que imponen una

²²² Ídem.

conducta positiva, prohibitivas las que ordenan que no se realice una determinada conducta u omisión, mientras que las permisivas son aquellas que facultan a los sujetos que se colocan en el supuesto normativo a realizar o no una conducta específica y es sólo cuando se está en éste último supuesto cuando es válido hacer la renuncia a los derechos, mientras que si se trata de normas prohibitivas y preceptivas no es válido hacer tal renuncia.

Con relación a la prohibición de renunciar a derechos que afecten directamente el interés público Galindo Garfias sostiene que:

...no son renunciables los derechos conferidos a una persona para el cumplimiento de un deber, derechos cuyo ejercicio es obligatorio, como ocurre con los que confiere una ley o disposición de derechos públicos, en los que nacen de las relaciones jurídicas familiares y los derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la libertad, a la salud, a la integridad física, al honor etc.).²²³

Cabe hacer mención que para Humberto Sánchez Gutiérrez interés público es: *“aquello que es importante o valioso para el pueblo”* lo cual refuerza recordándonos que nuestra carta magna en su artículo 39 dispone *“Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”*²²⁴

Por su parte Francisco Cornejo Certucha define al interés público como: *“el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los*

²²³ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 219.

²²⁴ Sánchez Gutiérrez, José Humberto, “El acto discrecional: principios que lo rigen y su jerarquía” *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2396/24.pdf>

miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado"²²⁵

Debe tenerse presente que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio son por disposición del artículo 138 ter de orden público e interés social

Rolando Tamayo Salmoran considera que el orden público: "...se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la: "autonomía de la voluntad") ni por la aplicación del derecho extranjero"²²⁶

En ese orden de ideas los cónyuges no podrán válidamente acordar nada que vaya en contra de los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio, en otras palabras no sería posible que llegado el momento se alegara que el titular del derecho consintió en su vulneración, o que el daño se hizo con el consentimiento del titular del derecho pues el carácter de orden público de las normas que tutelan los intereses familiares impiden que los particulares puedan transigir sobre tales derechos.

Por otra parte, y en relación a la prohibición de renunciar los derechos cuando se perjudique el derecho de otro o se impide que lo ejercite válidamente Ignacio Galindo nos da el siguiente ejemplo: "*cuando un deudor renuncia a hacer*

²²⁵ Cornejo Certucha, Francisco M., "Interés público" *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. V, I-J, pp. 167 y 168.

²²⁶ Tamayo y Salmoran, Rolando, "Orden público" *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. VI, L-O, p. 318 y 319.

efectivo un crédito a su favor para impedir que su acreedor pueda obtener el pago de lo que aquél le debe.”²²⁷

Con lo expresado consideramos que ha quedado demostrado que los derechos y las correspondientes obligaciones que nacen del matrimonio son irrenunciables.

4.3. La cuantificación del daño

Como las obligaciones que nacen del matrimonio son iguales para ambas partes, consideramos que en caso del incumplimiento, aunque no en todos los casos, se puede demandar el cumplimiento de la obligación, y la reparación de daños y perjuicios.

Como ya se dijo anteriormente el artículo 2108 define al daño como “la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”; y el numeral 2109, conceptualiza al perjuicio como: “la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación”

Para Eduardo Baz:

El daño es la diferencia entre el patrimonio como existía antes de la realización del evento dañoso —o sea del incumplimiento de la obligación— y el patrimonio tal y como quedó después de la realización de ese hecho; se trata entonces de establecer una comparación entre dos hechos concretos y ya realizados. En estas condiciones, mediante una comparación de dos circunstancias precisas, por regla general, aunque no siempre, es factible y hasta fácil establecer matemáticamente el monto de los daños. En cambio,

²²⁷ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 219.

el perjuicio es la diferencia que existe entre la situación que guardaba el patrimonio en el momento en que dejó de cumplirse la obligación, con la situación que debería haber alcanzado el patrimonio mediante un incremento que si la obligación se hubiere cumplido, habría tenido realización.²²⁸

En otras palabras con la reparación del daño lo que se pretende es dejar las cosas en el estado que tenían antes de que se produjera el daño, mientras que con la reparación del perjuicio se persigue que el patrimonio de la víctima pueda alcanzar el incremento esperado si el evento generador del daño no hubiera acontecido.

Eduardo Baz considera que no es difícil acreditar el monto de los daños pero que en el caso de los perjuicios no ocurre lo mismo pues éstos, por una interpretación errónea del artículo 2110 que ordena que los daños y perjuicios tienen que ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se pretende que el perjuicio se haya causado como consecuencia exclusiva del incumplimiento, lo que se traduce en una prueba de imposible realización, pues siempre existirán otros factores que interfieran con la realización de un hecho, por otra parte considera que no es necesario probar matemáticamente los perjuicios pues incluso la Suprema Corte de Justicia en 1932 se pronunció en una ejecutoria, al resolver un discurso de suplica, del siguiente modo: "*Exigir la prueba matemática de los perjuicios equivale a negar de antemano la acción de quien reclama esta indemnización, porque se le está pidiendo la prueba de algo que no es posible*".²²⁹

²²⁸ Baz, Eduardo, "Indemnización por daños y perjuicios", *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, México*, 1962, núm. 41 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/41/dtr/dtr5.pdf>

²²⁹ Ídem.

Como se recordará una de las más importantes clasificaciones de los daños es la que divide a éstos en materiales y morales, nuestro Código Civil para el Distrito Federal define en su artículo 1916 como daño moral:

...la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Consideramos que las obligaciones genéricas de comunidad de vida, respeto e igualdad, pueden considerarse como afectaciones al decoro, honor y reputación, y que las de ayuda y socorro según el caso pueden quedar comprendidas en la vulneración de la integridad física y psíquica. Por lo que con independencia de los daños materiales causados la víctima también puede reclamar el resarcimiento de los daños morales.

El último párrafo del artículo 1916 establece: *“El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.”*

Julio Cesar Rivera, Gustavo Giatti y Juan Ignacio Alonso,²³⁰ consideran que en atención al principio procesal de congruencia, quien en principio debe determinar el monto del daño, es la víctima. Pues el Juez, a menos que el daño sufrido por la víctima aumente durante el proceso, no podrá condenar a una suma superior a la solicitada por el demandante. Lo cual apoyan en la siguiente jurisprudencia argentina:

²³⁰ Rivera, Julio César et al., op. cit., nota 191.

...la ausencia de estimación del monto reclamado en la demanda, en concepto de daño moral, constituye uno de los supuestos que justifica la viabilidad de excepción de defecto legal. No obstante la reconocida dificultad en la determinación dineraria por el perjuicio espiritual, nadie mejor que la víctima para su estimación, aunque sea en forma provisoria, dejándola librada al arbitrio judicial. Con ello permite a la otra parte y al magistrado un conocimiento de la compensación pretendida por los perjuicios espirituales. Por el contrario, el silencio sobre tal extremo torna a la pretensión en imprecisa, lo que conlleva una limitación del derecho de defensa del demandado, que no se agota en la discusión sobre la viabilidad o no del resarcimiento, sino también en su importancia, por lo que tiene derecho a conocer “*ab initio*” el importe que pretende la parte.²³¹

Cabe hacer notar que el mismo criterio de la jurisprudencia anterior también es aplicable al caso mexicano pues como se recordará el principio de congruencia está contenido en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que en la parte que interesa ordena:

Las sentencias definitivas también deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

A continuación haremos unos breves comentarios a los criterios que debe utilizar el Juez al momento de determinar la indemnización que prevé el artículo

²³¹ Ídem.

1916 relacionándolos con el incumplimiento de las obligaciones nacidas con el matrimonio.

- **Los derechos lesionados;**

Creemos que los derechos que pueden ser lesionados son los enunciados en los artículos 146 y 162 del Código Civil del Distrito Federal que como se recordará son: realizar la comunidad de vida, respeto, igualdad, ayuda y socorro, y a las cuales consideramos como obligaciones genéricas, y que comprenden como obligaciones específicas las contenidas en los artículos 163 a 169, y además como ya se expresó creemos que la mayoría de las causales que contenía el artículo 267 antes de la reforma del 3 de octubre de 2008, también están contenidas en los derechos y obligaciones recíprocos de los cónyuges enunciadas en el numeral 146, en relación con el 162 y teniendo en cuenta que las obligaciones genéricas de comunidad de vida, respeto e igualdad, pueden considerarse como afectaciones al decoro, honor y reputación, y que las de ayuda y socorro según el caso pueden quedar comprendidas en la vulneración de la integridad física y psíquica, luego entonces tendríamos que el incumplimiento de la mayoría de las obligaciones nacidas con el matrimonio, podrían generar daño moral. De ahí que si uno de los cónyuges comete adulterio, falta a su deber de respeto que le debe a su cónyuge afectando con ello el decoro, honor y reputación, de su cónyuge; mientras que si comete actos de violencia familiar falta a sus obligaciones de respeto, ayuda y socorro con lo que lesiona el decoro, el honor, la reputación, la integridad física y psíquica. Por lo tanto el juzgador deberá no sólo valorar si se lesionan algunos de los derechos protegidos por la ley sino además la gravedad de la lesión para calcular el monto de la reparación del daño, pues no es lo mismo, que uno de los cónyuges insulte al otro en privado a que lo haga en público, ni que le dé una bofetada o lo mande al hospital.

- **Grado de responsabilidad.**

Imaginamos que éste criterio está pensado para cuando hay más de un responsable del daño, caso en el que pudiera ser que una persona tuviera mayor

responsabilidad que otra o bien cuando el daño se provoca con dolo, culpa, o incluso sin culpa como en el caso de la responsabilidad objetiva. Para el caso de los daños causados por el incumplimiento que nos ocupa consideramos al igual Graciela Medina²³² que sólo debe ser resarcible el daño producido con dolo o con culpa grave y

- **La situación económica del responsable;**

Probablemente el legislador pondero esta circunstancia pensando en que la indemnización que obtenga la víctima no puede ser tan gravosa para el responsable del daño que lo deje en estado de indignancia, y al mismo tiempo debe ser lo suficientemente elevada como para que los destinatarios de la norma prefieran evitar los daños a resarcirlos, al respecto de éste último caso Julio Cesar Rivera, Gustavo Giatti y Juan Ignacio Alonso,²³³ nos dicen que en un periódico de gran circulación que factura millones de pesos al día fue publicado, sin que fuera necesario, el nombre de una joven que había sido víctima de violación, la joven demando al diario por daño moral y obtuvo la ridícula suma de \$10,000.00 lo que en modo alguno sirve como un sustituto grato al daño moral que por causa del responsable padeció la víctima y mucho menos servirá de freno alguno a la publicación para que en el futuro se abstenga de realizar la conducta generadora del daño.

Trasladando el ejemplo a un caso imaginario de daños causados por incumplimiento a las obligaciones que nacen con el matrimonio, imaginemos que se unen en matrimonio dos personas y uno de ellos llega a su casa un día de mal humor y golpea al otro hasta mandarlo al hospital, la víctima decide solicitar el divorcio y también el pago de daños y perjuicios, en éste caso el Juez tendrá que tomar en cuenta situación económica del responsable porque no es lo mismo que se condene al pago de 1 millón de pesos a una persona cuyos ingresos no

²³² Medina, Graciela, op. cit., nota 201.

²³³ Rivera, Julio César et al., op. cit., nota 191.

superan los 3 mil pesos mensuales y no pose bienes caso en el cual la condena seria excesiva, además de inejecutable, que condenar por la misma cantidad a alguien cuyos ingresos mensuales es 1 millón de dólares, pues en ese caso la sanción no cumple con el propósito de servir de freno a las futuras conductas que vulneren los derechos personales.

- **La situación económica de la víctima;**

El pago de los daños morales tiene por objeto atenuar el daño sufrido y para ello se le proporciona a la víctima una cantidad en dinero con la cual pueda proporcionarse suficientes placeres que le hagan olvidar al menos momentáneamente el daño que le ocasiono el evento dañoso, tal vez el legislador pensó que el juzgador al momento de cuantificar el daño, debe tomar en cuenta la situación económica de la víctima pues a una persona de escasos recursos probablemente le sea suficiente para proporcionarse los placeres que hagan olvidar el daño la cantidad de dinero suficiente para pasar quince días en Acapulco mientras que para una persona de posición económica más holgada sea necesario, con el mismo propósito un viaje a Europa.

- **Las demás circunstancias del caso;**

Consideramos que entre las circunstancias que debe de tomar en cuenta el juzgador al momento de condenar a la reparación del daño moral se encuentran la gravedad del hecho y los padecimientos soportados por el afectado y su repercusión en el ámbito subjetivo de la víctima.

4.4 Propuesta de modificaciones al Código Civil para regular la responsabilidad civil del cónyuge que incumple las obligaciones del matrimonio.

Como ya se ha mencionado el artículo 1910, del Código Civil para el Distrito Federal, establece: “...*el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*”

Luego entonces quien contraviniendo lo dispuesto en las leyes en general, y específicamente en las que establecen derechos y obligaciones entre los cónyuges, cause daño a su consorte tiene la obligación de reparar el daño causado, pero ¿cuáles podrían ser las disposiciones normativas susceptibles de ser infringidas por los cónyuges que les acarrearán la responsabilidad de resarcir el daño?

El numeral 146 del mismo ordenamiento establece: “*Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.*”

Ingrid Brena considera que éste numeral establece los fines del matrimonio, y nos dice al respecto: “...deben ser considerados como fines del matrimonio: la comunidad de vida, la procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua.”²³⁴

Cabe hacer notar que la voz procurar según el Diccionario de la Lengua Española, proviene del latín “*procurare*” y significa: “1. *tr. Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa. 2. Conseguir o adquirir algo. Ú. m. c. prnl. SE PROCURÓ un buen empleo. 3. Ejercer el oficio de procurador.*”²³⁵

Por otra parte, la voz “procurar” es sinónimo de: “*intentar, pretender, proponer, probar, ensayar, afanarse, tratar*”²³⁶

Luego entonces, cuando se dice que el matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran

²³⁴ Brena Sesma, Ingrid, op. cit., nota 56.

²³⁵ Real Academia Española, “Procurar”, *Diccionario de la lengua española edición electrónica, [disco compacto] España, Espasa Calpe, S. A. 2005, Versión 21.1.0.*

²³⁶ Arquetipo Grupo Editorial, “Procurar”, *Diccionario de sinónimos, antónimos, parónimos*, Perú, Lexus Editores S.A., 2008, p. 299.

respeto, igualdad y ayuda mutua. Cabría interpretarse en el sentido de que no es necesario que los cónyuges se brinden, den o proporcionen; respeto, igualdad y ayuda mutua, sino que basta que se hagan esfuerzos para que se cumplan los fines del matrimonio.

Así las cosas proponemos que se sustituya la voz “procurar” por la de “proporcionar” que según el Diccionario de la Lengua Española, significa: “1. *tr. Disponer y ordenar una cosa con la debida correspondencia en sus partes.* 2. *Poner en aptitud o disposición las cosas, a fin de conseguir lo que se desea.* Ú. t. c. *prnl.* 3. *Poner a disposición de uno lo que necesita o le conviene.* Ú. t. c. *prnl.*”²³⁷

Y que según el diccionario de sinónimos tienen como tales a las voces: “*proporcionar, suministrar, proveer, facilitar, abastecer, dar, deparar.*”²³⁸ Con lo que el numeral 146 del Código Civil para el Distrito Federal quedaría como sigue:

ARTÍCULO 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se proporcionan respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

Por otra parte, el numeral 162 establece: “Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.”

Ya hemos expresado que consideramos a los fines del matrimonio y el socorro mutuo como las obligaciones que de manera genérica establecen los derechos y obligaciones que nacen con el matrimonio, también dijimos que los demás derechos y obligaciones que específicamente, enuncia nuestro ordenamiento civil no son más que especies de estas obligaciones. Sin embargo

²³⁷ Real Academia Española, “Proporcionar”, op. cit., nota 235.

²³⁸ Arquetipo Grupo Editorial, “Proporcionar”, op. cit., nota 236, p. 301

debemos tener presente que el artículo 162 adolece de claridad pues en ninguna parte del Código se menciona de forma expresa cuales son los fines del matrimonio por lo que sugerimos que la redacción del citado artículo se modifique para quedar como sigue:

ARTÍCULO 162 Los cónyuges están obligados a:

I. realizar la comunidad de vida, proporcionarse respeto, igualdad, así como a brindarse ayuda y socorro mutuos.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

El párrafo anterior está contenido en el segundo párrafo del artículo 164 pero consideramos que estaría mejor ubicado enseguida de los derechos y obligaciones genéricos para que así se entienda de manera clara que se trata de todos ellos.

Por otra parte, consideramos que la mayoría de los derechos y obligaciones contenidos en los numerales 163 a 169 así como las que establecía el artículo 267 antes de la reforma pueden ser considerados obligaciones específicas por lo que a continuación transcribiremos la redacción actual seguida de un pequeño comentario de por qué consideramos que debe ser conservado, modificado o eliminado, según el caso.

Artículo 163:

Redacción actual:

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

Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad.

El artículo en mención contiene la obligación de que los cónyuges vivan juntos; las excepciones a tal obligación; define lo que debe considerarse por domicilio conyugal y establece que en éste ambos gozan de autoridad propia y consideraciones iguales. Aunque parezca repetitivo y tomando en cuenta que muchos jueces sentencian conforme a la letra de la ley consideramos prudente dejar el contenido actual adecuándolo para que sea una de las obligaciones específicas por lo que quedaría como la primera fracción del artículo 162:

Propuesta:

Derogar el artículo 163, y adicionar con su contenido la fracción II del artículo 162

Artículo 162. Los cónyuges están obligados a:

II. Vivir juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad.

Por otra parte el artículo 164 actualmente dispone:

Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para éste efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

Como ya mencionamos con anterioridad el segundo párrafo del artículo en comento nos parece que queda mejor ubicado en el segundo párrafo del artículo 162, por otra parte consideramos que el 164 bis podría ser el segundo párrafo del artículo que nos ocupa:

También se propone derogar el artículo 164 y crear con su contenido la fracción III del artículo 162, y derogar el artículo 164 bis e integrar su contenido en el segundo párrafo de la misma fracción para quedar de la siguiente manera:

Artículo 162. Los cónyuges están obligados a:

III. Contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción

que acuerden para éste efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimarán como contribución económica al sostenimiento del hogar.

Por otra parte el artículo 168 Código Civil para el Distrito Federal establece: *“Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el juez de lo Familiar.”*

El numeral en comento obedece a los principios de respeto e igualdad, que consideramos innecesario repetir por lo que creemos que sólo sería necesario establecer la obligación de los cónyuges de resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de éstos.

Propuesta:

Derogar el artículo 168 y adicionar la fracción IV del artículo 162

Artículo 162. Los cónyuges están obligados a:

IV. Resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

El artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal establecía las conductas que eran sancionadas con el divorcio hasta antes de la reforma del 3 de octubre de 2008, como ya se ha mencionado muchas de dichas conductas son contrarias a las obligaciones genéricas es por eso que consideramos que la

mayoría de las hipótesis descritas en las fracciones que contenía dicho artículo, deberían ser consideradas violatorias de las obligaciones específicas por lo que sugerimos que formen parte del artículo 162 bis cuyo contenido sean todos aquellas conductas que realiza algún cónyuge que pueden afectar la integridad física o psicológica del otro consorte y que demuestre el incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio.

En consecuencia, se sugiere que la mayoría de los supuestos normativos que integraban el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal como causales de divorcio antes de las reformas del 3 de octubre de 2008 formen parte del artículo 162 bis el cual quedaría como sigue:

Artículo 162 bis. Son conductas o hechos contrarios a las obligaciones genéricas de los cónyuges enunciadas en el artículo que antecede entre otras las siguientes:

I El adulterio; se entiende por adulterio que cualquiera de los cónyuges tenga relaciones sexuales con persona diferente de su cónyuge.

Consideramos necesario incluir la definición de adulterio en la fracción propuesta debido a que su interpretación puede prestarse a equívocos pues por ejemplo el Diccionario de la Real Academia Española nos da la siguiente definición acerca de lo que debe entenderse por adulterio.: “...*Ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge.*”²³⁹

²³⁹ Real Academia Española, “Adulterio”, op. cit., 235.

Por su parte Wikipedia nos dice que *adulterio* “en su acepción más usada, se refiere a la unión sexual de dos personas cuando uno o ambos están casados con otra persona.”²⁴⁰

Para Edgard Baqueiro el adulterio: “*consiste en la relación sexual, acceso carnal o cópula, fornicadora de alguno de los esposos con persona distinta, de su cónyuge, esto incluye la relación homosexual*”²⁴¹

Afirma Alicia Elena Pérez Duarte, que parte de la doctrina considera que son actos constitutivos de adulterio tanto los sucesos aptos para la procreación como los que no lo son, y que se consideran conductas adúlteras, la procreación asistida, la sodomía y la bestialidad. Pero que no se creen adúlteras las relaciones homosexuales o lésbicas de uno de los desposados, ni cuando es cometido por ambos cónyuges, ni cuando se comete la conducta debido a la reiterada negativa del cónyuge a cumplir el: “*débito conyugal*” ni cuando tal obligación se presta con: “*dificultades*”, “*protestas*” o “*finalidades*”, tales que al adúltero o adúltera no le queda otra opción que acudir a una o un tercero, para satisfacer sus necesidades.²⁴²

Cabe apuntar aquí que esto podría ser así cuando parte de la definición de matrimonio contenida en el artículo 146 decía: “*Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer...*” por lo que cabría pensarse que el estado tutelaba la procreación (aunque ya desde mayo del 2000 la procreación estaba sólo enunciada como posibilidad en el mismo artículo) pero si tomamos en cuenta que a partir de las reformas del 29 de diciembre de 2009, el matrimonio es “*...la unión libre de dos personas...*” pudiendo ser estas un hombre y una mujer o dos mujeres o dos hombres, consideramos que entonces el adulterio ocurre cuando se tienen

²⁴⁰ “Adulterio” *Wikipedia la enciclopedia libre*, op. cit., nota 12.

²⁴¹ Baqueiro Rojas, Edgard, op. cit., nota 58, p. 6.

²⁴² Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op. cit., nota 15.

relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge sin que importe el sexo del o la tercera por obvias razones.

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

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

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

VI. Abstenerse de brindar la ayuda y socorro necesarios de acuerdo a sus posibilidades, al otro cónyuge en caso de que éste contraiga una enfermedad, o sufra un accidente.

No existe obligación de prestar ayuda o socorro a quien padece alcoholismo, hábito del juego o realiza el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, si éste se niega a tomar los tratamientos necesarios;

Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buen Rostro nos comentan que a partir de la clasificación que el maestro Rafael Rojina Villegas hizo de las causas de divorcio en causales sanción y causales remedio, el divorcio causal ha sido subclasificado en: divorcio sanción que supone una violación grave a los deberes del matrimonio y el divorcio era la sanción que se aplicaba al cónyuge culpable; las conductas que entraban dentro de esta clasificación estaban previstas en las fracciones I a V, VII a XIV, XVI a XVIII , XX Y XXI, que contemplaba el artículo 267 de nuestro Código Civil, mientras que en el divorcio remedio se otorgaba cuando

se caía en alguna de las hipótesis descritas en las fracciones VI, (que es el caso que nos ocupa) VII, IX, X, XV Y XIX los autores consideraban que en las situaciones descritas en las fracciones anteriores no se otorgaba el divorcio por culpa de uno de los cónyuges por lo que no cabía sanción alguna.²⁴³

Nosotros consideramos que no debe ser castigado quien padece una enfermedad incurable ni quien sea impotente, es más pensamos que si uno de los cónyuges contrae una enfermedad cualquiera que ésta sea el otro cónyuge, en cumplimiento a sus obligaciones de ayuda y socorro, tendría que brindarle la asistencia que necesita de acuerdo a las circunstancias del caso, a menos que se trate de alcoholismo, hábito de juego o drogadicción y que quien los padece se niegue a tomar los tratamientos, y es por ello que sugerimos la redacción ya propuesta.

VII. La separación injustificada del domicilio conyugal;

VIII. La negativa injustificada de alguno de los cónyuges a proporcionar alimentos al otro o a sus hijos, la desproporción inequitativa e injustificada de el reparto del trabajo en el hogar, el cuidado de los hijos y el trabajo remunerado entre los cónyuges, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso previsto en la fracción III del Artículo 162;

La redacción anterior esta inspirada en la fracción XII del Artículo 267 antes de las reformas del 3 de octubre de 2008 el cual sancionaba con el divorcio:

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento,

²⁴³ Baqueiro Rojas, Edgar y Buen Rostro Báez, Rosalía, op. cit., nota 112, p. 185 y 186

así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;

Este dispositivo estaba compuesto de los siguientes supuestos:

- Que uno de los cónyuges se negara injustificadamente a cumplir con las obligaciones que señalaba el artículo 164, sin que fuera requisito para que se configurara la causal en estudio que se agotara el procedimiento tendiente a su cumplimiento y;
- Y el incumplimiento injustificado de la sentencia ejecutoriada en el supuesto descrito por el artículo 168.

Recordemos que el artículo 164 dispone:

Artículo 164. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para éste efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

El primer párrafo del artículo en cita imponía a ambos cónyuges la obligación alimentaria por lo que era muy común que la causal se interpretara como la falta de ministración de alimentos, pero el segundo párrafo se refería a que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio debían ser iguales para ambos cónyuges por lo que se podría interpretar que el legislador previó también como causal de divorcio, la desproporción en el reparto de los deberes y

obligaciones de los cónyuges sin que deba considerarse para ello la contribución económica de cualquiera de ellos, ²⁴⁴ situación que tomamos en cuenta para la redacción de nuestra propuesta.

Por lo que hace al segundo supuesto veamos lo que dicta el artículo 168:

Artículo 168.- Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

Podríamos concluir que el supuesto en estudio se actualiza, si los cónyuges han acudido al Juez de lo Familiar para ponerse de acuerdo acerca del manejo del hogar, la formación y educación de los hijos, o la administración de los bienes de éstos últimos, y uno de ellos incumple injustificadamente con lo ordenado en la sentencia ejecutoriada. Este supuesto consideramos que debe ser tomado en cuenta en la redacción de nuestro artículo pues el incumplimiento refleja una falta total de respeto no sólo al cónyuge sino también a nuestras instituciones.

Consideramos que los supuestos contemplados en la causal que nos ocupa deben integrar parte de nuestra propuesta, pero ajustándolos a las modificaciones ya expuestas, además de que nos parece justo que se exprese aquí la necesidad de que los cónyuges en atención a sus obligaciones de igualdad y respeto se repartan el trabajo en el hogar, el cuidado de los hijos y el trabajo remunerado de manera equitativa.

IX La denuncia o querrela calumniosa hecha por un cónyuge en contra del otro.

²⁴⁴ Mata Pizaña, Felipe de la y Roberto Garzón Jiménez, op. cit., nota 105, p. 205

X. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XI. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en éste Código;

XII: El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

XIII. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad lícita.

También proponemos que se adicione al artículo 162 el 162 Ter., que establecería:

Artículo 162 Ter.- El cónyuge que incumpla las obligaciones que nacen del matrimonio, o que específicamente cometa alguna de las conductas o hechos descritos en el artículo anterior estará obligado a la reparación de daños y perjuicios. Los daños y perjuicios, así como su reparación se rigen por lo dispuesto en éste Código para los hechos ilícitos.

CONCLUSIONES

Primera. El Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua.

Segunda. Cabe destacar que el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal ya no señala la diferencia sexual por lo que es posible que el vínculo matrimonial sea establecido tanto entre un hombre y una mujer como entre dos mujeres o dos hombres.

Tercera. Cuando dos personas contraen matrimonio ante el Juez del Registro Civil, adquieren derechos y deberes recíprocos que están tutelados por el Estado, dichos derechos y deberes son de manera genérica: realizar una comunidad de vida, el respeto, la igualdad, la ayuda y el socorro, y que de estas obligaciones y derechos se desprenden muchas otras obligaciones y deberes específicos que hasta antes de la reforma de octubre de 2008, estaban contempladas en el artículo 267.

Cuarta. El 3 de octubre de 2008 el Código Civil para el Distrito Federal fue reformado y derogó el divorcio necesario por lo que es suficiente la voluntad de uno de los cónyuges para que el divorcio se conceda.

Quinta. El artículo 288, antes de las reformas del 3 de octubre de 2008, reconocía expresamente el derecho del cónyuge inocente de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que el divorcio le hubiera causado. Situación que ya no se contempla en la redacción actual.

Sexta. Por lo tanto se propone que se regule en el Código Civil para el Distrito Federal que si uno de los cónyuges incumple con los deberes que le impone el matrimonio, incurrirá en responsabilidad, y deberá en consecuencia reparar el daño ocasionado con su obrar ilícito

Séptima. En ese orden de ideas se sugiere que se modifiquen los artículos 146 y 162; para que se regulen de manera expresa los deberes derivados del matrimonio debiendo quedar de la siguiente manera:

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se proporcionan respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

Artículo 162. Los cónyuges están obligados a realizar la comunidad de vida, proporcionarse respeto, igualdad, así como a brindarse ayuda y socorro mutuos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Octava. En razón de lo anterior se debe crear el artículo 162 bis, en el que proponemos se incluyan las conductas que preveía el artículo 267 como causales de divorcio y que en nuestra opinión deben ser generadoras de responsabilidad para el consorte que incumpla con los deberes derivados del matrimonio debiendo quedar de la siguiente manera:

162 bis. Son causas generadoras de responsabilidad por incumplimiento a los deberes de los cónyuges las siguientes conductas:

I El adulterio; se entiende por adulterio que cualquiera de los cónyuges tenga relaciones sexuales con persona diferente de su cónyuge.

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

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

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

VI. Abstenerse de brindar la ayuda y socorro necesarios de acuerdo a sus posibilidades al otro cónyuge en caso de que éste contraiga una enfermedad, o sufra un accidente.

No existe obligación de prestar ayuda o socorro a quien padece alcoholismo, hábito de juego o realiza un uso no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando el consorte se niega a tomar los tratamientos necesarios;

VII. La separación injustificada del domicilio conyugal;

VIII. La negativa injustificada de alguno de los cónyuges a proporcionar alimentos al otro o a sus hijos, la desproporción inequitativa e injustificada del reparto del trabajo en el hogar, el cuidado de los hijos y el trabajo remunerado entre los cónyuges, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los

cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso previsto en la fracción III del Artículo 162;

IX La denuncia o querrela calumniosa hecha por un cónyuge en contra del otro.

X. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XI. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en éste Código;

XII: El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; e

XIII. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad lícita.

Artículo 162 Ter. El cónyuge que incumpla las obligaciones que nacen del matrimonio, o que específicamente cometa alguna de las conductas o hechos descritos en el artículo anterior estará obligado a la reparación de daños y perjuicios. Los daños y perjuicios, así como su reparación se rigen por lo dispuesto en éste Código para los hechos ilícitos.

Novena. Es importante como ya se indicó crear una hipótesis normativa en la que se regule que el incumplimiento a los deberes del matrimonio genera responsabilidad civil para el cónyuge infractor debiéndose aplicar las reglas generales de la responsabilidad civil reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal para obtener la responsabilidad correspondiente por los daños y perjuicios sufridos.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS

ADAME GODDARD, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

AUGUSTO BELLUSCIO, Cesar, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Depalma, 1981.

BAILÓN VALDOVINOS, Rosalio, *Teoría y práctica del divorcio en México*, México D. F., Pac, 1993.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Buen Rostro Báez, *Derecho de familia*, México, Oxford University, 2005.

BRENA SESMA, Ingrid, *Derechos del Hombre y de la Mujer Divorciados*, México, UNAM, 2000, Colección nuestros derechos.

BRIONES, IRENE, "El Diseño Familiar" en Gallego José Andrés y Pérez Adán José, (comp.), *Pensar la Familia*, Madrid, Ediciones Palabra, S. A. 2001.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *La Familia en el derecho: relaciones jurídicas conyugales*, 6a ed., actualizada, México, Porrúa, 2003.

DE PINA, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa, 1993, vol. III.

DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 33º ed., México, Porrúa, 2003.

ELÍAS AZAR, Edgard, *Personas y bienes en el derecho civil mexicano: jurisprudencia y artículos concordados*, 2ª ed., México, Porrúa, 1997.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, 2004.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio. El pecunario y el moral o derechos de la personalidad*, México, Porrúa, 2004.

LOZANO RAMÍREZ, Raúl, *Derecho civil*, t. I: Derecho Familiar, México, D. F., Pac, 2005.

MANSUR TAWILL, Elías, *El divorcio sin causa en México, génesis para el siglo XXI*, México, Porrúa, 2006.

MATA PIZANA, Felipe de la y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, 2a ed., México, Porrúa, 2005.

MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, México, D. F., Porrúa, 1992.

MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, 45ª ed., México, Porrúa, 2000.

PALLARES, EDUARDO, *El divorcio en México*, 5ª ed., México D.F., Porrúa, 1987.

QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel, *Lecciones de derecho familiar: nueva legislación comentada y concordada hasta el año 2002: jurisprudencia, tesis relacionadas y doctrina*, México, D. F., Cárdenas, 2003.

RIVERA SILVA, Manuel, *El procedimiento penal*, 2ª ed., Porrúa, México 1998.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1998.

VENTURA SILVA, Sabino, *Derecho romano curso de derecho privado*, 18ª ed., México, Porrúa, 2002.

DOCUMENTOS DISPONIBLES EN INTERNET

1diccionario.com, *Diccionario Español Online*, México, 2009, <http://www.1diccionario.com>

ALEMÁN CAMPOS, Eloísa R., "Breve Análisis de la Institución Jurídica del Matrimonio", *Verba-Iuris*, México, año I, núm. 3, noviembre de 2004, <http://www.cem.itesm.mx/verba-iuris/articulos/040904.html>

BAZ, Eduardo, "Indemnización por daños y perjuicios", *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, 1962, núm. 41

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/41/dtr/dtr5.pdf>

BRAVO DONOSO, Nina María, *Valores humanos: por la senda de una ética cotidiana*, Chile, RIL Editores, 2009, <http://www.scribd.com/doc/6945422/Bravo-Donoso-Nina-Valores-Humanos>

BRENA SESMA, Ingrid, “Reformas al Código Civil en materia de matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, México, 2002, núm. 1, Enero-Abril 2002, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr1.htm>

CID LUQUE, Andrés, “Cuantificación del daño moral ¿Nos acercamos a América?”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, España, 2006, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/19Andres%20Cid.pdf>

CIENFUEGOS SALGADO, David, “Responsabilidad civil por daño moral”, *Revista de Derecho Privado*, México, 1998, núm. 27 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>

Clínica Psi.com, *Violencia Familiar*, México, clinicapsi.com, 2007, http://www.cl_inicapsi.com/violencia%20familiar.html

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal texto comentado, Libro Primero De las personas, 3ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Miguel Ángel Porrúa, 1993, Tomo I, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1778/5.pdf>

Consejo Nacional Contra las Adicciones, “¿Qué es el alcoholismo?”, *Para todo público, preguntas frecuentes*, México, 2009, http://www.conadic.gob.mx/interior/menu_superior/para_todo_publico/ptp/alcoholismo/preg_frecuentes.html

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., “Matrimonio y divorcio”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1988, núm. 19, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr26.pdf>.

Enciclopedia-juridica.biz14.com, España, Theodakis Publishing Ltd, 2009,

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/matrimonio/matrimonio.htm>

ESCRICHE, Joaquin, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Google, http://books.google.com.mx/books/download/Diccionario_razonado_de_legislacion_civi.pdf?id=RgZeATuXnQkC&output=pdf&sig=ACfU3U3ZezxhaHB1jsaDqwYAj8_bCftZA&source=gbs_v2_summary_r&cad=0

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. VIII, Rep – Z, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1175/3.pdf>

GARCÍA MENDIETA, Carmen, “La responsabilidad extracontractual en caso de divorcio”, *Revista de Derecho Privado*, México, 1990, núm. 3, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=revdpriv&n=3>

GONZÁLEZ A. CARRANCA, Juan Luis, “El pago de daños en materia de competencia económica”, *Abogado Corporativo*, México, 2007, Octubre- Noviembre, <http://www.abogadocorporativo.com.mx/002/pdf/07%20Analisis%20-%20Pago.pdf>

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, “Sabe usted las diferencias jurídicas entre matrimonio y concubinato”, *El Sol de México*, México, 25 de febrero de 2007, <http://www.oem.com.mx/elsoldemexico/notas/n184087.htm>

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, “Situación actual del divorcio en el Código Civil del Distrito Federal”, *El Sol de México, Organización Editorial Mexicana*, México, 2009, <http://www.oem.com.mx/oem/notas/n1029711.htm>

GUTIÉRREZ DEL RÍO, Armando, *¿Divorcio express?*, México, www.asesoriajuridica.com, 2008, <http://www.asesoriajuridica.com.mx/blog/?p=41>

LÓPEZ MONROY, José de Jesús, “El concepto de matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, México, 1991, núm. 5, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/5/dtr/dtr4.pdf>

LÓPEZ VALENCIA, Rosario Amor, *La responsabilidad patrimonial del estado hasta antes de la reforma constitucional*, México, Red de investigadores parlamentarios en línea (REDIPAL), Junio 2005, <http://www.diputados.gob.mx/sia/redipal/Redipal-03-05.pdf>

MEDINA, GRACIELA, *Daños en el derecho de familia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1528>

MENA GARCÍA, Sergio, “La responsabilidad de la administración pública. El daño: tipos y modalidades”, *Revista Jurídica de Seguridad Social*, México, 1999, núm. 9, Abril de 1999, <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica9/art4.pdf>

Notariapublica.com.mx, *Diccionario Jurídico, México*, 2009, <http://www.notariapublica.com.mx/diccionario.html#anchor1063302>

OVALLE PIEDRA, Julieta, *La Responsabilidad Civil por Productos en México, Canadá y Estados Unidos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/32/3.pdf>.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. la custodia compartida y las reformas de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 116, mayo-agosto de 2006, http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex116/BMD11608.pdf

PÉREZ DUARTE y Noroña, Alicia Elena, “El daño moral”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 1985, núm. 53 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/53/art/art4.pdf>

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *Derecho de familia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1919>

PÉREZ FUENTES, Gisela María, “Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el derecho mexicano”, *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, 2005, año IV, núm. 12,

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/12/dtr/dtr3.pdf>

Redacción EL UNIVERSAL.com.mx "Que dice la Epístola de Melchor Ocampo?" *El universal*, México, 2 de mayo de 2007, <http://www.eluniversal.com.mx/notas/422497.html>

RIVERA, Julio César et al., "La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen", *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, 2007, núm. 7, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt14.pdf>

SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, José Humberto, "El acto discrecional: principios que lo rigen y su jerarquía" *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2396/24.pdf>

SÁNCHEZ ROSAS, Juan Eladio, *Respeto mutuo: la visión de Jean Piaget*, juansanchez.webcindario.com, 2005, <http://juansanchez.webcindario.com/trabajos/resmutuo.php>

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1984, t. VIII, Rep - Z, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1175/3.pdf>

Tecnológico de Monterrey Campus Estado de México, *Diccionario jurídico*, México, 2009, <http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario/bodies/d.htm>

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Estadística Judicial Año judicial 2009 (diciembre 2008 - noviembre 2009)*, México D. F., 2009, diciembre 2008 - noviembre 2009, http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/PDFs/comunicados/informes_estadisticas/informe_anual_2009/EstadisticaJudicial.pdf

VALDEZ SANTIAGO, Rosario e Hajar Medina, Martha, "Del silencio privado a las salas de urgencias: la violencia familiar como un problema de salud pública", *Gaceta Médica de México*, México, Volumen 138, núm. 2, marzo-abril 2002,

<http://www.medigraphic.com/espanol/e-htms/e-gaceta/e-gm2002/e-gm02-2/em-gm022e.htm>

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, “Los denominados derechos de la personalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 1973, núm. 18, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/18/art/art3.pdf>

VIELMA MENDOZA, Yoleida, “Discusiones en torno a la reparación del daño moral”, *DIKAIOSYNE Revista de filosofía práctica*, Venezuela, 2006, Año IX núm. 16, <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC047592.pdf>

VIEYRA MONDRAGÓN, Gregorio, “Efectos que produce el matrimonio (primera parte)”, *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, México, 2000, núm. 3, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/3/art/art5.pdf>

Wikipedia la enciclopedia libre, 2010, <http://es.wikipedia.org/wiki>

www.refranesyfrases.com, México, 2010, <http://www.refranesyfrases.com/busca-//uris-praecepta-haec-sunt/1.html>

DICCIONARIOS

ARQUETIPO GRUPO EDITORIAL, *Diccionario de sinónimos, antónimos, parónimos*, Perú, Lexus Editores S.A., 2008.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Derecho civil*, México, Harla, 1997, colección Dicciones Jurídicos Temáticos, vol. 1.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, 15a. ed., Argentina, Heliasta, 2001.

DE PINA, RAFAEL, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 368.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1983, t. III, D.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1984, t. V, I-J.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico*

Mexicano, México, UNAM, 1984, t. VI, L-O.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1984, t. VIII, Rep – Z.

CD'S Y DVD'S:

DICCIONARIO JURÍDICO 2000, [disco compacto] México, Desarrollo Jurídico, Información Jurídica Profesional, 2000.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española edición electrónica*, [disco compacto] España, Espasa Calpe, S. A. 2005, Versión 21.1.0.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *IUS 2008, Junio 1917 - Junio 2008 jurisprudencias y tesis aisladas*, [DVD] México, 2009.