



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL Y DERECHO DE FAMILIA

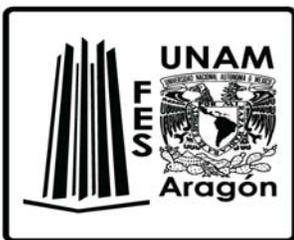
TÍTULO DE LA TESIS “LA IMPLEMENTACIÓN DEL DIVORCIO
INCAUSADO EN TODAS LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE LA
REPÚBLICA MEXICANA”.

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A N:
LIVIA YAHAIRA MALACARA VILCHEZ
Y
JUAN CARLOS LOZANO MENESES

ASESOR: MTRO. JOSÉ ANTONIO SOBERANES MENDOZA.





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA IMPLEMENTACION DEL DIVORCIO INCAUSADO EN TODAS LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE LA REPUBLICA MEXICANA.

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	4
<u>CAPÍTULO 1. EL MATRIMONIO</u>	6
1.1 ANTECEDENTES DEL MATRIMONIO.....	6
1.1.1 MATRIMONIO EN ROMA.	6
1.1.2 MATRIMONIO EN GRECIA.....	9
1.1.3 EL MATRIMONIO EN TIEMPOS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA	12
1.1.4 NUESTRO DERECHO	13
1.2 MATRIMONIO RELIGIOSO.....	16
1.2.1 FACULTADES DE LA IGLESIA.....	16
1.2.2 DERECHO CANÓNICO	16
1.2.3 RELIGIÓN Y DERECHO.....	17
1.2.4 MATRIMONIO-SACRAMENTO	18
1.3 CONCEPTO DE MATRIMONIO.....	20
1.4 NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO	23
<u>CAPÍTULO 2 EL DIVORCIO</u>	35
2.1. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO	35
2.1.2. GRECIA	35
2.1.3. ROMA.....	35
2.1.4 DERECHO MUSULMAN.....	37
2.1.5. ISRAEL.....	39
2.1.6. CRISTIANISMO	41
2.1.7 MOTIVOS DE LA APARICION DEL DIVORCIO EN LOS ESTADOS MODERNOS	42
2.1.8 EL DIVORCIO EN LOS PAISES EUROPEOS.....	46
2.1.9. PAISES ANGLOSAJONES.....	48
2.1.10 PAISES LATINOAMERICANOS	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
2.1.11 MÉXICO.....	50

2.2 EVOLUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	56
2.3 CONCEPTO DE DIVORCIO	57
2.3.1 CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO	60
2.4 SISTEMAS DE DIVORCIO	67
<u>CAPÍTULO 3. EL DIVORCIO EN LAS LEGISLACIONES CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA</u>	<u>78</u>
3.1 CAUSALES DE DIVORCIO EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA	79
3.2 LAS CONDUCTAS DE VIOLENCIA FAMILIAR COMO CAUSA DE DIVORCIO	81
3.3. LA INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSA DE DIVORCIO.	89
3.4. EL EMPLEO DE MÉTODOS DE CONCEPCIÓN ARTIFICIAL SIN CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE COMO CAUSA DE DIVORCIO	94
3.5 LA BIGAMIA, LA BISEXUALIDAD, LA HOMOSEXUALIDAD Y LAS ALTERACIONES CONDUCTUALES EN LA PRÁCTICA SEXUAL COMO CAUSAS DE DIVORCIO	98
3.6 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI	100
3.7 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE ZACATECAS	103
3.8 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO	105
3.9 EL DIVORCIO EN LA LEY PARA LA FAMILIA DEL ESTADO DE HIDALGO	108
3.10 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	111
3.11 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO	116
3.12 EL DIVORCIO EN LA LEY DE DIVORCIO DEL ESTADO DE GUERRERO	118
<u>CAPÍTULO 4. EL DIVORCIO INCAUSADO</u>	<u>123</u>
4.1 CONCEPTO DE DIVORCIO INCAUSADO	123
4.2 ANTECEDENTES DEL DIVORCIO INCAUSADO	126

4.3 EL DIVORCIO INCAUSADO EN EL DISTRITO FEDERAL.....	131
4.4 TRÁMITE PROCESAL DEL JUICIO DE DIVORCIO SIN EXPRESION DE CAUSA.....	137
4.5 EL DIVORCIO CON CAUSA VERSUS “INCAUSADO” O ACAUSAL.	156
4.6 EL DIVORCIO INCAUSADO DEL DISTRITO FEDERAL, VIOLA LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y LEGALIDAD.....	158
4.6.1 EL DIVORCIO INCAUSADO Y LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.	158
4.6.2 LA SUPREMA CORTE DEFINE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA	160
4.7. DIVORCIO SIN CAUSALES NO ATENTA CONTRA LA SOCIEDAD NI LA FAMILIA.....	161
4.8 ASPECTOS RELEVANTES DE DERECHO FAMILIAR.....	167
<u>CAPÍTULO 5. LA IMPLEMENTACIÓN DEL DIVORCIO INCAUSADO EN TODAS LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA</u>	184
<u>CONCLUSIONES.....</u>	195
<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	199

INTRODUCCIÓN

La sociedad mexicana así como la célula más trascendente de la misma –la familia- es un tan compleja que no solo implica relaciones personales o sociales en sí mismo complejas, también implican cambios constantes, paulatinos, e incluso tendencias evolutivas en las propias relaciones interpersonales al interior de la sociedad general y más específicamente en la familia misma, de ahí que el tema que se trata en el presente trabajo –el divorcio- adquiera plena relevancia a la luz de este constante cambio social, y que al ser estudiado necesariamente trae como conclusión precisamente estos cambios evolutivos dentro de la célula madre de nuestra sociedad.

El tópic materia de este trabajo en nuestros tiempos ha adquirido gran relevancia para la debida comprensión de una sociedad cambiante, de nuevas costumbres, de nuevas actitudes y sobre todo sujeta a los incesantes embates de una nueva realidad que por sí misma va forjando nuevas ideas, y orillando a los órganos estatales a proveer a los gobernados de nuevas reglas para la regulación de las relaciones interpersonales, para alcanzar soluciones prácticas, apegadas a derecho y con el menor menoscabo hacia los propios gobernados en su ejercicio.

Así, el divorcio como actualmente lo contempla la legislación del Distrito Federal y algunas otras legislaciones es resultado consecuente de un cambio evolutivo en la forma de resolver la disolución de lo que en un tipo fue considerado casi indisoluble enarbolado la legislación sustantiva civil del distrito federal y que como parte aguas entre una figura anacrónica, ha dado nuevos bríos a la misma con el evidente objetivo de resolver relaciones interpersonales enlazadas por un acto solemne como lo es el matrimonio, sin las duras condiciones procesales y consecuente menoscabo personal y familiar que implicaba el divorcio dogmáticamente conocido.

El divorcio sin causa que se estudia y que ha enarbolado la legislación sustantiva civil del Distrito Federal se presenta como un parte aguas a una figura anacrónica, pues ha dado nuevos bríos a la misma con el evidente objetivo de resolver relaciones interpersonales enlazadas por un acto solemne como lo es el

matrimonio, sin las duras condiciones procesales y consecuente menoscabo personal y familiar que implicaba el divorcio dogmáticamente conocido.

Así, a lo largo de esta investigación y de su desarrollo se podrá apreciar el cambio evolutivo en la sociedad mexicana ha impactado en su legislación, en particular en la forma actual de disolver el matrimonio, y el cual consideramos un acierto legislativo que ha permeado ya buena parte de las legislaciones estatales, e incluso ha provocado un criterio jurisprudencial que obliga a quienes no hayan ajustado su legislación, a desarrollar un procedimiento judicial adecuado al ejercicio de la acción de divorcio sin causa.

Veremos a lo largo de estas páginas la importancia de esta nueva legislación y los criterios judiciales que a su entorno se han forjado, y el impacto social positivo que esta ha implicado en la familia como en la propia sociedad mexicana; de esta investigación se podrá obtener el conocimiento y la idea fundamental de que todo cambio al interior de la sociedad, por el simple correr del tiempo, implicara cambio y adecuaciones legislativas adecuadas que no solo resuelvan en sí mismo relaciones interpersonales, así también que como resultado de estas resoluciones exista un mínimo o nulo menoscabo a los integrante de la sociedad, y en el tópico que se estudia, se demuestra que este nuevo esquema para disolver el matrimonio implica precisamente un menor menoscabo a los miembros de la familia por el ejercicio de una figura que en sí misma es la antítesis de otra que implica la cohesión de los miembros de la familia.

CAPÍTULO 1

EL MATRIMONIO

1.1 ANTECEDENTES DEL MATRIMONIO

1.1.1 MATRIMONIO EN ROMA.

En Roma el matrimonio fue un hecho reconocido por el Derecho para darle efectos. De tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como un estado de vida de la pareja, al que el Estado le otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio, sino que sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia de un varón y una mujer.

Tenía dos aspectos: “*el corpus*, que era la unión del hombre con la mujer que forman una comunidad, donde la mujer queda sujeta y comparte la posición social de éste, como si fuera una hija, participando en la dignidad, en los honores, en el culto familiar y en el régimen patrimonial, en absoluta paridad de derechos y obligaciones con el marido. Y el *animus*, que es el *affetio maritalis*, o sea, el consentimiento de ambos, que es el quererse como marido y mujer para hacer una sociedad conyugal por tiempo indefinido. Esto independientemente de las diversas formalidades rituales que se emplean, en los cuales no intervenía el Estado. Tampoco era necesario que el acto constara en documento que autorizaran las partes por escrito.¹

Si bien es cierto que la celebración a propósito del acto era frecuente, ésta revestía un carácter religioso, no jurídico. Con ella comenzaba el nuevo estado de la pareja, sin embargo, no era indispensable que se llevara a cabo, de ahí que hubiera varias formas de iniciar el matrimonio desde la ceremonia de la *confarreatio* y la *coemptio*, hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido o, incluso la ausencia total de formalidades en el matrimonio por *usus* y que a continuación se detallan:

¹ LOZANO RAMÍREZ RAÚL, Derecho Civil, Tomo I, Derecho Familiar, impresos y acabados. Editoriales, México 2012, pág. 49

A. LA CONFARREATIO² remonta a las primeras edades, aunque probablemente no es anterior a la creación del *flamen* de jupiter, cuya presencia era necesaria. Reservada exclusivamente para los Patricios, especialmente necesaria para aquellas parejas que deseaban que sus descendientes fueran Vírgenes *Vestales* (*sacerdotisas consagradas a la diosa del hogar, Vesta*) o *Flamens* de Júpiter (*Altos Sacerdotes de Júpiter*).

El nombre proviene de la novia y el novio compartiendo una torta (*far* o *panis farreus*). Estaba reservado para aquellos patricios (quienes conformaban una clase romana formada inicialmente por el padre de familia o bien por hijo de padre de familia vinculado a la obediencia paterna), cuyos padres también estuvieran casados mediante la *confarreatio*. La boda era una complicada ceremonia con el *Flamen Dialis* y el *Pontifex Maximus* (el principal sacerdote del colegio de Pontífices), presidiendo el acto, y con diez testigos presentes, se pronunciaban palabras solemnes, ofreciéndose un pastel de harina (*farreum*) a Jupiter. La novia pasaba directamente de la *manus* de su paterfamilias (*padre de familia*) a la de su nuevo marido.

En su origen la *confarreatio* era indisoluble, lo que se mantuvo en el caso del matrimonio del *Flamen Dialis*, el cual debía casarse mediante esta ceremonia. Sin embargo, posteriormente se aceptó el divorcio de esta forma de matrimonio. Sin embargo, el divorcio de los matrimonios *confarreatio*, *diffarreatio*, era un proceso complicado y, por consiguiente, raro. No se sabe demasiado sobre cómo se realizaba el *diffarreatio*, excepto que se realizaba un tipo especial de sacrificio que provocaba la disolución de la relación entre el hombre y la mujer. De esta manera ella regresaba a la *manus* de su paterfamilias.

B. LA COEMPTIO³. Era el procedimiento corriente de la época clásica para crear la *manus*. Debió ser ideada con posterioridad a la ley de las XII

² PETIT EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México 2002, pág. 122.

³ Ibidem pág. 123

tablas para permitir a los plebeyos que se casaban y no podían hacer uso de la *confarreatio* establecer la *manus* en el mismo momento del matrimonio. La *coemptio* consiste en una aplicación derivada de la *mancipatio*. Es una venta imaginaria de la mujer al marido, con asistencia del jefe de familia si es *alieno juris*, o la *auctoritas* del tutor si es *sui juris*. Las palabras de la mancipación estaban modificadas para que produjesen la *manus*, y no el *mancipium*, Es decir era un modo de configuración del matrimonio romano *cum manu*, bastante común en el período clásico romano, nacido con posterioridad a la *confarreatio*. Surgió al permitirse el casamiento entre patricios y plebeyos por la Ley *Canuleia* en el 445 a .C. (ley que permitió el matrimonio legítimo entre patricios y plebeyos). se necesitó una forma que posibilitara esas uniones, que no eran posibles por *confarreatio*, que se aplicaba solamente a los patricios.

Se trataba de fingir una venta de la mujer al esposo por medio de los rituales de la *mancipatio*, esto es, debían pronunciarse formulas y rituales a fin de que se entendiese materializada la adquisición. Debían estar presentes, el paterfamilias que transmitía la propiedad de su hija o nieta, o en el caso de ser *sui iuris* (que no tenía *paterfamilias*) debía estar su tutor. Se necesitaba contar con cinco testigos, ciudadanos púberes y con otro que sostuviera la balanza (*libripens*) donde se pesaba un trozo de cobre, que era entregado simbólicamente al padre de la novia como supuesto pago por ella. Era un acto privado; no intervenían ni sacerdotes ni magistrados. Pronto cayó en desuso, y ya casi no existía a principios del imperio.

También podía celebrarse la *coemptio* con el marido o con un extraño, por una causa distinta al matrimonio, por ejemplo, para salir de una tutela, en cuyo caso la mujer acompañada por su o sus tutores es comprada, y luego emancipada a un tercero, que a su vez la manumite, y se convierte en su tutor. A esto se llama *coemptio* por causa de fiducia (*coemptio fiduciae causa*)⁴.

⁴ Op cit. EUGENE PETIT, pág, 123

También se usó la *coemptio* fiduciaria para permitir que la mujer pudiera testar (salvo las vestales que sí podían testar), pudiendo solo hacerlo si celebraban una *coemptio*, luego eran emancipadas y posteriormente manumitidas. Este requisito fue suprimido por el emperador Adriano.

C. EL USUS.⁵ Este modo de establecerse la manus, parece ser el más antiguo. Una especie de adquisición por el uso, es decir, El *usus* era la adquisición de la *manus* por el transcurso del tiempo. Luego de un año de convivencia ininterrumpida, se producía el matrimonio *cum manu*. Si los esposos no deseaban que éste se produjera, la mujer pernoctaba, con consentimiento del marido, en casa de sus familiares durante tres noches consecutivas, cada año. Este hecho interrumpía la posibilidad de configurar la desvinculación de la mujer de su familia consanguínea.

1.1.2 MATRIMONIO EN GRECIA

En la época heroica, la sociedad Aquea se asentaba sobre un despotismo patriarcal mitigado por la belleza y los enojos femeninos, y un amor paternal impregnado de primitiva ternura. En teoría el padre ejerce el supremo poder, puede tomar cuantas concubinas quiera y ofrecerlas a sus huéspedes y puede también exponer a sus hijos en las cimas de las montañas para que mueran, o sacrificarlos en los altares de los dioses sedientos de sangre. Esa omnipotencia paterna no significa, empero, que fuese aquélla necesariamente una sociedad brutal, sino, únicamente, que la organización del Estado era un harto rudimentaria para poder garantizar el orden social, por lo que la familia, para asentar ese orden social, precisaba gozar de aquellos poderes de los que mas tarde habría de apropiarse el Estado gracias a la nacionalización del derecho de matar. A medida que progresa la organización social, la autoridad paterna y la unidad de la familia disminuyen y crece la libertad y el individualismo.⁶

Dentro de la estructura patriarcal, la posición de la mujer es muy superior, “El matrimonio tenía lugar por compra, pagando el novio al padre de la novia el precio correspondiente en bueyes o su equivalente, pero la compra suele ser

⁵ Op cit. EUGENE PETIT, Pág. 122

⁶ WILL DURANT, La Vida en Grecia, pág. 91. Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1952

recíproca pues, de ordinario el padre entrega a la novia una importante dote. La ceremonia tiene, a la vez carácter familiar y religioso y va acompañada de grandes banquetes, danzas y bulliciosa alegría. Las novias saliendo de sus cámaras iban por la ciudad a la luz de antorchas encendidas, oyéndose incesantes cánticos nupciales, atrás jóvenes danzaban y sonaban entre ellos flautas y cítaras.”⁷

El matrimonio legítimo en Atenas, por encima de todo, era un contrato entre el novio y el representante legal de la novia (padre, hermano o tutor), ya que la mujer no tenía capacidad jurídica para asumir esta responsabilidad. En realidad, el hombre griego consideraba el matrimonio como obligación penosa para tener un heredero de la hacienda, para perpetuar los cultos domésticos y alcanzar el prestigio social que se negaba al soltero.

El primer acto del matrimonio era la *engyésis* o contrato. Para la ceremonia de la boda se preferían fechas de plenilunio y el mes de enero. Comenzaba con un sacrificio, en el que se ofrecían los objetos más entrañables de la niñez, dedicado a los dioses protectores del matrimonio, *Zeus* y *Hera*, a *Artemis*, símbolo de virginidad y a *Litia*, protectora de los partos. También había un baño ritual purificador, con agua de la fuente *Calírooe*, recogida por un cortejo solemne del que formaban parte la novia, sus amigas y músicos.

Las casas de los contrayentes se adornaban con guirnaldas y hojas de olivo y laurel. Al banquete, que se celebraba en casa del padre de la novia, asistía ésta cubierta por un velo y una corona, rodeada de sus amigas y asistida por una mujer casada. Llegada la noche se iniciaba la conducción de la novia a la casa paterna del novio, su nuevo domicilio. Ella, con un asador y un cedazo -símbolo de su nueva vida-, subía junto a su esposo a un carro que avanzaba lentamente hasta la morada, rodeado por un cortejo de parientes y amigos a pie, al son del himeneo y a la luz de las antorchas. En la nueva casa tenía lugar la recepción formal protagonizada por el suegro, que coronaba a la novia de mirto, y por la suegra, portadora de una antorcha. La conducían ante el fuego sagrado del hogar, derramaban sobre ella nueces e higos secos y le regalaban un pastel

⁷ WILL DURANT, *La Vida en Grecia*, pág. 92 y 93. Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1952

nupcial de miel y sésamo, sustancias relacionadas con la fecundidad, una moneda y un dátíl. El día terminaba con la entrada de los esposos en el tálamo.

Al día siguiente, los padres de la novia acudía al domicilio conyugal a entregarles los regalos y la dote acordada. Aún quedaba pendiente un banquete, que debía ofrecer el esposo a los miembros de su fratría.

La ley ateniense reconocía el divorcio sin necesidad de alegar motivo alguno, por parte del marido, aunque con la obligación ineludible de devolver al suegro la dote, que debía mantener intacta mientras durara el matrimonio, siendo exclusivamente su administrador .

El esposo no sólo era libre de divorciarse cuando gustara, teniendo derecho a conservar a los hijos del matrimonio (incluso al engendrado y aún no nacido), sino que también podía casar a su ex mujer con otro hombre de su elección sin el consentimiento de ella. El padre de la mujer también tenía capacidad legal de provocar el divorcio de ésta, si quería que regresara al hogar paterno para casarla con otro hombre. La viuda tenía que casarse con quien hubiera dispuesto su marido antes de morir, o quien decidiera su nuevo tutor legal (su hijo mayor, su padre o su pariente más próximo).

Para el marido las causas de divorcio solían ser: la falta de descendencia, y el adulterio probado de la esposa, que lo obligaba a proceder al divorcio si no quería él mismo incurrir en infamia pública. En el caso de la esposa, solamente podía solicitar la disolución del matrimonio cuando recibía malos tratos.

La única finalidad del matrimonio era la consecución de un heredero, por lo que se evitaba tener un número elevado de hijos, no sólo para no dividir la hacienda entre los varones y las dotes de las hembras, sino porque la mayoría de las familias tenían una economía modesta. Por este motivo estaba dentro de la legalidad la exposición del recién nacido, especialmente si era hembra, así como el aborto.

El hombre privado de descendencia podía servirse de la adopción, bien en vida o a través del testamento. El padre que sólo tenía como heredera a una hija casada, podía adoptar al hijo de ésta. Convirtiéndolo en su heredero y así evitaba que a su muerte alguno de sus propios parientes le exigiera el divorcio

para desposarla él mismo. Si el adoptado era mayor de edad, podía decidir libremente; en caso contrario necesitaba el consentimiento de sus padres. Cualquier padre podía repudiar y desheredar al hijo que no tuviera con él la conducta debida.

1.1.3 EL MATRIMONIO EN TIEMPOS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Es importante señalar el matrimonio en la Revolución Francesa en virtud de que dicha institución sufrió profundos cambios, con la Revolución francesa en 1789 se dio un gran paso atrás en materia familiar al quitarle al matrimonio su carácter religioso y conceptuarlo como un contrato, el cual se consideraba como la simple manifestación del consentimiento, y se mina la principal fuente de la familia, Mazeud afirma “cuando se ha concluido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común. El derecho revolucionario admite, pues, el divorcio por mutuo consentimiento.”⁸

Fue este principio de libertad el que llevó a los revolucionarios a permitir la disolución del matrimonio, y el de igualdad, a distinguir que había una familia natural y una legítima.

Así pues las nuevas leyes consideraban el matrimonio como un contrato civil. La ley contempla que el matrimonio es un deber de los ciudadanos para con la patria y una institución fundamental de la República, a la que deberán darse hijos para educarlos según las ideas patrióticas. La dote desapareció ya que estaba considerada un símbolo de abuso y de discriminación hacia la mujer. A pesar de los principios de igualdad la mujer casada seguirá estando en inferioridad con respecto a su marido.⁹ Sólo se prohíben los matrimonios entre parientes de primer grado y la edad mínima para casarse es de quince años para los varones y de trece para las mujeres. Al principio la ceremonia del matrimonio era simple y breve y a ella acudían los contrayentes y dos o cuatro testigos. Más adelante las bodas se celebrarán públicamente ante el altar de la Patria con un acto solemne.

⁸ CASTAN TOBEÑAS JOSÉ, La Crisis del matrimonio (Ideas y Hechos). Hijos de Reus, Editores, Madrid 1914.

⁹CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F, La familia en el Derecho (Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares), Editorial Porrúa, México 1994 págs. 44-46.

A partir de 1794 la ceremonia vuelve a la simplicidad del principio. El divorcio se introdujo en Francia pese a la firme oposición del clero. La Convención argumentó que era un instrumento de libertad y un arma para mejorar la moral y el bienestar social. Se consideraban causas de divorcio al abandono del hogar, al adulterio, a los malos tratos... Las demandas de divorcios se produjeron principalmente en las ciudades. En los primeros años las solicitudes fueron numerosas pero después descendieron notablemente.

1.1.4 NUESTRO DERECHO

Los Códigos Civiles mexicanos del siglo pasado conservan la tradición jurídica francesa.

El Código Civil de 1884 (al igual que el de 1870) reconocía la regla fundamental de la capacidad en el artículo primero, al disponer que la “ley civil es igual para todos” sin distinción de personas ni sexos, a no ser en los casos especialmente declarados”. La última parte del artículo vino a permitir las excepciones a la igualdad de todos frente a la ley. Confirma lo anterior el artículo 1282 del mismo Código que establece, “*son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley*”,

Contrastando con lo anterior y la capacidad jurídica de la mujer, el Código de 84 reguló algunas situaciones especiales en las que se señalan desigualdades o incapacidad de la mujer.

El artículo 190 decía “*la mujer debe vivir con su marido.*” “*El marido debe proteger a la mujer; ésta debe obedecer a aquél, así como en lo doméstico, como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes*” (Art. 192 C. C.), La mujer estaba obligada a seguir a su marido , si este lo exige, donde quiera que establezca su residencia, salvo pacto en contrario celebrado en las capitulaciones matrimoniales”) Art 190 C. C.

En cuanto a los bienes, el artículo 196 C. C. Establecía que el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio. El siguiente artículo establecía que el marido sería el representante legítimo de su mujer . “*Ésta no*

puede sin licencia de aquél, dada por escrito comparecer en juicio por sí o por medio del procurador, ni aun para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio y pendientes en cualquier instancia al contraerse éste, mas la autorización, una vez dada sirve para todas las instancias a menos que sea especial para una sola, lo que no se presume sino se expresa.”

La mujer requería licencia del marido para adquirir por título oneroso o lucrativo, para enajenar sus bienes y obligarse (Art. 198). También requería licencia para litigar, como para contraer obligaciones.

En relación al litigio contra el marido o para contratar con él, el artículo 201 C.C. prevenía la necesidad de autorización judicial, lo que se conservó en el vigente Código hasta las reformas de 1975.

En cambio el artículo 202 C. C. establecía que la mujer no necesita licencia del marido ni autorización judicial, cuando fuere mayor de edad: *“I. Para defenderse en juicio criminal; II. Para litigar con su marido; III. Para disponer de sus bienes por testamento; IV. Cuando el marido estuviese en estado de interdicción; V. cuando el marido no pudiere otorgar su licencia por causa de enfermedad; VI. Cuando estuvieran legalmente separados; VII Cuando tuviere establecimiento mercantil; “*

La Ley sobre relaciones Familiares rompió el sistema estableciendo que *“los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre la base de igualdad entre éstos, y no en el imperio como restos de la manus romano se le otorgaba al marido...”*

En la reglamentación de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio hay un adelanto. Si bien es cierto que la mujer debe vivir con su marido, no está obligada a hacerlo cuando éste se ausente de la República o se estableciere en lugar insalubre (Art. 41). *“Marido y mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales”* (Art. 43) y de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. Se conserva la división de trabajos por sexos, y la mujer tiene obligación de atender todos los asuntos domésticos. *“por lo que ella*

será especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y la dirección del hogar“ (art 44), y para ser congruente, el mismo artículo prevenía que “en consecuencia, la mujer sólo podrá, con licencia del marido obligarse a prestar servicios personales a favor de terceras personas o a servir un empleo o ejercer una profesión o establecer un comercio. El marido al otorgar la licencia, deberá fijar el tiempo preciso de ella, pues de lo contrario se entenderá concedida por tiempo indefinido y el marido para determinarla deberá hacerlo saber por escrito a la mujer con dos meses de anticipación”.

En lo relativo a la administración de bienes, el artículo 55 establecía que el marido y la mujer tendrán plena capacidad, siendo mayores de edad para administrar sus bienes propios y disponer de ellos y ejercer todas las acciones que les competen, sin que al efecto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta la autorización o licencia de aquél. El artículo 46 otorga la posibilidad a la mujer, que siendo mayor de edad, puede sin licencia del marido comparecer a juicio para ejecutar todas las acciones que le correspondan, y también, sin licencia marital, puede celebrar toda clase de contratos (Art. 47).

Algunas disposiciones permanecen en el Código de 1928, pero en general este Código presenta un sensible avance en la igualdad marido-mujer: La mujer ya no necesita la licencia marital para trabajar y el artículo 169, en contraste con la disposición relativa en la Ley sobre Relaciones Familiares, establecía que la mujer podría desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio, comercio, cuando ello no perjudique su misión que le impone el artículo anterior, el que continuaba conservando el trabajo del hogar y dirección de la mujer.

En el Código de 28 se conservaba, en su redacción original, la división de trabajos por sexos, correspondiendo al hombre dar los alimentos, aunque tienen autoridad igual el marido y la mujer en el hogar, a uno le corresponde preferentemente el llevar los alimentos y a la otra el cuidado del hogar y dirección del mismo.

Las reformas de 1975, tratan de igualdad de ambos sexos, siendo responsables ambos en todo lo relativo al hogar, no solo en la atención, cuidado y educación de los hijos, sino también en lo relativo a los alimentos, lo que no deja de

significar un perjuicio para la mujer debido a la situación socio-económica existente en nuestro país.

1.2 MATRIMONIO RELIGIOSO.

En México se acostumbra no solo a celebrar el matrimonio civil sino también el religioso o canónico, por lo tanto cualquier consejo que se dé, cualquier estudio que se haga sobre la institución matrimonial debe comprender el aspecto religioso. Como es natural, del matrimonio religioso surgen una serie de deberes entre los cónyuges y en relación con sus hijos, deberes de orden espiritual y religioso que pueden estar vinculados con los deberes jurídicos que derivan del matrimonio civil. Cualquier consulta, cualquier solución que se dé a un caso práctico, deberá comprender, para evitar conflictos personales, conyugales o sociales, no solo al aspecto civil sino también al aspecto religioso de la unión conyugal.¹⁰

1.2.1 FACULTADES DE LA IGLESIA.

“La iglesia es una sociedad visible cuya autoridad deriva inmediatamente de Jesucristo. Por lo tanto, tiene un gobierno dotado de dos poderes: uno de ellos se refiere a la enseñanza y santificación como misión universal de la Iglesia, y el otro se refiere al gobierno de la iglesia como sociedad visible, dentro del cual tiene el derecho de juzgar, dictar penas, legislar poseer bienes temporales, etc”¹¹.

1.2.2 DERECHO CANÓNICO

“La existencia del derecho canónico se explica no por el poder de enseñanza (*magisterium*), no por el de santificar a los hombres (*ministerium*), sino por el poder de jurisdicción o gobierno (*imperium*)

En el poder de gobierno se podría distinguir una función legislativa, una ejecutiva y una judicial. Pero esta triple distinción, que en ocasiones es difícil distinguir en un estado determinado, implica mayores dificultades en la iglesia, pues a ella y

¹⁰ CHAVEZ ASENCIO MANUEL F. La familia en el derecho, Relaciones jurídicas conyugales, , Editorial Porrúa, México 2007. pág. 21

¹¹RUIZ DE SANTIAGO, JAIME Naturaleza del Vínculo y de los Impedimentos Matrimoniales en la Legislación Eclesiástica Jurídica No. 9, julio de 1977, pág. 476.

mas concretamente los apóstoles y sus sucesores, otorgó Jesucristo la totalidad de los poderes antes enunciados. A la función legislativa -que es la mas importante – compete emitir leyes, modificarlas o abrogarlas y también interpretarlas, pues el legislador es la instancia competente para determinar el espíritu que anima una determinada ley”¹²

el Derecho Canónico es “el derecho de la Iglesia. Canon (griego) significa norma, regla. Se llama así por oposición al Derecho Romano. Podríamos definirlo diciendo que es el conjunto de normas jurídicas promulgadas o reconocidas en cuanto su carácter normativo por los órganos competentes de la Iglesia Católica que determina la organización y actuación de la iglesia y regulan la actividad de los fieles con relación a los fines de la iglesia de enseñanza y santificación”¹³.

1.2.3 RELIGIÓN Y DERECHO.

Se dice que el fenómeno religioso es algo inmanente del ser humano, y, por lo tanto, está fuera del campo del derecho. Que se refiere a los sentimientos y a las relaciones internas de la persona con la divinidad, a diferencia, el ámbito del derecho es externo, regula conflictos de intereses y su carácter es eminentemente social.

Sin embargo se puede sostener históricamente que el hecho religioso tiene un carácter social que trasciende el ámbito interno y se manifiesta como hecho social. Hay exteriorización de la creencia religiosa, y consecuentemente, la tendencia a asociarse y a crear colectivos religiosos.

Esta sociabilidad del fenómeno religioso justifica la existencia del Derecho Canónico porque no puede darse una sociedad sin derecho y en los hechos sociales (incluidos los religiosos) requieren de reglamentación.

También se ha objetado el carácter jurídico de la norma religiosa, pues se dice que la coacción es elemento esencial del Derecho, que no aparece en la religión. El Derecho es un sistema que regula las relaciones y los conflictos ante personas.

¹² Op. Cit. pág. 476

¹³ CHAVEZ ASENCIO MANUEL F, La Familia en el Derecho, Relaciones jurídicas Conyugales, Tercera Edición, Porrúa, México, 1995, pág. 22,

Pero observamos que en la norma canónica existe sanción a través de la excomunión. Contempla situaciones de conflictos que pueden ser individuales y del individuo frente la administración eclesial

1.2.4 MATRIMONIO-SACRAMENTO

“Para el derecho canónico el matrimonio es una institución de derecho natural, que fue elevado por Jesucristo a la categoría de sacramento. El Cristianismo consideró desde los primeros tiempos al matrimonio como sacramento y así se ha afirmado por diversos autores. San Pablo así lo considera en la epístola a los efesios 5:22 y siguientes. Frente a la discrepancia de algunos canonistas del siglo XII, tal carácter fue consagrado dogmáticamente por los concilios de Lion de 1274 y de Florencia de 1439/1441.

Negado el carácter sacramental por Lutero y Calvino, el Concilio de Trento volvió a reafirmar, en 1563, que es un sacramento instituido por Cristo que confiere a la iglesia (sesión XXIX Canon 1) lo han recordado insistentemente diversos pontífices: Pio XI en su alocución *Acerbissimum* y en la proposición 65 del Syllabus, León XIII en la encíclica *Arcanum Divinas Sapientiea*, Pio X en la proposición 51 del *Decreto Lamentabile*, Pío XI en la Encíclica *Casti Connubii*, y el Concilio del Vaticano II en varios documentos”¹⁴.

En la narración del Génesis se destacan los elementos propios de origen judío que vienen a integrar la estructura del matrimonio que son:

En la versión mas antigua (Génesis 2:18-24) se destaca: la afinidad de sangre o raza al presentar la creación de la mujer de la costilla del hombre , la promoción conyugal integral al presentar a la mujer como complemento del hombre al dársela como compañera de vida, el amor conyugal en la unión física o esponsal, al expresar que forman una sola carne.

En la versión mas reciente (génesis 1:26-28) se destaca: la monogamia al decir los creo hombre y mujer, la igualdad y dignidad de ambos, pues Dios los creo a su imagen y semejanza, la procreación responsable en su aspecto de fecundidad a la que son llamados el hombre y la mujer.

¹⁴ CHAVEZ ASECIO MANUEL F., Op. Cit., pág. 22.

En el Derecho Canónico se expresa que la “alianza matrimonial por la cual el varón y la mujer constituyen una comunión para toda la vida ordenado por su naturaleza al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de la prole, fue elevada por Cristo, para los bautizados a la dignidad del sacramento” (CAN 1055). Es decir, el matrimonio entre bautizados es sacramento, independientemente que éstos sean católicos o protestantes. Se excluye de la sacramentalidad cristiana al matrimonio natural.

La doctrina más común “entre los teólogos y canonistas es que el matrimonio no es un sacramento, como lo es el de la Eucaristía, ni imprime carácter, como el de la ordenación, si bien no puede celebrarse nuevo matrimonio mientras subsista el vínculo anterior. No siendo sacramento permanente, no radica ni se identifica con el vínculo, sino con el contrato que es algo pasajero en su identidad objetiva, aunque permanezcan sus efectos”.¹⁵

Dentro del punto de vista jurídico, se le calificó de contrato. Hoy el Código dice que es una alianza matrimonial, lo que no le priva del carácter consensual que le da el acuerdo de voluntades, como lo previene el Can. 1057, al señalar que por el consentimiento matrimonial se establece el matrimonio como acto de voluntad. Estimo se trata de señalar lo especial de este acto que es la alianza. Es bilateral, al intervenir dos voluntades, es legítimo, pues exige la celebración reglamentada por la ley canónica, es indivisible, es decir, no puede ser válido por una y nulo por la otra, produce una comunión indisoluble de vida , no existe divorcio vincular, solo separación de personas.

El matrimonio se convierte en sacramento cuando ambos son bautizados (can 1055). Es decir, no pueden hacer uso del matrimonio sacramental sino aquellas persona que sean miembros de la Iglesia por haber recibido el bautismo. Por lo tanto el derecho canónico hace distinción entre matrimonio contraído por los bautizados y el contraído por no bautizados, y éste último puede ser disuelto en casos especiales. Al primero se le denomina matrimonio canónico, y al segundo natural o puramente Civil.

¹⁵ RUIZ DE SANTIAGO JAIME, Op. Cit. Pág. 476.

Al matrimonio religioso lo define el maestro de la Universidad de Munich, A. Knecht como la “unión legal , elevada por Cristo sacramento, de un hombre y una mujer para la comunidad de vida recíproca y perpetúa, espiritual y corporal”.¹⁶

Se distingue el matrimonio canónico por razón del cumplimiento o incumplimiento de sus requisitos esenciales en: válido o verdadero, que es el celebrado sin impedimento dirimente y que produce en realidad el vínculo conyugal, y el inválido llamado también írrito o nulo que es el que adolece de un vicio esencial (impedimento dirimente o defecto de forma sustancial o de consentimiento). Y se subdivide, el primero, en matrimonio “*rato*”, que es el contraído válidamente entre bautizados antes de ser consumados por cópula carnal, y el matrimonio “*consumado*” (llamado también rato y consumado) que es el matrimonio válido seguido del ayuntamiento carnal.¹⁷

La sacramentalidad no es un simple añadido a lo que es el matrimonio natural, de tal manera incide en su ser que puede hablarse de una nueva institución y “con las palabras de Rondet podemos decir que el matrimonio cristiano es algo nuevo en el mundo”¹⁸

La sacramentalidad o este nuevo matrimonio , tiene consecuencia jurídicas “el lazo del sacramento *res-sacra* y el contrato matrimonial *res-jurídica*, dan vida a un ente del que se derivan relaciones interpersonales para los esposos y grandes bienes para los mismos y la sociedad.”¹⁹

1.3 CONCEPTO DE MATRIMONIO

La palabra matrimonio se aplica indistintamente a dos situaciones diferentes, si bien unidas entre sí por una relación de causa y efecto: la celebración del matrimonio y el matrimonio en sí (sociedad conyugal) que forman marido y mujer.

¹⁶ CASTAN TOBEÑAS JOSE, Derecho Civil Español Común y Foral, tomo V, Derecho de Familia, vol. I, pág 154. Reus, S. A., Madrid, 1976.

¹⁷ Op. Cit. Pág. 154.

¹⁸ HONORIO Y BELARMINO ALONSO ALIJA, Nulidad y Disolución del Matrimonio sus Causas Hoy y Otras Nuevas en el Futuro, pág. 116. Gráfica Uguina, Madrid, 1974.

¹⁹ Op. Cit. Pág. 118.

En relación a la palabra matrimonio, Belluscio señala que ésta “puede tener tres significados diferentes, de los cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En primer sentido, matrimonio es el acto de la celebración, en un segundo es el estado que para los contrayentes se derivan de ese acto, y en el tercero es la pareja formada por los esposos”²⁰.

“Las significaciones jurídicas en las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de matrimonio-fuente (o matrimonio-acto) y matrimonio-estado respectivamente. El matrimonio-fuentes es, pues, el acto por el cual la unión se contrae, y el matrimonio-estado respectivamente. El matrimonio-fuente es pues, el acto por el cual la unión se contrae, y el matrimonio estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de la celebración”²¹

Zannoni expresa que “El derecho positivo se ocupa de regular las condiciones de existencia y validez del acto jurídico matrimonial y, consecuentemente, da contenido normativo a las relaciones que dicho acto crea, que se traduce en derechos y obligaciones. De este modo el acto es presupuesto del estado de familia que el matrimonio establece. El matrimonio en sentido propio es lo que se llama una comunidad conyugal, o sea el matrimonio-estado al que refieren los autores citados. A la celebración se le aplica el mismo vocablo del matrimonio por extensión, debiendo ser más exacto denominarlo, como lo hace el lenguaje popular nupcia, boda o casamiento, lo que ponen de relieve el carácter causal o transitorio del acto constitutivo que es sólo la celebración de matrimonio, el contraer matrimonio”²².

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”²³; En su caso Rafael de Pina nos dice que “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”²⁴; y Edgard Baqueiro Rojas en su

²⁰ BELLUSCIO AUGUSTO C, Derecho de Familia, tomo I, pág 283. Depalma, B. Aires, 1975.

²¹ CHAVEZ ASECIO MANUEL F Op. Cit. Pág. 42

²² BELLUSCIO AUGUSTO C. Derecho de Familia, tomo I,. Editorial Astrea, B. Aires, 1978, pág. 115

²³ MOTO SALAZAR EFRAIN. Elementos de Derecho, Porrúa, México 2000, pág. 168

²⁴ DE PINA RAFAEL, Diccionario de Derecho Porrúa, México 2003, pág. 368

libro Derecho de Familia y Sucesiones cita a Marcel Planiol y Georges Ripert, y nos define al matrimonio como “la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión”²⁵.

Por otro lado Rafael Rojina Villegas en su libro Compendio de Derecho Civil²⁶ nos dice que el matrimonio es una institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarios.

De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, solo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benignidad que el matrimonio genera. La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degrada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera del matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo. Una benigna extensión, limitada siempre en sus efectos, es la hecha por la ley de las relaciones de familia legítima a las relaciones naturales derivadas de la unión ilegítima y ello responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de justas nupcias, la artificial creación del vínculo parental en la adopción no es mas que una imitación de la familia legítima. Esta importancia y preeminencia de la institución hace el matrimonio al eje de todo el sistema jurídico familiar, se revela en todo el derecho de familia y repercute aun mas allá del ámbito de este”

En el derecho mexicano, a partir del la Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia esta fundada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones jurídicas de paternidad, maternidad y patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el

²⁵ BAQUEIRO ROJAS EDGAR, Derecho de Familia y Sucesiones. Oxford, México, 1990 pág. 40.

²⁶ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Introducción Personas y Familia, Porrúa México 2009. Pág. 307.

código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

El Código Civil vigente ha continuado la obra iniciada por la ley de Relaciones Familiares. Además, equiparó los derechos de los hijos naturales con los de los legítimos y facilitó la prueba de los hijos habidos en el concubinato, para considerar posible la investigación de la paternidad, siempre y cuando se justifique que tales hijos fueron concebidos durante el tiempo en que la madre habitó bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo con el maritalmente (artículo 382, fracción III).

En la regulación jurídica del parentesco, de los alimentos, del nombre, del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario en la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela, no vuelve a partir nuestra ley de la distinción entre hijos naturales y legítimos, sino que equipara para todos los efectos legales en las distintas instituciones mencionadas a esa clase de descendientes. Por lo tanto, ya no podemos afirmar, como se hace todavía en el derecho europeo y en el americano, que el matrimonio es la institución fundamental del derecho familiar. Menos aun podemos decir que de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, pues nuestro régimen jurídico parte precisamente de una hipótesis distinta: ha considerado la filiación (legítima o natural) como la base y fuente de todas esas consecuencias jurídicas.

1.4 NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Para poder comprender el matrimonio desde el punto de vista jurídico, debemos analizarlo desde varios ángulos. Primero, conviene determinar su naturaleza jurídica. El matrimonio crea un estado de vida que origina deberes, derechos y obligaciones. En seguida conocer los fines del matrimonio, que se derivan de su naturaleza jurídica. ¿Es sólo para la reproducción o tiene otros fines de acuerdo con su naturaleza?

En relación al problema de la naturaleza jurídica del matrimonio entendemos que se refiere al acto de su constitución y también al estado matrimonial que se genera. Sobre este particular, Zannoni expresa que “el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio se refiere al acto mismo por el cual se lo celebra. En

cambio, las relaciones jurídicas que siguen de esta celebración, sean patrimoniales o extrapatrimoniales, ya atañen al estado civil mismo de casados que revisten los contrayentes, haciendo surgir los derechos de deberes personales”²⁷

Estimo que para comprender la naturaleza jurídica del matrimonio, debemos referirnos, tanto al acto de su constitución como al matrimonio estado de vida.

VARIAS POSICIONES DOCTRINALES

Las variadas posiciones en relación a la naturaleza jurídica del matrimonio, trataremos de concentrarlas desde los siguientes puntos de vista:

- a) como contrato
- b) como institución
- c) como acto de poder estatal.
- d) Como estado jurídico.
- e) Como acto jurídico

a) CONCEPCIÓN CONTRACTUAL CIVIL. Uso habitual en los juristas medievales posteriormente en los conocidos tratados de *“iustitia et de iure”* reducir las fuentes de derecho a dos: *“la lex y el contratus”*. En cuanto a las posibles causas de las obligaciones jurídicas, al contrato se añadía –de acuerdo con la doctrina justiniana- al cuasi contrato, el delito y el cuasi delito, al filo de estas ideas, fue común, y lo sigue siendo hasta nuestros días, calificar al matrimonio de un contrato, con ello se quiere significar que el vínculo matrimonial, los derechos y deberes de los cónyuges tienen su origen, su causa, en el mutuo consentimiento. Su causa y origen no su delimitación y configuración puesto que los derechos y deberes conyugales están delimitados y configurados por el derecho natural²⁸

“La concepción contractual civil se remonta a las opiniones de los canonistas disidentes, quienes sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento. Esta concepción fue elaborada en Francia y constituyó la base de la secularización del matrimonio producida tras la revolución de 1789. Alcanzó su

²⁷ CHAVEZ ASENCIO MANUEL F, Op. Cit. Pág. 44

²⁸ HERVARA JAVIER- LOMBARDIA PEDRO, Del Derecho del Pueblo de Dios,. Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1973. pág. 212

máxima expresión legislativa en la Constitución de 1791, la que consideró al matrimonio como un contrato civil. Podemos considerar que también fue la opinión unánime de los juristas en el siglo XIX y persiste aun en nuestro siglo”²⁹.

Por lo demás el acto constitutivo del vínculo, es ciertamente, un acuerdo de voluntades entre los cónyuges: la circunstancia de ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen marcadas rígidamente por el ordenamiento jurídico no le priva de carácter contractual, porque la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción del contrato.

Por considerar que el elemento esencial es el acuerdo de las partes, la opinión de que es un contrato se ha generalizado, aun cuando no se determine que clase de contrato, aunque desde luego los autores encuentren diferencias con los contratos patrimoniales y una serie de limitaciones a la voluntad que no parecen en los contratos en general, y para algunos al exceder los límites de las figuras contractuales clásicas, les inducen a considerar el matrimonio como un negocio jurídico bilateral de contenido amplio. Por eso hablan de negocio jurídico bilateral de orden familiar y carácter solemne

Por su parte, Planiol y Ripert reconocen que “aun cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual, sin embargo admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta , señalan que el matrimonio se le consideraba como un contrato civil, pero que en el siglo XX se ha criticado muy severamente esta concepción, habiéndose considerado el matrimonio como una institución, y se quiere expresar con ello que constituye un conjunto de reglas impuestas por el estado que forma un todo y al cual las partes no tiene mas que adherirse...

Señalan que el matrimonio es una institución natural y de orden público y por eso se explica que sea obra del representante del estado, pero agregan que no por lo dicho el matrimonio deja de ser un contrato, aunque al mismo tiempo sea un institución”³⁰

²⁹ CHAVEZ ASENCIO MANUEL F. Op. Cit. Pág. 45

³⁰ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho de Familia tomo I, Antigua Librería Robledo México, 1959, pág. 264

b) INSTITUCIÓN. La teoría de la institución y su aplicación al matrimonio, tuvo su desarrollo en Francia a partir de principios del siglo, enfrentándose a la concepción del matrimonio como un contrato civil.

Para principiar, procuremos entender lo que significa una institución sobre la cual hay variedad de concepciones.

Según el diccionario enciclopédico hispanoamericano, institución proviene de latín "*institutio*" que significa "establecimiento fundación de una cosa"... "instrucción , educación enseñanza..." "colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, arte, etc.". Con lo que concuerda , también, el diccionario de la Lengua española, de la Real Academia Española (1970).

Demófilo de Buen expresa que institución "es el conjunto de relaciones jurídicas concebidas en abstracto y como una unidad por el ordenamiento jurídico, siendo por consiguiente un ensayo más o menos definido de tipificación de la relaciones civiles".³¹

Eduardo Pallares señala que también puede considerarse al matrimonio como institución, la que considera, como "un conjunto de normas jurídicas debidamente unificado, que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial".³²

Por su parte Rojina Villegas afirma que significa "un conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una Institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que persiguen una misma finalidad".³³

El mismo autor citando a Ihering dice que "la Institución jurídica debe quedar integrada por un conjunto de normas que persigan la misma finalidad. Por consiguiente la unidad se alcanza desde el punto de vista funcional entre preceptos de igual naturaleza que se combinan entre si para lograr un conjunto de relaciones jurídicas. En este enlace teleológico no encontramos una jerarquía

³¹ DE PINA RAFAEL, Diccionario de Derecho. Pág. 164.

³² El divorcio en México, pág. 37, Edit. Porrúa S. A., México, 1979.

³³ BELLUSCIO AUGUSTO C., Derecho de Familia, Vol. I pág. 258.

normativa, ya que los preceptos que constituyen la institución son de igual rango”³⁴

De lo dicho, tomando los elementos que aparecen constantes en las definiciones que anteceden, podemos entender como institución un conjunto orgánico de normas jurídicas, orientadas al mismo fin, que reglamentan funciones o actividades sociales y sus relaciones jurídicas, que por su importancia está sujeta a la tutela del Estado. Referida al matrimonio ese conjunto de leyes tiene como fin el reglamentar la comunidad conyugal.

“Advertimos desde ahora , que creemos que el matrimonio tiene un carácter institucional porque en él encontramos precisamente un conjunto de principios , una colección metódica de elementos sociales y jurídicos que se regulan dentro de la idea del propio matrimonio, y que mediante él, -al celebrarse- se funda la base orgánica de la nueva familia, o sea, se establece una nueva cédula social, se principia una nueva vida para ambos esposos. Pero por encima de ellos, advertimos que existe un desarrollo equivocado y exagerado de la teoría de la institución en materia matrimonial , pues no nos cabe duda que si hay una institución en el matrimonio, pero que el matrimonio no es una institución ni mucho menos de aquellas a las que se refiere preferentemente la teoría del derecho público. En otros términos el matrimonio dando cabida a una institución no se agota en ella, pues es algo anterior a la institución misma y ésta representa no su idea primaria, sino en todo caso su idea final. Si confundimos estos términos sería tanto como identificar un edificio con sus propios cimientos.”³⁵

Desde el punto de vista que la institución se puede considerar como una colección metódica de los principios o elementos de una ciencia o arte”, es posible que el matrimonio sea una institución, pero esto es tan genérico que dentro de este concepto pueden caber otras figuras jurídicas.

Por su parte Renard, hace una comparación entre institución y contrato, y señala sus diferencias de la siguiente manera:

³⁴ Op. Cit. Pág. 258.

³⁵ BELLUSCIO AUGUSTO C. Derecho de Familia, Op Cit. Pág 241

“el primer elemento diferencial: el contrato se desanuda de acuerdo como se forma . Esto es, si la voluntad es la materia prima para la celebración del contrato, su desintegración es también por causa de la misma voluntad. Por el contrario la Institución es irrevocable por escapar a sus fundadores. O sea adquiere una vida independiente, se despersonaliza y deja de depender de ellos mismos, de ahí que sea durable, esto es, permanente y como consorcio que se convierte, como diría Hauriou en una comunión.”

“Segundo elemento diferencial: en el contrato hay igualdad, igualdad de las partes ante la ley, por el contrario en la institución hay jerarquía entre los miembros, ya que algunos son fundadores, otros dirigentes, etc.”.

“Tercer elemento diferencial: el contrato es inconmutable, por lo tanto se puede quedar al arbitrio de una sola de las partes y una vez que sea perfeccionado debe cumplirse y su incumplimiento da motivo a la rescisión o a la reclamación para que se lleve adelante. Por el contrario, la institución es adaptable, es decir, va modificándose y adecuándose en forma flexible a las circunstancias de tiempo y de lugar”.

“Cuarto elemento diferencial: el contrato es instantáneo en la expresión del consentimiento, aun cuando hay contratos continuos o sucesivos. Por el contrario, la institución es durable y permanente y su funcionamiento es continuo. Ejemplo de esto es una persona moral que es nacionalizada, sin que por ello cambie, sino que continúa siendo la misma aun cuando una forma nueva”.³⁶

Por último, Bonnecase citando a Ihering señala que “la institución jurídica no es simplemente una reunión de disposiciones jurídicas aisladas aplicables a una sola y misma relación, es esencialmente diferente de estas relaciones. Las disposiciones del Derecho son masas de materias, de ideas cuya existencia es únicamente substancial, en cambio, las instituciones jurídicas son existencias, individualidades lógicas, seres jurídicos que conservamos y animamos mediante la idea de una existencia y vida individual . Nacen, mueren, accionan, entran en

³⁶ MAGALLON IBARRA JORGE MARIO, El Matrimonio Sacramento-Contrato-Institución Tipográfica Editora Mexicana, S. A., México 1965, pág. 260

conflicto unas con otras, tienen su misión y fines, para realizarlos cuentan con fuerzas y cualidades particulares”³⁷.

La institución responde consecuentemente a un hecho fundamental que relacionado con el hombre puede tener diversos contenidos físicos, biológicos, económicos, etc. Aplicado al matrimonio, el mismo autor señala que el matrimonio es una “institución formada de un conjunto de reglas de Derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia una organización social moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción del derecho. En consecuencia se desprende que de una institución jurídica tan compleja se derive una situación jurídica no menos compleja: el estado de esposos, y no solamente simples relaciones de derecho mas o menos coordinadas entre si”³⁸

Las diferencias señaladas entre contrato e institución nos permite concluir que si bien el matrimonio es un conjunto de normas jurídicas que tienen un fin, y en ese sentido es una institución, no lo será desde el punto de vista de una institución irrevocable que escapa a sus fundadores y se despersonaliza, en donde hay jerarquía que es adaptable en el sentido que se modifica porque si hay algo personalizante que nunca escapa a sus fundadores (los cónyuges) es el matrimonio, donde la jerarquía no existe al ser los dos iguales, y en nuestro Derecho comparten la autoridad, y por su fin social e interés público no es adaptable.

c) ACTO DE PODER ESTATAL. La tesis de que el matrimonio no es un contrato sino un acto de poder estatal proviene de Antonio Cicu.

El jurista italiano niega que el matrimonio sea formalmente un contrato. No existe el matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil, y su presencia no es sólo declarativa, sino constitutiva.

³⁷ MAGALLON IBARRA JORGE MARIO Op. Cit., pág 263.

³⁸ BONNECASE JULIEN, La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al derecho de la Familia, Editorial Jossé M. Cajica Jr., Puebla, México, 1945, Pág. 214.

“El matrimonio es un acto del Estado, suponiendo, con miras sobre todo a la legislación italiana, que es el Estado quien constituye el matrimonio a través de la declaración del oficial del estado civil. El consentimiento de los esposos es solo un presupuesto de aquel acto del Estado. El matrimonio no es contrato, ni un negocio bilateral, sino un acto unilateral del Estado, que solo presupone la declaración de la voluntad de los esposos sin las cuales el acto no podría surgir.”³⁹.

“Esas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de la voluntad de los esposos deba ser dada al oficial y por él recogidas personalmente en el momento en que se prepara para el pronunciamiento, y que toda otra declaración o contrato realizado entre esposos no contiene ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que la ley no considera al matrimonio como contrato tampoco formalmente y que el acuerdo de voluntad de los esposos no es más que la condición para el pronunciamiento, éste y solo éste es constitutivo del matrimonio.”⁴⁰

d) ESTADO JURÍDICO. Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos en virtud de que constituyen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. “En este sentido, el matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los miembros una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. La ley puede reglamentar estados permanentes, tomando en cuenta ciertas situaciones naturales, como ocurre en materia de servidumbre por desnivel de los predios, o bien el subsuelo minero para originar la propiedad del estado, o bien puede referirse a relaciones humanas, que por implicar derechos y obligaciones derivadas de un acto jurídico , constituyen verdaderos estados de derecho. Así es, como podemos distinguir

³⁹ CASTAN TOBEÑAS JOSE, Derecho Civil Español Común y Foral, tomo V., Derecho de Familia, Reus, S. A. Madrid, 1976, pág. 106.

⁴⁰ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil, tomo II, Derecho de Familia Vol. I, pág 280.

los estados de hecho que nacen de hechos jurídicos y los estados de derecho que nacen de actos jurídicos. También cabe distinguir los estados naturales y los estados del hombre, en el primer caso se trata de situaciones derivadas de hechos que son independientes del hombre, pero que el derecho organiza para establecer múltiples consecuencias, como sucede con los ejemplos ya citados en materia de servidumbres y de propiedad del Estado sobre el subsuelo. En el segundo caso se comprende aquellas situaciones permanentes relacionadas con el hombre que la ley regula asimismo, tales como el parentesco consanguíneo, el concubinato y el matrimonio. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho según que nazcan de hecho o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho. En el parentesco tenemos estados del hombre que a su vez pueden ser de hecho o de derecho. Verbigracia: el parentesco consanguíneo que nace de un hecho y constituye un estado también de hecho en cambio el parentesco por adopción que nace de un acto jurídico constituye un estado de Derecho.”

“Refiriéndose ya al matrimonio lo caracterizamos un estado de Derecho en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho. En ambos casos existen analogías desde el punto de vista de que constituyen estados del hombre debidos a la unión sexual más o menos permanente, pero que en tanto el matrimonio es un estado de derecho sujeto a un estatuto jurídico que origina derechos y obligaciones entre los consortes, creando una forma permanente de vida regulada en constitución, en sus efectos y en su disolución por la ley, en el concubinato nos encontramos esas regulaciones normativas, aun cuando si producen determinadas consecuencias jurídicas.”⁴¹

e) ACTO JURÍDICO. Entre las variadas posiciones que la doctrina ha adoptado, se le considera también como acto jurídico, en cuanto procede de la voluntad de los esposos, pero no contrato ya que no tiene naturaleza económica, y de aquí derivan distintas conclusiones de actos jurídicos.

El matrimonio como acto jurídico-condición se debe a León Duguit. Define el acto condición, referido al derecho constitucional “como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un

⁴¹ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Op. Cit. Tomo I pág. 276.

individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan en la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua”.

“En el derecho privado tenemos también situaciones semejantes en el matrimonio y en la tutela. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes de forma permanente. Es decir, un sistema de Derecho en su totalidad puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes”

Se le considera también como acto jurídico mixto, como distinción entre los actos jurídicos públicos y actos jurídicos privados. En los últimos intervienen sólo particulares, en los públicos intervienen los órganos estatales, y en los mixtos hay la concurrencia de los particulares y también de funcionarios públicos, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El papel constitutivo lo tiene el representante oficial que declara unida a la pareja.

Gran parte de la doctrina moderna sostiene que el matrimonio es un acto jurídico familiar. “Claro está que se trata de caracterizar el acto de celebración del matrimonio, de modo que esta posición no es incompatible con ver en el matrimonio-estado una institución no sólo social sino también jurídica.”⁴²

Los autores que aceptan que el matrimonio sea un acto jurídico discuten si se trata de un simple acto bilateral, o si la intervención oficial en su celebración lo convierte en acto complejo. En Argentina Spota entiende que “hay acto complejo todas las veces que la celebración y perfeccionamiento del negocio jurídico depende, no sólo de una o varias declaraciones de voluntad que se hallan en un pie de igualdad jurídica, sino también de otra declaración de voluntad que actúa en un plano distinto al de quien o quienes formulan aquellas declaraciones, esta última voluntad no sería un asentamiento, aprobación, o autorización sino otra declaración de voluntad que integra el acto. La celebración del matrimonio constituiría así un acto jurídico bilateral en cuanto a que las partes son los dos contrayentes, pero también sería complejo en cuanto a que su

⁴² ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Op. Cit. Tomo I, Pág. 261.

perfeccionamiento depende de una declaración de voluntad constitutiva, la del oficial público, no habría yuxtaposición de actos jurídicos ni complejo de actos jurídicos, ya que la intervención del oficial público no sería un acto jurídico por sí mismo sino integrante del plexo de voluntades del cual surge el matrimonio”⁴³

La opinión de Spota ha sido refutada en la doctrina italiana por varios autores “fundamentalmente porque el vínculo nace de la voluntad de los contrayentes, en tanto que la del Estado no tiene el mismo valor ni puede ser puesta en el mismo plano que en las declaraciones de voluntad de los esposos”... “que la declaración del oficial no es la voluntad sino de ciencia, no declara una voluntad discrecional del Estado de unir a los novios en matrimonio sino que los proclama unidos no porque quiere sino porque debe, quedando enteramente a merced de voluntad de los novios ritualmente manifestada”. En España, Albadejo “cree que es complejo de actos integrado por un negocio bilateral (constituido por la declaraciones de los contrayentes) y un acto administrativo (la declaración del oficial público) que, unidos crean el vínculo matrimonial”.⁴⁴

Belluscio no está de acuerdo con lo anterior y manifiesta que “a su juicio es fundamental para negar la calidad de acto complejo del matrimonio y reafirmar su carácter bilateral es que ningún juego tiene en la formación del acto la voluntad del oficial público, o la del Estado por él manifestado ‘. Su función se limita a comprobar- a través de los medios que la ley específicamente le señala- la identidad de las partes, su habilidad para casarse y la expresión de su consentimiento, Reunidos los requisitos legales no podría deliberar entre la celebración o la no celebración del matrimonio, simplemente está obligado a celebrarlo. En esas condiciones, por mas que deba pronunciar que los esposos quedan unidos en matrimonio, no puede ver si hay una declaración de voluntad sino simplemente la expresión fehaciente de que el acto se ha cumplido de igual forma”.⁴⁵

Agrega como fundamento de su opinión, que si la manifestación de voluntad del oficial público se considerara como integrante, habría que aplicarle todo lo relativo a los vicios del consentimiento, lo que sería absurdo por tratarse de un

⁴³ BELLUSCIO AUGUSTO C. Derecho de Familia, tomo I, pág. 571

⁴⁴ Op. Cit., pág. 303.

⁴⁵ BELLUSCIO AUGUSTO C., Op. Cit. Pág. 571.

oficial público. Por su lado Zannoni, estima que la presencia del oficial público es “un control de legalidad” , por ser un acto administrativo . Que la voluntad de los contrayentes del acto administrativo son inseparables y “aunque puedan considerarse separadamente la naturaleza del acto bilateral (consentimiento) y la del acto administrativo (intervención del oficial público). Lo importante es que la celebración del matrimonio sintetiza la conjunción de los demás actos. Sólo esa síntesis constituye el vínculo”.⁴⁶

⁴⁶ Op. Cit. 571.

CAPITULO 2

EL DIVORCIO

2.1. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

Al tratar en la primera parte la evolución del Derecho de familia, vimos algo sobre el divorcio, y observamos que en todos los países de la antigüedad el divorcio existió. Inicialmente como un derecho o prerrogativa del hombre que podía repudiar fácilmente a la mujer, quien a través del tiempo fue adquiriendo también el derecho al divorcio. En obvio de repeticiones hacemos referencia a lo tratado en esa parte y solo la complementaremos con los siguientes antecedentes:

2.1.2. GRECIA

“Entre los griegos de la época homérica, el divorcio parece haber sido prácticamente desconocido, pero después se transformo en un acontecimiento diario en Grecia, Según la ley ática, el marido podía repudiar a su mujer cuando quisiera y sin tener que invocar motivo alguno, pero estaba obligado a devolver a la mujer a la casa de su padre con su dote. La mujer podía pedir divorcio acudiendo al arconte y mencionar los motivos por los cuales quería divorciarse
“47

2.1.3. ROMA

“Aunque al parecer, el divorcio fue admitido legalmente desde el origen de Roma, sin embargo, los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad que, sin duda alguna no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas.”

“Además, la mujer, sometida casi siempre a la *manus* del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciar en estas uniones, que solo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves. Fue solamente en los matrimonios sin *manus* (por cierto muy raros) donde en esta materia tenían los dos esposos derechos iguales; así que, en efecto en los primeros siglos apenas hubo divorcios. Pero hacia el fin de la República, y sobre todo bajo el imperio, habiéndose relajado

⁴⁷ GUY DUTY, Divorcio y Nuevo Matrimonio, Editorial Britania. Puerto Rico, 1957, pág. 105

extraordinariamente las costumbres, y siendo más rara la *manus*, podía la mujer con mayor frecuencia provocar el divorcio, hasta el extremo que antiguamente los historiadores y poetas se pusieron de acuerdo para criticar la facilidad con que se rompían los matrimonios”.

“Así generalizado el divorcio podía efectuarse de dos maneras a) *Bona gratia* es decir, por la mutua voluntad de los esposos no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; por repudiación, es decir por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitida y casada con su patrono. Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley Julia del adulterio exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por un acta escrita, que le era entregada por un manumitido.”⁴⁸

“Nada era pues común, que el divorcio por las causas más frívolas. La esterilidad, las riñas de una suegra con su nuera, la desvergüenza, eran los motivos mas ordinarios. Pedro Paulo Emilio, despidió a su mujer alegando por toda razón que le había ofendido; Sulpicio Galo hizo lo propio porque la suya había salido a la calle con la cabeza descubierta; Antistio Vetelo porque había hablado en secreto con una liberta de la clase baja; P. Sempronio porque había asistido a los juegos sin su consentimiento, Cicerón repudió a Terencia después de 30 años de matrimonio porque necesitaba una nueva dote para pagar sus deudas, etc.. Las mas de las veces ocurría que se separaban de común acuerdo, sin motivo alguno o porque habían adquirido compromiso por otra parte, César tuvo tres mujeres, Augusto cuatro, y los demás miembros de su familia cinco o seis. Algunas mujeres contaban los años por sus maridos y no por los cónsules.”⁴⁹

“Los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en la costumbres, pero si buscaban el hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación.”

⁴⁸ PETIT EUGENE, Tratado Elemental del Derecho Romano, op cit., p. 109

⁴⁹ CANTÚ CESAR, Historia Universal, tomo 8, Gasso Hermanos Editores, Barcelona, p.25

Por otra parte se publicaron en numerosas Constituciones, para casos de divorcio, infinidad de penas mas o menos graves contra el esposo culpable o contra el autor de alguna repudiación sin causa legitima.”⁵⁰

Hecho el divorcio o dado el repudio los casados podían contraer libremente nuevo matrimonio.

Posteriormente, en la legislación del emperador cristiano Constantino (año 331) quedó establecido el principio de que ni al marido ni a la esposa les era lícito disolver el matrimonio por cualquier causa y éstas fueron limitadas a tres: “en la mujer debía ser el adulterio o el maleficio o ser alcahueta, y en el marido o ser homicida o el maleficio o ser violador de sepulcros; otras causas como por ejemplo si el marido era borracho, un jugador o un mujeriego, no eran suficientes para que la mujer pudiera dar el repudio; pero probadas y demostradas las causales legales, podía precederse al libelo de repudio, con la facultad de contraer un nuevo matrimonio. Por consiguiente, el repudio aunque mas limitado que en el derecho precedente, seguía existiendo y siendo legitimo, como también el divorcio, con el consiguiente concepto del adulterio romano , diverso del adulterio cristiano”.

“Según el derecho Romano, había dos clases de adulterio: era adúltera la mujer casada que tuviese comercio carnal con cualquier hombre que no fuese su marido, era adulterio el marido que se unía a una mujer casada; pero si él se unía a una mujer no casada, en este caso no había para el Derecho Romano adulterio. Este concepto de adulterio, que se hará sentir en toda la tradición cristiana, difiere totalmente del de la doctrina de la Iglesia, que considero siempre adulterio a toda unión carnal de casado con cualquier persona.”⁵¹

2.1.4 DERECHO MUSULMAN

José López Ortiz, nos dice el siguiente comentario al Derecho musulmán:

“los que podríamos llamar dentro del *fic*, pleitos de divorcio, pueden fundamentarse en las siguientes causas: impotencia de uno de los cónyuges o

⁵⁰ PETIT EUGENE, op . cit, pág. 109.

⁵¹ PUJOL CLEMENTE, El divorcio en las Iglesias Ortodoxas Orientales. El vínculo Matrimonial. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973, pág. 273.

enfermedades que hagan peligrosa la cohabitación, si el conocimiento previo de esos defectos, y no obstante ellos, la continuación de la vida conyugal no han hecho prescribir el derecho a reclamar. Estos defectos o enfermedades pueden ser incurables, caso en el que el *cadí*, sin más disuelve el matrimonio; si en cambio las reputa curables, concede un plazo prudencial, pasando el cual, si no han desaparecido, disuelve el matrimonio.”

“Por incumplimiento de las condiciones del contrato; por ejemplo el no pagar la dote el marido, el no suministrar alimentos a la mujer; concede también el *cadí* un plazo para cumplirlas, pasado el cual disuelve el matrimonio, si no se han hecho conforme se está obligado. Además, ya se ha aludido que en algunas capitulaciones matrimoniales estipulan condiciones especiales, cuyo incumplimiento, una vez demostrado debe el *cadí* proceder a la disolución del matrimonio, bien obligando al marido a repudiar a la mujer, si fue ésta la forma de disolución que se pactó, o bien, dando él la repudiación en nombre del marido si éste no puede o no quiere.”

“No solo la mujer, sino cualquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio por diferencias ocurridas antes de la consumación del matrimonio, acerca de la cuantía de la dote, o en general por desavenencias conyugales después de la consumación, como sevicias del marido, indocilidad de la mujer, etc. Por parte del marido, serán poco frecuentes estas demandas, teniendo en su mano el medio de repudiación para resolver cualquier dificultad de este género”.

El adulterio tiene una consideración especial: “Hay un medio de hacer efectivas sus consecuencias cuando se pueden eludir en el orden penal. Se habla de esta cuestión en los tratados de *fi*c bajo el título de *Lian* –juramento imprecatorio- con el cual el marido acusa a su mujer. Directamente tiende el procedimiento a hacer costar la rehusa del marido a reconocer como suyo un hijo de su mujer. El marido que tiene prueba directa del adulterio de su mujer, o que a lo menos se cree en el caso de no reconocerse padre de un hijo de ésta, acude al *cadí* de la acusación; ante ella hace el juez comparecer a ambos, a poder ser en la mezquita en hora de gran concurrencia; el marido formula solemnemente la acusación apoyándola con tres juramentos a los que añade un cuarto, que contiene la imprecación ritual bien de la maldición divina, sino se dice la verdad.

Si la mujer contesta y apoya su negación de las imputaciones del marido con otros cuatro juramentos, en el cuarto de los juramentos impreca también sobre sí la cólera divina –como las del marido son palabras sacramentales evade la pena del adulterio; pero la prole de todos modos ya no se atribuye al marido y el matrimonio queda disuelto.”

A Mahoma le preocupó la facilidad que existía, especialmente para el hombre de repudiar a la mujer, y así después se reglamento mas precisamente conforme al *Alcoram* las causas de divorcio.

“Existió también en el Derecho musulmán la posibilidad de disolver el matrimonio por mutuo consentimiento, y había otra forma muy especial a la que podía ocurrir sólo el hombre, haciendo juramento de abstinencia, para no tener relación sexual con su mujer. En ese juramento se obliga a no tocar a la esposa ,y serle tan intangible como la madre. La esposa que en esa forma estaba expuesta a ver disuelto su matrimonio podía acudir al juez – al cadí de los musulmanes- para que exhortara al marido a fin de que retirarse su juramento. El marido podía retractarse de su juramento, y reanudar la vida conyugal. Pero si el marido insistía, la esposa entonces era la que para no continuar en ese estado contrario a la vida matrimonial, ocurría al juez para que de no retractarse el marido del juramento de abstinencia, éste la repudiase, y de no hacerlo el esposo, lo hiciera el juez en representación de éste. Y así era como entonces se llegaba a la disolución del matrimonio”.⁵²

2.1.5. ISRAEL

La poligamia fue fruto temprano de la historia humana. “El relato bíblico nos pinta a Noé saliendo del Arca con sus hijos como familia monógama, pero muy pronto cede ésta a lo que pudiera llamarse perspectiva de interés, que parece dominar en las familias patriarcales; sin que ello quiera decir que en los acuerdos matrimoniales de las misma se halle ausente el amor; aunque resulte cierto que

⁵² ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, tomo segundo. Derecho de Familia, vol. II. Antigua Librería de Robredo. México, 1962, Pág. 51

predominaron las opciones de trabajo o dinerarias subyacentes en los mismos.”⁵³

Abraham expulsó a Agar, realizando el primer divorcio que nos narra la Biblia. “Se levanto, pues Abraham (21, 24) de mañana y tomando pan y un odre de agua, se lo dio a Agar poniéndoselo en la espalda . Y con ello al niño, y la despidió. Ella se fue y anduvo errante por el desierto de Berzeba.”

A la vista de la tierra de promisión Moisés dirigió la palabra a su pueblo. Tras varias recomendaciones sobre el amor al prójimo, sobre los esclavos y las mujeres hermosas, que apresadas en la guerra podían tomar para si los varones en caso de agradarles, y también sobre los derechos del primogénito, les hizo una concesión de enorme trascendencia para el futuro del pueblo judío, a través de las edades posteriores (Deut. 24, 14) “Si un hombre toma a una mujer y llega a ser su marido, y ésta luego no le agrada, porque ha notado en ella algo torpe, escribirá el Libelo de repudio poniéndoselo en la mano la mandara a su casa. Una vez que de la casa salió, podrá ser ella mujer de otro hombre. Si también el segundo marido la aborrece y le escribe el libelo de repudio poniéndoselo en la mano, y la manda a su casa, o si el segundo marido que la tomó por mujer muere, no podrá el primer marido volverla a tomar por mujer después de haberse marchado, porque esto es una abominación para Yahavé, y no has de llevar el pecado a la tierra de Yahavé, tu Dios te de en heredar”

El divorcio a partir de esa fecha queda introducido en modo legal en el pueblo de Israel, toda vez que el repudio no es otra cosa que el divorcio y sólo hasta muchos siglos después la mujer pudo lograr también el derecho al divorcio.

Esta medida no logró la deseada unidad matrimonial, toda vez que “ en el fondo la desvinculación matrimonial que tal medida autorizó a los israelitas realmente vino a ser una poligamia sucesiva. Es ocioso destacar la grave discriminación que el repudio trajo sobre las esposas israelitas, no obstante las atenuaciones que anteriormente acabamos de resaltar, De cualquier forma que se mire, en el

⁵³ HONORIO Y BELARMINO ALONSO ALIJA, La nulidad y disolución del matrimonio, sus causas hoy y otras nuevas en el futuro. Gráficas Usina, Madrid, 1974. Pág 277

status, de la vida moderna, no puede ocultarse que el solo deseo o capricho del varón imponía lo que hoy se estima un desafuero”.⁵⁴

Al igual que en otras épocas. “en la de Moisés muchos judíos trataban con crueldad a sus esposas, y teniendo en cuenta su crueldad y su corazón, Dios permitió el divorcio. Se divorciaban por cualquier causa (Mat. 19. 3)”⁵⁵ todo lo que tenía que hacer un judío para divorciarse de su mujer era otorgarle el acta de divorcio en presencia de dos testigos, y éste se permitía por cualquier causa.

2.1.6. CRISTIANISMO

el cristianismo trajo un cambio radical en el divorcio o libelo de repudio judío. “Hemos de destacar que en el de San Juan no aparecen alusiones directas de matrimonio. Son los tres sinópticos los que afrontan la cuestión del repudio, aunque de modo desigual. Lucas presenta solamente breves alusiones al respecto. San Marcos y Mateo los que nos ofrecen relatos mas extensos, sobre todo el ultimo, acerca del repudio mosaico La importancia del asunto merece exponer la ocasión y circunstancias en que Jesús abordó la cuestión de repudio matrimonial.”⁵⁶

Hemos de retornar a esta materia al tratar lo relativo al adulterio, bástenos por el momento señalar que Cristo retomando la idea de la creación, y haciendo referencia al Génesis, declara la indisolubilidad del matrimonio que ha sido sostenida por la iglesia católica hasta nuestros días.

A raíz de crear Dios a la pareja humana en el paraíso, quiso que estuvieren unidos de modo indisoluble, Así lo narra el Génesis, (1-27,28). “ A imagen suya el creador los bendigo diciéndoles, procread y multiplicaos y henchid la tierra, sometedla y dominad sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo y sobre los ganados y sobre todo cuanto vive o se mueve sobre la tierra”.

“ Es decir, que los hizo reyes de la creación con una obligación ineludible: la de procrear y multiplicarse”.

⁵⁴ Ibidem, op. Cit. Pág 277.

⁵⁵ HONORIO Y BELARMINO ALONSO ALIJA, op. Cit. Pág. 278.

⁵⁶ HONORIO Y BELARMINO ALONSO ALIJA, op. cit., pág. 278.

“El escritor sagrado expone de modo realista el designio de Yahavé (Gen. 2-18 y sigs.). No es bueno que el hombre esté solo, voy a darle una ayuda proporcionada a él; y tras un sueño que le infundió, tomó una de sus costillas, cerrando en su lugar su carne; de la costilla que del hombre tomara, formó Yahavé-Dios a la mujer, y se la presentó al hombre. Éste exultante, de gozo, exclamó: “esto sí que es hueso de mis huesos y carne de mi carne. Ésta se llamará varona porque del varón ha sido tomada. Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre y se adherirá a su mujer; y vendrán a ser los dos, una sola carne. “

“Fueron presupuesto de la llamada ley de creación de los humanos: a) La unión del hombre y la mujer de modo indisoluble; b) La fidelidad y el amor, por ser ambos una sola carne; c) el efecto familiar perenne, pues, sobreponiendo el mutuo amor al de los padres, podrían afirmar su autonomía en una convivencia pródiga en realizaciones personales, enriquecedora de sus propias existencias.”⁵⁷

El matrimonio monógamo es la obra querida por Dios; lo mismo que la unión del hombre y la mujer indisoluble, y Cristo lo recuerda.

Posteriormente vamos a ver la disolución del vínculo matrimonial por el privilegio de la fe, y la potestad de la iglesia para disolver los matrimonios consumados.

2.1.7 MOTIVOS DE LA APARICION DEL DIVORCIO EN LOS ESTADOS MODERNOS

“Hay muchas y variadas circunstancias históricas que originaron la aparición del divorcio vincular en los estados modernos, entre otras; la reforma protestante y la escuela del derecho natural racionalista; la revolución francesa, la revolución de octubre; el laicismo y una serie de ideologías tales como el feminismo, los movimientos de liberación de la mujer, la libertad de conciencias etc.”⁵⁸

⁵⁷ HONORIO Y BELARMINO ALONSO ALIJA, op cit., pág. 271.

⁵⁸ GARCÍA CANTERO GABRIEL, El divorcio en los Estados Modernos. El Vínculo Matrimonial. Pág.435.

2.1.7.1 LA REFORMA PROTESTANTE Y EL IUS NATURALISMO RACIONALISTA

La doctrina protestante al desconocer la naturaleza sacramental del matrimonio, acepta con ciertas restricciones, el divorcio vincular “El derecho canónico protestante admite como causas de divorcio el adulterio; la obstinada negativa de cumplir el débito conyugal, las insidias y las sevicias se incluyeron inicialmente en aquella última, pero luego se consideraron causas autónomas. Todas ellas estuvieron en vigor en los países alemanes, siendo ampliadas por algunos soberanos territoriales que, por ejemplo, admitieron el divorcio por mutuo consentimiento y la locura. El *Allgemeines Landrecht*, prusiano, inspirado en la doctrina *ius* naturalista del matrimonio como contrato civil, amplía las del divorcio señaladas en la doctrina canónica protestante, tanto en los casos de culpa de alguno de los cónyuges, injuria, penas, infamantes, embriaguez, etc., como por circunstancias objetivas (enfermedad corporal incurable, enfermedad mental que dure más de un año, cambio de religión) e incluso por mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos, o aun con ellos, por decisión unilateral si la voluntad de ruptura está tan arraigada que ya no queda esperanza alguna de reconciliación y de consecución de los fines del estado matrimonial. Al promulgarse el B. G. B alemán no hay moderación, pues dicho texto legal vino a representar una posición intermedia entre los derechos particulares, muy partidarios del divorcio y el Derecho eclesiástico protestante, más restrictivo.”⁵⁹

2.1.7.2 LA REVOLUCIÓN FRANCESA.

Se ha destacado la importancia del Derecho Revolucionario francés debido a su función creadora del divorcio. “Los filósofos liberales del siglo XVIII principalmente Montesquieu y Voltaire atacan el principio de indisolubilidad matrimonial en nombre de la libertad, la cual –sostenían– no podía enajenarse en un compromiso perpetuo. Sus ideas son asumidas por la Revolución, y al proclamar la constitución de 1791, que el matrimonio sólo es un contrato Civil, se saca la consecuencia de que puede resolverse por mutuo acuerdo como cualquier otro contrato. La Ley del 29 de septiembre de 1792, no sólo admite el divorcio por causas determinadas en virtud de sentencia, sino también por mutuo

⁵⁹ GARCÍA CANTERO GABRIEL, El divorcio en los Estados Modernos. El Vínculo Matrimonial. Pág.435.

consentimiento y por la incompatibilidad de caracteres, alegada por uno de los cónyuges, lo que constituía una forma de repudio.”⁶⁰

Se dice que las consecuencias no se hicieron esperar, y que para el año de 1798, el número de divorcios superó al de matrimonios.

Los autores del Código Civil estaban divididos en esta materia. Se aceptó un criterio transaccional suprimiéndose el divorcio por voluntad unilateral, se conservó el divorcio por mutuo disenso, si bien sometido a condiciones muy restrictivas, y se reducen a tres las causas de divorcio por sentencia judicial, haciendo costoso y complicado el procedimiento.

Con la restauración se proclamó nuevamente el catolicismo como religión de Estado y una ley de 8 de mayo de 1816, suprimió el divorcio y hubo que esperar hasta la III República para la reintroducción definitiva del divorcio en Francia.

2.1.7.3 LA REVOLUCIÓN DE OCTUBRE.

“La doctrina está de acuerdo en reconocer originalidad al Derecho Soviético, en materia de divorcio, que aparece inicialmente inspirado en una ideología propia, si bien ulteriormente va evolucionando hasta adoptar fórmulas similares a las legislaciones laicas de Europa occidental”.⁶¹

En los Códigos de 1818 y 1926, la Unión Soviética facilitaba el divorcio, permitiéndolo por mutuo consentimiento e incluso, por repudio unilateral, habiendo consagrado la práctica del divorcio de hecho. “Una ley del 27 de julio de 1936 reaccionó contra tanta facilidad, imponiendo un procedimiento mas riguroso. Posteriormente la ley del 8 de julio de 1944 sustituyó al sistema anterior por el divorcio judicial a petición de uno de los cónyuges, y en este sistema, los jueces apreciaban simplemente las razones invocadas `por la parte actora, ya que aquella ley no contenía causas determinadas de divorcio; en 1949, por un acuerdo de *Presidium del Soviet Supremo*, da instrucciones para interpretar restrictivamente las causas de divorcio, recomendando los jueces la importancia de sus decisiones y de la familia en el Estado soviético, y a hacer nacer en la

⁶⁰ Ibidem. Págs. 437 y 438.

⁶¹ Ibidem, op. cit. Pág. 440.

población el respecto a la familia y del matrimonio, basados en los altos principios de la moral comunista. ⁶²

Después de la segunda guerra mundial, en las naciones que forman democracias populares de Europa se generan Derechos de familia. “Según el profesor polaco Czachorsky, la regulación estricta del divorcio se relaciona estrictamente con la concepción civil del matrimonio y con la estabilidad familiar. De una parte, el vínculo matrimonial no es indisoluble, y como los matrimonios desunidos no cumplen la misión que les incumbe e incluso en ciertos casos pueden considerarse socialmente dañosos, se admite el divorcio como mal necesario. De otra, es necesario proteger los matrimonios unidos, siendo misión de la ley establecer los requisitos del divorcio. En la casi totalidad de los países socialistas el tribunal tiene por función constatar la desunión conyugal sobre bases objetivas, con independencia de la culpabilidad de los cónyuges, y teniendo en cuenta su gravedad y duración, sus causa y los efectos que produce para los cónyuges y para la familia en su integridad, pronuncia o no el divorcio... en Polonia se prohíbe expresamente el divorcio cuando éste sería contrario a los intereses de los hijos menores”. ⁶³

El Código de familia de Cuba, que según el preámbulo está basado en el concepto socialista de la familia, viene a unirse en esta línea a los países socialistas de Europa. El artículo 51 dispone que procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ella también para la sociedad. El artículo 52 previene que procede el divorcio cuando existen causas que hayan creado una situación objetiva en el cual el matrimonio haya dejado de ser, o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en el modo adecuado para que se puedan ejercer los derechos y cumplir las obligaciones y lograrse los fines a los que se refiere los artículos 24 al 28 del propio Código.

Según la ley matrimonial del 1º de mayo de 1950, en la República China, se admite el divorcio por mutuo consentimiento, y por petición de alguno de los

⁶² *Ibidem*, pág. 440.

⁶³ *Ibidem*, pág. 440.

cónyuges, cuando resulten infructuosas las sucesivas tentativas de reconciliación hechas por parte del gobierno popular o de los órganos de justicia. No se especifican los motivos o causas que permiten solicitarlo.

“en Albania, según el Código de familia de 1935, cada cónyuge, puede pedir el divorcio cuando por causa de continuos desacuerdos , malos tratos, graves ofensas, violaciones de la fidelidad conyugal, enfermedad mental incurable, condena por delito grave o cualquier otro motivo, las relaciones matrimoniales estén de tal modo perturbadas, que la vida común haya llegado a ser insostenible, y el matrimonio haya perdido su finalidad.”⁶⁴

2. 1. 8 EL DIVORCIO EN LOS PAISES EUROPEOS.

2.1.8.1 FRANCIA.

Después de muchas polémicas en torno del divorcio, y el incremento del mismo se llega a “la ley del 11 de julio de 1975 muy inspirada en un proyecto del Profesor Jean Carbonnier y basada en encuestas sociológicas sobre preferencia de la opinión pública. Esta ley instaura un sistema complejo que, por un lado, acepta el divorcio por mutuo consentimiento, por el otro conserva el divorcio-sanción y sólo excepcionalmente admite el divorcio por causas objetivas en casos determinados, con muchas precauciones”.

“El régimen vigente del divorcio en Francia, puede describirse así:

- a) “Se mantiene el divorcio con sanción suprimiéndose las causas anteriores y se formula una causa general así concebida “hechos imputables a la otra parte, cuando constituyen una violación grave o renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio que hacen intolerable el mantenimiento de la vida común (Art. 242). No obstante, el legislador ha conservado la condena a una pena aflictiva e infamante (Art. 243) como causa específica de divorcio.”
- b) Se restablece el divorcio por mutuo consentimiento, que existió de 1804 a 1816, bajo dos formas: la normal como petición conjunta de ambos cónyuges (Arts23-232) que debía ir acompañada de un proyecto de

⁶⁴ Ibidem, pág. 442.

convenio en orden a las consecuencias del divorcio sobre los hijos y los bienes (exige seis meses de matrimonio y que sea renovada la petición a los tres meses de presentada y la excepcional, consistente en que uno de los cónyuges se adhiere a la solicitud del otro, reconociendo la certeza de los hechos que hacen intolerable la vida en común (Arts. 233-236).

- c) “Se introduce el divorcio por ruptura de la vida en común, basado en causas objetivas (Art. 237-241), bien en base a la alteración profunda de las facultades mentales de uno de los cónyuges que conducen a una separación efectiva por el mismo periodo. El carácter restrictivo de esta forma de divorcio resulta de la obligación de quien lo solicita de asumir el cumplimiento de todas las cargas pecuniarias derivadas de aquel y de la existencia de una cláusula de duración (si el otro cónyuge establece que el divorcio tendría, ya para él teniendo en cuenta su edad y la duración del matrimonio, ya que para los hijos consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez rechaza la demanda, según artículo 240) la cual puede ser estimada de oficio en caso de divorcio por enajenación mental.⁶⁵

2.1.8.2. LEY ITALIANA DE DIVORCIO

El 1º de diciembre de 1970, se publica la ley, que rehúye sistemáticamente la palabra divorcio para hablar en su lugar de disolución del matrimonio o cesación de efectos civiles consiguientes a la transcripción del matrimonio; señala los casos de divorcio contenidos en el artículo 3.

2.1.8.3. PAISES GERMÁNICOS

El B.G.B. DE 1900 aportó la ordenación uniforme del Derecho sustantivo de divorcio, reconociendo como causa de ruptura del vínculo: a) El adulterio; b) el atentado contra la vida; c) el abandono malicioso, y d) la perturbación culpable del matrimonio como consecuencia de la infracción grave de los deberes matrimoniales en virtud de conducta deshonrosa e inmoral. Junto a estos casos

⁶⁵ Ibidem, pág. 449.

de divorcio sanción, se incluyó la enfermedad mental incurable. Bajo el régimen nacional-socialista, por ley de 1938 se ampliaron los casos de disolución del matrimonio por causas objetivas, introduciendo criterios racistas.

“Según el nuevo párrafo 1565 del B.G.B., el matrimonio puede disolverse por divorcio, cuando ha fracasado cuando ha finalizado la comunidad de vida de los cónyuges y no puede esperarse que se restablezca. Según el párrafo 1566 se presume que el matrimonio ha fracasado cuando los cónyuges viven separados desde hace tres años; parece que se trata de una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario; sin embargo, constituye una presunción iuris et de iure de fracaso matrimonial el hecho de vivir separado desde hace un año y solicitar su divorcio, o cuando el demandado consiente en el mismo. Con estas normas se abandona el sistema de divorcio y sanción basado en la culpa. “

“El párrafo 1568 consagra la llamada clausula de duración, que es aquélla que hace improcedente el divorcio cuando el cónyuge alega y hace valer excepciones por las cuales el divorcio le sea sumamente difícil o gravoso para él o para sus hijos.”⁶⁶

2.1.9. PAISES ANGLOSAJONES.

En Inglaterra, hasta 1975 se introduce legislativamente el divorcio, el cual podía solicitarse por el marido por causa de adulterio y por la mujer probando además, el incesto, la bigamia, la crueldad, o dos años de abandono; o bien, alternativamente el rapto u ofensa por actos “*contra naturam*”.

En Inglaterra, las consecuencias de la reforma protestante no se tradujeron en una inmediata admisión del divorcio vincular. “Por el contrario , después de la separación de Roma, los tribunales eclesiásticos ingleses continuaron pronunciado únicamente sentencias de nulidad y de separación ‘*a mensa et toro*’. La única posibilidad de pasar a nuevas nupcias era obtener una solución del parlamento que decretarse el divorcio ‘a vinculo’; sólo se conocen cuatro casos de concesión de divorcio por adulterio a petición de la esposa en total, y debido a que se trataba de un procedimiento costoso durante el siglo XVIII se

⁶⁶ Ibidem, pág. 460.

trataron 134; y en el siglo XIX hasta la entrada en vigor de la ley de 1857, noventa. *'La matrimonial causes act'* de 1857 introduce por primera vez en Inglaterra el divorcio por sentencia judicial.⁶⁷

“A Partir de 1963, la jurisprudencia venía interpretando en sentido amplio el concepto de *'cruelty'* incluyendo en ella el alcoholismo, el empleo de métodos anticonceptivos, la esterilización, teniendo a una objetivación de las causa de divorcio. La corriente reformista desembocó en la *'Divorce Reform Act'* de 1969 completa de por la *'matrimonial Proceeding and Property Act'* de 1970, que ha sido refundida en la *'Matrimonial Causes Act'* de 1973. Lo fundamental de estas modificaciones legislativas ha consistido en el cambio de la base de divorcio que ahora se pone, como única causa en el irremediable fracaso de matrimonio, el cual debe probarse según alguno de los hechos siguientes : 1. El adulterio del demandado y el hecho de que el acto considere intolerable la convivencia; 2. La conducta del demandado que razonablemente haga imposible el mantenimiento de la vida conyugal; 3. El abandono por un periodo de al menos dos años; 4. La Separación de hecho de los cónyuges por una duración superior de cinco años. Concurriendo cualquiera de estos hechos se presume el fracaso matrimonial, si bien el demandado puede aportar la prueba contra él.”⁶⁸

En Estados Unidos, el divorcio es una institución generalmente admitida, variando los motivos de un Estado a otro. Son causas admitivas en todos ellos de adulterio, la crueldad física o mental, el abuso del alcohol o estupefacientes, delitos *contra naturam*, impotencia antecedente incurable, enfermedad mental incurable, condena por delitos graves y abandono.

En Canadá, no se admitía el divorcio en las provincias de New Foundland y Quebec. En las demás con base en el Derecho Inglés, se admite como causa de divorcio, la crueldad física o moral, la violencia sexual y otras aberraciones *contra naturam*. Hoy el divorcio esta generalizado en todo el país.

2.1.10 PAISES LATINOAMERICANOS

No se admite el divorcio con disolución del vínculo en Chile y Paraguay. El divorcio por culpa de otro cónyuge y a petición del inocente, esta generalmente

⁶⁷ Ibidem, pág. 437.

⁶⁸ Ibidem, pág. 463.

admitido, si bien varían las causas (Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá). En ningún caso la lista es considerablemente extensa, o bien incluye alguna causa más bien pintoresca; en Ecuador, el que un cónyuge arriesgue en juego el azar los valores de cierta cantidad, o se sancionan los divorcios culposos reiterados. En El Salvador, el cónyuge, culpable de dos divorcios no puede casarse por tercera vez, a menos que el primero hubiere sido decretado por mutuo consentimiento.

Con muchas frecuencia se admite el divorcio por mutuo consentimiento con diversidad de requisitos: Al año de matrimonio en Guatemala y México en vía judicial: a los dos años , en Bolivia; siendo mayores de edad, en Honduras y habiendo cumplido veinticinco años el varón y veintiuno la mujer en Panamá; a los cinco años en Costa Rica, presentando escritura pública sobre la situación de los hijos y de los bienes; sin requisitos en Ecuador y Uruguay; estando de acuerdo sobre la bipartición de bienes en Nicaragua; por resolución del Juez del Registro Civil en México, siempre que no haya hijos y sean los cónyuges mayores de edad y quede disuelta la sociedad conyugal. En algunos casos se transforma la separación legal en divorcio; al cabo de un año en Costa Rica, después de dos tentativas de reconciliación; después de tres años en Bolivia y Uruguay. También se contempla la mera separación de hecho, de un año en El Salvador, de tres en Ecuador y de cuatro en Panamá.

2.1.11 MÉXICO

2.1.11.1 MEXICO PRECOLONIAL.

Entre los indígenas de Texcoco, “cuando se ofrecía algún pleito de divorcio, que eran pocas veces, procuraban los jueces de los conformar y poner en paz, y reñían ásperamente al que era culpado, y les decían que mirasen con cuanto acuerdo se habían casado y que no echasen a vergüenza y deshonor a sus padres y parientes que habiendo entendido en los casar y que serían muy

notados del pueblo, porque sabían que eran casados, y les decían otras cosas y razones, todo a efectos de los *conformar*.”⁶⁹

Entre los mayas, “parece que la poligamia existía pero en la clase guerrera. Los mayas casaban con una sola mujer a los veinte años de edad, y los padres buscaban esposas a sus hijos... La infidelidad de la mujer era causa de repudio si a tiempo del repudio los hijos eran pequeños los llevaba la mujer; si eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo. La mujer repudiada podía unirse con otro hombre y aun volver con el primero, había la mayor facilidad para tomarse o dejarse”.⁷⁰

“Los *tepehuanes* se extendían en Durango, Jalisco, Sinaloa, Chihuahua y Coahuila. Conocían el matrimonio y el repudio por causa de la infidelidad de la mujer”.⁷¹

En relación a los jueces y procedimientos, encontramos lo siguiente: “Las quejas del matrimonio se presentaban al gran sacerdote. *Petamuti*. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable, a la cuarta decretaba el divorcio. Si la culpable era la esposa, seguía, sin embargo, viviendo en la casa marital; a no ser en el caso de adulterio en que entregaba al *Petamuti* la mandaba matar. Si la culpa era del varón, recogía a la mujer sus parientes y la casaban con otro. No se permitía un segundo divorcio.”⁷²

“Habían tres señores principales en la Nueva España, a los cuales estaban sujetas las mas principales provincias y pueblos de toda aquella tierra, que eran señores de México, el de *Tlezcuco*, de Tacuba.”

“En las casas del señor habían unos aposentos y salas levantadas del suelo, siete y ocho gradas, que eran como entresuelos, y en ellos residían los jueces, que eran muchos, y los de cada provincia de pueblo y barrio estaban a su parte y

⁶⁹ POMAR Y ZURITA, Relación de Texcoco y la Nueva España, , Editorial Salvador Chávez Hayhoe. México, p. 101.

⁷⁰ México a través de los siglos. J. Balleca y Cía. Sucesores Editores, México, tomo II, P. 152.

⁷¹ Ibidem, tomo II. P. 18

⁷² Ibidem, tomo II. P. 88

allí acudían los súbditos de cada uno, y también oían y determinaban las causas de los matrimonios y divorcios.”⁷³

Al haber observado que los indios dejaban a sus mujeres con facilidad, e investigando el por qué de tanto repudio, se pudo saber que lo habían usado sólo después de que habían sido sujetos a los españoles, “porque entonces empezó a perderse entre ello el concierto y policía, y el rigor de la justicia que antes tenían. Y perdido el temor cobraron atrevimiento para alargarse y extenderse a su voluntad en lo que antes pocas veces se les permitía. “Porque puesto ser verdad que el tiempo de su infidelidad usaron el repudio, fue según pareció en algunas provincias por vía de sentencia de los jueces que terminaban los demás pleitos. Y aunque en otras partes no aguardaban sentencia supose que era raro el repudio, no por leyes ocasionales sino por adulterio o semejanza causa. Y así se halló y averiguó en Texcoco donde estaban las leyes de estos naturales más en su vigor que, en semejantes casos de discordia entre marido y mujer que se procedía en esta forma. Que llegadas ambas partes ante los jueces en su sala, oían primero al querellante, y hecha su plática y dicha queja, preguntaba luego al otro si era ello verdad y si pasaba así como delante de ellos se había propuesto una queja. Preguntaban también de que manera se habían ayuntado si habían sido en modo matrimonial, de consentimiento y licencia de sus padres y con las ceremonias usadas o por modo fornicario de amancebados. Y si era por modo de amancebados habían poco caso de que se separasen o quedasen juntos; pero si eran casados según sus ritos matrimoniales, una y dos veces y muchas veces trabajaban de los consertar, más nunca consentían que se apartasen. Porque les parecía, y así lo tenían heredado se sus antecesores, que una cosa que pasó en público en vista del pueblo con tanto acuerdo con tan solemne ceremonia, era mal hecho dar lugar a que se deshiciese y que era mal ejemplo en perjuicio de toda la república...”⁷⁴

2.1.11.2. EPOCA COLONIAL.

⁷³ Relación de Texcoco y de la Nueva España, op. cit., pág. 101.

⁷⁴ FRAY DE MENDIETA JERÓNIMO Historia Eclesiástica Indiana, Editorial Salvador Chávez Hayhoe. México, págs.. 154 y ss.

Durante la época colonial, estuvo vigente en la Nueva Española, la Legislación española.

2.1.11.3. MEXICO INDEPENDIENTE

En la ley de matrimonio civil del 23 de julio de 1859, se estableció el divorcio como temporal, “y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados”. (Art. 20).

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptan el divorcio vincular, reglamentado, en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre ambos Códigos sólo existe una diferencia de grados, es decir, el de 1870, estatúa mayores requisitos, audiencias y plazos para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, los que redujo considerablemente el código de 1884. Algunas de las causales se repiten en el actual Código de 1928.

- a) *Código de 1870.* En el Código de 1870 se parte de la noción de que el matrimonio es una unión indisoluble, por lo que se rechaza el divorcio vincular. Se señalan siete causas de divorcio, es decir de separación de cuerpos, cuatro de los cuales constituyen delitos.

El artículo 239 prevenía que “el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende solo algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículo relativos a este Código”.

El artículo 240 expresaba “Son causas legítimas de divorcio: 1. El adulterio de uno de los cónyuges; 2. La propuesta del marido de prostituir a su mujer, en sólo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o a la convivencia en su corrupción; 5. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por mas

de dos años: 6. La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; 7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.”

Se prohibía el divorcio por separación de cuerpos, cuando el matrimonio tenía veinte años o más constituido. Era condición para gestionar el divorcio el que hubieren transcurrido dos años, como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente.

- b) Código de 1884. En este Código el artículo 226 señala como único divorcio el de separación de cuerpos, por lo tanto subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio. Como causas, a las contenidas en el Código Civil de 1870, se agregaban: El que la mujer diera a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se declara ilegítimo; el hecho de negarse a ministrar los alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego, embriaguez, enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio; la infracción de las capitulaciones; y el mutuo consentimiento.

- c) Leyes divorcistas de Venustiano Carranza. “Para tratar de complacer a dos de sus ministros –Palavicini y Cabrera- que planeaban divorciarse de sus respectivas esposas. Venustiano Carranza, que a la sazón era sólo jefe de una de las fracciones en plena guerra civil, expidió sorpresivamente dos decretos uno del 29 de diciembre de 1914 y el otro del 29 de enero de 1915, por los que introdujo en México el divorcio vincular y suprimió de una plumada del contrato de matrimonio civil, el primer elemento esencial que le había reconocido su autor el Presidente Benito Juárez. Esta intempestiva amputación de la indisolubilidad del matrimonio fue confirmada más tarde tanto en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, como en el vigente Código

Civil, ya que ambos reglamentan el divorcio vincular como un logro definitivo de la Revolución hecha a gobierno.”⁷⁵

En el decreto del 29 de diciembre de 1914, en la exposición de motivos se decía que si el objeto esencial de matrimonio es la procreación de la especie, la educación de los hijos y mutua ayuda, los contrayentes quienes van a soportar las cargas de la vida. Desgraciadamente no siempre se alcanzaban los fines por los cuales se contrajo. Después se alegó que, de acuerdo con el principio establecido por las leyes de reforma, el matrimonio era un contrato civil formado por la espontanea libre voluntad de los contrayentes, es absurdo que debe subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan difícilmente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias.

“ Con base en estas y otras argumentaciones semejantes, el decreto prevenía lo siguiente:

“Artículo 1. Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de diciembre de 1874, (que señala al matrimonio como indisoluble) reglamentaria de las adiciones y reformas de la constitución federal, decretada el 25 de diciembre de 1873 en los siguiente términos”

Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vinculo ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga mas de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que haga imposible o indebida la realización e los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.”

Artículo 2. Entre tanto se establece el orden constitucional de la República, los gobernadores de los Estados quedan autorizados par hacer en los respectivos códigos civiles las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación”.

Transitorio. “Esta ley será publicada por bando y pregonada. Comenzara a surtir sus efectos desde esta fecha.”⁷⁶

⁷⁵ SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN, Un Nuevo Matrimonio Civil y El Pacto de Indisolubilidad, pág. 14.

d) Ley Sobre Relaciones familiares. A partir de esta Ley, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logra el pase definitivo en materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite, por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias

e) El artículo 75 de la Ley sobre Relaciones Familiares establecía que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.”

f) Se conserva el divorcio por separación de cuerpos que se relegó a segundo término, quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación del lecho y habitación.

El artículo 102 prevenía que los cónyuges recobraran su entera capacidad de contraer matrimonio, salvo lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se haya decretado por causa de adulterio de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

El artículo 140 prevenía que la mujer no podía contraer matrimonio, sino hasta pasados trescientos días de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse es tiempo que se interrumpió el acto de cohabitación.

e) Código de 1928. En este código el artículo 266 reproduce el numeral 75 de la Ley sobre Relaciones Familiares.

El artículo 267 contiene la relación de causales de divorcio que se reproducen parcialmente en el Código Vigente, aún cuando hubo cambios y adiciones.

f) Código Civil, propio del Distrito Federal del año 2000, inicia al capítulo del divorcio con la misma redacción que el anterior, pero en un

⁷⁶ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, op. cit., pág. 67.

segundo párrafo se clasificaba en voluntario y necesario, expresando que es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges y se sustanciará administrativa o judicialmente. Se agrega que es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial.

El artículo 267 contenía una relación de causales de divorcio, que tiene variantes a las relacionadas en el Código de 1928. Se pretende la igualdad entre los consortes, se suprimen algunas causales y se adicionan otras lo que se irá estudiando en el capítulo relativo que trata de las causales.

2.2 EVOLUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Los códigos civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884 sólo 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.

En el Código de 1870 se dispuso que debían transcurrir dos años desde la celebración del matrimonio para que procediera la separación de cuerpos en forma voluntaria, y no procedía después de 20 años de matrimonio.

La ley de Divorcio del 29 de diciembre de 1914 y la ley de Relaciones Familiares de abril de 1917, introdujeron en nuestra legislación el divorcio vincular, que disuelve el vínculo matrimonial. Lo que significó un paso trascendente en la legislación mexicana.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal de 1928, estableció como regla y de manera general el divorcio vincular y, como excepción, el divorcio por separación de cuerpos, básicamente en los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia o enajenación mental. El cónyuge sano que no deseaba pedir el divorcio podía optar por la separación (art. 277); pero permanecían subsistentes las demás obligaciones del matrimonio. La misma situación ocurría cuando uno de los esposos se trasladaba a otro país o a un lugar insalubre o indecoroso. Este Código llegó a prever 20 causales del divorcio vincular.

El Código Civil para el Distrito Federal, desde mayo de 2002, para el caso del divorcio vincular, previó 21 causales de carácter limitativo, por ende, cada una de naturaleza autónoma, por lo que causa que se invocaba debía ajustarse a cualquiera de las causales señaladas en el art. 267. Es relevante señalar que no podían mezclarse unas con otras, pero si invocarse más de una.

En el código actual solo basta que uno de los cónyuges manifieste su voluntad de no querer continuar con el matrimonio sin que requiera señalan la causa por la cual lo solicita.

2.3 CONCEPTO DE DIVORCIO

El significado de la palabra *Divortium*, deriva de *divertere*, Tomo este nombre de la separación de las voluntades del hombre y la mujer a diferencia de las que tenían cuando se unieron. Divorcio es separación, (irse cada uno por su lado). Varios tratadistas nos dan el concepto de divorcio. Para Eduardo Pallares el divorcio es “un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros”

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

Ciertamente, el divorcio se ha considerado un caso de excepción y no un estado general; sin embargo, debido a las circunstancias de la vida moderna, es cada vez mayor el número de parejas que deciden divorciarse, por lo que es necesario reconsiderara tal criterio y entender que la gran pluralidad de factores como el incremento de los casos de violencia familiar, la falta de comunicación entre los miembros de la familia, el debilitamiento del compromiso matrimonial, los efectos de las crisis económicas y el papel de la mujer como trabajadora y proveedora, muy propios de nuestro tiempo, han producido un fuerte impacto en la

organización, estructura y funcionamiento de la familia, haciendo disfuncionales las relaciones entre sus integrantes.⁷⁷

Ya no es posible pensar en el divorcio únicamente en función de los casos en que la relación de los esposos es insostenible e irreparable, por lo que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y, con ello, a la separación definitiva de los cónyuges. Cuando por las causas que fueren los esposos ya no tienen la disposición ni la voluntad para mantenerse unidos en matrimonio, el divorcio ha sido la solución, y la tendencia parece asegurar que seguirá siendo la salida, para desvincularse y concluir con la vida marital, ya sea mediante la separación de hecho o la separación de derecho.

En los últimos años el índice de divorcios en México se ha incrementado notoriamente: las estadísticas indican que en 2003 se registraron 64 248 divorcios; en 2004, 67 575; y en 2005, 70 150 (sin contar las separaciones de hecho).

Hoy en día se dice que los divorcios saturan los escritorios de los jueces familiares; el número de demandas para la disolución del vínculo matrimonial en el Distrito Federal se ha incrementado más de 500% en los últimos 20 años, ya que en 1987 un juez atendía 122 casos por año y en 2007 atendió en promedio 553 en el mismo lapso. Otro dato interesante es que en 2003 fueron sentenciados 20 859 divorcios, mientras que en 2002 se registraron 13 000 casos.

Valga también como muestra la estadística de un juzgado de lo familiar del Distrito Federal, según el cual entre agosto de 2003 y agosto de 2004, de los 1704 asuntos ingresados al juzgado en ese tiempo, 28% fueron de divorcio necesario y 11.5% de divorcio voluntario, lo cual da un total de 39.5% de divorcios atendidos por un juzgador en un año.

⁷⁷ Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, t, II, relativo al Divorcio, Filiación e Incapacidades, de la traducción De José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1946, pág. 86.

Todo parece reiterar que en nuestra sociedad y en este tiempo es cada vez mayor el número de parejas unidas en matrimonio que optan por resolver los embates de las crisis culturales, económicas y sociales, y los conflictos que ellas generan hacia el interior de la familia, mediante el divorcio.

Siempre han habido posiciones encontradas respecto del divorcio; por un lado, se ha argumentado que al disolverse el vínculo matrimonial y poder los cónyuges contraer nuevo matrimonio, se suprime la familia, que es la base de la sociedad, resultando el hecho muy doloroso para todos los involucrados y nocivo principalmente para los hijos; por otro lado, se dice que es inútil y hasta perjudicial mantener la falsedad de que existe unión familiar para evitar el divorcio, aunque lo que impera es lo contrario, pues eso coloca también a los cónyuges y a los hijos en una situación nociva para su desarrollo, al permanecer dentro de un grupo familiar disfuncional.

Controvertido o no, el divorcio es una realidad que no podemos soslayar y que el Estado debe afrontar de la mejor manera, de modo que se cause el menor daño a los que tienen que recurrir a él, a la familia como estructura social y a la sociedad en su conjunto.⁷⁸

El término divorcio proviene de la voz latina *divortium*, que significa “separación”, esto es, separar lo que ha estado unido. En la actualidad, en el medio jurídico se entiende por divorcio la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad; es decir, consiste en el acto de separar legalmente, por medio de un juez competente, a personas unidas en matrimonio legítimo.

En nuestra realidad, en tanta institución jurídica y en lo que concierne al alcance de sus efectos, el divorcio ha variado con el transcurso del tiempo. Por ejemplo, en el siglo XIX la legislación lo consideró como la separación temporal o definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y, por lo tanto, sin

⁷⁸ Ibidem. pág. 88.

autorización para contraer nuevas nupcias. A principios del siglo XX se adoptó el concepto divorcio vincular, que hasta la actualidad se maneja como la disolución absoluta del vínculo matrimonial. Tal disolución deja a los esposos Divorciados en aptitud de celebrar un nuevo matrimonio legítimo o de unirse en concubinato, como se desprende del art. 266 del Código Civil local vigente.

2.3.1 CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO

El divorcio es no solo una acción personalísima, sino además exclusiva de los cónyuges, por lo que solo pueden intentarla los interesados. Por supuesto, ello no impide que pueda nombrarse a un representante para que comparezca en el juicio.

Resulta interesante reflexionar si un incapaz por trastorno mental incurable, imposibilitado de discernir, puede o no ejercitar la acción de divorcio a través de su tutor. Nuestra legislación no prevé el caso y en la doctrina las opiniones se encuentran divididas.

En Francia el tutor sólo puede intentar la separación de cuerpos, aun en los casos de divorcio forzoso, como el adulterio del cónyuge sano. En México, el maestro Rojina Villegas ha hecho prevalecer la idea de proteger al cónyuge inocente incapacitado, y la manera de hacerlo es permitiéndole el ejercicio de las acciones que la ley le confiere por medio de su tutor.

Desde luego, para los incapacitados por insania mental no existe la posibilidad del divorcio voluntario.

El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa para su tramitación, excepto en los casos que la ley precisa que puede ser invocada por cualquiera de los dos cónyuges, o los casos en los que no hay cónyuge culpable.

La acción de divorcio es una acción sujeta a caducidad o prescripción. La atribución de ambos términos al divorcio ha sido motivo de divergencias. Rojina

Villegas se pronuncia en favor de la caducidad, al señalar como característica de la prescripción la posibilidad de la suspensión del plazo. Esto, sin embargo, no acontece con la caducidad, en la que el plazo es perentorio, pues si no se ejercita la acción dentro del término señalado, ésta se extingue sin que haya posibilidad de suspender el transcurso del tiempo por ningún medio.⁷⁹

La extinción de la acción de divorcio

La reconciliación y el perdón tácito o expreso son causas de extinción de la acción de divorcio. La reconciliación presupone el perdón mutuo de culpas reales o probables; además, pone fin de común acuerdo al estado de desavenencia y, por ende, al juicio de divorcio, en tanto tenga lugar en cualquier momento del mismo. Sobra decir que dicha reconciliación deberá comunicarse al juez, lo que deberá hacerse en cualquier momento del procedimiento hasta antes de que se dicte sentencia. El perdón presupone culpa de alguno de los cónyuges y, de modo unilateral, el inocente podrá perdonar el agravio, ya sea con palabras, por escrito o con actos que de manera tácita supongan perdón, La reanudación de la vida en común es la forma más frecuente de reconciliación, es decir, de perdón.⁸⁰

La muerte de cualquiera de los cónyuges pone fin a la acción, se haya iniciado o no el juicio de divorcio; por lo tanto, de haberse iniciado, los herederos no pueden continuarla y cuentan con los mismos derechos y obligaciones que tendrían, como si dicho juicio nunca hubiera ocurrido.

Efectos provisionales y definitivos

Los efectos del divorcio se dividen provisionales y definitivos:

Se consideran efectos provisionales las medidas que decreta el juez familiar mientras dura el juicio de divorcio, para salvaguardar la integridad y seguridad de

⁷⁹ Ibidem op. cit. págs. 88.

⁸⁰ ibídem, oc cit. pág. 90.

los interesados. Éstos pueden agruparse según afecten a los cónyuges, a sus hijos o a sus bienes.

a). En cuanto a los cónyuges, en esta localidad, el juez deberá decretar entre otras la separación inmediata, cuando proceda, y determinar y asegurar los alimentos que deberá dar el deudor alimentista al cónyuge. Asimismo, considerando el interés familiar y lo que más convenga a los menores, determinará quién de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y de los bienes y enseres, los que deberán permanecer en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge; también tomará las medidas precautorias en caso de que la mujer se encuentre embarazada.

b). En cuanto a los hijos, en el Distrito Federal, además de las medidas propias de la obligación alimentaria, el juez dictará las que tienen que ver con el cuidado y la custodia de los menores; los cónyuges podrán resolver de común acuerdo si compartirá ésta última, así como el régimen de convivencia con el padre no custodio. Tratándose de violencia familiar, cuando el juez lo considere pertinente y en atención a los hechos expuestos, de conformidad con las amplias facultades que la ley le otorga, deberá siempre dictar las medidas necesarias para la protección de los hijos, velando porque no se lastime u obstaculice su pleno desarrollo armónico, así como la salida del cónyuge generador de violencia de la vivienda donde habita el grupo familiar.

c) En cuanto a los bienes, el juez dictará las medidas conducentes para que ninguno de los cónyuges cause perjuicio en los bienes del otro o en los de la sociedad conyugal, evitando que los oculten o que dispongan de ellos ilegalmente, así como respecto de los mandatos que se hayan otorgado.

Se consideran efectos definitivos las resoluciones que emite el juez y que se actualizan al dictarse la sentencia judicial que decreta el divorcio y que, por consiguiente, establece el nuevo estado de los cónyuges y prevé la situación de los hijos y la repartición de bienes para el futuro:

a). Respecto a los cónyuges, el efecto principal es la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial, con lo que terminan las obligaciones derivadas del matrimonio. De esa manera, ambos ex cónyuges recobran su entera libertad para contraer nuevas nupcias; tratándose del divorcio sanción, la declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, o de ambos. La mujer debe esperar 300 días desde la separación para contraer nuevas nupcias y evitar así la confusión de la paternidad en caso de embarazo, a no ser que dé a luz antes de ese plazo.

En este punto, el art. 288 del Código Civil del Distrito Federal establece que 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 y al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes, tomando en cuenta las circunstancias que en el mismo se señalan: la duración del matrimonio y la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo a las actividades del cónyuge, y las demás obligaciones del cónyuge deudor. Asimismo, resolverá sobre las compensaciones a las que por ley tuvieron derecho los cónyuges.⁸¹

En todos los casos en que el cónyuge no posea bienes y durante el matrimonio se haya dedicado básicamente a las tareas del hogar o al cuidado de los hijos o no esté en condiciones de trabajar, tendrá derecho a recibir alimentos, derecho que se extinguirá cuando contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Igual derecho tendrá el varón que esté imposibilitado para trabajar y carezca de los ingresos suficientes, lo que concluirá en forma análoga cuando contraiga otra vez matrimonio o se una en concubinato.

En el caso de los cónyuges enfermos, impotentes sexuales o incapaces, resolverá respecto del derecho a alimentos cuando carezcan de bienes y estén imposibilitados para trabajar, pero no como indemnización por daños y perjuicios.

⁸¹ Ibidem op. cit. pág 90.

En el caso del divorcio causal, cabe mencionar que por ningún motivo el cónyuge culpable (padezca o no alguna enfermedad) tendrá derecho a alimentos; por lo tanto, si ambos son declarados culpables, no podrán exigirse alimentos entre sí.

b). En cuanto a los hijos, el principal efecto radica en el establecimiento de las medidas relativas a todos los aspectos que garanticen el bienestar, el buen desarrollo, la protección y el interés de los hijos, para lo cual, en el Distrito Federal, el juez fijará en la sentencia la situación de los menores después de oír al Ministerio Público, a ambos padres y a los propios menores, y tendrá plena facultad no solo para resolver los sobre los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad, sino también para decretar tanto su pérdida o suspensión como las limitaciones pertinentes en bien de los hijos; sobre la crianza, la guarda y, en especial, sobre la custodia, que deberá procurarse en lo posible bajo el régimen de custodia compartida del padre y la madre. En todo caso, garantizará que se cumplan las obligaciones de crianza y protegerá y hará respetar el derecho de convivencia de los menores con ambos progenitores, regulándolo en forma equitativa, excepto cuando exista peligro para el menor. Dispondrá las medidas necesarias para proteger a los hijos de los actos de violencia familiar o de cualquier circunstancia que atente contra su desarrollo armónico, así como las propias para corregir los actos de esa violencia y las de seguridad, seguimiento y psicoterapéuticas.

También establecerá las medidas para la protección de los mayores incapaces sujetos a la tutela de alguno de los cónyuges dictando las mismas medidas que para los hijos menores de edad.

Deberá estar a lo dispuesto en la materia en cuanto a dejar al cuidado de la madre a los menores de 12 años, si no hay causa grave que así lo impida.

Resolverá sobre la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos, la que no se modifica por el cambio de estado de los progenitores, ya que éstos siempre estarán obligados a dar alimentos a sus hijos hasta la mayoría de edad

y, de ser el caso, a seguir contribuyendo para la atención de sus necesidades y su educación, de conformidad con la jurisprudencia que señala que el cumplimiento de la pensión alimentaria no cesa cuando los hijos llegan a la mayoría de edad, sino que continúa mientras éstos se encuentren estudiando en grado apropiado para sus años. Tal determinación tiene su fundamento en el art. 308 del Código Civil local, el cual establece que los alimentos a los hijos comprenden los gastos de educación para proporcionarles un oficio, arte o profesión, por lo que en estos casos la obligación alimentaria no concluye por el simple hecho de que lleguen a la mayoría de edad; huelga decir que ello solo se puede extender hasta las edades razonables para concretar tal propósito. La sentencia no puede liberar a los padres ni incluso cuando se trata de un divorcio causal, de quien no dio causa para el mismo. Los alimentos deben darlos ambos cónyuges en proporción a su fortuna, pudiéndose establecer como obligación de uno solo por convenio o en la sentencia. Así mismo el juez fijará las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.⁸²

c) Respecto de los bienes, el principal efecto definitivo del divorcio es la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. En las capitulaciones matrimoniales debieron sentarse las bases de la liquidación de la misma y, si fueron omisas, se estará a las disposiciones generales de la sociedad conyugal o las generales de la liquidación de las sociedades civiles.

La sentencia de divorcio disuelve la sociedad conyugal, por lo que los ex cónyuges y un liquidador nombrado por ellos o el juez, si no hay acuerdo, deberán proceder a su liquidación.

Para la liquidación, deben inventariarse los bienes y deudas comunes (no se incluyen los objetos de uso personal, ocupacional y ordinario de los cónyuges, como los vestidos, el lecho, ropa de trabajo, etcétera). Terminado el inventario y avalúo de los mismos, se pagarán los adeudos de la sociedad y se devolverá, a cada esposo, lo que hubiera aportado al matrimonio. El sobrante se dividirá en la forma convenida. Si hay pérdidas, se deducirán de lo que cada quien haya

⁸² Ibidem, op. cit. pág. 91.

aportado en proporción a la parte que le haya correspondido en las utilidades. Si solo uno aportó capital, de éste se deducirán las pérdidas.

De conformidad con el art. 289 bis del Código Civil local, el juez resolverá sobre la compensación correspondiente, cuando el matrimonio tuvo lugar bajo el régimen de separación de bienes, para el cónyuge que se haya dedicado de manera preponderante al trabajo del hogar y cuidado de los hijos, y que por dicha causa carezca de bienes propios o aun habiéndolos adquirido durante el matrimonio sean notoriamente menores a los adquiridos por su cónyuge , para obtener del otro hasta 50% de sus bienes, en razón de las circunstancias particulares de cada caso.

Dictada la sentencia de divorcio, el juez familiar remitirá una copia al juez del Registro Civil de la oficina en que se celebró el matrimonio, para el acta de divorcio que corresponda, se haga la anotación respectiva en la de matrimonio y se publique un extracto de la sentencia por 15 días en los espacios destinados para ello.⁸³

2.4 SISTEMAS DE DIVORCIO.

La doctrina mexicana distingue dos sistemas de divorcio por sus efectos. El divorcio por separación de cuerpos o no vincular, y el divorcio vincular:

El divorcio no vincular se refiere a la separación de cuerpos, que encontramos es el Derecho canónico y en forma limitada también en el Derecho Civil mexicano, al que nos referimos posteriormente. “es el sistema en el que el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias”. “es el derecho reconocido a los dos esposos, por sentencia judicial, para no hacer vida en común”.

El sistema de separación de cuerpos fue el único regido en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, ya que no se permitía otra forma de obtener el divorcio en

⁸³ Ibidem, op. cit. pág. 110.

nuestro país. Hasta 1917, Carranza introduce en México el divorcio vincular, con la creación de la ley de relaciones familiares que en su artículo 75 establecía lo siguiente: “⁸⁴

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”⁸⁵

La introducción del divorcio vincular en México no derogó la subsistencia de la separación de cuerpos. La separación de cuerpos es la prerrogativa que el órgano judicial le otorga a los cónyuges para no vivir juntos, pero el matrimonio no es disuelto. Sus características principales son: la subsistencia del vínculo, y de las obligaciones que derivan del matrimonio como la fidelidad, los alimentos, la ayuda, custodia de los hijos, entre otros. La separación debe ser declarada por la autoridad judicial, para darle terminación a la obligación de cohabitar.

Si el juez de lo familiar declara la separación de cuerpos, no existirá ninguna sanción para ellos, y además seguirán conservando derechos y obligaciones. Por ejemplo: si tienen hijos seguirán ejerciendo juntos la patria potestad, si contrajeron matrimonio por el régimen de sociedad conyugal ambos seguirán facultados para administrarla.

El origen de la separación de cuerpos en nuestra legislación federal se encuentra en el artículo 277 y sólo es procedente por algunas causas:

“El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio”.⁸⁶

Las causas VI y VII son: Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la

⁸⁴ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho de Familia, Vol II, Antigua Librería Robredo, México, 1959. página 9,

⁸⁵ FUEGO LANERI FERNANDO, Derecho Civil, t. VI, v. Imp. Y Lito Universo, S. A. Santiago de Chile, 1959, págs. 183 y 184.

⁸⁶ CHAVEZ ASECIO MANUEL F op. cit. pág. 431.

impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio; y padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.” La Crítica que se deriva de la separación de cuerpos radica en que los cónyuges únicamente se separan de la misma casa habitación pero las obligaciones entre ellos siguen subsistiendo, por lo que si una de las obligaciones entre ellos es el débito conyugal, al estar separados es imposible que ésta obligación se pueda cumplir y por lo tanto se lleva a los cónyuges a vivir en pleno celibato o a cometer adulterio.

Eduardo Pallares en su libro *El Divorcio en México* nos comenta que la naturaleza de especificar únicas causas en las que procedía la separación de lecho y habitación derivaba de que en sus inicios, la tuberculosis y la sífilis eran consideradas como enfermedades incurables; por lo que justificaba la separación material de los cónyuges; pero que actualmente pierde fuerza ya que los avances en la medicina han logrado curarlas.⁸⁷

El artículo 277, contiene los únicos casos que permiten la separación de los cónyuges sin pedir el divorcio, dicho artículo del Código Civil expresamente manifiesta: “El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez con conocimiento de causa, podrá decretar la suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones del matrimonio, cuando éste se encuentre en alguno de los siguientes casos:

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

⁸⁷ PALLARES EDUARDO, *El Divorcio en México*, Editorial Porrúa, Mexico 1968. pág. 432

En estos casos, el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.”⁸⁸

En 1917 se crea el divorcio vincular en México que consiste en el rompimiento del vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud para contraer uno nuevo. El divorcio vincular puede dividirse en voluntario y necesario. El voluntario es aquél que se realiza por mutuo consentimiento de los cónyuges y el necesario es el que invoca ante el Juez de lo Familiar, el cónyuge víctima por alguna causa contemplada en la ley. El divorcio voluntario se divide en administrativo y judicial y el necesario se divide en divorcio sanción o remedio.

El divorcio voluntario administrativo es aquél que facilita de forma indebida la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llenando ciertas formalidades, los consortes acuden al Juez del Registro Civil para que se levante un acta.

“Es la disolución del matrimonio por acuerdo de los cónyuges cuando son mayores de edad, no tienen hijos, ni bienes en sociedad conyugal”.

La exposición de motivos de esta creación estipulaba que no era justo ver un hogar lleno de desacuerdos y peleas, y al no tener hijos se estima que la disolución del vínculo debe ser fácil y rápida.⁸⁹

Manuel Chávez Asencio nos señala el procedimiento a seguir para este divorcio: “Al cumplir los requisitos señalados, los cónyuges se presentarán ante el Juez del Registro Civil del lugar del domicilio, comprobarán mediante copias certificadas que son casados y mayores de edad, y manifestarán su consentimiento para divorciarse. El juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio, y los citará para la ratificación, si acuden a la ratificación, los declarará divorciados”.⁹⁰

⁸⁸ CHAVEZ ASECIO MANUEL F, op. cit. pág. 451.

⁸⁹ COUTO RICARDO, Derecho Civil Mexicano, De las Personas, México, 1919 t. I, págs. 303-308.

⁹⁰ CHAVEZ ASECIO MANUEL F. op. cit. pág 444.

Según los tratadistas, la actitud pasiva del Juez del Registro Civil ante esta situación deriva de que, en el divorcio mencionado, no existe litis sobre hijos y bienes, y lo consideran como una simple rescisión de contrato. La mujer deberá probar que no se encuentra embarazada mostrando un certificado médico, al igual que jurarán ante la autoridad que no procrearon ni adoptaron ningún hijo, con la salvedad que si mienten serán acreedores a las sanciones correspondientes al delito de falsedad. Su fundamento lo encontramos en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal que establece lo siguiente “Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, 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 no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.⁹¹

El divorcio voluntario judicial es aquel que realizan los cónyuges por acuerdo de voluntades.: “Es la disolución del matrimonio por acuerdo de los cónyuges”. Para efecto de este divorcio, los cónyuges deben solicitarlo ante el juez de lo familiar en los términos prescritos en la ley, es decir para poder promoverlo debe haber transcurrido un plazo de un año o más desde la celebración del matrimonio. Los cónyuges al realizar la demanda deberán acompañarla con un convenio que contendrá estipulaciones concretas referentes a los cónyuges, a los hijos y a los bienes. La doctrina, considera al convenio un acto jurídico y una transacción. Es acto jurídico ya que intervienen las partes, el ministerio público como auxiliar y el juez para darle verificación al mencionado. Al ministerio público se le da aviso

⁹¹ Ibidem. Págs. 444-445.

debido, ya que es el representante de la sociedad y le conciernen los asuntos familiares además es el encargado de velar por los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores por lo que está facultado para revisar el convenio y verificar que se cumplan perfectamente las leyes de matrimonio y divorcio. Se considera transacción en el sentido de que los consortes se hacen concesiones recíprocas con la intención de prevenir conflictos futuros. El convenio tiene la característica de que puede ser modificado si resultan hechos supervenientes. Pero una vez aprobado el convenio por el juez adquiere la fuerza de sentencia ejecutoriada, y no puede ser incumplido por las partes porque el convenio no da lugar a una rescisión. Su incumplimiento no nulifica el divorcio, por lo que si alguno de ellos viola lo en él preceptuado, pueden solicitar ante el juez la ejecución forzosa del mismo.⁹²

El matrimonio es una institución de orden público y a la sociedad en general le importa que el mismo subsista, pero cuando el matrimonio se ve afectado de tal forma que termina con sus fines y objetivos, como la ayuda mutua, la responsabilidad, la convivencia sana, la fidelidad, etc., existe la opción del divorcio. El estado creó al divorcio necesario como una excepción a un matrimonio mal habido, es decir a la pérdida de los fines del matrimonio, por lo que las causas que originen ese rompimiento definitivo deben ser causas graves que hagan imposible la convivencia entre los cónyuges.

El divorcio necesario o también conocido como causal o contencioso es el divorcio que se origina por alguna de las causas estipuladas en nuestra legislación. nos define al divorcio necesario y dice: “

Es la disolución contenciosa del matrimonio cuando se ha probado alguna de las causales establecidas por la ley” A su vez, el necesario se divide en divorcio sanción y divorcio remedio. El divorcio sanción se origina por una causa que constituye un acto ilícito o una violación grave a las obligaciones que derivan del matrimonio. En este tipo de divorcio, existe un cónyuge culpable, por lo que corresponde al cónyuge víctima perdonar, permitiendo que la acción prescriba o ejercerla.

⁹²Ibídem, op. cit. pág 446.

En el divorcio remedio no existe un cónyuge culpable, las causas se origina por cuestiones imputables a un cónyuge como enfermedades incurables, contagiosas o graves. Las enfermedades son motivos para que no se cumplan los objetivos del matrimonio como tener una convivencia normal entre los cónyuges, por lo que el estado crea esta forma para ponerle fin al matrimonio.⁹³

Manuel Chávez Asencio en su libro *La Familia en el Derecho* nos comenta algunas cuestiones sobre las causales de divorcio y al respecto nos señala lo siguiente: “

Las causales del divorcio necesario son muy limitadas, no pueden encuadrarse unas en otras, y tampoco puede emplearse por analogía ya que las causas que den lugar al divorcio deben ser causas graves.⁹⁴

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia dice lo siguiente:

“Siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez lo es de la sociedad, el Estado preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, solo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aquél sólo por las causas específicamente enumeradas por la ley”.

En México, los Códigos de 1870 y 1884 regularon la separación de cuerpos, el divorcio voluntario y el necesario por determinadas causas como: delitos graves, hechos inmorales, o incumplimiento de obligaciones del matrimonio. A manera de breviarario, el Código de 1870 estipulaba como causas de divorcio necesario, el adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, la incitación hecha por un cónyuge para la comisión de un delito, el conato del marido o la mujer para corromper a los hijos, el abandono sin causa justificada por más de dos años, la sevicia de cualquiera de los dos, y la acusación falsa hecha por un cónyuge al otro. El Código de 1884 contempla las mismas causas señaladas en el anterior, pero adiciona las siguientes: El hecho de que la mujer dé a luz en el

⁹³.CHAVEZ ASENCIO MANUEL F, op. cit. pag. 431.

⁹⁴ Ibidem, op cit. pág. 445.

matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo, la negativa de alguno de los cónyuges de suministrar alimentos, los vicios de juego o embriaguez, una enfermedad incurable, contagiosa o hereditaria, infracción de capitulaciones matrimoniales.

La creación de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, toma las mismas causales contempladas en el Código de 1884, pero suprimiendo únicamente la relativa a las capitulaciones matrimoniales. El Código de 1884, fue el único que contempló como causal, las infracciones a las capitulaciones matrimoniales. El Código Civil Federal vigente reproduce las causas establecidas en la Ley de Relaciones Familiares, pero se adicionan algunas como los vicios (embriaguez, drogas, juego).⁹⁵

La doctrina distingue varios criterios de clasificación de las causales de divorcio, Rafael Rojina Villegas en su libro Compendio de Derecho Civil establece que existen 5 formas de clasificar a las causales de divorcio y estas son:

1. las que implican delitos.
2. las que constituyen hechos inmorales
3. las que implican incumplimiento de obligaciones conyugales.
4. determinados vicios y;
5. Ciertas enfermedades.

Respecto a las que implican delitos, las encontramos en el Código Civil Federal en las fracciones: I, IV, V, XI, XIII, XIV y XVI del artículo 267, y son las siguientes:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- IV. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

⁹⁵ Ibídem op cit. págs.. 446-451.

- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;
- 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 que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

Los hechos inmorales se encuentran en las fracciones II y III estableciendo lo siguiente:

- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

Los hechos que incumplen los fines del matrimonio se encuentran en las fracciones

VIII, IX, X, y XII que dicen lo siguiente:

- VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración.

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.

Las enfermedades se encuentran en las fracciones VI y VII.

VI. Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

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

Los vicios los encontramos en la fracción XV que establece: Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.⁹⁶

Eduardo Pallares en su libro *El Divorcio en México* considera otra forma de clasificarlas y lo divide en cinco grupos:

1. Causas en las que los tribunales gozan de la facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, por ejemplo: sevicia, calumnias, sevicia, injurias graves, etc.
2. Causas en las que el tribunal no tiene facultad discrecional como: adulterio, falta de pago de alimentos, abandono de hogar por más de un año.
3. causas que implican un hecho culpable o la comisión de un delito como adulterio, incitación de un cónyuge al otro para la comisión de un delito, corrupción de la mujer, abandono del domicilio conyugal.
4. causas que comprenden el incumplimiento de obligaciones derivadas del matrimonio como: dejar de vivir en el domicilio conyugal, suministración de alimentos al cónyuge o a los hijos etc., y;

⁹⁶ Ibidem, op cit. págs. 453-464.

5. Las que producen la imposibilidad de continuar cumpliendo con las obligaciones familiares como: embriaguez, juego, uso de drogas etc.

El Código Civil para el Distrito Federal, antes de la reforma al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal establecía dieciocho causales de divorcio, actualmente establece lo siguiente: “Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;

II. Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;

III. El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

IV. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;

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”.⁹⁷

⁹⁷ Ibidem, op. cit. pág. 452-464.

CAPÍTULO 3

EL DIVORCIO EN LAS LEGISLACIONES CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

El divorcio es un intento por resolver los conflictos que se dan por las exigencias de la vida marital, es una medida drástica que los esposos toman cuando el matrimonio no funciona y esto afecta directamente a la pareja, ya que se altera el estilo de vida de las personas involucradas, debido a que el divorcio va acompañado de sufrimiento y perturbación.

El Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra en un magnifico estudio sobre el divorcio dice que “la palabra divorcio encuentra su etimología en el verbo latino *divertere* que entraña que cada cual va por su lado”⁹⁸

No siendo posible en diversos casos mantener un matrimonio ideal, observando que la permanencia de la unión conyugal sin los caracteres del amor, del respeto, de la colaboración mutua y de la inteligencia de los consortes en muchos casos es insostenible, el legislador ha creado la institución del divorcio.

3.1 CAUSALES DE DIVORCIO EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA

Prácticamente las leyes coinciden en cualquier entidad federativa en la mayoría de causales de divorcio para aquellas parejas que no encuentran otra alternativa de vida dentro del matrimonio mas que buscar la separación mediante un divorcio.

Las causales de divorcio en los Estados de AGUASCALIENTES (Artículo 289), JALISCO (Artículo 404), SONORA (Artículo 425), TABASCO (Artículo 272), TAMAULIPAS (Artículo 249), QUERETARO (Artículo 246), QUINTANA ROO (Artículo 799), SINALOA (Artículo 267), NUEVO LEON (Artículo 267), VERACRUZ (Artículo 141), BAJA CALIFORNIA (Artículo 264), BAJA CALIFORNIA SUR (Artículo 289), CAMPECHE (Artículo 287), CHIAPAS (Artículo 263), CHIHUAHUA (Artículo 256), COAHUILA (Artículo 363), COLIMA (Artículo 267), DURANGO (Artículo 262), GUANAJUATO (Artículo 323),

⁹⁸ Magallon Ibarra Jorge Mario. Instituciones de derecho civil, México, Porrúa, 1988, tomo III, Pág. 425

MORELOS (Artículo 175), NAYARIT (Artículo 260), OAXACA (Artículo 279), PUEBLA (Artículo 454), TLAXCALA (Artículo 123) y YUCATAN (Artículo 194) las encontramos contempladas en sus respectivos Códigos Civiles en los artículos señalados y estas son las siguientes:

- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente se haya declarado que la paternidad del mismo no corresponde a su cónyuge;
- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción
- Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- El estado de interdicción de uno de los cónyuges declarado por sentencia que haya causado ejecutoria.
- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;
- 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;
- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;
- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166;
- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituye un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;
- El mutuo consentimiento.
- La separación de los cónyuges por más de dos años siempre que no exista causa que la justifique y no se cumplan los fines del matrimonio.

Ahora bien, solo en algunas entidades federativas se contemplan además de las anteriores, las siguientes causas:

3.2 LAS CONDUCTAS DE VIOLENCIA FAMILIAR COMO CAUSA DE DIVORCIO.

La violencia familiar es el uso de la fuerza física o moral que ejerza un miembro de la familia contra otro integrante de la misma, que atente contra la integridad física, psíquica o ambas. Se trata del abuso de la fuerza que genera la violencia.⁹⁹

También se da la violencia por omisión y ésta trata de omisiones graves de un miembro de la familia en contra de otro, que atenten contra la integridad física, psíquica o ambas, es decir, incumplir un deber o una obligación conyugal o familiar, que son de orden público.¹⁰⁰

Los comportamientos violentos se aprenden y legitiman no sólo en la calle, sino también en el seno familiar. La familia es un espacio en el que se transmiten pautas y prácticas culturales; a través de ella se inculcan hábitos, se crean e intercambian lazos de solidaridad y comprensión, pero también problemas y conflictos.

La violencia familiar afecta no únicamente a aquellos miembros que son víctimas directas de ella, sino también a quienes atestiguan los actos violentos. La violencia entre padre y madre afecta a los hijos lesionando su autoestima y su confianza en los demás y en el futuro, creándoles problemas psicológicos y emocionales que impiden su pleno desarrollo humano.

Los niños que proceden de hogares con problemas de violencia, posiblemente reproducirán las mismas conductas violentas de sus padres cuando formen sus propios hogares. Con frecuencia los niños provenientes de hogares violentos presentan un bajo aprovechamiento escolar y problemas de conducta.

⁹⁹ CHAVEZ ASECIO MANUEL F., LA FAMILIA EN EL DERECHO, Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa. Séptima edición actualizada, México 2007, Pág. 518.

¹⁰⁰ Ibidem, Pág. 519

Contrariamente a lo que podríamos pensar, no todos los Estados consideran que la violencia familiar cometida en contra del cónyuge o de los hijos ya sea de ambos o de uno de ellos, es causa suficiente para solicitar el divorcio, sin embargo los Estados de NUEVO LEON, VERACRUZ, BAJA CALIFORNIA SUR, BAJA CALIFORNIA, CAMPECHE, CHIAPAS, CHIHUAHUA, COAHUILA, COLIMA, GUANAJUATO, MORELOS, NAYARIT, OAXACA, QUERETARO, QUINTANA ROO, SINALOA, SONORA, TAMAULIPAS y TLAXCALA, si lo contemplan y a continuación se transcribe:

1. la violencia en el Código Civil del Estado de Nuevo León la encontramos en el Artículo 267 en su fracción XVIII:

"XVIII. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges que afecten al otro o a los hijos de ambos o de alguno de ellos, y cuando un cónyuge promueva el divorcio fundado en ésta causal, deberá narrar en la demanda los hechos que pongan de manifiesto la violencia familiar imputada a la parte demandada, la afectación causada al demandante, así como el nexo causal entre uno y otro, sin que sea necesario especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada evento atribuido al demandado;"

2. En el Código Civil del Estado de Veracruz encontramos contemplada la violencia familiar en el Artículo 141 fracción XVIII:

"XVIII. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto en el artículo 254 TER de este Código"

3. En el Código Civil del Estado de Baja California Sur encontramos la violencia como causal regulada en el Artículo 289 fracción VII, en este Estado no solo se considera la violencia física como único acto de violencia, sino también la psicológica, la economía, la patrimonial y la sexual.

"VII. Ejercer violencia en contra del cónyuge o de los hijos o las hijas, entendiéndose por violencia, cualquiera de las siguientes tipos:

A) Violencia Psicológica. cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas;

B) Violencia Física. cualquier acto que inflinge daño no accidental, usando fuerza física o algún tipo de arma u objeto que pueda provocar o no lesiones internas o externas;

C) Violencia Económica. Es toda acción u omisión de agresor que afecte la supervivencia económica de la persona afectada;

D) Violencia Patrimonial. Es cualquier acto u omisión del agresor que afecta la supervivencia de la víctima, se manifiesta: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objeto, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima; y

E) Violencia Sexual. Es cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la víctima y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto.”

4. En el Código Civil del Estado de Baja California encontramos dicha causal en el Artículo 264 fracción XVIII, que textualmente nos dice:

”XVIII. Las conductas de violencia familiar, generadas por un cónyuge contra el otro, contra los hijos de ambos o de alguno de ellos, entendiéndose por éstas, todo acto de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicológica o sexualmente a cualquier miembro de la familia, dentro o fuera del domicilio y que tiene efecto para causar daño, así como las omisiones graves que de manera reiterada se ejerzan contra los mismos y que atenten contra su integridad física, psicológica, sexual y económica independientemente de que pueda producir o no lesión, y;”...

5. En el Código Civil del Estado de Campeche se hace mención de la violencia familiar en el Artículo 267, fracción XXI:

“XXI. Las conductas de violencia familiar cometidas por un cónyuge contra el otro o hacía los hijos de ambos o de alguno de ellos.”

6. por su parte en el Código Civil del Estado de Chiapas la encontramos en el artículo 263 en su fracción XIX:

“XIX. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges, contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos; entendiéndose por violencia familiar el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza uno de los cónyuges en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten el mismo domicilio.”

7. En el Código Civil del Estado de Chihuahua se menciona en el artículo 256 fracción VI:

“VI. La violencia física o moral hecha por un cónyuge al otro para que cometa alguna infracción antisocial o participe en ella;”

8. En el Código Civil del Estado de Coahuila, está en el artículo 363 fracción XIII, este Estado de igual forma que el Estado de Baja California Sur considera no solo al maltrato físico como conducta de violencia sino también el psicológico y el sexual:

“XIII. Las conductas de violencia familiar, cometidas por uno de los cónyuges contra el otro; hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos, en contra de pariente consanguíneo o por afinidad en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o por afinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado. Para los efectos anteriores las conductas de violencia familiar surgen cuando se ejerce maltrato físico, psíquico o sexual. Entendiéndose por éstas:

a) Maltrato físico: Lo constituye las acciones que perjudican la integridad corporal; que van desde sujeción, lesiones en el cuerpo producidas por puño, mano o pie, golpes con objetos, hasta uso de armas punzo-cortantes o de fuego. Las consecuencias pueden ir desde golpes simples, lesiones leves, lesiones graves, lesiones que dejan marca, e incluso que producen incapacidad.

b) Maltrato psicológico: Todo acto u omisión consistente en cualquier clase de prohibiciones, condicionamientos, coacciones, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluativas de abandono, que provoquen en quien las recibe, un deterioro o disminución de la autoestima y devaluación del autoconcepto.

c) Maltrato sexual: Todo acto que inflige burla y humillación de la sexualidad, niega las necesidades sexoafectivas entre los cónyuges, coacciona a realizar actos o practicar la celotipia para el control de la persona, así como los delitos contra la libertad y el normal desarrollo de la psicosexualidad”...

9. En el Código Civil del Estado de Colima se encuentra en su artículo 267 fracción XVIII:

”XVIII. Las conductas de violencia intrafamiliar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de uno de ellos. para los efectos de esta causal, se entiende como violencia intrafamiliar y como miembros de la familia, lo establecido en el artículo 25 de la Ley para la Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Colima;”

10. En el Código Civil del Estado de Guanajuato la encontramos en el artículo 323 fracción XIX:

”XIX. La violencia intrafamiliar grave o reiterada entre los cónyuges, o de estos con respecto a los hijos, que hagan imposible la vida conyugal.”

11. En el Código Civil del Estado de Morelos está en el artículo 175 fracción XI:

”XI. La violencia familiar, las amenazas, la crueldad o las injurias de un cónyuge contra el otro;”

12. En el Código Civil del Estado de Nayarit se encuentra en el artículo 260 fracción XIX:

”XIX. Las conductas de violencia familiar en los términos a que se refiere este Código, cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos”

13. En el Código Civil del Estado de Oaxaca está en su fracción XVII del Artículo 279:

”XVII. Las conductas de violencia intrafamiliar :
a). Cometidas por uno de los cónyuges contra el otro;
b). Cometidas por uno de los cónyuges hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos.
c). Las permitidas hacia alguno de los cónyuges o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos.”

14. En el Código Civil del Estado de Querétaro se encuentra en la fracción XIX del artículo 246:

”XIX. 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 este Código; y”

15. En el Código Civil del Estado de Quintana Roo se menciona en el artículo 799 fracción XXII:

”XXII. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este Artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el Artículo 983 ter(sic) de este Código”

16. En el Código Civil del Estado de Sinaloa se encuentra en la fracción XVII del Artículo 267:

”XVII. Las conductas de violencia familiar generadas por un cónyuge contra el otro, conforme a lo previsto en el artículo 324 Bis; (Ref. por decreto No. 588, publicado en el P. O. No. 124 de 16 de octubre de 1998)”

17. En el Código Civil del Estado de Sonora se encuentra en el artículo 425 fracción XXI:

"XXI. Las conductas de violencia intrafamiliar cometidas por un cónyuge contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 489 bis;"

18. En el Código Civil del Estado de Tamaulipas se encuentra en la fracción XX del artículo 249:

"XX. Las conductas de violencia intrafamiliar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 298 ter de éste Código"

s) finalmente en el Código Civil del Estado de Tlaxcala encontramos dicha causal en la fracción XVIII del artículo 123 y reza lo siguiente:

"XVIII. Las conductas de violencia familiar cometidas por alguno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este precepto se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 168 TER de este Código"

En la práctica el maltrato tiende a "naturalizarse" es decir se torna cotidiano sobre todo a través de conductas violentas que no son sancionadas como tales. Muchas personas que maltratan son considerados (y se consideran a sí mismos) como de mayor poder hacia quienes son considerados (se piensan a sí mismos) como de menor poder. Cabe destacar que las personas que sufren estas situaciones suelen ocupar un lugar relativamente de mayor vulnerabilidad dentro del grupo familiar. En este sentido la violencia hacia los niños y las mujeres, estadísticamente reviste la mayor casuística, en cambio los hombres maltratados son solo el 2% de los casos de maltrato (por lo general hombres mayores y debilitados tanto físicamente como económicamente respecto a sus parejas mujeres). También cabe enumerar la violencia cruzada, cuando el maltrato

pierde el carácter de aparente unidireccionalidad.¹⁰¹

Desde el punto de vista jurídico resulta dificultosa la comprobación. Cuando se trata de violencia física en su mayoría son lesiones leves, las cuales cuando dejan marcas desaparecen en no más de 15 días.

Por lo general quienes padecen estas situaciones tienen reticencia a denunciar lo que ocurre. Los motivos de este recelo ocupan desde hace muchos años a investigadores y profesionales. Por un lado porque se mantiene una espera de un cambio espontáneo de quién agrede, por otro lado se aceptan las disculpas (típicas) de quién agrede, y se creen las promesas que no se lo volverá a hacer (otro rasgo característico), también influye el temor al prejuicio social, las convicciones ético – religiosas, la dependencia económica, el miedo a represalias, la falta de esperanzas en la eficiencia de los trámites jurídicos, etc. Pero quizás el punto más álgido del razonamiento sobre el maltrato se evidencia en el sostenimiento del vínculo violento. En este sentido entran en consideración tanto el aplastamiento psíquico, la baja autoestima, la educación violenta, como también una consideración al suponer una relación signada de vicios y sistemas psíquicos o relacionales, o un posible montaje estructural subjetivo que impide romper el tipo de relación, etc.

Se debe considerar que la situación violenta no solo la padecen quienes sufren golpes o humillaciones, sino también quién propina esos mismos golpes y humillaciones.

Intervienen al respecto los modelos de organización familiar, las creencias culturales, los estereotipos respecto a supuestos roles relacionales, y las maneras particulares de significar el maltrato.

Es el estado el que debe velar por la protección de las personas involucradas, mediante acciones concretas tales como el dictado de leyes y demás normativas jurídicas, y la generación de espacios educativos, de contención e intervención comunitaria. Cabe destacarse que la represión por parte del estado al agresor no soluciona el problema, por lo que resulta esperable el fomento de una pronta asistencia psicológica hacia el, la, o los agresores que en muchos casos ejerce

¹⁰¹ 20 de junio de 2013, 22:51 horas, <http://www.clinicapsi.com/violencia%20familiar.html>.

violencia sólo en la intimidad familiar y privada, ya que en otros ámbitos poseen un comportamiento cordial y afectuoso.

Ahora bien, en los Códigos Civiles de los Estados de JALISCO, BAJA CALIFORNIA SUR, CHIHUAHUA, COAHUILA, COLIMA, MORELOS, QUINTANA ROO y TABASCO encontramos causales que no se contemplan en los demás Códigos de la República tales como, la incompatibilidad de caracteres hasta el empleo de métodos de concepción artificial sin contar con la voluntad del otro cónyuge, entre otras, así que a continuación nos referiremos a algunas de ellas:

3.3. LA INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSA DE DIVORCIO.

El Diccionario de la Lengua Española define el término incompatibilidad como la repugnancia que tiene una cosa para unirse o asociarse a otra, o de dos o mas personas entre si.¹⁰²

En cuanto al término caracteres refiere que es el modo de ser peculiar de cada persona.¹⁰³ Así pues podemos establecer una idea de incompatibilidad de caracteres, y es la repugnancia o imposibilidad de unión o asociación entre personas debido al modo peculiar de ser de las misma.

No obstante, que con mucha probabilidad sea la causa mas común por la que se disuelve un vinculo matrimonial, solamente encontramos que tres Estados (JALISCO, CHIHUAHUA y QUINTANA ROO) consideran que es causa suficiente para solicitar un divorcio y la encontramos regulada en los siguientes artículos:

1. La incompatibilidad en el Código Civil del Estado de Jalisco la encontramos en el artículo 404 fracción XIII.

***“ARTÍCULO 404. Son causas de divorcio:
XIII. La incompatibilidad de caracteres que haga imposible la vida conyugal; que sólo podrá invocarse después de pasado un año de celebrado el matrimonio;”***

¹⁰² DICCIONARIO KAPELUSZ DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial Kapelusz S. A. , Buenos Aires 1979, pág 308.

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 843.

2. en el **Código Civil del Estado de Chihuahua** la encontramos en la fracción XIX del artículo 256 y reza de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 256. *Son causas de divorcio contencioso:
XIX. La incompatibilidad de caracteres.”*

A continuación se transcriben

3. Y en el **Código Civil del Estado de Quintana Roo** la incompatibilidad la encontramos regulada en la fracción XIX del artículo 799 y textualmente dice:

ARTÍCULO 799. *Son causas de divorcio:
“XIX. La incompatibilidad de caracteres, que sólo podrá invocarse después de un año de celebrado el matrimonio;”*

A continuación transcribimos algunas tesis aisladas a fin de reforzar este punto:

No. Registro: 242,201

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

28 Cuarta Parte

Tesis:

Página: 67

DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE. *La causal de incompatibilidad de caracteres no sólo está integrada por la existencia de disgustos, diferencia de opiniones o altercados que incluso pueden provocar una separación de los consortes, puesto que dicha causal también está integrada, y esto es esencial, por supuestos consistentes en la intolerancia continua de los cónyuges, exteriorizada en diversas formas*

y actos de fricción que ambos realicen como consecuencia de su incompatibilidad, actos que igualmente deben ser continuos, pues la incompatibilidad de caracteres, por razón lógica, debe ser permanente, ya que supone dos personalidades totalmente opuestas al grado de ser perjudiciales, haciendo, a su vez, imposible la continuación del matrimonio. Amparo directo 4256/70. Miguel Hernández Juárez. 29 de abril de 1971. Cinco votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

No. Registro: 241,549

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

71 Cuarta Parte

Tesis:

Página: 25

DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE TLAXCALA). *La causal de incompatibilidad de caracteres, que se señala en la fracción XV del artículo 206 del Código Civil para el Estado de Tlaxcala, se configura cuando existe una intolerancia continua de los cónyuges, exteriorizada en diversas formas y actos de fricción que ambos realizan, como consecuencia de su incompatibilidad, que hacen imposible la vida en común en el matrimonio. Ahora bien, como el contrato de matrimonio es de orden público, porque la sociedad está interesada en su mantenimiento, es necesario, para que prospere dicha causal, que la parte actora precise debidamente en qué consisten los disgustos, diferencia de opiniones, altercados y demás actos, por los que considera que su carácter no es compatible con el de su cónyuge, de manera que el juzgador pueda conocerlos y determinar si efectivamente, por su naturaleza y gravedad,*

los mismos hacen imposible la vida en común. Sentado lo anterior, debe decirse que en un caso no se dan esos supuestos si el actor no cumplió con el mencionado requisito de precisar en su demanda los actos constitutivos de la incompatibilidad de caracteres, pues en la demanda se concretó a manifestar que al poco tiempo de iniciado su matrimonio "surgieron frecuentes dificultades" que fueron haciendo imposible la convivencia de ambos; que entre ellos existieron intolerancias "que se exteriorizaron en diversas formas", y que por tales motivos, acudieron ante un notario público para celebrar un convenio, en el que acordaron separarse por la falta de entendimiento entre ellos.

Amparo directo 4277/73. David Manzola Ramírez. 18 de noviembre de 1974. Cinco votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 160, página 510, bajo el rubro "DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE."

No. Registro: 818,443

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Cuarta Parte, LXIX

Tesis:

Página: 15

DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que para hacer valer la incompatibilidad de caracteres como causa de divorcio, es menester que en la demanda se expongan los hechos en que consiste esa causal y que no es bastante que se*

compruebe la existencia de desavenencias comunes y corrientes, las cuales son frecuentes en el matrimonio, por ser naturales en una convivencia, sino que debe ser de tal índole grave el motivo de la desarmonía conyugal, que implique la necesidad del divorcio.

Amparo directo 8820/61. Margarita Hernández de Cereceres. 29 de marzo de 1963. Cinco votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

No. Registro: 270,901

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Cuarta Parte, LIII

Tesis:

Página: 33

DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE. *La incompatibilidad no debe referirse a la existencia de meras dificultades conyugales, sino que ha de significar un profundo y radical distanciamiento de los cónyuges, incompatible con la armonía requerida para la vida en matrimonio, por lo que si no se prueba en forma plena e indubitable esa situación, en manera alguna puede decretarse el divorcio con base en dicha causal.*

Amparo directo 6374/60. Isaías Salazar Vázquez. 16 de noviembre de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José López Lira. Ponente: José Castro Estrada. Sexta poca, Cuarta Parte:

Volumen XXVI, página 93. Amparo directo 278/59. Celia Piñón de Oaxaca. 26 de agosto de 1959. Cinco votos. Ponente: Gabriel García Rojas.

3.4. EL EMPLEO DE MÉTODOS DE CONCEPCIÓN ARTIFICIAL SIN CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE COMO CAUSA DE DIVORCIO.

Por "procreación artificial " o " fecundación artificial " se entienden diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión del varón con la mujer.

Se trata de lograr la unión de los gametos masculinos (espermatozoide) y femenino (óvulo) mediante procedimientos técnicos. Esa unión puede darse dentro del cuerpo de la mujer (inseminación artificial o fecundación intracorpórea) o fuera (fecundación extracorpórea).

La existencia de la persona humana comienza desde su concepción. Es decir, desde el instante en que el espermatozoide humano penetra el óvulo humano y lo fecunda, momento en que comienza el conjunto de fenómenos biológicos que conducen a la singamia (unión de los pronúcleos masculino y femenino), donde queda definitivamente organizado el genoma propio de cada ser humano, el que es inalterable. En la unión del óvulo con el espermatozoide queda establecida la naturaleza humana del nuevo ser y en ese mismo momento se establece también el sexo genético. (Dr. Rafael Pineda, Comentarios sobre los proyectos consensuados de fertilización asistida.)¹⁰⁴

El empleo de métodos de concepción artificial sin consentimiento del cónyuge como causa de divorcio es una causal nueva, que no aparece en el código precedente de 1928, ni en los Códigos anteriores ni en la Ley sobre Relaciones Familiares, pues en estos últimos documentos no se conocía el procedimiento de inseminación asistida.

Conviene distinguir las distintas posibilidades de inseminación asistida y se pueden señalar las siguientes formas o maneras:

¹⁰⁴ 22 de junio de 2013., 20:30 hrs., <http://www.aciprensa.com/vida/probeta.htm>

En relación al lugar en donde se efectúe la fecundación, puede ser interna o *in vitro*. La primera se procura y logra en el seno materno; la segunda fuera de él, en recipiente de laboratorio.

En relación al estado familiar de la mujer, podrá ser en matrimonio o fuera de él, La primera, que es la que nos interesa, se puede dividir según se efectúe con elementos de los consortes, es decir, con el óvulo de la esposa y espermatozoides del marido (inseminación homóloga); o con elementos extraños al matrimonio, o bien con elemento masculino extraño o con elemento femenino extraño o con ambos elementos extraños, pero implantados en la esposa (diversos supuestos de inseminación heteróloga)

A diferencia de la inseminación natural, la inseminación o fecundación asistida es un acto jurídico del Derecho de Familia, en relación al cual deben estudiarse los elementos esenciales y de validez, a semejanza de cualquier acto jurídico.

Como acto jurídico plurilateral en el que intervienen los consortes por una parte y el médico que realiza la intervención por la otra, quien verifica que se hayan reunido los requisitos legales y técnicos necesarios, tiene por objeto constituir una relación jurídica paterno-filial, que genere deberes, derechos y obligaciones, por lo tanto están interesados tanto el varón como la mujer como progenitores.

Como acto jurídico se requiere el consentimiento, éste debe ser, según expresa la Ley General de Salud, informado, en los términos de los artículos 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la salud que señalan los diferentes elementos que deben contener el consentimiento informado, tanto de la mujer como del marido.¹⁰⁵

ARTÍCULO 21. Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal, deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda

¹⁰⁵ CHÁVEZ ASENCIO MANUEL F., LA FAMILIA EN EL DERECHO, Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa, 7ª Edición Actualizada, pág. 523 y 524.

comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

- I. *La justificación y los objetivos de la investigación;*
- II. *Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;*
- III. *Las molestias o los riesgos esperados;*
- IV. *Los beneficios que puedan observarse;*
- V. *Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;*
- VI. *La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;*
- VII. *La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;*
- VIII. *La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;*
- IX. *El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;*
- X. *La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a la que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y*
- XI. *Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.*

ARTÍCULO 22. El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. *Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;*
- II. *Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud;*
- III. *Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de la investigación;*
- IV. *Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y*

- V. *Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.*

En todos los casos de inseminación asistida, debe además del consentimiento de la mujer consentir el varón y así lo expresa el artículo 466 de la Ley General de Salud. Este numeral además señala las penas en que incurre quien sin consentimiento de la mujer, o aun con su consentimiento, si ésta fuera menor, o incapaz, realice en ella una inseminación artificial, se le aplicara una pena de prisión de uno a tres años si no se produce el embarazo; si resulta el embarazo se le impondrá prisión de dos a ocho años.

Artículo 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Por lo tanto la causal hace referencia al consentimiento de ambos. Se da la situación prevista cuando falte el consentimiento de su cónyuge, que puede ser el de la mujer, en cuyo caso será agraviado el marido. Es decir, uno o el otro podrá ejercitar la acción de divorcio, según falte el consentimiento de él o de ella.

La utilización de métodos de concepción artificial sin el consentimiento del cónyuge forma parte de las causas de divorcio en los Códigos Civiles de cuatro Estados de la Republica y a continuación se mencionan:

1. Fracción III del artículo 289 del Código Civil del Estado de Baja California Sur.

“ARTÍCULO 289. Son causas de divorcio necesario:

...III. La inseminación artificial heteróloga de la mujer o la implantación en ella de un óvulo fecundado por personas ajenas al matrimonio, sin consentimiento del marido;”...

2. Fracción XX del artículo 267 del Código Civil del Estado de Colima.

“ARTICULO 267. Son causas de divorcio:

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

3. Fracción XVII del Artículo 175 del Código Civil del Estado de Morelos

“ARTÍCULO 175. CAUSALES DE DIVORCIO. Son causales de divorcio

...”XVII. La inseminación artificial o las técnicas de reproducción asistida en la mujer, sin el consentimiento de alguno de los cónyuges;”...

4. Fracción XVIII del Artículo 272 del Código Civil del Estado de Tabasco

“ARTICULO 272. Son causas de divorcio necesario:

...”XVIII. Emplear, la mujer, método de concepción humana artificial, sin el consentimiento del marido.”

3.5 LA BIGAMIA, LA BISEXUALIDAD, LA HOMOSEXUALIDAD Y LAS ALTERACIONES CONDUCTUALES EN LA PRÁCTICA SEXUAL COMO CAUSAS DE DIVORCIO.

A continuación haremos referencia al significado de algunas de las alteraciones conductuales en la práctica sexual , así pues, tratándose de la Bigamia ésta es un término legal que se refiere a la situación que se produce cuando una persona entra en cualquier número de matrimonios secundarios en adición al original que es reconocido legalmente.¹⁰⁶ Muchos países tienen estatutos específicos que prohíben la bigamia, y consideran crimen cualquier matrimonio secundario.

Por otro lado, en cuanto al tema de la homosexualidad, de todos es conocido que el comportamiento heterosexual es el más común en la mayoría de la

¹⁰⁶ DICCIONARIO KAPELUSZ DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial Kapelusz S. A. , Buenos Aires 1979, pág 217.

población, sin embargo, la homosexualidad es tan antigua como la historia y en algunas sociedades es aceptada.

Cuando se habla de homosexualidad, por regla general, se está haciendo referencia a la homosexualidad masculina. A la relación sexual entre mujeres se le suele llamar lesbianismo, palabra derivada del nombre de la isla griega Lesbos, en la cual la poetisa *Safo* cantó al amor apasionado entre las mujeres.

El vocablo homosexualidad proviene de la raíz griega Homo que significa mismo, de manera que el significado completo del término comprende cualquier tipo de relación entre miembros del mismo sexo.

La conducta homosexual como variante de la sexualidad se observa en la mayoría de las sociedades humanas (si no en todas), tanto primitivas como avanzadas, y es probablemente tan vieja como la humanidad. Pueden hallarse pruebas de su existencia en los escritos y artes gráficas de las civilizaciones más antiguas.

Por su parte La bisexualidad en la sexualidad humana, hace referencia al deseo romántico y/o sexual hacia personas de ambos sexos. El término tiene el mismo origen que los que se refieren a las otras orientaciones sexuales, *homosexualidad* y *heterosexualidad*.¹⁰⁷

Las causales mencionadas líneas atrás las encontramos únicamente en los Códigos Civiles de tres Estados de la República, Chihuahua, Morelos y Quintana Roo, y a continuación se señalan:

A) En el Código Civil del Estado de Chihuahua se menciona la bigamia como causa de divorcio.

“ARTÍCULO 256. Son causas de divorcio contencioso:

¹⁰⁷ 24 de junio de 2013, 16:25, http://tesis.repo.sld.cu/124/1/Iliana_Gorguet_PiLIBRO_.pdf

...II. La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitarse;”...

B) En el Código Civil del Estado de Morelos encontramos las alteraciones en la practica sexual de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 175. CAUSALES DE DIVORCIO. *Son causales de divorcio:*

...VI. Las alteraciones conductuales en la práctica sexual que sobrevengan después de celebrado el matrimonio;...

...XX. Cuando uno de los cónyuges, por tratamiento médico o quirúrgico, intente cambiar o cambie de sexo; y”

C) En el Código Civil del Estado de Quintana Roo nos encontramos tanto con la bigamia como con la practica sexual con el mismo sexo en las siguientes fracciones:

“ARTÍCULO 799. *Son causas de divorcio:*

...XX. La bigamia que sólo puede ser invocada por el cónyuge inocente del primer matrimonio;...

...XXIV. La actividad sexual de un cónyuge con persona de su mismo sexo.”

En los Estados de Hidalgo, San Luis Potosí, Guerrero, Zacatecas y Michoacán de Ocampo, no se contempla el divorcio en los respectivos Códigos Civiles como en la mayoría de los Estados sino que tienen sus Leyes y/o Códigos Familiares.

3.6 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI

Este Código fue aprobado el día 12 de diciembre del año 2008, y fue promulgado y publicado el día 18 de diciembre del año 2008.

El Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí aborda el tema de la institución familiar; considerándola como la unión permanente de personas vinculadas por el matrimonio o el concubinato, y por parentesco de consanguinidad, afinidad y civil, basada en los principios y valores humanos para lograr el desarrollo integral de cada uno de sus miembros.

La institución familiar como sociedad natural, resulta fundamental para la

sociedad misma y para el estado, en virtud de que cualquier individuo, antes que ciudadana o ciudadano y miembro de la sociedad, es originariamente miembro de una familia. La familia, por tanto, viene a ser el centro de convergencia de las diversas experiencias y expresiones humanas, a la vez que es el foco de irradiación de las más variadas actitudes y conductas personales, derivadas de la práctica de otros tantos valores humanos, que caracterizan a la vez, que diferencian a una sociedad en relación con otra, o a los diferentes grupos étnicos o nacionalidades.

Esta ley protege la organización y el desarrollo de la familia. De esta forma, la familia como institución social y jurídica, y cada uno de sus miembros, individualmente o como grupo humano, constituyen una prioridad ineludible de los poderes del estado, en sus distintos órdenes, en su calidad de responsables directos del cumplimiento de la ley.

Por tanto, el estado y la sociedad en su conjunto, deben privilegiar a las familias con medidas de carácter jurídico, social, económico y político, que contribuyan a consolidar su unidad y estabilidad, para que pueda cumplir de la mejor forma su función específica. De la fortaleza institucional de las familias deriva, en lo posible, la calidad humana de los individuos y, a partir de esta premisa indispensable, surge el fomento y desarrollo de los valores cívicos de los ciudadanos.

En dicha Entidad federativa, la necesidad de crear un Código Familiar se fundamenta en que las instituciones comprendidas dentro este ámbito jurídico, requieren una especial atención por parte del estado, para fortalecer su desempeño en favor de la institución familiar, de vital importancia para el propio estado y la sociedad.

Además, si tomamos en cuenta que el objeto de la norma jurídica es regular la conducta humana, en su interrelación con las demás personas, compilar en un Código Familiar las normas específicas que atañen a los derechos y obligaciones de las personas integrantes de las familias, resulta por demás necesaria y congruente, entre otras, por las siguientes razones:

a) Por la importancia y relevancia que le corresponde a la familia como

institución fundamental, en congruencia con las disposiciones constitucionales relativas al quehacer del estado.

b) Porque aunque los diversos derechos y obligaciones de los integrantes del núcleo familiar, están incluidos en el amplio y diverso acervo de temas regulados por el actual Código Civil para el Estado, también es cierto que los actos y hechos, materia del Código Familiar, por ser de orden público e interés social, por su naturaleza y volumen, ameritan un marco normativo especial, con una estructura y procedimientos también específicos, que se traduzcan en una administración expedita y eficaz de la justicia en este ramo.

c) Porque resulta particularmente práctico y funcional, tanto para los jueces y personal de los Juzgados de lo Familiar, como para las personas de cada familia, tener el acceso fácil a una compilación de normas directamente relacionadas con su casuística cotidiana, y con los asuntos familiares que con mayor frecuencia ocupan la atención y preocupación de todas las personas, sin distinción alguna.

Por ende, este instrumento jurídico que se propuso deja a salvo el derecho irrestricto de las garantías constitucionales, en cuanto a la libertad de expresión, el derecho a la información objetiva y oportuna, así como al libre ejercicio de las creencias religiosas; sin dejar de valorar la influencia avasalladora de los medios de comunicación masiva, y el impacto transformador del fenómeno mundial de la globalización, en relación con la vigencia o cambio de los usos y costumbres familiares.¹⁰⁸

Anteriormente encontrábamos regulado el divorcio en el Código Civil del Estado de San Luis Potosí del artículo 252 al 255, actualmente encontramos las causales en el artículo 87 fracciones I a XVI del Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí:

“ARTICULO 87. Son causas de divorcio necesario:
I. Tener alguno de los cónyuges relaciones sexuales con persona distinta a su consorte;
II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio

¹⁰⁸ 25 de junio de 2013, 22:18hrs, [http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdf-
zip/codigos/CF/CFam.pdf](http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdf-
zip/codigos/CF/CFam.pdf)

a una hija o a un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarada procedente la acción de impugnación de la paternidad;

III. El o los actos ejecutados por alguno de las o los cónyuges que pueda corromper a las hijas o hijos, ya sean éstos de ambos o de uno solo de ellos;

IV. Padecer alguna enfermedad crónica incurable que sea además infecto contagiosa;

V. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración del estado de interdicción;

VI. La separación del domicilio conyugal por más de tres meses, sin causa justificada;

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

VIII. Cuando no vivan juntos las o los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que tengan para ello, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos;

IX. Las amenazas o las injurias graves de un cónyuge al otro;

X. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones de darse alimentos;

XI. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XII. La negativa injustificada de las o los cónyuges a cumplir con el cuidado, dirección y trabajos en el hogar;

XIII. La o las conductas de violencia familiar cometidas por uno de las o los cónyuges contra el otro, o hacia las hijas o hijos de ambos o de alguno de ellos;

XIV. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades judiciales, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia la o el otro cónyuge o las hijas o hijos, por la o el cónyuge obligado a ello;

XV. El uso de métodos de fecundación artificial o asistida sin el consentimiento de la o el cónyuge, y

XVI. El uso de métodos de esterilización permanente sin el consentimiento de la o el cónyuge.”

3.7 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE ZACATECAS

El día sábado 10 de mayo del año de 1986 se promulgó el Código Familiar del Estado de Zacatecas, fue publicado en el Suplemento del Periódico Oficial del

Estado de Zacatecas, mismo que aún sigue vigente. Aún y cuando han transcurrido más de veinte años de su publicación, este ordenamiento es considerado uno de los más avanzados del país, ya que la naturaleza vanguardista de sus disposiciones lo posicionaron como una ley modelo para las Entidades Federativas. Pero si bien es cierto que contiene figuras jurídicas que aún se encuentran acordes a los tiempos actuales, también lo es, que la institución de la familia ha evolucionado. Al momento de su promulgación Zacatecas se consolidó como punta de lanza a nivel nacional en esta materia. En ese sentido, si la familia zacatecana evoluciona vertiginosamente, las normas que la regulan deben hacerlo al mismo ritmo, ya que de permanecer estáticas, los Zacatecanos consideran que se estaría ante un panorama adverso, toda vez que los ordenamientos que la regulan quedarían a la saga de las necesidades que este núcleo vital de la sociedad demanda.¹⁰⁹

Las causas de divorcio en esta Ley las encontramos en el artículo 231 de la fracción I a la XVIII:

“ARTÍCULO 231. Son causas de divorcio:

- I. El adulterio de alguno de los cónyuges;*
- II. El hecho de que alguno de los cónyuges durante el matrimonio tenga un hijo y que judicialmente se declare que no es del cónyuge;*
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro;*
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge a 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 crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable o la esterilidad de alguno de los cónyuges que sobrevengan después de celebrado el matrimonio;*
- VII. Padecer enfermedad mental incurable, previa declaración de interdicción. El divorcio por esta causa sólo puede demandarse después de dos años de haberse manifestado la enfermedad;*
- VIII. El abandono del domicilio conyugal por cualquiera de los cónyuges por más de seis meses consecutivos;*

¹⁰⁹ 25 de junio de 2013, 23:30 hrs.

<http://www.congreso Zac.gob.mx/lviii/legislatura/II/contenido/Iniciativas/INICIATIVA%20DE%20REFORMAS%20AL%20CODIGO%20FAMILIAR%20Y%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20CIVILES.pdf>

- IX. La separación de los cónyuges si se prolonga por más de un año, independientemente del motivo que la haya originado, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos;*
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga que preceda la declaración de ausencia;*
- XI. La violencia familiar, recurrente o no, cometida por un cónyuge contra otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto en el artículo 283 Bis de este Código;*
- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a colaborar en las actividades domésticas, o a no cumplir con las obligaciones relativas a la contribución económica para el sostenimiento del hogar o la alimentación de los hijos, o el incumplimiento injustificado de la sentencia que condene al pago de tal obligación;*
- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;*
- XIV. Cometer, uno de los cónyuges, un delito intencional por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;*
- XV. Los hábitos de juego, de embriaguez o de uso indebido persistente, no terapéutico, de enervantes, estupefacientes o psicotrópicos, o de cualquiera otra sustancia que altere la conducta del individuo y produzca farmacodependencia, y esta situación amenace con causar la ruina o desintegración de la familia, o constituya un continuo motivo de desavenencia conyugal;*
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro o de los hijos, un acto que sea punible, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena; XVII. Se deroga;*
- XVIII. El incumplimiento injustificado de los convenios celebrados ante las unidades de atención a la violencia familiar o resoluciones o determinaciones de las autoridades judiciales o administrativas que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.”*

3.8 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO

Este Código fue publicado en el Periódico Oficial del Estado de Michoacán, el día lunes 11 de febrero de 2008.

Michoacán dio lo que, hasta ahora, ha sido uno de los pasos más importantes en materia de derecho familiar; al otorgar un nuevo rostro a las normas jurídicas que tienden a regular las relaciones familiares, dotándolas de un carácter más acorde con la realidad en la que la sociedad se desenvuelve, ya que el derecho familiar cuenta con sus propios principios, que lo dotan de singularidad y autonomía respecto de la rama del Derecho Civil, ello por el extraordinario valor que conlleva el proteger jurídicamente a la familia; en ello radica su objeto, pues aquella es el núcleo social primario y en su seno, las personas se encuentran en condiciones de desarrollar todo su potencial.

El derecho de familia es el conjunto de normas que tiene por objeto estructurar la organización, funcionamiento y, en su caso, disolución de la célula primaria de la sociedad, y que su regulación ha estado tradicionalmente comprendida en el Código Civil, no obstante que para ello se carece de un verdadero sustento científico, haciéndose necesario en dicha Entidad Federativa separar adecuadamente las cuestiones relativas a las personas de las que corresponden a bienes y obligaciones.

En el Estado de Michoacán estiman que los derechos de familia deben ser considerados como una rama independiente del derecho civil, porque tienen autonomía científica, desde el momento que están constituidos por instituciones que le son innegablemente propias; porque su finalidad es esencialmente diversa al derecho privado, tomando en consideración que tienden a proteger valores, derechos y deberes inherentes al correcto desarrollo de los seres humanos en el núcleo primario.¹¹⁰

Por todo lo expuesto con anterioridad se consideró necesario que el Estado de Michoacán se colocara a la vanguardia a nivel nacional, integrando lo que en justicia, ha de ser un derecho autónomo de familia; estableciendo de una vez por todas, la separación jurídica formal del Derecho Civil y del Derecho Familiar; y, contemplando en un solo compendio normativo, los preceptos jurídicos

¹¹⁰ 25 de junio de 2013. 23:55 hrs., <http://leyes.michoacan.gob.mx/destino/i64pi.pdf>

sustantivos y adjetivos de éste último, contando con un Código en el que se condensen las normas tanto sustantivas como adjetivas del derecho familiar.

Las causales de divorcio las encontramos en el artículo 261 y textualmente dicen:

“ARTÍCULO 261. *Son causas de divorcio:*

- I. El adulterio debidamente comprobado 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 sexuales 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 las hijas o hijos, así como la tolerancia en su corrupción;*
- VI. Padecer cualquier enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria, cuando no hubiere sido dispensada; y la impotencia incurable para la cópula, cuando no hubiere sido dispensada o 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 del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada;*
- IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que la haya originado, 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 esto, que proceda la declaración de ausencia;*
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para las hijas o hijos;*
- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 150, 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 153 de este Código;*
- XIII. La acusación calumniosa por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, hecha por un cónyuge contra el*

otro;

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso y grave por el que 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 desavenencia;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de las hijas o 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 las hijas o hijos de ambos, o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;

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

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

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

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 156 de este Código; y,

XXII. La violación cometida por un cónyuge contra el otro; para efectos de este artículo, se entenderá por violación la conducta prevista en el artículo 240, párrafos primero y último, del Código Penal del Estado.”

3.9 EL DIVORCIO EN LA LEY PARA LA FAMILIA DEL ESTADO DE HIDALGO

El derecho de familia constituye un sistema jurídico construido alrededor de las familias y de quienes las integran, que se complementa con principios fundamentales del derecho objetivo como la vigencia de la Ley en el tiempo y en el espacio, la igualdad jurídica de la persona con independencia de su sexo y condición, principios fundamentales de la interpretación de la Ley y su aplicación, la fuerza imperativa de las leyes de interés público, entre otros.

Esta Ley para la familia del Estado de Hidalgo fue publicada en el Periódico Oficial del Estado de Hidalgo, el día lunes 9 de abril del año 2007.

Para el Estado de Hidalgo se consideró de vital importancia contar con una Ley

para la Familia acorde no solo a los requerimientos actuales, sino también a los futuros, que se constituya en un eficiente y eficaz instrumento de regulación de los derechos y obligaciones de la sociedad y sus relaciones intrafamiliares.

Es importante precisar que el objeto de toda legislación es regular todos y cada uno de los derechos fundamentales y de legalidad de los gobernados, y para los Hidalguenses, con mayor énfasis, cuando se trata de las niñas y niños como sujetos trascendentales en el Derecho Familiar, quienes deben tener y contar con derechos que les permitan garantizar un desarrollo pleno y adecuado como parte fundamental del núcleo básico y reconocido por la sociedad como lo es la familia; sin olvidar que la Declaración Internacional de los Derechos del Niño (1959), señala: “El niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso, la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, el niño gozará de protección especial y podrá disponer de las oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse en forma sana y normal, en condiciones de libertad y dignidad a fin de crecer no solo física, sino también mental, moral, espiritual y socialmente.”¹¹¹

Con esta Iniciativa, se logró dar un paso adelante en materia familiar protegiendo en todo momento los derechos fundamentales de los miembros de las familias hidalguenses.

Anterior a la creación de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo el fundamento legal de las causas de divorcio se encontraba en el Código Civil para el estado de Hidalgo del artículo 339 al 364, y en la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo se encontraban señaladas en el artículo 103 de las fracciones I a la XVI y versaban de la siguiente manera:

ARTÍCULO 103. Son causas de divorcio necesario:

I. El abandono sin causa justificada del domicilio conyugal por más de seis meses consecutivos;

II. La negativa injustificada a proporcionar alimentos, existiendo obligación legal;

III. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la

¹¹¹ 26 de junio de 2013, 00:30 hrs., intranet.e-hidalgo.gob.mx/NormatecaE/Archivos/DEC583.pdf

separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos, y no existirá cónyuge culpable;

IV. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

V. La propuesta de un cónyuge a otro para prostituirse no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones carnales con su cónyuge;

VI. La incitación hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

VII. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sea de ambos o de sólo uno de ellos, así como la tolerancia en su corrupción;

VIII. Padecer alguna enfermedad crónica, incurable, que sea además contagiosa o hereditaria o degenerativa, de acuerdo a los dictámenes médicos correspondientes o cuando el enfermo haya contagiado al cónyuge sano, de una enfermedad de origen sexual adquirida por sostener relaciones extramatrimoniales;

IX. Padecer enajenación mental incurable;

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

XI. La declaración de ausencia legalmente hecha o la presunción de muerte;

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

XIII. La acusación hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, si es absuelto en sentencia ejecutoriada;

XIV. Los hábitos de juego o de embriaguez, o la adicción a las drogas o estupefacientes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XV. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto delictuoso que tenga señalada una pena que exceda de dos años de prisión, aún en el caso de excusa absolutoria; y

XVI. Permitir ser instrumento, de un método de concepción artificial, sin el consentimiento de su cónyuge.”

Mediante el decreto numero 583 se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, dichas reformas fueron publicadas en el Periódico Oficial Bis Uno, el 31 de Marzo de 2011, suprimiéndose las causas de divorcio y actualmente el fundamento del divorcio versa de la siguiente manera:

“Artículo 102.- Divorcio, es la disolución del vínculo conyugal, a petición de uno de los esposos o de ambos dejándolos en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.”

“Artículo.- 103.- Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges, manifestando únicamente su voluntad de no querer continuar con el matrimonio.”

3.10 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928, tuvo vigencia en el Distrito Federal desde 1932 y hasta el 1° de Junio de 2000, que en materia de divorcio, reproduce algunas disposiciones de la Ley sobre Relaciones Familiares, por lo que consideramos pertinente mencionar las causales que ésta última contemplaba en su artículo 76:

“Artículo 76. Son causas de divorcio:

- I. *El adulterio de uno de los cónyuges*
- II. *El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.*
- III. *La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer no solo cuando lo haya hecho directamente sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella, por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal, por el conato de cualquiera de ellos, para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores.*
- IV. *Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea además contagiosa o hereditaria.*
- V. *El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes durante seis meses consecutivos.*
- VI. *La ausencia del marido por mas de un año con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio*
- VII. *La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y*

- aquellos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común.*
- VIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años en prisión.*
 - IX. Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años.*
 - X. El vicio incorregible de la embriaguez.*
 - XI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que no baje de un año de prisión.*
 - XII. El mutuo consentimiento.”*

Por su parte El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, llego a prever 20 causales del divorcio vincular y estas eran las siguientes:

“ARTICULO 267. Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;*
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;*
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.*
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, sea o no de incontinencia carnal;*
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos o al otro cónyuge así como la tolerancia en su corrupción;*
- VI. Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;*
- VII. Padecer enajenación mental incurable; previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.*
- VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;*
- IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;*
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no*

se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;

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

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 100 y el incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges 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 que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

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

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

XVII. El mutuo consentimiento.

XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

XIX. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto en el artículo 323 TER de este Código.

XX. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades judiciales que se hayan ordenado, tendentes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello”.

Esta Ley estableció como regla y de manera general el divorcio vincular y, como excepción, el divorcio por separación de cuerpos, básicamente en los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia o enajenación mental. El cónyuge sano que no deseaba pedir el divorcio podía optar por la separación; pero permanecían subsistentes las demás obligaciones del matrimonio. La misma situación ocurría cuando uno de los esposos se trasladaba a otro país o a un lugar insalubre o indecoroso.

Artículo 277. *El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII*

del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

El Código Civil para el Distrito Federal, desde mayo de 2002, para el caso del divorcio vincular, previó 21 causales de carácter limitativo, por ende, cada una de naturaleza autónoma, por lo que cada causa que se invocaba debía ajustarse a cualquiera de las causales señaladas en el artículo 267. Es relevante señalar que no podían mezclarse unas con otras, pero si invocarse más de una y se transcriben a continuación:

“Artículo 267. Son causales de divorcio:

- 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 cualesquiera 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 desavenencia;

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 este Código;

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

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

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 este Código.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.”

Con fecha tres de octubre del año 2008, fueron publicadas las reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal derogando las causales de divorcio, El cónyuge que solicita el divorcio no tiene que exponer las razones o motivos por los que no desea continuar unido en matrimonio sino que basta con que manifieste su voluntad de no querer continuar con el mismo

“Artículo 266. 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.”

3.11 EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

En la legislación del Estado de México, El artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México, contemplaba veinte causales para poder solicitar el divorcio:

Artículo 4.90.- *Son causas de divorcio necesario:*

I. El adulterio de uno de los cónyuges;

II. Que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el mismo con persona distinta al cónyuge;

III. La propuesta de prostitución de un cónyuge al otro no cuando el mismo la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitirlo;

IV. La bisexualidad manifestada posterior a los seis meses de celebrado el matrimonio;

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

VI. Los actos inmorales ejecutados por alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos de ambos, o de uno de ellos, así como la tolerancia de su corrupción;

VII. Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria;

VIII. Padecer enajenación mental incurable;

IX. La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

X. Derogada.

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan difícil la vida en común;

XII. La negativa de los cónyuges de darse alimentos o de darlos a los hijos;

XIII. La acusación calumniosa por un delito, hecha por un cónyuge contra el otro;

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión no conmutable;

XV. Los hábitos de juegos prohibidos o de embriaguez habitual, el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI. Haber cometido un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de tercero, siempre que tenga señalada en la ley una pena de prisión que exceda de un año;

XVII. La violencia familiar;

XVIII. Permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge;

XIX. 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;

XX. Incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de Violencia Familiar hacia el otro cónyuge o a los hijos, por el cónyuge obligado a ello.”

Con fecha 03 de mayo de 2012, se publicó en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, la reforma a diversos artículos del Código Civil del Estado de México, así como también reformas al Código de Procedimientos Civiles de dicha entidad, tendientes a incorporar el divorcio incausado en dichos ordenamientos, cabe mencionar que el decreto mediante el cual se publicaron las mencionadas reformas entró en vigor el día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno”, esto es el día 04 de mayo de 2012.

En dicha reforma al Código Civil mencionado, se clasificó al divorcio solamente como voluntario e incausado.

En la reforma se señala que el divorcio incausado tiene lugar cuando cualquiera de los cónyuges lo solicita sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva y que el divorcio voluntario es cuando se solicita de común acuerdo.

Derogan las causales del divorcio necesario, la caducidad de la acción de divorcio, la extinción de la acción de divorcio, la revocación de las donaciones por divorcio, lo referente al plazo para contraer nuevo matrimonio.

3.12 EL DIVORCIO EN LA LEY DE DIVORCIO DEL ESTADO DE GUERRERO

Con fecha 13 de marzo de 1990, fue publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado, número 25, la Ley de Divorcio del Estado de Guerrero, dicho ordenamiento jurídico vanguardista a nivel nacional sienta los lineamientos de protección a las mujeres y a los menores inmersos en la relación iniciada con motivo del matrimonio, esta ley establecía 18 causales de divorcio y se transcriben a continuación

“ARTÍCULO 27. Son causas de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;*
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo;*
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;*
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro o hacia los hijos para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;*
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer, con el fin de corromper a los hijos, ya sean éstos de ambos, o de uno solo de ellos; así como la tolerancia en su corrupción consistente en actos comisivos y omisivos.*
- VI. Padecer cualquier enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria y la impotencia sexual incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;*
- VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;*
- VIII. El abandono del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada;*
- IX. 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 preceda la declaración de ausencia;

X. Las conductas de violencia intrafamiliar, en los términos de lo dispuesto por el artículo 27 BIS del Código Civil para el Estado de Guerrero, así como el incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales tendientes a corregir las conductas de violencia intrafamiliar realizadas contra el otro cónyuge o los hijos;

XI. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 425 del Código Civil sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos sin justa causa, por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 428 del Código Civil;

XII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por el delito que merezca pena corporal o alternativa;

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

XIV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes o la adicción a sustancias que produzcan farmacodependencia cuando éstos actos alteren la estabilidad familiar haciendo imposible la vida en común;

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

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

XVII. La incompatibilidad permanente de caracteres;

XVIII. Cometer un cónyuge contra sus descendientes, ascendientes o parientes colaterales, cualquier acto de carácter sexual.”

Con fecha nueve de marzo del año dos mil doce se reformó la Ley de Divorcio del Estado de Guerrero, dichas reformas entraron en vigor el día ocho de mayo del 2012, y fueron publicadas en el periódico oficial del Estado de Guerrero.

A 19 años de su creación, no obstante que la Ley de Divorcio ha sido reformada en torno a las circunstancias y condiciones sociales, se consideró necesario que la ley contenga disposiciones novedosas surgidas a partir de las nociones modernas relativas al matrimonio, la relación de pareja y la relación entre padres e hijos, esto en virtud de que Durante años erróneamente se ha concebido que

el Estado debe de implementar todos los mecanismos para hacer prevalecer a la familia y derivado de ello, los representantes de éste, han creado en el ámbito jurídico procedimientos que obstaculizan y retrasan una decisión ya acordada por los cónyuges, conducta contraria a lo que la propia Ley establece.

El Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, define a la familia en su artículo 374 como el grupo social permanente y estable formado por un conjunto de personas unidas entre si ya sea por el matrimonio , el concubinato o el parentesco en cualquiera de sus formas:

Artículo 374.- El Estado reconoce en la familia el grupo primario fundamental, sustento de la sociedad, en el que la persona humana encuentra los satisfactores afectivos y materiales para cubrir sus necesidades básicas.

Es el grupo social permanente y estable formado por un conjunto de personas unidas entre sí ya sea por el matrimonio, el concubinato o el parentesco, en cualquiera de sus formas.

Para los efectos de violencia intrafamiliar se reconocen como relaciones familiares las enmarcadas en las fracciones II y IX del Artículo 566 C del Código Procesal Civil del Estado. (ADICIONADO TERCER PARRAFO, P.O. 9 DE NOVIEMBRE DE 1999)

Entonces, siendo que el matrimonio se basa en una relación afectiva y un propósito que es la convivencia del hombre y la mujer como pareja y la organización de la familia, si ese vinculo afectivo se rompe, el propósito fundamental ha llegado a su fin surgiendo diversas modalidades en torno a esa relación que no solo la deterioran sino que atentan contra la integridad psicológica e incluso física de cualesquiera de los cónyuges y repercuten en todos los integrantes de la familia, modalidades tales como violencia, odio, maltrato físico , psicológico, emocional y económico; por ello, resulta inadmisibles que el Estado se empeñe en mantener vigente el matrimonio de quienes solicitan el divorcio al considerar que su consideración particular se torna irreconciliable.

Hasta ahora, el divorcio como figura jurídica que disuelve el vínculo matrimonial ha resultado un procedimiento lento y costoso para la, el o los cónyuges que toman la decisión de terminar la relación jurídica y afectiva que los une, incluso tratándose del divorcio necesario, éste ha sido utilizado como elemento de ejercicio de poder de un cónyuge para con otro y como un arma de desprestigiarlo al exigirle la propia autoridad que señale y pruebe las causas por las cuales ya no puede convivir con su pareja.

Razón por la cual, se propuso derogar el divorcio necesario y crear un divorcio sin causales, un procedimiento sin la existencia de una contienda, con el mínimo de trámites para evitar conflictos en la disolución del vínculo matrimonial y enfrentamientos entre los cónyuges que trascienden en los demás integrantes de la familia; De esta manera con las nuevas disposiciones desaparecen las causales que daban motivo a demandar el divorcio necesario y junto con ellas la reiterada actitud de plomas hechos que sobrepasaban la realidad e incidían en un enfrentamiento que profundiza el enojo entre los cónyuges:

“TÍTULO II

DEL DIVORCIO

ARTÍCULO 10. El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

ARTÍCULO 11. En el Estado de Guerrero quedan establecidos tres procedimientos distintos para obtener el divorcio, a saber:

I. Divorcio Administrativo.

II. Divorcio Voluntario.

III. Divorcio Incausado.”

“DIVORCIO INCAUSADO

ARTÍCULO 27. El divorcio incausado podrá solicitarse unilateralmente por cualquiera de los cónyuges ante el Juez competente, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que sea necesario señalar la causa por

la cual lo solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año de la celebración del matrimonio.”

En este capítulo, hemos hecho alusión a los preceptos legales que fundamentan al divorcio necesario, mismo que se promueve a petición de uno de los cónyuges ante el Juez de lo Familiar y es necesario que señale alguna causales de divorcio, mismas que fueron transcritas en el mismo. Asimismo hicimos mención de una nueva modalidad de divorcio vigente en algunas Entidades Federativas, en donde no es necesario que las partes expongan las causales de divorcio ante un Juez, teniendo que ventilar su vida privada, ni tampoco es necesario que ambas partes quieran divorciarse, sólo basta que una de las partes quiera y solicite el divorcio, conocido como Divorcio incausado.

CAPÍTULO 4

EL DIVORCIO INCAUSADO

4.1 CONCEPTO DE DIVORCIO INCAUSADO

El Divorcio Incausado es la disolución del matrimonio que puede decretarse sin necesidad de que se exprese razón o motivo alguno.

A este tipo de divorcio se le conoce de diversas maneras.¹¹² Por ejemplo, se le denomina divorcio exprés, dada la celeridad de su tramitación; asimismo se hace referencia a él como divorcio por declaración unilateral de la voluntad, ya que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio siendo, en opinión de Cazares Vieyra, el elemento sustancial de esta figura.¹¹³

En todo caso, y con independencia de su denominación, debe verse como la posibilidad de “cualquiera de los cónyuges, de solicitar al Juez la terminación del matrimonio, omitiendo explicar los motivos de su decisión”.¹¹⁴

Como lo señala Bejarano Alfonso, “no depende del consentimiento de ambos cónyuges para obtener el divorcio, el simple deseo de uno de ellos pone fin al vínculo, lo quiera o no el otro, es una determinación judicial cuyas consecuencias legales son la no continuación de una vida en común”,¹¹⁵

Mansur Tawil lo concibe como el “divorcio por insubsistencia objetiva del matrimonio, esto es, por su fractura, sin expresión de causa, sin culpa y

¹¹² Cfr. González Licea, Genaro, “Divorcio exprés y garantía de audiencia”, Compromiso. Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación, México, SCJN, año 9, no. 111, septiembre de 2010, pág. 36.

¹¹³ Cfr. Cazares Vieyra, j. Jorge, “Divorcio Incausado”, Tepantlató. Difusión de la Cultura Jurídica, época 8, no. 34, mayo 2008, p. 61.

¹¹⁴ INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, DEROGAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE DIVORCIO, presentada por los diputados Daniel Ordoñez Hernández, Nazario Roberto Sánchez y Víctor Hugo Círiga Vázquez, en reunión de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, celebrada el 20 de mayo de 2008.

¹¹⁵ Bejarano Alfonso, Enriqueta, El divorcio incausado y la mediación familiar, una fórmula de éxito que augura bienestar para los hijos, El tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, año II, no. 2, abril 2009, p. 71.

totalmente unilateral, es decir, sujeto a la determinación discrecional, ad libitum, de cualquiera de los cónyuges”¹¹⁶

En el mismo tenor, Castañeda Rivas, al hablar del divorcio sin causa, refiere que es aquel en el que uno de los cónyuges –el hombre o la mujer- unilateralmente puede solicitar al Juez el divorcio.¹¹⁷

Por otro lado, los tribunales de la Federación también se han pronunciado en torno a esta clase de divorcio. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha referido que el divorcio sin causales es aquel “en el que es suficiente la solicitud unilateral de la disolución del matrimonio, para que el Juez la decrete aun sin causa para ello, no importando la posible oposición del diverso consorte”.¹¹⁸

De igual manera el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha precisado que éste “disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, pudiendo ser solicitado por uno o ambos cónyuges, 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 meno un año desde la celebración del mismo”.¹¹⁹

Con base en las consideraciones anteriores, el divorcio incausado puede conceptuarse como:

La disolución del vínculo conyugal que, previa solicitud formulada, incluso por uno solo de los cónyuges, puede ser decretada por la autoridad judicial, bastando para ello con que aquél manifieste su voluntad de dar por terminado el matrimonio, sin necesidad de invocar causa, o motivo alguno y sin importar la posible oposición del otro cónyuge.

¹¹⁶ Mansur Tawil, Elías, *el divorcio si causa en México. Génesis para el siglo XXI*, México, Porrúa, 2006, p. 171.

¹¹⁷ Cfr. Castañeda Rivas, Leoba, “Injusticias para los miembros de la familia, con el divorcio incausado del Distrito Federal”, *Escenarios “Visión propositiva de México y el Mundo”*, año 4. No. 29, septiembre 2009, p 13.

¹¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Novena Época*, t. XXXI, abril de 2010, p. 176, No. De Reg. IUS 22,094.

¹¹⁹ Tesis I. 11^o.C. 212 C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, T XXX, noviembre de 2009, p. 878. Reg. IUS. 166,027.

Son elementos del concepto anterior y, en ese tenor, atributos del divorcio incausado, los siguientes:

- **Conlleva a la disolución del vínculo conyugal.** El divorcio Incausado tiene la naturaleza de un divorcio vincular y, por ende, se caracteriza porque disuelve o extingue el vínculo que unía a los cónyuges, quienes, en consecuencia, quedan en aptitud legal de contraer un nuevo matrimonio.
- **Dicha disolución es decretada por autoridad judicial.** Únicamente la autoridad judicial, específicamente el Juez de lo familiar, tiene competencia para decretar este tipo de divorcio.
- **Debe mediar solicitud de uno o ambos cónyuges.** Para que resulte procedente es necesario, entre otras cosas, que uno o ambos cónyuges concurren ante la autoridad judicial a solicitarle la disolución del vínculo conyugal,¹²⁰ y es por ello que, incluso, se ha señalado que el procedimiento de divorcio incausado es “una mera solicitud ante la autoridad judicial, tendente a obtener el reconocimiento judicial en relación con la manifestación de voluntad de uno de los cónyuges, sobre la disolución del vínculo matrimonial”¹²¹
- **Para que pueda decretarse basta con que el interesado exprese su voluntad de disolver el vínculo matrimonial.** El interesado en la disolución del vínculo conyugal, que puede ser uno solo de los cónyuges, únicamente debe manifestar que no desea continuar con el matrimonio. Así, a diferencia de lo que ocurre en el divorcio voluntario en el que es necesario el mutuo consentimiento de los esposos, a través del divorcio incausado el individuo puede acudir ante el Juez de lo familiar para pedir, de manera unilateral y de forma libre la disolución del vínculo, al ser su voluntad no continuar con el matrimonio.¹²²

¹²⁰ Vid. Tesis I.4o. C.207 C, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta , Novena Época, t.XXX, septiembre de 2009, p.3123. Reg. IUS. 166,445.

¹²¹ Tesis I.3o.C752 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p.3127. Reg. IUS. 166,441.

¹²² Cfr. INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, DEROGAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA DE DIVORCIO presentada por los diputados Daniel Ordoñez Hernández, Nazario Roberto Sánchez y Víctor Hugo Círiga Vázquez, en reunión de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, celebrada el 20 de mayo de 2008.

- **El solicitante no está obligado a expresar la causa por la que pide el divorcio.** El cónyuge que solicita el divorcio no tiene que exponer las razones o motivos por lo que no desea continuar unido en matrimonio, como ocurre en el divorcio necesario, sino que basta con que señale que esa es su voluntad.
- Respecto a este elemento, Domínguez Martínez ha señalado que, por ende, se trata de un divorcio sin expresión de causa, mas no de un divorcio sin causa, “ya que ésta la hay y puede ser de lo mas trascendente pero no sale a la luz”.¹²³
- **No es impedimento para que se decrete el que uno de los cónyuges manifiesta su oposición.** La disolución del vínculo matrimonial no depende del consentimiento de ambos cónyuges, de manera que para que pueda disolverse el vínculo conyugal basta con la voluntad de uno de ellos, sin importar la posible oposición del otro.

4.2 ANTECEDENTES DEL DIVORCIO INCAUSADO

El divorcio ha estado presente en todos los órdenes jurídicos, aunque dependiendo de cada época y cultura, ha asumido formas y producido efectos diversos¹²⁴.

Por lo que hace al incausado pueden encontrarse antecedentes de él, por ejemplo, en el derecho romano, en el que destacan, entre otros, los siguientes tipos de disoluciones conyugales¹²⁵:

- a) *Bona gratia*. Es el que hoy se conoce como divorcio por mutuo consentimiento, pues la disolución del matrimonio obedecía a la voluntad de ambos esposos.
- b) *Repudium sine nulla causa*. Tenía su origen en la declaración unilateral de voluntad de alguno de los esposos –hombre o mujer-, y sin necesidad de que se alegara causa o razón alguna extinguía el matrimonio.

¹²³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, El divorcio. Su procedencia por la sola voluntad de uno de los cónyuges y sin expresión de causa, México, Porrúa/Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2009, colección Temas Jurídicos en brevarios, núm. 47, p,37.

¹²⁴ Montero Duhalt, Sara y Pérez Duarte y Ñorona, Alicia Elena, “divorcio”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario jurídico mexicano, México Porrúa/UNAM, t. D-H, 2007, p. 1393

¹²⁵¹²⁵ Gámez Perea, Claudio R., Derecho familiar, México, Laguna, 2007, p. 318, y Chavez Asencio, Manuel F., op. Cit. p. 428

Así, como lo ha manifestado Margadant, al referirse a las formas de disolución del matrimonio en el derecho romano, en éste “además se disolvía el matrimonio por declaración unilateral, hecha por un de los cónyuges (*repudium*)”, pues “los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *affectio maritales* había desaparecido”.¹²⁶

De esta forma, al ser el afecto conyugal y la voluntad de permanecer unidos la base esencial del *connubio* para los romanos, éstos estimaban que cuando faltaba alguno de esos elementos, el matrimonio dejaba de existir,¹²⁷ y es por ello que en derecho romano se encuentra un claro antecedente del divorcio incausado, al preverse el derecho de repudio, conforme al cual, la disolución del vínculo conyugal podía tener lugar por la sola voluntad del marido o de la mujer, sin intervención del magistrado o del sacerdote y sin expresión de causa alguna.¹²⁸

Sin embargo de manera mas reciente, es a partir de los años sesenta que se empieza a dar paso al divorcio sin causa.¹²⁹

Se tiene, por ejemplo, que en el año 1969, en el Estado de California, se promulgó una nueva Ley de Familia, la cual tuvo, primordialmente, seis innovaciones, a saber, “no se requería de expresión de causa para pedir el divorcio; no tenia que probarse culpa; cualquiera de los cónyuges podía deducir unilateralmente obtenerlo sin el consentimiento o el acuerdo del otro, las compensaciones económicas no se relacionaban con la culpa; las cuestiones de alimentos entre divorciantes y distribución de bienes se resolvían sin consideraciones de género y, el nuevo procedimiento buscaba reprimir las aristas litigiosas, creando una atmósfera social y psicológica propicia a la negociación”¹³⁰

¹²⁶ Floris Margadant S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, 21ª ed., México Esfinge, 1995, p.211.

¹²⁷ Cfr. Ferrer M., Francisco, Cuestiones de Derecho Civil. Familia y Sucesiones, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1079, p. 215

¹²⁸ Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia, 26ª. Ed., México Porrúa, 2009, p. 599.

¹²⁹ Cfr. Mansur Tawill, Elías, op. Cit., p. 167.

¹³⁰ Cfr. Mansur Tawill, Elías, op. Cit., p. 167.

De esta forma, quedó contemplado el divorcio incausado en el Estado de California y, posteriormente, “los Comisionados para las Leyes Uniformes de los Estado realizaron, a su vez, un estudio en 1968 y recomendaron se adoptara la legislación uniforme que considerara la fractura irremediable del matrimonio como causa singular para el divorcio”.¹³¹

Esta tendencia, “por la que se adoptan, en mayor o menor medida, formas de divorcio que reconocen la insubsistencia objetiva del matrimonio”, poco a poco se refleja también en otros países, tales como Australia (1975), Uruguay (1978), Nueva Zelanda (1980) Canadá (1986) y Nicaragua (1988).¹³²

En España, por ejemplo, la Ley 15/2005, de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, suprimió íntegramente las causales de divorcio y reconoció por primera vez el divorcio unilateral y sin causa:

Artículo 81. *Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:*

1º. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

*2º . A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.*¹³³

Ahora bien, por lo que hace a nuestro país, se tiene que el 3 de octubre de 2008 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el decreto por el que se

¹³¹ *Ibídem*, p. 173

¹³² *Ibídem*, p.p. 174-175 y, Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, El divorcio. Su procedencia por la sola voluntad de uno de los cónyuges y sin expresión de causa, op. Cit. p. 16

¹³³ Código Civil, La norma al día, Edición Conjunta del Ministerio de Justicia y de la Agencia Estatal, Boletín Judicial del Estado, Primera Edición, Madrid 2011, pág. 45.

reforman el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en virtud del cual, entre otras cosas, se suprimen las figuras del divorcio judicial por mutuo consentimiento y del necesario o contencioso, para establecerse, en su lugar, el divorcio incausado, ello “con la finalidad de evitar enfrentamientos entre personas y familias que alientan con demasiada frecuencia entre ellos odio, violencia, egoísmo y acciones maliciosas, lo que suele trascender al equilibrio anímico no tan sólo de los hijos sino también de los miembros que integran ese núcleo familiar”.

Lo anterior, según se desprende de la exposición de motivos de 29 de noviembre de 2007, presentada por el diputado Juan Ricardo Hernández, del Partido del trabajo y de la del 20 de mayo de 2008, proveniente de diputados integrantes del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, iniciativa esta última en la que, entre otras cosas, se señaló:

“El matrimonio es una institución del Derecho Civil que parte de la base de la autonomía de la voluntad de las personas, en este mismo sentido y sin revelar a ninguna de las partes de las responsabilidades mutuas y recíprocas que se deben, se ha considerado necesario el evitar que el rompimiento del vínculo matrimonial erosione mayormente el núcleo familiar, producto de un enfrentamiento constante, por lo que se considera que el estado no debe empeñarse en mantener, de forma ficticia, un vinculo que en la mayoría de los casos resulta irreconciliable.

Así, es importante considerar que se presentan casos en los que, sin existir alguna de las causales enunciadas en el artículo 267, una o ambas partes, no estuvieren de acuerdo en continuar con el matrimonio por ser esa su decisión libre. Para ello se estima pertinente otorgarles a los ciudadanos del Distrito Federal, la oportunidad de acudir ante el Órgano Judicial de Gobierno, para pedir, de manera unilateral y de forma libre, la disolución del vínculo, porque su voluntad es ya no continuar con el matrimonio.

...

En todo caso debe entenderse que el otorgarles a los habitantes del Distrito Federal la posibilidad de acudir a esta figura, no implica en forma alguna relevarlos del cumplimiento estricto de las obligaciones derivadas del matrimonio, en particular de aquellas que subsisten, aun en el evento de que sea disuelto.

Lo anterior es importante porque reitera la afirmación de que facilitar el proceso de divorcio no implica, desde ningún punto de vista, la posibilidad de incumplir con las obligaciones alimentarias, ni con las indemnizaciones que algún hecho ilícito, de existir, pudiera generar; tampoco con la nivelación económica a la que refiere actualmente el artículo 289-bis.

Por el contrario, sin menoscabo de los derechos que consagra la ley, y sin descuidar los derechos alimentarios de los acreedores, ni afectar los derivados del régimen patrimonial surgidos del matrimonio, se deben presentar las alternativas que permitan disolver el vínculo, con la sola expresión de ser esa la voluntad de ambas o de una sola de las partes, sin tener necesidad de acreditar alguna de las causales que actualmente prevé la Ley.

No podemos perder de vista que existe la posibilidad de que la excesiva protección al vínculo matrimonial perjudique física y mentalmente a los consortes.

...

Diversos sociólogos, psicólogos, y demás expertos en los estudios relativos a la conducta humana han advertido la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando la experiencia diaria hace evidente tanto la imposibilidad de la sana convivencia, como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio.

El proyecto de reforma que se presenta lejos de atentar contra la cohesión social, tiene como objeto el facilitar los canales de entendimiento entre quienes viven los procesos de divorcio; es decir, se elimina un motivo mayor de enfrentamiento entre seres en conflicto.

Cabe recordar que actualmente tampoco de atenta, de forma alguna, contra la cohesión social por el simple hecho de que nuestra legislación contemple el divorcio por mutuo consentimiento, tanto por la vía judicial como por la administrativa, pues el divorcio tan sólo es el reconocimiento del Estado a una situación de hecho, respecto de la desvinculación de los consortes cuya voluntad de no permanecer unidos debe respetarse.

Actualmente, debe estimarse que el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa

alguna, pues aquella determinante no es mas que el fin de esa voluntad expresada en su demanda.

Como efecto colateral, es innegable que la sociedad en su conjunto se verá beneficiada, pues no habrá un desgaste entre las partes para tratar de probar alguna causa que origine el divorcio, situación que en la actualidad genera mas desajuste emocional e incluso violencia entre los cónyuges, facilitando de esta forma la disolución del vínculo matrimonial, sin que exista la necesidad de efectuar un análisis respecto a la procedencia del divorcio que provoque la apelación correspondiente de alguna de las partes o ambas, lo que permitirá poner más énfasis en los demás puntos controvertidos. Tampoco debe desconocerse que es benéfico para la impartición de justicia, en virtud de que el juzgado, lejos de erosionar mayormente la relación entre las partes y el núcleo familiar, actuará como facilitador para coadyuvar a aligeramiento de estos procesos que generan años de desgaste y heridas incurables en los menores que indefectiblemente son parte del conflicto.

Con el presente proyecto de reforma, se contempla el divorcio por voluntad unilateral o divorcio sin expresión de causa, es decir, la posibilidad que tendrán cualquiera de los cónyuges de solicitar al juez la terminación del matrimonio, omitiendo explicar los motivos de su decisión, conservando también el divorcio por mutuo consentimiento, así como el administrativo.”

4.3 EL DIVORCIO INCAUSADO EN EL DISTRITO FEDERAL

Con fecha tres de Octubre del año dos mil ocho, fueron publicadas las reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal, siendo aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Con estas reformas se han derogado las causales de que daban cabida al Divorcio Necesario, surgiendo así una modalidad de divorcio mediante el cual **no** es necesario acreditar el motivo que da lugar a solicitar el mismo, y no se requiere tampoco el consentimiento del otro cónyuge para obtenerlo.

De acuerdo con las razones expresadas por el legislador en las exposiciones de motivos que generaron la incorporación del divorcio sin expresión de causa al sistema jurídico del Distrito Federal, así como de las disposiciones que lo rigen, se extrae que este procedimiento se rige por los principios de unidad,

concentración, celeridad y economía procesal¹³⁴.

A partir de esos principios, se explica su desarrollo y se da lógica y contenido a las aparentes discrepancias que existen en las disposiciones que lo norman.

Ahora bien, en atención a que las reglas de tramitación y substanciación del juicio que nos ocupa, se encuentran contempladas en el título Sexto, Capítulo I, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, correspondiente a los juicios ordinarios, se concluye que la vía de tramitación de dicho juicio es la ordinaria civil, en el entendido de que guarda múltiples peculiaridades que lo hacen diferente y a las que habrá de atenderse en su tramitación.

En relación al tema de la vía, es preciso destacar que se excluye la posibilidad de que su tramitación se verifique en la vía de controversia familiar no sólo porque ésta guarda una lógica que apunta hacia la cohesión y preservación del grupo familiar bajo los términos originalmente convenidos (opuesta al resultado que se pretende en el juicio de divorcio) sino porque existe disposición expresa en contrario (artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal);

“Artículo 942. *No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.*

Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.

Tratándose de violencia familiar prevista en el Artículo 323 Ter del Código Civil para el Distrito federal en materia común y para toda la República en materia federal, el juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran en la misma audiencia el juez del conocimiento determinará las

¹³⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Trámite Procesal del juicio de divorcio sin expresión de causa, 1ª Edición noviembre de 2012, México, pág. 3.

medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público.

Y porque, además, los plazos previstos para la vía de controversia familiar son más amplios y se oponen al principio de celeridad perseguido por el legislador con la instauración del divorcio sin expresión de causa; no obstante conviene aclarar, que esa circunstancia no impide que al juicio de divorcio le sean aplicables algunos de los principios generales que rigen a este tipo de proceso del orden familiar, entre ellos los siguientes:

- A) Amplias facultades del juzgador para determinar la verdad material” (artículo 956 en relación con el 278, ambos del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal);

“Artículo 956. En todo lo no previsto y en cuanto no se opongan a lo ordenado por el presente capítulo, se aplicarán las reglas generales de este Código.”

“Artículo 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.”

- B) Suplencia de la queja en materia probatoria (art. 278, 941 ter y 946 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal);

“Artículo 941 ter. El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos.

El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta

todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración psicoemocional que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.

En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.

Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.”

“Artículo 946. El juez y las partes podrán interrogar a los testigos con relación a los hechos controvertidos, pudiéndoles hacer todas las preguntas que juzguen procedentes con la sola limitación a que se refiere el artículo 944.”

- C) Suplencia de la queja en los planteamientos de derecho e intervención oficiosa del juzgador (art. 941, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal)

“Artículo 941. El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.”

- D) Asistencia especial para menores (art. 941 bis, párrafo 2º del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal)

“Artículo 941 Bis...

...En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la Institución.”

...

- E) Medidas provisionales que se tomen sujetas al principio fundamental del interés superior del menor (Art. 941 bis, 6º párrafo, 941 ter, 3er párrafo, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal:

“Artículo 941 Bis...

...Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor”.

“Artículo 941 Ter...

El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración psicoemocional que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.”

- F) En caso de violencia familiar, actuar según lo previsto en el artículo 942, 3er párrafo, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;

“Artículo 942...

...Tratándose de violencia familiar prevista en el Artículo 323 Ter del Código Civil para el Distrito federal en materia común y para toda la República en materia federal, el juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran en la misma audiencia el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones

públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público.”

G) Equidad en asesoría Jurídica (art. 943, último párrafo del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal); etc.

“Artículo 943...

...Será optativo para las partes acudir asesoradas, y en este supuesto, los asesores necesariamente deberán ser Licenciados en Derecho, con cédula profesional. En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, se solicitarán de inmediato los servicios de un Defensor de Oficio, el que deberá acudir, desde luego, a enterarse del asunto, disfrutando de un término que no podrá exceder de tres días para hacerlo, por cuya razón se diferirá la audiencia en un término igual.”

La aplicación de tales principio encuentra respaldo, además, en lo dispuesto por el artículo 271 del Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto prevé que los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de la queja de las partes en el convenio propuesto y que las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil no deben aplicarse en los casos de divorcio respecto del, o los convenios propuestos.

“Artículo 271. Los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en el convenio propuesto.

Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse en los casos de divorcio respecto del o los convenios propuestos.”

Finalmente, es importante destacar que de acuerdo con el artículo 280 del Código Civil del Distrito Federal la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio, en cualquier estado en que se encuentre. No obstante lo anterior, la interpretación lógica y jurídica de esta disposición conduce a afirmar que constituye un presupuesto para que opere el efecto de la reconciliación entre los cónyuges, la circunstancia de que no exista aún resolución definitiva que haya declarado el divorcio ante el principio de cosa juzgada.

“Artículo 280.- La reconciliación de los cónyuges pone término al procedimiento de divorcio en cualquier estado en que se encuentre. Para tal efecto los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar.”

4.4 TRÁMITE PROCESAL DEL JUICIO DE DIVORCIO SIN EXPRESION DE CAUSA.

A. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA Y PRETENSIONES

El juicio de divorcio sin expresión de causa inicia con la presentación de la demanda correspondiente. Las pretensiones que la parte actora ha de formular en su escrito inicial (y sobre las cuales, en correspondencia ha de formular su respuesta la demandada, haciendo valer las propias) son las que menciona el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, a saber

- a) la petición de divorcio y
- b) la resolución de las cuestiones inherentes a la disolución del vínculo matrimonial que deberán expresarse en la propuesta y en la contrapropuesta de convenio. Entre éstas están las siguientes:
 - Guarda y custodia de los hijos menores e incapaces.
 - Modalidades del régimen de visitas para el cónyuge que no tenga la guarda y custodia.
 - Satisfacción de obligación alimentaria respecto de los menores y del cónyuge, en su caso.
 - Uso del domicilio conyugal y menaje de casa correspondiente.
 - Liquidación de la sociedad conyugal.
 - Compensación en el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes.

Además, como se explicará mas adelante, en términos del artículo 287 del Código Civil del Distrito Federal, las partes pueden formular sus pretensiones en dos momentos del proceso:

- a) En la demanda o en la contestación de aquélla (según se trate del actor o del demandado); y
- b) Una vez que se ha ordenado dictar el auto definitivo de divorcio, esto sobre la base de que al no haber llegado a un acuerdo deben dejarse a salvo los derechos de las partes para hacerlas valer en la “vía que

corresponda”; de ahí que las partes estarán en posibilidad de modificar o ampliar sus pretensiones.

Una vez precisado lo anterior, debe decirse que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la demanda de divorcio sin expresión de causa debe contener los siguientes requisitos:

- I. El tribunal ante el que se promueve;
- II. El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones;
- III. El nombre del demandado y su domicilio;
- IV. El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios.
- V. Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos. Asimismo debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión.¹³⁵
- VI. Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;
- VII. (...)
- VIII. La firma del actor, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias.
- IX. (...)
- X. En los casos de divorcio deberá incluirse la propuesta de convenio en los términos que establece el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, con excepción de lo preceptuado en el segundo párrafo de la fracción V del presente artículo, debiendo ofrecer todas las pruebas tendientes a acreditar la precedencia de la propuesta de convenio.”

¹³⁵ No se exenta al actor de narrar los hechos en su totalidad, sino solamente aquellos que tengan que ver con la causa que generó la decisión del divorcio.

En relación al convenio mencionado, el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal prevé cuales son los requisitos que debe contener la propuesta para regular las consecuencias inherentes a la disolución del matrimonio.

“ARTICULO 267.- *El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:*

I.- La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;

II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;

III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;

V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;

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.”

Cabe destacar que si bien, en términos de la misma fracción X del artículo 255 del Código de procedimientos Civiles del Distrito Federal, el actor está obligado a ofrecer las pruebas que acrediten las pretensiones formuladas en el convenio. Esa carga se refiere a las pruebas encaminadas a demostrar lo que hasta

entonces integra la materia de la Litis, esto es, la petición del divorcio y las cuestiones contenidas en la propuesta de convenio, de manera que para el caso de que en otro momento procesal, al haber concluido la fase de negociación las partes amplíen o modifiquen sus pretensiones sobre las consecuencias inherentes al divorcio, estarán en posibilidad de ofrecer nuevos elementos probatorios.

B. AUTO INICIAL

El contenido del primer auto que habrá de emitir el juzgador que conozca de la causa dependerá de las circunstancias del caso, esto es, si la demanda adolece de alguna irregularidad que amerite alguna prevención, o bien, si fue presentada por ambos cónyuges o solamente por uno de ellos.

En el primer supuesto, el juez deberá requerir al o a los promoventes para que subsanen la deficiencia advertida, de ser ese el caso.

Ahora, en el supuesto de que la demanda se haya presentado por ambos cónyuges el Juez deberá revisar el convenio exhibido y en caso de que su contenido no contravenga la ley, citará para sentencia y resolverá en términos de los artículos 283 y 287 del Código Civil del Distrito Federal. Empero, en el evento de que el convenio de oponga a la ley, el Juez procederá en los términos descritos en este trabajo, para el caso de allanamiento del demandado.

Por otro lado, si la demanda de divorcio fue presentada por uno solo de los cónyuges; y en su caso satisfechas las prevenciones que se hayan realizado, el juzgador debe proveer sobre el siguiente:

- a) la admisión de la demanda;
- b) La orden de emplazamiento del demandado, al que se concederá el plazo de quince días para contestar la demanda (Art. 256 CPCDF);

“Artículo 256.- Presentada la demanda con los documentos y copias prevenidos, se correrá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se les emplazará para que la contesten dentro de quince días.

- c) El dictado de las medidas provisionales a que se refiere el artículo 282 apartado A del Código Civil del Distrito Federal; y
- d) La admisión o desechamiento de las pruebas ofrecidas en relación al convenio de divorcio.

C. EMPLAZAMIENTO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Una vez realizado el emplazamiento de mérito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el demandado formulará la contestación, en los siguientes términos:

- I. Señalará el tribunal ante quien conteste;
- II. Indicará su nombre y apellidos, el domicilio que señale para oír notificaciones y, en su caso, las personas autorizadas para oír notificaciones y recibir documentos y valores
- III. Se referirá a cada uno de los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos;
- IV. Se asentará la firma del puño y letra del demandado, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, lo hará un tercero en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias, poniendo los primeros la huella digital;
- V. Todas las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueran supervenientes (...)
- VI. Dentro del término para contestar la demanda, podrá proponer la reconvencción en los casos en que proceda, la que tiene que ajustarse a o prevenido por el artículo 255 del propio código.
- VII. Se deberán acompañar las copias simples de la contestación de la demanda y de todos los documentos anexos a ella para la contraparte;
- VIII. Podrá manifestar su conformidad con el convenio propuesto o, en su caso, presentar su contrapropuesta, debiendo anexar las pruebas respectivas relacionadas con la misma.

IX. (...)

En cuanto a la contestación de la demanda se hace énfasis en que la contrapropuesta de convenio debe cumplir con los elementos previstos en el artículo 267 del CCDF y que si bien, en términos de la fracción VIII del artículo 260, el demandado está obligado a ofrecer las pruebas, esa carga se refiere únicamente a las pruebas encaminadas a demostrar lo que hasta entonces integra la materia de la litis, esto es, la eventual oposición al divorcio y las cuestiones contenidas en la contrapropuesta de convenio; de manera que, para el caso de que en otro momento procesal, al haber concluido la fase de negociación, las partes amplíen o modifiquen sus pretensiones sobre las consecuencias inherentes al divorcio, estarán en posibilidad de ofrecer nuevos elementos probatorios.

Ahora bien, si el demandado no contesta la demanda, el juez la tendrá por contestada en sentido negativo en términos del artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, proveerá sobre las medidas provisionales previstas en el artículo 282 apartado B del Código Civil del Distrito Federal y señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los cinco días siguientes.

“Artículo 271 CPCDF.- Transcurrido el plazo fijado en el emplazamiento sin haber sido contestada la demanda se hará declaración de rebeldía, sin que medie petición de parte y se procederá de acuerdo con lo prescrito por los artículos 272-A a 272-F, observándose las disposiciones del Título Noveno.

Para hacer la declaración en rebeldía, el juez examinará escrupulosamente y bajo su más estricta responsabilidad si las citaciones y notificaciones precedentes están hechas al demandado en la forma legal, si el demandante no señaló casa en el lugar del juicio, y si el demandado quebrantó el arraigo.

Si el juez encontrara que el emplazamiento no se hizo conforme a la ley, mandará reponerlo y lo hará del conocimiento del Consejo de la Judicatura para que imponga una corrección disciplinaria al notificador cuando resulte responsable.

Se presumirán confesados los hechos de la demanda que se deje de contestar. Sin embargo, se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos que afecten las

relaciones familiares, el estado civil de las personas y en los casos en que el emplazamiento se hubiere hecho por edictos.”

“ARTICULO 282 CCDF.- 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:

...

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, cual 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.”

En caso de que el demandado se allane a la demanda, habrá necesidad de que éste ratifique el escrito correspondiente de conformidad con el artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, hecho lo anterior, el juez deberá revisar el convenio exhibido y en caso de que su contenido no contravenga la ley, citará para sentencia y resolverá en términos de los artículos 283 y 287 del Código Civil del Distrito Federal.

“Artículo 274 CCDF.- Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente, ante el juez de los autos si se trata de juicio de divorcio, sin perjuicio de lo previsto en la parte final del artículo 271.

En caso del allanamiento judicial expreso que afecte a toda la demanda, produce el efecto de que el juez otorgue en la sentencia un plazo de gracia al deudor después de efectuado el secuestro y a reducir las costas.”

“ARTICULO 283 CPCDF.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I.- Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

II.- Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.

III.- Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las

obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

V.- Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

VI.- Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges (sic), en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.

VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.”

“ARTICULO 287 CPCDF.- *En caso de que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto del convenio señalado en el artículo 267 y éste no contravenga ninguna disposición legal, o presentaren un convenio emanado del procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, en uno u otro caso el juez lo aprobará de plano, decretando el divorcio mediante sentencia. En caso contrario, el juez decretará el divorcio dejando expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer por la vía incidental, exclusivamente por lo que concierne al convenio.*

El juez exhortará en la referida sentencia que, previo al inicio de la vía incidental, las partes acudan al procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, e intenten,

a través de dicho procedimiento, llegar a un acuerdo respecto del convenio señalado.

En caso de que las partes, una vez recibida la pre-mediación, no hubieren aceptado el procedimiento, o habiéndolo iniciado no fuera posible llegar a un acuerdo, podrán hacer valer sus derechos por la vía incidental. En el caso de que las partes logren la construcción de un acuerdo por medio del procedimiento de mediación, lo harán del conocimiento del juez. “

Si a pesar de existir el allanamiento del demandado, el convenio contraviene la ley, el juez no podrá declarar el divorcio ni aprobar el convenio ante la inconsistencia apuntada, sino que debe hacer del conocimiento de la partes los inconvenientes que haya advertido y citar a aquellas a la audiencia previa y de conciliación, para el efecto de que el acuerdo de voluntades se ajuste a lo que dispone la ley, si esto ocurre se dicta sentencia definitiva. En caso de que no se logre ese consenso, el juez habrá de proceder en términos del artículo 272 A del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, esto es, ordenar dictar el auto definitivo de divorcio (en el que se contenga la aprobación del convenio respecto de los puntos en que existió acuerdo y que no contravengan la ley) y dejará a salvo los derechos de las partes para que de oficio, se continúe con el juicio.

Si el demandado se opone a las pretensiones del actor, el Juez debe proveer sobre la contestación de la demanda, decretar las medidas provisionales del artículo 282, apartado B del Código Civil del Distrito Federal; dar vista a la actora con las excepciones opuestas por la demandada por el plazo de tres días, proveer sobre la admisión o desechamiento de las pruebas ofrecidas en relación con el convenio y con el divorcio; y fijar fecha para la celebración de la audiencia de conciliación a que se refiere el artículo 272 B del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal dentro de los cinco días siguientes.

Las medidas provisionales mencionadas, por regla general tienen vigencia mientras dure el juicio. Caso de excepción ocurre cuando existe auto definitivo de divorcio en el que por acuerdo de las partes, se resuelven en definitiva cuestiones inherentes a la disolución que habían sido objeto de medidas provisionales, pues en tal caso aunque el juicio continúe, las medidas

provisionales relativas a esos temas quedan sin efecto. Así las cosas, destaca que en el auto definitivo de divorcio no es necesario que el juzgador reitere las medidas provisionales que subsisten, pero si debe expresar que quedan sin efecto las que involucran temas acordados por las partes y aprobados por el Juez.

D. LA AUDIENCIA PREVIA Y DE CONCILIACIÓN

La audiencia previa y de conciliación señalada por el juzgador al proveer sobre la contestación a la demanda, debe desarrollarse atendiendo al contenido del artículo 272 A del CPCDF, es decir, tomando en consideración que esa disposición prevé tanto reglas comunes a los juicios ordinarios, como reglas especiales para el juicio de divorcio. Así, el Juez debe realizar lo siguiente:

- I. Analizar las excepciones dilatorias que prevén los artículos 272 C y 272 E del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

“Artículo 272-C.- En el supuesto de que se objete la personalidad, si fuere subsanable, el juez resolverá de inmediato lo conducente; en caso contrario declarará terminado el procedimiento.”

“Artículo 272-E.- Al tratarse las cuestiones de conexidad, de litispendencia o de cosa juzgada, el juez resolverá con vista de las pruebas rendidas.”

- II. Examinar las cuestiones previas.

En caso de que se encuentren satisfechos los requisitos para declarar el divorcio, sea porque no haya transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 266 del Código Civil del Distrito Federal, porque el matrimonio haya sido declarado nulo con anterioridad, la voluntad del demandante se encuentre viciada, etc., el Juez habrá de emitir resolución en el sentido de que no ha lugar a declarar el divorcio.

En caso de que se encuentren satisfechos los requisitos previos, deberá entonces:

- III. Procurar la conciliación entre las partes y proponer alternativas.
- IV. Enseguida, se puede presentar alguno de los siguientes escenarios:

- a) Si las partes están de acuerdo en relación a todas las pretensiones (declaración de divorcio y contenido íntegro del convenio) el juzgador, una vez verificado que el convenio no contraviene la ley, dará por concluida la audiencia y citará para dictar la sentencia en la que declare el divorcio y apruebe en su totalidad el convenio, con lo que se da por concluido el juicio, esto, en términos del artículo 287 del Código Civil del Distrito Federal.
- b) Si los cónyuges no llegan a un acuerdo total o el convenio contraviene la ley, el juez debe continuar con la audiencia en los términos siguientes:

b1) Calificará los puntos del convenio en los que hubo acuerdo y no contravenga la ley (esto sólo en caso de que haya habido acuerdo sobre algunas cuestiones del convenio).

b2) Ordenará que pasen los autos para dictar el auto definitivo de divorcio,¹³⁶ en el que se deberán aprobar las cuestiones sobre las que hubo acuerdo y que previamente haya calificado de legales, en términos del artículo 272-A del CPCDF;

b3) En cuanto a los puntos sobre los que no hubo acuerdo, continuará la audiencia y dejará a salvo los derechos de las partes para que los hagan valer durante el juicio con la aplicación, en lo conducente, de las reglas de los incidentes previstas en el artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con atención a los principios rectores de la controversia del orden familiar que resulten aplicables;

b4) Para tal efecto, ordenará de oficio la continuación del procedimiento;

¹³⁶ Este auto se dictará en constancia separada de aquella en la que obre la audiencia, para evitar confusión en su impugnación. Constituye un auto definitivo porque la decisión relativa al divorcio tiene esa fuerza en tanto que impide la prosecución del juicio respecto de la precisa pretensión del divorcio.

b5) Dará vista a las partes por el plazo de tres días comunes, a fin de que con un escrito de cada parte, manifiesten lo que a su interés convenga sobre la ampliación o modificación de sus pretensiones originalmente planteadas en el convenio y, en su caso, en el mismo escrito ofrezcan las pruebas que consideren oportunas, con el apercibimiento de que en caso de no hacer manifestación alguna, se tendrán por reiteradas las pretensiones formuladas en las propuestas del convenio y del contra convenio y el juicio se seguirá respecto de ellas. Con lo que se dará por concluida la audiencia.

Al respecto, es oportuno aclarar la existencia de plazos o términos breves obedece a dos motivos fundamentales, el primero, relativo a la voluntad del legislador sobre la aplicación del principio de celeridad en el proceso; y el segundo, atiende a que previo a la declaración del divorcio, las partes ya tuvieron conocimiento de las pretensiones de su contraria e incluso hubo intento de conciliar intereses, por lo que no existe un desconocimiento tal sobre las cuestiones litigiosas que amerite otorgar plazos mas amplios.

En relación con el punto b3) anterior, debe señalarse que la expresión “dejando expedito el derecho de los cónyuges” contenida en el artículo 287 del Código Civil del Distrito Federal, debe interpretarse en el sentido de que, una vez ordenado que se dicte el auto definitivo de divorcio, las partes están en posibilidad de modificar o de ampliar sus pretensiones contenidas en la propuesta de convenio presentado con la demanda o con la contestación, en su caso, para cuyo efecto, el juez ha de ordenar de oficio la prosecución del juicio con la aplicación de las reglas que se siguen en los incidentes y conceder a las partes el término de tres días, a que se refiere el código procesal en su artículo 137, fracción V, el cual debe ser simultáneo para ambos contendientes, pues se parte de la base de que ya tuvieron conocimiento de lo que pretende su contraria; y que en este plazo, solamente ampliarán su pretensión y ofrecerán las pruebas que consideren pertinentes, es decir, no se trata de incoar una acción novedosa.

Esta conclusión tiene su explicación racional de la circunstancia de que, cuando una persona acude al juicio y presenta un convenio con el ánimo de lograr

alguna composición, se parte de la base de que está dispuesto a ceder en algunos temas para evitar la contienda y así formula sus proposiciones. Ahora de no lograrse el acuerdo pretendido, no puede obligarse a las partes a sostener las propuestas contenidas en el convenio, pues en el litigio no operan las mismas reglas de actuación que en una negociación; de ahí que, a fin de salvaguardar la voluntad de las partes y garantizar su derecho de acceso a la justicia, resulte acertado dar vista para que, de considerarlo necesario, formulen nuevas pretensiones o modifiquen las que hayan planteado, en el entendido de que, ante los posibles cambios estarán en aptitud de ofrecer nuevas pruebas, pues la limitación prevista en los artículos 255, fracción X, y 272-A último párrafo, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal opera únicamente para aquellas pruebas que se dirigen a lograr la aprobación de las cuestiones contenidas en el convenio y la procedencia del divorcio.

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

...

- X. *En los casos de divorcio deberá incluirse la propuesta de convenio en los términos que se establece en el artículo 267 del Código Civil, con excepción de lo preceptuado en el segundo párrafo de la fracción V del presente artículo, debiendo ofrecer todas las pruebas tendientes a acreditar la procedencia de la propuesta de convenio.”*

“Artículo 272 A.- *Una vez contestada la demanda, y en su caso, la reconvenición el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días.*

...

En los casos de divorcio, no se abrirá el periodo probatorio a que se refiere el artículo 290 de este código, toda vez que las pruebas relacionadas con el convenio propuesto debieron ofrecerse al momento de presentarse la solicitud y, en su caso, la contestación a la misma, por lo que únicamente se ordenará su preparación y se señalará fecha para su desahogo en el incidente correspondiente.”

Además, lo anterior encuentra respaldo en la circunstancia de que el trámite de este proceso el legislador remite al artículo 88 del propio código procesal, en el que se prevé que, con un escrito de cada parte se ha de fijar la nueva Litis, con la posibilidad de ofrecer pruebas.

E. ACTOS PROCESALES DESPUÉS DE CELEBRADA LA AUDIENCIA PREVIA Y DE CONCILIACIÓN Y DICTADO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA.

Una vez concluida la audiencia de conciliación, el juzgador debe proceder de la siguiente manera:

Si hubo acuerdo total entre las partes, procederá al dictado de la sentencia definitiva, que debe contener lo siguiente:

- a) la declaración de divorcio
- b) la orden de girar oficio al Registro Civil para realizar las anotaciones correspondientes;
- c) La resolución de las cuestiones inherentes al divorcio, sobre lo cual debe atenderse al contenido del artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal.

Si hubo acuerdo parcial, o no lo hubo, o el convenio transgrede la ley, en atención a lo ordenado en la audiencia, el Juez debe, por una parte dictar el auto definitivo de divorcio que debe contener lo siguiente:

- a) la declaración de divorcio
- b) la orden de girar oficio al Registro
- c) La determinación y aprobación de los puntos del convenio respecto de los cuales hubo acuerdo y no transgreden la ley (en su caso); y
- d) Determinar expresamente las medidas provisionales que quedan sin efecto con motivo del auto definitivo de divorcio.

Y por otra parte, el Juez debe continuar con el trámite del juicio.

Cabe hacer la aclaración de que el hecho de que el legislador en el trámite de juicio de divorcio sin expresión de causa, remita a las reglas previstas en el artículo 88 del CPCDF, de ninguna manera implica que la tramitación y

resolución de las cuestiones inherentes a las disolución del vínculo matrimonial se deba resolver a través de uno o varios incidentes, pues lo dispuesto en la norma referida solamente implica la continuación del juicio conforme a las reglas de los incidentes útiles para atender el principio de celeridad dada su brevedad, el cual se tramita a través de un solo procedimiento, en el que se resolverán todas las cuestiones que se dejaron a salvo; ello sin perjuicio de que se puedan tramitar en incidentes cuestiones propias de esa vía (por ejemplo: nulidad de notificaciones, reposición de autos, etc.)

Una vez concluido el plazo de tres días concedido a las partes en la audiencia de conciliación para manifestar si es su deseo ampliar, reiterar o modificar sus pretensiones, en términos del artículo 132 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el juez ordenará de oficio se certifique que ha transcurrido el plazo concedido a las partes.

“Artículo 132.- En los autos se harán constar el día en que comienzan a correr los términos y aquel en que deben concluir.”

Ahora bien, lo que sigue será resultado de la actitud procesal que hayan desplegado las partes; así:

Si las partes no desahogan la vista, el juez debe:

Hacer efectivo el apercibimiento decretado;

Tener por reiteradas las pretensiones formuladas en el convenio o contraconvenio;

Proveer sobre la admisión y preparación de las pruebas ofrecidas y, en su caso, hacer uso de las facultades que dispone el artículo 271 del Código Civil del Distrito Federal relativo a los poderes probatorios del Juzgador; y

“Artículo 271.- Transcurrido el plazo fijado en el emplazamiento sin haber sido contestada la demanda se hará declaración de rebeldía, sin que medie petición de parte y se procederá de acuerdo con lo prescrito por los artículos 272-A a 272-F, observándose las disposiciones del Título Noveno.

Para hacer la declaración en rebeldía, el juez examinará escrupulosamente y bajo su más estricta responsabilidad si las citaciones y notificaciones precedentes están hechas al demandado en la forma legal, si el demandante no señaló casa en el lugar del juicio, y si el demandado quebrantó el arraigo.

Si el juez encontrara que el emplazamiento no se hizo conforme a la ley, mandará reponerlo y lo hará del conocimiento del Consejo de la Judicatura para que imponga una corrección disciplinaria al notificador cuando resulte responsable.

Se presumirán confesados lo hechos de la demanda que se deje de contestar. Sin embargo, se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares, el estado civil de las personas y en los casos en que el emplazamiento se hubiere hecho por edictos.”

Fijar fecha para la audiencia sobre desahogo de las pruebas que se hayan admitido dentro del plazo de diez días, con la aclaración de que esa audiencia solamente será diferible por una sola ocasión en términos del artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

“Artículo 88.- *Los incidentes se tramitarán, cualquiera que sea su naturaleza, con un escrito de cada parte, y tres días para resolver. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse. Si las pruebas no tienen relación con los puntos cuestionados incidentalmente, o si éstos son puramente de derecho, el tribunal deberá desecharlas. En caso de admitirlas se citará para audiencia dentro del término de diez días, diferible por una sola vez, en que se reciban pruebas, se oigan brevemente las alegaciones, y se cite para sentencia interlocutoria.”*

Si una o ambas partes desahogaron la vista, el Juez debe:

Proveer sobre la ampliación o modificación de las pretensiones de la(s) parte(s) que haya(n) desahogado la vista;

En su caso, tener por reiteradas las pretensiones de la parte que no desahogó la vista.

Proveer sobre la admisión y preparación de las pruebas ofrecidas y, en su caso, hacer uso de las facultades que dispone el artículo 271 del CCDF relativo a los poderes probatorios del Juzgador; y

Fijar fecha para la audiencia sobre el desahogo de la pruebas que se hayan admitido dentro del plazo de diez días, con la aclaración de que esa audiencia solamente será diferible por una sola ocasión en términos del artículo 88 del CPCDF

En la fecha señalada para el desahogo de la audiencia de pruebas, la cual puede diferirse por una sola ocasión, según el artículo 88 del Código Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se procederá al desahogo de las pruebas, se abre periodo de alegatos y se cita para oír sentencia definitiva, para que en términos del artículo 87 del mismo ordenamiento procesal, dentro de los quince días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación –en el boletín-, del auto en que se hubiera hecho la citación para sentencia, el juzgador emita la sentencia correspondiente, en el entendido de que, según lo dispone el propio artículo, cuando hubiere necesidad de que el Juez examine documentos o expedientes voluminosos, al resolver podrá disfrutar de un término ampliado de diez días más para los fines ordenados.

“Artículo 87.- Las sentencias interlocutorias deben dictarse y mandarse notificar por publicación en el Boletín Judicial, dentro de los diez días siguientes a aquél en que surta sus efectos la notificación, en el referido boletín, del auto en que se hubiere citado para dictarse.

Las sentencias definitivas deben dictarse y mandarse notificar por publicación en el Boletín Judicial, dentro de los quince días siguientes a aquél en que surta sus efectos la notificación, en el referido boletín, del auto en que se hubiera hecho la citación para sentencia.

En ambos casos cuando hubiere necesidad de que el juez examine documentos o expedientes voluminosos, al resolver, podrá disfrutar de un término ampliado de diez días más para los dos fines ordenados anteriormente.”

Al respecto, se afirma el plazo de quince días que corresponde al dictado de una sentencia definitiva, porque si bien en esta fase del proceso se siguen las reglas de los incidentes (útiles para atender al principio de celeridad dada su brevedad), no se soslaya que se trata de la causa principal, es decir, se atiende a pretensiones principales.

Ahora bien, si se parte de la base de que el divorcio ya fue decretado en auto definitivo y, por tal razón, ya se ordenó girar los oficios al Registro Civil para que se hagan las anotaciones correspondientes, esta sentencia solamente se ocupará de los puntos establecidos en el artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal.

Lo anterior, con la salvedad de que el juzgador no ha de emitir decisión sobre los puntos del convenio en lo que las partes hayan llegado a algún acuerdo y se haya aprobado judicialmente.

Hay quienes consideran que dicha reforma instituye un proceso que viola la garantía de audiencia contenida en el segundo párrafo del Artículo 14 de la Constitución en razón de no permitir al cónyuge que no haya solicitado el divorcio, recurso o medida alguna para evitar la disolución matrimonial y la consiguiente afectación a su esfera jurídica, de la misma forma hay quien considera también, que la familia queda desprotegida en virtud de que todas las cuestiones accesorias al divorcio tales como los bienes, los alimentos, patria potestad, la guarda, custodia y en general, deben tramitarse en la vía incidental, a continuación algunos puntos de vista al respecto:

4.5 EL DIVORCIO CON CAUSA VERSUS “INCAUSADO” O ACAUSAL.

La Directora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Lic. MARIA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS, no está a favor del divorcio sin causa, pues considera que la organización familiar mexicana tradicionalmente, en materia de divorcio, establecía reglas precisas sobre los efectos generados en relación a los hijos, los divorciados, los bienes, los alimentos, patria potestad, la guarda, custodia y en general, todas las consecuencias originadas en el matrimonio y el divorcio; y con la actual naturaleza jurídica del divorcio incausado, esos trascendentes efectos, deben tramitarse; en la vía incidental,

cayendo la familia en una desprotección, que contraviene el orden público y el interés social, y hace un estudio comparativo mundial del divorcio que textualmente dice:

“...Un tema de gran actualidad, es el relativo al divorcio. México se había caracterizado siempre por tener una adecuada sistemática en relación al divorcio y sus efectos: sin embargo, sin una gran justificación, pasamos del sistema de ruptura, en base a alguna causal, a otro que se ha denominado “sin causa” o “acausal”, pero también en la práctica, puede convertirse en un acto unilateral, casi parecido a un repudio como se conoció en la antigüedad, y a mi juicio, deja en desamparo a los involucrados en esa ruptura.

...La estabilidad familiar perseguida por la sociedad y el Estado, se pone en riesgo con las reglas vigentes en la ciudad capital, en materia de divorcio, al dejar en desamparo a los miembros de la familia, especialmente a los hijos, al cónyuge que no ha dado lugar a la disolución y por tanto, es realidad que el legislador capitalino, en algunas ocasiones se conforma con hacer copias de otras latitudes, para darles aplicación en nuestro medio, siendo de antemano diferente, pues la organización familiar mexicana tradicionalmente, en materia de divorcio, establecía reglas precisas sobre los efectos generados en relación a los hijos, los divorciados, los bienes, los alimentos, patria potestad, la guarda, custodia y en general, todas las consecuencias originadas en el matrimonio, por supuesto también vigiladas en el divorcio; sin embargo, con la actual naturaleza jurídica del divorcio incausado, en la ciudad de México, Distrito Federal, esos trascendentes efectos, deben tramitarse; en la vía incidental, y esto, no siempre se da en la realidad, cayendo la familia en una desprotección, que contraviene el orden público y el interés social, consagrado en el actual Código Civil capitalino, en materia familiar.

Ante estas cuestiones, es importante que los estudiantes y estudiosos del Derecho reflexionemos sobre el impacto de las reformas que la Asamblea Legislativa ha gestado, tal vez alejadas del verdadero sentir capitalino, de la técnica legislativa y de la hermenéutica, pues tal parece que al legislador le interesa ser innovador por estar en los diarios y en los medios de comunicación, a nivel mundial, como un país vanguardista, cuando tal vez, de haberse hecho una consulta frente a la comunidad, la cultura y el pensamiento de la ciudadanía, sean radicalmente contrarios a lo propuesto por el legislador, pues seguramente cuando una pareja entra en conflicto de divorcio, requiere apoyo emocional, económico, afectivo, psicológico, en una palabra hacerle menos severa la pérdida. Por tanto, debe

*continuar para padres e hijos, el mismo entorno, en cuanto a alimentos, convivencias, seguridad económica, si son menores, convivencia con ambos progenitores, certeza y seguridad en las medidas sobre guarda y custodia, entre otras cuestiones.*¹³⁷

Si bien es cierto que procesalmente hay violación a las garantías de audiencia y legalidad en virtud de que puede quedar en uno solo de los cónyuges la facultad de decidir continuar con el matrimonio, dejando en estado de indefensión en cuanto a la relación matrimonial se refiere al otro cónyuge; también lo es, que esta reforma fue creada con el objeto de evitar el desgaste entre las partes para tratar de probar alguna causa que origine el divorcio, situación que en la actualidad genera más desajuste emocional e incluso violencia entre los cónyuges, facilitando de esta forma la disolución del vínculo matrimonial, sin que exista la necesidad de efectuar un análisis respecto a la procedencia del divorcio que provoque la apelación correspondiente de alguna de las partes o ambas, lo que permitirá poner más énfasis en los demás puntos controvertidos. Tampoco debe desconocerse que es benéfico para la impartición de justicia, en virtud de que el juzgado, lejos de erosionar mayormente la relación entre las partes y el núcleo familiar, actuará como facilitador para coadyuvar a aligeramiento de estos procesos que generan años de desgaste y heridas incurables en los menores que indefectiblemente son parte del conflicto.

4.6 EL DIVORCIO INCAUSADO DEL DISTRITO FEDERAL, VIOLA LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y LEGALIDAD.

Como hemos mencionado en múltiples ocasiones, líneas atrás, la reforma del 3 de octubre del 2008, al Código Civil en materia de divorcio, suprime la necesidad de acreditar alguna causal para solicitar el divorcio, permitiendo la disolución del vínculo, simplemente con la solicitud de uno de los cónyuges, es decir, el escrito unilateral solicitando el divorcio, que debe acompañarse de una propuesta de

¹³⁷ [http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ\(Art_4\).pdf](http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ(Art_4).pdf), 8 de mayo 2014, 11:45 pm

convenio, es la base para la ruptura del vínculo, incluso, si la otra parte no se “conforma” con el convenio, y no se regulan los efectos de esa unión, hacia el futuro, se deja la cuestión, para los incidentes, que deben tramitarse, para resolver sobre alimentos, guarda y custodia, visitas y convivencias, disolución de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, y en general, las demás cuestiones derivadas del matrimonio, en las cuales debe el interés de los miembros de la familia, aun cuando se rompa el vínculo.

Se dice pues, que las garantías de audiencia y legalidad se violentan en ese tipo de divorcio incausado, porque quien no lo solicita, carece de recurso, para combatir la sentencia o el auto -su naturaleza no está bien definida en la reforma que da por terminado el matrimonio. Si el solicitante hace una propuesta de convenio que le parezca adecuada a la otra parte, es posible que se convierta en un divorcio bilateral, y por tanto, se cuente con las bases para definir sobre alimentos, hijos, los divorciados y los efectos patrimoniales, entre otras cuestiones. De otra manera, independientemente de lo argumentado por quien no lo solicita, concurra o no a la audiencia, el vínculo quedara disuelto.

Como puede apreciarse, se piensa que por el hecho de existir causales, da la pauta para establecer las obligaciones que perduran a pesar de la disolución del vínculo, verbigracia lo relativo a la formación, alimentación y encauzamiento de los hijos, así como las cuestiones del orden patrimonial, como serian las donaciones, lo relativo a bienes adquiridos durante el matrimonio y la disolución de dicho régimen.

4.6.1 EL DIVORCIO INCAUSADO Y LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

El procedimiento del divorcio incausado establece que uno o ambos cónyuges deben presentar su solicitud por escrito acompañada de la propuesta de convenio para regular las consecuencias de la disolución del matrimonio, principalmente alimentos, de división de bienes y custodia de menores. Una vez radicada y notificada, no hay forma de evitar la disolución. Cualquier conflicto entre las partes se limitará a los términos del convenio antes mencionado.

Esta reforma se fundamenta en dos puntos: primero, que sólo los cónyuges tienen la facultad de señalar las causas que sean lo suficientemente graves para

terminar el matrimonio y no así el Estado, y segundo, que la tramitación del mismo evitará el desgaste y el daño que usualmente conlleva el divorcio, especialmente por el tiempo de su tramitación.

Esto nos hace afirmar que la aplicación de esta reforma es violatoria del segundo párrafo del Artículo 14 de la Constitución vigente en nuestro país, es decir, la garantía de audiencia que establece:

*Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o **derechos**, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplirán las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.*

Conforme al siguiente argumento:

Antes de la presentación del divorcio existía una relación jurídica, calificada como atributo de la persona y una serie de derechos y obligaciones que se derivan de la misma.

Con la declaración unilateral de una de ellas la autoridad judicial determina la terminación de la misma y la extinción de derechos y obligaciones entre los cónyuges sin mayor trámite. Sólo admite contención, si procede en la división de bienes, custodia de menores y fijación de alimentos.

El cónyuge que no presentó y que posiblemente no desea la disolución del matrimonio sufrirá, por el acto de privación consistente en la sentencia de divorcio, de forma definitiva e irreparable las consecuencias de la disolución, es decir, la modificación de su estado civil y los derechos que se derivan del matrimonio.

Es muy importante señalar que “el titular de esta garantía es todo sujeto gobernado. La garantía de audiencia consiste en la máxima oportunidad defensiva que tiene todo gobernado, antes de ser privado de sus bienes o de sus derechos por actos de autoridad”.

“Respecto al alcance de la garantía de audiencia, nuestro Máximo Tribunal sostiene que existe la obligación por parte de las autoridades responsables de dar oportunidad al agraviado o quejoso de que se exponga todo lo que considere

conveniente para la defensa de sus intereses”. En este supuesto, el gobernado no puede oponerse al divorcio. Podrá oponerse a dar alimentos, a la forma en la que se dividan los bienes o se determine la custodia de quien esté sujeto a su patria potestad, pero el divorcio procederá.

4.6.2 LA SUPREMA CORTE DEFINE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA

A pesar de los argumentos antes expresados, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la reforma aquí expuesta no contraviene a la Constitución al confirmar la sentencia de divorcio y la negación del amparo emitida por un tribunal colegiado bajo el siguiente argumento: “El divorcio sin causales” no atenta contra la sociedad ni la familia; por el contrario, la protege y fortalece al tratar de evitar conflictos en la disolución del vínculo matrimonial, así como enfrentamientos entre personas y familias que alienten entre ellos la posibilidad de odio, violencia, egoísmo y acciones maliciosas”. “Los ministros expusieron que a través del “divorcio sin causales”, el legislador local buscó evitar la parte contenciosa del antiguo proceso de divorcio y, de esta manera, posibles afectaciones en el desarrollo psicosocial de los integrantes de la familia, al mismo tiempo que contribuir al bienestar de las personas y a su convivencia constructiva”.

Si bien es cierto que es aberrante que el Estado se empeñe en mantener vigente el matrimonio de quienes solicitan el divorcio, debemos recordar también que aquí se refiere a dos personas vinculadas jurídicamente y que en caso de que solo una de ellas desee conservar los derechos que le confiere el matrimonio tendrá derecho a un recurso que le permita mantener su situación jurídica.

Si bien se reconoce que su finalidad es el evitar el desgaste y daño que se derivan de un largo conflicto, la reforma en poco ayuda a resolver esta situación, ya que en caso de no estar de acuerdo con los términos de la separación, el conflicto continuará de la misma forma que antes de la reforma, en todo caso, el único desgaste que se evita es a costa de suprimir la *litis* al conceder la petición a favor del solicitante sin importar lo que el otro cónyuge afectado pudiera argumentar en su defensa.

Si atendemos al argumento de que sólo los cónyuges pueden estimar la gravedad de las causales podemos hacer el siguiente ejercicio: guardando la debida proporción analizaremos el caso del arrendamiento. Si bien las partes pueden señalar las condiciones que consideren lo suficientemente graves para dar por terminado el contrato y, por consiguiente la desocupación del bien arrendado, el arrendador tendrá que acreditar dichas causas ante un tribunal para recuperar la posesión de un bien que le es propio. Debido a su naturaleza, podemos también referirnos a la asociación y la sociedad civil; en ambos casos será necesario el acuerdo de las partes para la extinción del acto jurídico. Sin desacreditar las motivaciones justas o válidas del legislador, creemos que el ejercicio no resuelve los problemas que busca atender al no evitar conflicto y desgaste al momento de la separación y, por el contrario, violenta la garantía de audiencia. La raíz del problema no radica en la existencia o no de causales, sino en la impartición de la justicia en México, en particular la falta de un procedimiento ágil y especializado que les permita a las partes recibir una resolución rápida y justa a su conflicto matrimonial, en el caso de que solo una de las partes desee el divorcio, guardando el respeto a los derechos de ambas partes.

4.7. DIVORCIO SIN CAUSALES NO ATENTA CONTRA LA SOCIEDAD NI LA FAMILIA

La Primera Sala determinó la constitucionalidad de los artículos 266 y 267 del Código Civil para el Distrito Federal. El “divorcio sin causales” no atenta contra la sociedad ni la familia; por el contrario, la protege y fortalece al tratar de evitar conflictos en la disolución del vínculo matrimonial, así como enfrentamientos entre personas y familias que alienten entre ellos la posibilidad de odio, violencia, egoísmo y acciones maliciosas.

Así, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó la constitucionalidad de los artículos 266 y 267 del Código Civil para el Distrito Federal. El primero de ellos señala que el divorcio 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. En tanto, el artículo 267 establece que el cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial. Los ministros expusieron que a través del “divorcio sin causales”, el legislador local buscó evitar la parte contenciosa del antiguo proceso de divorcio y, de esta manera, posibles afectaciones en el desarrollo psicosocial de los integrantes de la familia, al mismo tiempo que contribuir al bienestar de las personas y a su convivencia constructiva.

Por tal motivo, la Sala declaró correcta la decisión de un tribunal colegiado de declarar disuelto el vínculo matrimonial solicitado por un esposo y, con ello, negó el amparo a una quejosa, quien consideró que dichos preceptos violan el artículo 4 constitucional que protege la organización y desarrollo de la familia. La quejosa también expuso que no se le dieron las garantías de audiencia y debido proceso, al permitir el divorcio unilateralmente sin considerar la voluntad del otro cónyuge que está en desacuerdo, con lo que a éste se le priva del derecho de ofrecer pruebas, de alegar lo que a su interés convenga, y de ser oído y vencido en juicio.

Los ministros señalaron que mediante el “divorcio sin causales” se respeta el libre desarrollo de la personalidad del individuo, pues cuando éste ya no desea seguir vinculado con su cónyuge no puede hacerse depender de la demostración de causa alguna. Y es que si bien la causal, aunque determinante, no es más que el fin de esa voluntad expresada en la demanda, resultando inadmisibles que el Estado se empeñe en mantener vigente el matrimonio de quienes solicitan el divorcio al considerar que su situación particular se torna irreconciliable, subrayaron.

“RESEÑA DEL AMPARO DIRECTO 20/2010

PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE REGULAN EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA

Cronista: Licenciado Saúl García Corona,¹³⁸ □ Ministro ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

Secretario de Estudio y Cuenta: Oscar Vázquez Moreno.

En sesión de 12 de enero de 2011, los señores Ministros que integran la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizaron la constitucionalidad de la legislación para el Distrito Federal que regula el procedimiento de divorcio incausado. El estudio constitucional antes mencionado derivó de la resolución dictada en el amparo directo 20/2010, el cual tuvo como antecedente el procedimiento de divorcio solicitado ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, mediante el cual una mujer manifestó su voluntad para que se decretara la disolución del vínculo matrimonial que la unía con su esposo.

El conocimiento del asunto, radicado bajo el expediente 179/2010, le correspondió al Juez Noveno de lo Familiar, quien después de seguir el procedimiento en sus diversas etapas, dictó sentencia definitiva el 12 de abril de 2010, en la que decretó la disolución del matrimonio que unía a las partes, ordenó al Director del Registro Civil del Distrito Federal que hiciera la anotación marginal correspondiente y dejó expeditos los derechos de las partes para que en la vía incidental dedujeran los derechos derivados de la disolución del matrimonio.

Contra la resolución anterior, el esposo de la demandante del divorcio solicitó el amparo y protección de la justicia federal. Por razón de turno tuvo conocimiento del asunto el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el cual lo admitió a trámite y lo registró con el número DC 310/2010.

Antes del dictado de la resolución respectiva, el **señor Ministro José Ramón Cossío Díaz** solicitó a la Primera Sala del más Alto Tribunal el ejercicio de la facultad de atracción del juicio de amparo directo en mención; y en sesión de 1o de septiembre de 2010, dentro del expediente número 88/2010, se decidió ejercer dicha facultad para conocer de este juicio de amparo directo.

En cumplimiento a la determinación aludida, el presidente de la Primera Sala de

¹³⁸ □ Funcionario adscrito a la Unidad de Crónicas de la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica.

la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó formar y registrar el expediente del juicio de amparo con el número 20/2010, y posteriormente se designó al **señor Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia** como ponente para formular el proyecto de resolución respectivo.

De esta manera, en la sesión de 12 de enero de 2011, el señor Ministro ponente presentó ante la Primera Sala del máximo Tribunal del país su proyecto de sentencia, en el cual propuso como punto resolutivo no amparar ni proteger al quejoso. La propuesta anterior fue aprobada por unanimidad de votos de los **señores Ministros José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.**”

La determinación antes adoptada apreció en primer lugar que el régimen normativo a analizar, en confrontación con lo dispuesto en el artículo 4o de la Constitución General, se circunscribía a los artículos 266, 267, 280 y 287 del Código Civil para el Distrito Federal, así como a los artículos 255 fracciones V y X, 260 fracción VIII, 272 A y 272 B del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, todos ellos en su texto vigente a partir de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 3 de octubre de 2008.

En ese orden, se señaló que aunque es cierto que el matrimonio es una institución del derecho civil que merece protección por parte del Estado, por ser una de las formas de constitución de la familia, también es cierto que existen otros tipos de constitución familiar que merecen igual protección.

Sin embargo, se aclaró que de estas ideas también se desprende que la protección de aquellas familias que deriven de un matrimonio, no necesariamente implica o depende de la protección del matrimonio que le dio origen, pues en caso de que determinada familia sufra una alteración importante, como puede ser la disfuncionalidad del matrimonio, en ocasiones es necesario proteger a la familia y a sus miembros, por encima de la subsistencia del matrimonio, o incluso, precisamente, mediante la disolución de éste.

De esta manera, se indicó que sostener que en términos del artículo 4o constitucional, y con la finalidad de proteger a la familia, debe conservarse a toda

costa la institución del matrimonio, implicaría afirmar que no debe existir el divorcio, lo cual resulta falaz, pues el divorcio no está constitucionalmente vedado, por el contrario, en términos de las legislaciones de nuestro país, el matrimonio es por naturaleza disoluble.

Por tales motivos, se determinó que no es jurídicamente correcto sostener que existe un derecho constitucional a permanecer casado, sino más bien, existe un derecho constitucional a elegir la forma de vida que mejor convenga al individuo, con el fin de conseguir el *medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar*, en términos del artículo 4o constitucional.

Asimismo, se precisó que al emitirse las reformas de las que derivan los preceptos impugnados, el legislador del Distrito Federal no contravino el deber constitucional del Estado de proteger a la familia, ya que la subsistencia del matrimonio es un valor que no es lo único que da cohesión a la familia, sino que en ocasiones, incluso la perjudica, y además no es un valor constitucional en sí mismo considerado, lo anterior, sin perder de vista que el legislador también puso especial importancia en el deber del juzgador de promover la conciliación entre las partes, a fin de que, en la medida de lo posible, el matrimonio subsista.

En tal virtud, el legislador eligió una opción constitucionalmente válida, al resolver un problema existente en la práctica judicial, que dañaba profundamente a las personas integrantes de una familia, en su integridad y estabilidad física, emocional y económica; valores que se encuentran por encima de la subsistencia del vínculo matrimonial.¹³⁹

En otra cuestión, se señaló que el actual régimen matrimonial no deja el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio al arbitrio de una de las partes, pues todo lo concerniente a los alimentos, al régimen patrimonial dentro del matrimonio, a los deberes y derechos respecto de los hijos, y en general, todo lo que debe ser objeto del convenio que se presente junto con la demanda de divorcio en términos del artículo 267 del Código Civil para el Distrito

¹³⁹ Véase tesis 1a. CCXXII/2009, DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL CÓNYUGE. LOS ARTÍCULOS 266 Y 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 3 DE OCTUBRE DE 2008, NO VIOLAN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 281, IUS 165809.

Federal, no se determina con base en la voluntad de uno sólo de los cónyuges, sino que el divorciante debe proponer un convenio, el cual debe ser aceptado por el otro. Luego el juez lo decretará obligatorio; por ende, lo que se deja al arbitrio de una sola de las partes, es simplemente la disolución del vínculo matrimonial, con lo cual no se incumple ninguna obligación o deber jurídico.

Por otro lado, se indicó, desde un punto de vista estrictamente positivista, que la declaración de divorcio no es un acto privativo de derechos, pues no existe tutela jurídica alguna a un hipotético derecho a controvertir la solicitud de declaración de divorcio, ya que no se tutela actualmente el derecho a “permanecer casado” a favor de ninguno de los cónyuges, cuando es voluntad del otro que el matrimonio se disuelva.

En ese sentido, se determinó que el procedimiento de solicitud de declaración de divorcio y la declaración judicial misma, no son otra cosa sino un mecanismo de seguridad jurídica, para dar aviso al cónyuge demandado de la terminación del matrimonio, por lo que no se viola la garantía de audiencia, específicamente el derecho a la oportuna defensa, ya que si no se tutela jurídicamente el derecho a permanecer casado, tampoco puede considerarse que la declaración judicial de divorcio constituya un acto privativo de derechos.¹⁴⁰

Por consiguiente, se resolvió que lo que procedía era negar el amparo al quejoso, pues no quedó demostrado que los preceptos impugnados resultaban violatorios de las garantías consagradas en los artículos 4o y 14 constitucionales, ni que la sentencia reclamada era violatoria del artículo 16 constitucional.

4.8 ASPECTOS RELEVANTES DE DERECHO FAMILIAR.

A continuación la participación de la Señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en la conferencia “aspectos relevantes de derecho familiar”, impartida en la Universidad Lus Semper, en el marco del diplomado en amparo civil, el 24 de marzo de 2011.

¹⁴⁰ Véase tesis 1a. CCXXIII/2009, DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL CÓNYPUGE. LOS ARTÍCULOS 266, 267, 282, 283, FRACCIONES IV, V, VI, VII Y VIII, 283 BIS, 287 Y 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 3 DE OCTUBRE DE 2008, QUE REGULAN SU TRAMITACIÓN, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DE DEBIDO PROCESO LEGAL, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 280, IUS 165810.

“Agradecida por la oportunidad que me brindan de intercambiar algunos puntos de vista con ustedes, quisiera comenzar esta intervención compartiéndoles una reflexión que suscita el tema de esta conferencia: la refundación del derecho, desde la perspectiva de la interpretación constitucional. Pues esta refundación, me parece, ha permitido a la Corte comenzar a tener un papel destacado en el diseño y evaluación de las políticas públicas de este país.

Durante muchos años, la interpretación constitucional se llevó a cabo bajo parámetros de estricta legalidad. De 1917 a 1989, por citar una fecha determinada, se llevó a cabo un importante trabajo en materia de legalidad al resolver los asuntos ordinarios. Todos somos testigos, y muchos usufructuarios, de la interpretación constitucional que se llevó a cabo en la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación en la Suprema Corte.

El contexto de esa interpretación, evidentemente, dista mucho del que actualmente vivimos. En aquél entonces, la Corte conocía de asuntos en los que preponderantemente, se reclamaban violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales y, eventualmente, de algunos en los que se reclamaba algún otro. En estos últimos, la Corte resolvía el caso concreto, pero lo hacía en estricto criterio de legalidad interpretando la ley en los términos que la Constitución señala en los dos últimos párrafos del artículo 14; recordemos, además, que no se había consolidado como Tribunal Constitucional y, que además no conocía de asuntos electorales.

En 1989, bajo la influencia de algunos académicos (entre los que bien vale mencionar al maestro Fix-Zamudio), se inicia un proyecto que se encaminó a convertir a la Corte en un Tribunal Constitucional.

Este proyecto, terminó de consolidarse en la reforma de 31 de diciembre de 1994. Indiscutiblemente, con esta reforma, se resaltó la supremacía y el valor normativo de la Constitución, dando a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de resolver **jurisdiccionalmente** el reparto competencial entre los poderes y órganos. Este proceso de transformación alcanzó no sólo al órgano de revisión de la regularidad constitucional; sino que la revisión de las normas establecidas por los poderes u órganos públicos, ha hecho que la actuación de éstos se someta de un modo más preciso y puntual al derecho y, en particular, a

nuestra Constitución Política.

El derecho de familia no ha sido la excepción. El que fuera, por muchos años, uno de los temas menos explorados en el derecho constitucional mexicano, ha sido, en los últimos, sumamente revalorado y ha generado innumerables criterios que han pugnado por la protección de los derechos de la familia, institución que es columna vertebral de toda sociedad y que constitucionalmente se encuentra tutelada de diversas maneras.

Recientemente, ha llamado la atención de la opinión pública la emisión de algunas sentencias de la Suprema Corte respecto a la protección de las mujeres, los menores y muchos otros temas que aquí me gustaría tratar. Como verán, con esta narración de los asuntos que vengo a compartirles, la Constitución comienza a permearse la totalidad del ordenamiento, iniciando, con ello, un proceso al que Ricardo Guastini ha llamado *constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Es decir, hoy la Constitución es considerada como una norma.

Derivado de este proceso, la función de la Constitución, en su más amplio significado normativo, cobra una vigencia que nunca antes habíamos conocido. Pero, en consecuencia, estos cambios nos hacen percatarnos de cuán importante puede ser el papel que desempeña no sólo la Constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento; sino los medios de control que la misma Constitución prevé. Por lo que, en consecuencia, comienza a destacar, de manera más evidente, el papel de la judicatura, su intérprete; pero más aun el de su intérprete privilegiado: la magistratura constitucional.

En los próximos minutos intentaré corroborar este punto de vista mediante la exposición de las sentencias que en la materia he considerado de lo más destacado. Todos los temas se encuentran inscritos en el marco de un esfuerzo que la Suprema Corte ha ido realizando recientemente para adecuar la jurisprudencia a las necesidades y tendencias de esta nueva era, en la cual los menores, las mujeres y la familia, comienzan a tener relevancia en un sistema jurídico que debe protegerlos de manera particular. Un sistema constitucional que debe cumplir con la finalidad esencial de tutelar los derechos de ciertos grupos que, como la familia, requieren especial atención por parte del Estado –

esto es, de los tres poderes de la unión y los tres niveles de gobierno— así como de los juristas y de la ciencia jurídica.

Inicio, pues, con el primer grupo de asuntos, en la manera que los he agrupado. Como toda selección, la que he llevado a cabo para esta ocasión deja fuera muchas jurisprudencias sobre el tema.

Un tema altamente sensible, porque presume la preexistencia de una relación vinculante como es el matrimonio, considerado como la institución social más importante por la que se establece la integración de la familia, que por azares de la vida se ha fracturado, y en estas condiciones se llega al **Divorcio**, como medio para finiquitar el nexo conyugal.

En este marco comentaré el criterio sustentado al resolverse la contradicción de tesis 111/2006-PS¹⁴¹, en la cual se analizó la procedencia y alcance de la suplencia de la deficiencia de la queja, tratándose de un juicio de Divorcio Necesario, cuando están involucrados intereses de los menores y se sostienen posiciones distintas. Se determinó que la suplencia de la queja debe ser aplicada para resolver los asuntos de la forma más apegada a la verdad material y atendiendo al mayor beneficio de la familia. Por tanto, los casos en los que procede suplir la queja, son aquéllos en los que se advierta que los derechos de los menores han sido afectados por alguna decisión tomada en primera instancia, tales como: las determinaciones atinentes al régimen de obligaciones alimentarias, custodia y patria potestad.

Con tal determinación, se considera que no se afecta a la equidad procesal de las partes, ya que debe tenerse en cuenta que con el estudio oficioso de los juzgadores no se beneficia a ninguna de ellas, sino al contrario, se busca proteger que la resolución de sus diferencias no afecte injustificadamente a quienes no participan en sentido estricto en el litigio, es decir, los menores.

En febrero de dos mil diez, se resolvió la contradicción de tesis 132/2008-PS¹⁴²,

¹⁴¹ Este criterio originó la tesis jurisprudencial, que tiene por rubro: "DIVORCIO NECESARIO. EL TRIBUNAL DE ALZADA PUEDE SUPLIR LA QUEJA E INCLUSO ANALIZAR CUESTIONES DISTINTAS A LAS PLANTEADAS EN LOS AGRAVIOS DE LAS PARTES SI ELLO RESULTA IMPRESCINDIBLE PARA PROTEGER DEBIDAMENTE EL INTERÉS DE LA FAMILIA, Y EN PARTICULAR LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS MENORES (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1o Y 949, FRACCIÓN I DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).

¹⁴² DIVORCIO. CUANDO SE DEMANDA LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL

en la que se precisó que cuando en un juicio ordinario civil de divorcio se demanda la indemnización prevista en el citado artículo 289 Bis¹⁴³ del Código Civil para el Distrito Federal, esto es, indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, bajo el argumento de haberse dedicado en el lapso que duró el matrimonio preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos, corresponde a la parte solicitante probar los hechos en que funda su petición, pues lo contrario rompería con las condiciones de impartición de justicia imparcial. Lo anterior sin perjuicio de que de las pruebas aportadas y de las circunstancias particulares de cada caso pueda desprenderse una presunción humana que demuestre esos extremos.

Por otra parte, al resolver el amparo directo en revisión 917/2009¹⁴⁴, cuya ponencia me correspondió, se señaló que el divorcio por voluntad unilateral del cónyuge, tiende a evitar la violencia que genera el trámite del divorcio necesario, por lo que no puede estimarse que los preceptos que contemplan dicho divorcio, sean contrarios al artículo 4° Constitucional que consagra el deber del Estado de proteger la organización y desarrollo de la familia. Es importante resaltar, que de manera fundamental se atendió a la libertad de los cónyuges de no continuar casados y en consecuencia a evitar los actos de violencia que generalmente se suscitan ante la imposibilidad de obtener el divorcio.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CORRESPONDE A LA PARTE SOLICITANTE PROBAR LOS HECHOS EN QUE FUNDA SU PETICIÓN (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 3 DE OCTUBRE DE 2008).

¹⁴³ ARTICULO 289 Bis.- En la demanda de divorcio los cónyuges podrán demandar del otro, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, siempre que: I.- Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes; II.- El demandante se haya 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 III.- Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio, habrá de resolver atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

¹⁴⁴ Resuelto el 23 de septiembre de 2009.

En dicho asunto también se determinó que los artículos que regulan el divorcio sin causales cumplen con las garantías de audiencia y debido proceso, toda vez que en la reforma en la que se estableció el divorcio incausado, no derogó el artículo 256 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece que una vez presentada la demanda con los documentos y copias prevenidos se correrá traslado de ella a la parte contra la que se proponga a fin de que la conteste dentro de los nueve días siguientes, de ahí que la señalada reforma no conculca la garantía de audiencia y tampoco el debido proceso legal, pues las reformas cumplen con las formalidades esenciales necesarias.

Por otro lado, el pasado veinticuatro de noviembre se resolvió la contradicción de tesis 125/2010¹⁴⁵, en la que se determinó que resulta procedente la causal de divorcio prevista en la fracción XIX del artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México, reformado por decreto de veintinueve de agosto de dos mil siete,

El artículo tercero transitorio del decreto de 29 de agosto de 2007, que reformó la fracción XIX, del artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México, señala que los asuntos en trámite hasta antes de la entrada en vigor del mismo, deben resolverse conforme a las disposiciones vigentes hasta esa fecha, es decir, con la normatividad anterior. Lo que implica que los asuntos promovidos después de la entrada en vigor del decreto deben resolverse conforme al texto vigente de la norma. En ese sentido, si bien la separación de los cónyuges por más de un año (que es el supuesto de la causal de divorcio) puede haberse dado o iniciado antes de la vigencia de la fracción XIX, del artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México, dicho acontecimiento no modifica la consecuencia de la norma (derecho de demandar la disolución del vínculo matrimonial). Es por ello que el que se promueva la demanda respectiva con posterioridad a la fecha del inicio de la separación de los cónyuges, no implica que deba resolverse conforme a la norma vigente en esa fecha, pues el punto esencial para definir cuál es la norma que se debe aplicar en cada caso lo constituye la fecha de la presentación de la demanda, al ser el momento en que se materializa el ejercicio de la acción, con independencia de que los hechos que dan lugar a la misma se

¹⁴⁵ DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES. LA FRACCIÓN XIX DEL ARTÍCULO 4.90 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EL 29 DE AGOSTO DE 2007), NO TIENE APLICACIÓN RETROACTIVA, AUN CUANDO LA SEPARACIÓN SE HAYA INICIADO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA NORMA.

hayan realizado con anterioridad, es decir, cuando otra norma estaba vigente. Ello es así, ya que conforme al artículo tercero transitorio del decreto de 29 de agosto de 2007, esto sólo tendría lugar si el juicio se hubiese iniciado dentro de la vigencia de esa norma; pero en el caso, si los asuntos se promovieron después de la entrada en vigor de la nueva disposición deben resolverse conforme al texto que rige en ese momento. Es por estas mismas razones que la norma no tiene una aplicación retroactiva.

consistente en la separación de los cónyuges por más de un año, aún cuando dicha separación se hubiere dado antes del inicio de vigencia de la reforma señalada.

Ello en atención a que el punto esencial para definir cuál es la norma que se debe aplicar a cada caso, lo constituye la fecha de presentación de la demanda, al ser el momento en que se materializa el ejercicio de la acción, con independencia de que los hechos que dan lugar a la misma se hayan realizado con anterioridad, esto es, cuando otra norma estaba vigente.

Que por tanto, la aplicación de la señalada causal no es retroactiva, pues conforme al artículo tercero del mencionado decreto, si los asuntos se promovieron después de iniciada la vigencia de la reforma, deben resolverse conforme a ésta.

En sesión del día nueve de este mes, al resolver el amparo en revisión 1869/2009, se hizo pronunciamiento respecto a la constitucionalidad del artículo Tercero Transitorio del Decreto por el que se reforma y deroga el Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial de esa entidad el tres de octubre de dos mil ocho, considerándose que dicha disposición transitoria no contraviene la garantía de irretroactividad en perjuicio de las partes, al establecer que será potestativo, para cualquiera de éstas acogerse a las reformas establecidas en dicho Decreto cuando exista un juicio de divorcio en trámite, toda vez que ello será posible siempre y cuando la única acción ejercida en la demanda sea la disolución del vínculo matrimonial, a fin de no afectar diversas acciones ejercidas, como pudieran ser pérdida de patria potestad y pago de alimentos.

El tema de ***pensión alimenticia***, también ha sido objeto de múltiples pronunciamientos.

En marzo de dos mil cinco, se emitió la tesis jurisprudencial 61/2005¹⁴⁶, la cual señala que el pago de los alimentos puede ser exigido aunque exista un convenio dentro del juicio de divorcio.

Es también una tesis de gran importancia, porque reitera que el derecho a recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción. Inclusive se hace referencia a que los alimentos son un derecho que tiene fundamento constitucional en el artículo cuarto de nuestra Carta Magna.

Tenemos también la tesis 125/2005¹⁴⁷, la cual establece que el acreedor alimentario puede reclamar el pago de las pensiones atrasadas (hago la salvedad de que esta solo se refiere al DF y a Aguascalientes), vencidas y no cobradas dentro de un plazo de diez años, sin que el no haberlas reclamado signifique que no las necesitaba.

Al resolverse la contradicción de tesis 49/2007-PS¹⁴⁸, se determinó cómo se debe fijar el monto de la pensión alimenticia en el caso de que los ingresos del deudor no sean acreditados o se desconozcan, en términos de la legislación del Distrito Federal; concluyéndose que los juzgadores –en primera o segunda instancia- deben atender a lo dispuesto en el artículo 311 Ter¹⁴⁹, del Código Civil

¹⁴⁶ ALIMENTOS. PROCEDE LA ACCIÓN AUTÓNOMA PARA EXIGIR SU PAGO, INDEPENDIEMENTE DEL NOMBRE QUE SE LE DÉ, Y DE LA EXISTENCIA PREVIA DE UN CONVENIO CELEBRADO AL RESPECTO DENTRO DEL JUICIO DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

¹⁴⁷ ALIMENTOS. LA PARTE QUE OBTUVO SENTENCIA FAVORABLE EN EL JUICIO PUEDE RECLAMAR SU EJECUCIÓN Y EL PAGO DE LAS PENSIONES ATRASADAS, VENCIDAS Y NO COBRADAS DENTRO DEL PLAZO DE DIEZ AÑOS, SIN QUE LA DEMORA EN DICHA SOLICITUD IMPLIQUE QUE EL ACREEDOR ALIMENTARIO NO LOS NECESITÓ (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES).

¹⁴⁸ ALIMENTOS. PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA PENSIÓN CUANDO NO SE HAYAN ACREDITADO LOS INGRESOS DEL DEUDOR ALIMENTARIO, DEBE ATENDERSE A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 311 TER DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

¹⁴⁹ ARTICULO 311 Ter.- Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, el Juez de lo Familiar resolverá con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus

para el Distrito Federal, y en el caso de no contar con los elementos necesarios para fijar objetivamente el monto de la pensión, conforme a los artículos 940¹⁵⁰ y 941¹⁵¹ del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, están obligados a recabar oficiosamente los elementos que les permitan establecer la capacidad económica y el nivel de vida a que se refiere el mencionado numeral 311 Ter; y una vez hecho lo anterior realizar un estimado del ingreso mensual del deudor alimentario, respecto del cual fijara un porcentaje como monto de la pensión alimenticia.

En la contradicción de tesis 19/2008- PS¹⁵², se analizó si los adultos mayores que reclamen una pensión alimenticia de sus descendientes cuentan con la presunción de necesitarla o si les corresponde a ellos, como actores en el juicio de alimentos, demostrar esa necesidad.

Al respecto, se concluyó que los ascendientes que demandan alimentos de sus descendientes no tienen en su favor la presunción legal de necesitarlos, ni el juez debe resolver esos casos haciendo uso de una presunción general en tal sentido, contrario a lo que ocurre con los menores de edad. En el caso de estos últimos, la presunción de su necesidad alimentaria tiene sentido porque constituyen un grupo altamente homogéneo cuyos miembros, en general y con independencia de sus circunstancias socioeconómicas, requieren que alguien más les proporcione los medios necesarios para vivir y educarse. Sin embargo,

acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.

¹⁵⁰ ARTICULO 940 Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad

¹⁵¹ ARTICULO 941 El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros. En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

¹⁵² ALIMENTOS PARA ASCENDIENTES. ELEMENTOS QUE EL JUZGADOR DEBE TENER EN CUENTA PARA DETERMINAR SI PROCEDE SU PAGO CUANDO LOS RECLAMAN DE SUS DESCENDIENTES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

entre los ascendientes que puedan reclamar alimentos de sus descendientes, esta homogeneidad de circunstancias no existe, ni siquiera cuando los primeros pueden calificarse de “adultos mayores” bajo alguno de los posibles criterios de definición de esta categoría. De esta manera, al no existir a favor de los ascendientes ninguna presunción a su favor de su necesidad alimentaria, éstos deben acreditar en el juicio los elementos de su acción (el entroncamiento, su necesidad y la posibilidad del que debe darlos), sin perjuicio de que del material probatorio aportado se pueda desprender una presunción humana de la necesidad alimentaria.

Me quiero ahora referir a la contradicción de tesis 169/2006-PS¹⁵³, en la que se sustentó que la obligación de proporcionar alimentos por concepto de educación no se extingue necesariamente cuando los acreedores alimentarios alcanzan la mayoría de edad, pues admitir como límite infranqueable la mayoría de edad de los acreedores haría nugatorio su derecho de obtener lo necesario para desempeñar una profesión u oficio, amenazando así la funcionalidad de una institución que pretende satisfacer las necesidades reales de una de las partes de la relación jurídica en proporción con las posibilidades concretas de la otra.

Dicho criterio, fue ampliado por la propia Primera Sala, al resolver la contradicción de tesis 9/2008-PS, en la que se emitió la tesis de rubro: “ALIMENTOS POR CONCEPTO DE EDUCACIÓN. ELEMENTOS QUE EL JUZGADOR DEBE TOMAR EN CUENTA PARA DETERMINAR SI PROCEDE SU PAGO RESPECTO DE ACREEDORES ALIMENTARIOS QUE CONCLUYERON SUS ESTUDIOS PROFESIONALES PERO ESTÁ PENDIENTE SU TITULACIÓN.”

En ese asunto se determinó que si se toma en cuenta, por un lado, que la pensión alimenticia por concepto de educación consiste en otorgar a los acreedores los elementos necesarios para que puedan valerse por sus propios méritos y, por el otro, que para poder ejercer su profesión en algunos casos es

¹⁵³ ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS POR CONCEPTO DE EDUCACIÓN NO SE EXTINGUE NECESARIAMENTE CUANDO LOS ACREEDORES ALIMENTARIOS ALCANZAN LA MAYORÍA DE EDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

necesario el título que acredite la capacidad necesaria para ello, en consecuencia, para obtener una retribución, es indudable que en tales supuestos los gastos de titulación forman parte de los alimentos por educación, de manera que el derecho a recibir la pensión relativa se prolongará hasta que se obtenga el título profesional, siempre y cuando dicho periodo no sea imputable al acreedor, para lo cual el juzgador debe analizar la procedencia del pago de los gastos de titulación –para cada caso particular– evaluando las condiciones y circunstancias de la profesión, y atendiendo a la legislación de que se trate, a fin de evitar demandas excesivas y respetar el principio de justo equilibrio entre la posibilidad del deudor y la necesidad del acreedor.

El pasado primero de diciembre, al resolverse la contradicción de tesis 225/2010¹⁵⁴, se sostuvo que cuando en el juicio de divorcio o alimentos se acredita que la mujer está embarazada y existe la presunción del nacimiento del menor antes del dictado de la sentencia, el juez debe tomar en cuenta las medidas conducentes para verificar el nacimiento del menor vivo y viable antes del dictado de la sentencia y en caso de comprobarse, de ser procedente, condenar al pago de alimentos a favor del menor, aún en el caso de que éstos no se hubieren solicitado.

El último criterio en materia de alimentos, fue sustentado apenas ayer, al resolverse la contradicción de tesis 452/2010, en donde se determinó que no procede la devolución de las cantidades pagadas por concepto de alimentos provisionales, aun cuando en juicio se acredite que el acreedor no probó la necesidad de recibirlos o se haya disminuido el monto.

A lo anterior se llegó al considerar que para la procedencia de la pensión

¹⁵⁴ ALIMENTOS A FAVOR DE UN MENOR NACIDO DESPÚES DE PRESENTADA LA DEMANDA, PERO ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA, PROCEDE SU ANÁLISIS AÚN CUANDO NO SE HAYAN SOLICITADO, POR EXISTIR LITIS ABIERTA. Los procesos judiciales que tienen por objeto hacer efectivo el derecho al pago de alimentos son de tipo inquisitorio, pues las cuestiones familiares se consideran de orden público, por lo tanto, el órgano judicial debe suplir la deficiencia de la queja a favor de los menores, recabar pruebas y dictar las medidas conducentes a la protección efectiva de sus derechos. Cuando en un juicio se haya acreditado el embarazo de la madre y exista presunción del nacimiento del menor antes del dictado de la sentencia definitiva, el juez debe tomar las medidas conducentes para verificar el nacimiento del menor vivo y viable antes del dictado de la sentencia y, en caso de comprobarse, de ser procedente, condenar al pago de alimentos a favor del menor. Lo anterior es así, pues de lo contrario se incumpliría con la obligación impuesta en los artículos 4°, sexto y séptimo párrafos, de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor a partir del 21 de octubre de 1990, así como de las normas sustantivas y procesales que atribuyen carácter público e interés social a los procesos de alimentos que involucren menores.

provisional sólo es necesario acreditar la calidad de acreedor alimentario, pues los alimentos provisionales sólo tienen como fundamento la relación entre acreedor y deudor; en cambio, para establecer la pensión definitiva, es necesario probar de manera fehaciente la necesidad de los mismos, por lo que resulta improcedente la devolución de los primeros teniendo como base aquello que es materia de prueba para la pensión definitiva.

Además se tuvo en cuenta, que los alimentos provisionales participan de la misma naturaleza que los definitivos, son de orden público e interés social y al estar destinados a solventar necesidades básicas del acreedor, se consumen de manera irreparable.

Nuestro Máximo Tribunal también ha realizado diversos pronunciamientos con relación a ***patria potestad y custodia***.

En octubre de dos mil cuatro, en el amparo directo en revisión 1529/2003, se sustentó que el artículo 310 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán, no es violatorio del artículo cuarto constitucional, al señalar que los consortes tienen derecho a designar de común acuerdo a la persona a quien encomendarán el cuidado de sus hijos menores de edad, y que a falta de dicho acuerdo el Juez debe resolver provisionalmente, que los hijos menores de 7 años quedan al cuidado de la madre. Se dijo que la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados –menores de siete años–, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos, sin embargo, se destacó que debe atenderse a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto, a proteger el desarrollo de los menores, por lo que tal norma no es absoluta ya que el juez podrá determinar en aras del interés superior del menor, que éste, quede bajo la guarda y custodia del padre.

En la contradicción de tesis 21/2006- PL¹⁵⁵, sustentada entre la Primera y

¹⁵⁵ "PATRIA POTESTAD. EL SUPUESTO NORMATIVO QUE IMPONE SU PÉRDIDA POR ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR CONYUGAL POR MÁS DE 6 MESES, ES UNA SANCIÓN CIVIL QUE TRANSGREDE EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS." "PATRIA POTESTAD. EL SUPUESTO NORMATIVO QUE IMPONE SU PÉRDIDA POR

Segunda Salas se analizó si el supuesto normativo de pérdida de la patria potestad por abandono injustificado del hogar conyugal por más de seis meses es o no constitucional, concluyéndose que si bien es cierto que el abandono injustificado del hogar conyugal genera legalmente el divorcio, también lo es que no resulta jurídicamente adecuado que produzca automáticamente la privación de la patria potestad, tomando en cuenta que dicho abandono no necesariamente implica desatención del niño. Además, la sanción indicada es un acto desproporcionado, que afecta de modo terminante y absoluto el contenido de las garantías constitucionales derivadas de la patria potestad en perjuicio del cónyuge culpable; es decir, constituye una determinación legal que implica una carga injustificada para el individuo privado del derecho referido, ya que, en todo caso, existen medidas alternativas para afrontar una posible afectación en el interés superior del niño, como la suspensión de la patria potestad prevista en algunas legislaciones civiles.

En el amparo directo en revisión 745/2009¹⁵⁶, resuelto el diecisiete de junio de dos mil nueve, se sostuvo que si los hombres y mujeres son iguales ante la ley y, en específico, respecto al cuidado y protección de sus hijos, ambos son responsables de velar por el interés superior del menor, resulta claro que, en caso de que deba ser separado de alguno de sus padres, el artículo cuarto constitucional no establece un principio fundamental que privilegie su permanencia, en principio con su madre.

ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR CONYUGAL POR MÁS DE 6 MESES, VIOLA EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”

¹⁵⁶ INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EN CASO DE QUE DEBA SER SEPARADO DE ALGUNO DE SUS PADRES, EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO ESTABLECE UN PRINCIPIO FUNDAMENTAL QUE PRIVILEGIE SU PERMANENCIA, EN PRINCIPIO, CON LA MADRE. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 4o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que el interés superior del menor debe ser criterio rector para elaborar y aplicar las normas en todos los órdenes relativos a su vida y, acorde a ello, responsabiliza por igual al padre y a la madre de satisfacer sus necesidades y la consecución de su desarrollo integral, pues es en el mejor interés del menor que ambos se responsabilicen en igual medida. Sin embargo, el Estado tiene la facultad constitucional de separarlo, en ciertos casos, de alguno o de ambos padres, a fin de brindarle una mayor protección, sin que para ello la Ley Fundamental establezca una regla general para que su desarrollo integral sólo pueda garantizarse cuando permanezca al lado de su madre, pues el juez cuenta con la prerrogativa de valorar las circunstancias particulares para garantizar el respeto a sus derechos. Consecuentemente, si los hombres y mujeres son iguales ante la Ley, y en específico, respecto del cuidado y protección de sus hijos, ambos son responsables de velar por el interés superior del menor, resulta claro que, en caso de que deba ser separado de alguno de sus padres, el artículo 4° constitucional no establece un principio fundamental que privilegie su permanencia, en principio con la madre.

En diversa resolución, la relativa a la contradicción de tesis 123/2009¹⁵⁷, fallado el nueve de septiembre de dos mil nueve, se señaló que entre las consecuencias de la pérdida de la patria potestad es que el progenitor condenado no tenga derechos respecto de sus hijos, tales como llevar su representación legal, decidir, participar y opinar sobre asuntos inherentes a su educación; sin embargo, independientemente de los derechos de quien ejerce la patria potestad, no se aprecia que su pérdida conlleve indefectiblemente que deba impedirse al menor ejercer el derecho de convivencia con sus progenitores en tanto que, por un lado, ese derecho no es exclusivo de los padres, sino también de los hijos y, por el otro, no todas las causales de pérdida de la patria potestad son de la misma gravedad.

Que por tanto, atendiendo al interés superior del menor, el juez de lo familiar habrá de atender a la gravedad de la causal que originó la pérdida de la patria potestad para determinar si la convivencia pudiera importar algún riesgo para la seguridad o desarrollo adecuado del menor.

En cuanto a la **violencia familiar**, debo señalar que en diversas resoluciones se

¹⁵⁷ PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO CONLLEVA INDEFECTIBLEMENTE IMPEDIR QUE EL MENOR EJERZA EL DERECHO DE CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES. Una de las consecuencias de la pérdida de la patria potestad es que el progenitor condenado no tenga derechos respecto de sus hijos, es decir, la privación de todo privilegio relativo a exigir la obediencia y el respeto de los menores, la facultad de llevar su representación legal, la administración de sus bienes y decidir, participar y opinar sobre asuntos inherentes a su educación, conservación, asistencia, formación y demás relativos a los aspectos no patrimoniales de quien ejerce la patria potestad. Sin embargo, independientemente de las consecuencias apuntadas -que se relacionan directamente con los derechos que otorga al progenitor el ejercicio de la patria potestad-, de ello no se aprecia que su pérdida conlleve indefectiblemente que deba impedirse al menor ejercer el derecho de convivencia con sus progenitores en tanto que, por un lado, ese derecho no es exclusivo de los padres, sino también de los hijos y, por el otro, no todas las causales de pérdida de la patria potestad son de la misma gravedad. En ese orden de ideas resulta indispensable atender al interés superior del menor, para lo cual deben propiciarse las condiciones que le permitan un adecuado desarrollo psicológico y emocional, que en la mayoría de los casos implica la convivencia con ambos progenitores, independientemente de que ejerzan o no la patria potestad sobre aquél; de ahí que el juez de lo familiar habrá de atender a la gravedad de la causal que originó la pérdida de la patria potestad para determinar si la convivencia pudiera importar algún riesgo para la seguridad o desarrollo adecuado del menor, en el entendido de que si determina dicha pérdida pero no del derecho de convivencia, ello obedecerá a que subsiste el derecho del menor a obtener un desarrollo psico-emocional adecuado y a que las condiciones particulares así lo permiten, mas no porque el progenitor condenado pueda exigir el derecho de convivencia.

ha buscado combatirla y para evidenciarlo, a continuación narraré un asunto en el que la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal se apartó de un criterio jurisprudencial que al sustentarse hacía imposible la actualización de la causal de divorcio relativa a violencia familiar.

El criterio que se abandonó tuvo origen en la contradicción de tesis 66/2006-PS resuelta el veinte de septiembre de dos mil seis y en él se sostenía que cuando se demanda el divorcio necesario con base en la causal de violencia intrafamiliar, no basta que en el escrito de demanda se narren de manera genérica los hechos que a juicio del actor actualizan dicha causal, sino que deben expresarse de manera pormenorizada los hechos, precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, ello no sólo para el efecto de que el demandado pueda preparar su contestación y defensa, sino también para que las pruebas se ofrezcan y rindan en relación precisa con la litis establecida y para que el juzgador pueda estudiar la procedencia de la acción intentada.

La Sala al conocer, el once de marzo de dos mil nueve, del amparo directo 30/2008, en ejercicio de su facultad de atracción, consideró que la exigencia de una relación pormenorizada de “hechos”, crea un escenario de indefensión para quien invoca la violencia como causal de divorcio, ya que para tener por acreditada dicha causa, se tendrían que acreditar plenamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es decir, documentar el día, mes y hora en que sucedieron los hechos (tiempo); la forma detallada de cómo ocurrieron (modo) y el sitio o lugar preciso en el que acontecieron (lugar); debiéndose tomar en cuenta que cuando se invoca la violencia familiar como causal de divorcio y/o pérdida de la patria potestad, la acción se funda, no sólo en un hecho particular y aislado, sino en un cúmulo de actos y situaciones de maltrato, de tal forma que sería prácticamente imposible que se recordaran de manera precisa los datos específicos de todos y cada uno de los actos de violencia. Que por tanto, basta con que los hechos se expresen de manera concreta, mencionando cómo sucedieron, la fecha y el lugar aproximados, ya que al narrarse ciertos sucesos de esta forma, el demandado puede tener una idea clara de lo que se le imputa y de las causas que motivan la demanda de divorcio, a fin de que esté en posibilidad de desplegar su defensa.

Con relación también a violencia familiar, debo referirme a la resolución a través del cual se determinó modificar la jurisprudencia en la que se sostenía que no hay violación entre cónyuges y entonces dijimos, que la descripción típica del delito de violación sólo requiere como elementos para su integración, que el activo tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo y que la obtenga por medio de la violencia física o moral, precisando, que la descripción básica del ilícito no requiere de otros elementos objetivos o subjetivos, ni de circunstancias especiales para su integración, como pudiera ser que no exista relación de matrimonio.

En dicha resolución se destacó que el interés vital tutelado por el delito de violación es la libertad sexual, la cual, reconoce en el ser humano, por el solo hecho de serlo, la libre autodeterminación sexual, concluyendo que ningún derecho derivado del vínculo matrimonial asiste a un cónyuge para acceder al acto sexual en forma violenta.

Existen tantos temas que vienen a mi mente con relación a cuestiones familiares, y que por cuestión de tiempo ya no podré abordar, sin embargo, quiero finalizar comentando dos resoluciones en las que se ha privilegiado el interés superior del menor.

La relativa a la contradicción de tesis 199/2010¹⁵⁸, del primero de diciembre pasado, en donde se señaló que resulta improcedente la caducidad de la instancia en los juicios que involucren derechos de menores de dieciocho años o incapaces, ello en tención al derecho superior de la niñez.

La otra contradicción de tesis es la 115/2010¹⁵⁹, fallada el diecinueve de enero

¹⁵⁸ CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. ES IMPROCEDENTE EN LOS JUICIOS EN LOS QUE SE DIRIMAN DERECHOS DE MENORES E INCAPACES, (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). El artículo 11 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz prevé la procedencia de la caducidad de la instancia imputable sólo a las partes, ante un motivo manifiesto de desinterés del desarrollo del juicio, si durante 180 días naturales en la primera instancia o 90 días naturales en la segunda instancia, dejan de presentar promociones tendentes al impulso del proceso, contados a partir del emplazamiento de todos los demandados y hasta antes de llamar a las partes para escuchar la sentencia, salvo en los casos de fuerza mayor, pues se parte de la premisa de que en aquélla recae la carga de impulsar el proceso, al ser las únicas interesadas en obtener una resolución favorable. Por otra parte, cuando en los juicios se diriman cuestiones sobre derechos de menores de 18 años o incapaces conforme al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales, que establecen el derecho fundamental del interés superior de la niñez, se constriñe a que el Estado en todos sus niveles y poderes – en el ámbito de sus respectivas competencias–, pondere ese derecho subjetivo frente a personas con capacidad plena. Por tanto, es improcedente la caducidad de la instancia respecto de juicios en los que se involucren derechos de menores de 18 años e incapaces, en atención al interés superior de la niñez.

¹⁵⁹ PRUEBA PSICOLÓGICA A CARGO DE LOS MENORES. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO CONSTITUYE

del presente año, en donde se determinó que la admisión y desahogo de la prueba psicológica a cargo de menores, constituye un acto de imposible reparación por lo que en su contra procede el juicio de amparo indirecto.

Para llegar a lo anterior se consideró que la prueba psicológica a cargo de menores en un juicio que se reclama la pérdida de la patria potestad y/o la guarda y custodia, dadas las afectaciones que se pueden causar a la salud mental de los menores, constituye un acto cuya ejecución es de imposible reparación.

Para terminar, sólo quiero señalar que considero, que con las interpretaciones que la Suprema Corte ha venido realizando, se busca el respeto auténtico de derechos fundamentales dentro del proceso de cambio a las estructuras familiares que se presentan en estos tiempos, lo cual puede resultar de gran utilidad para la redefinición de políticas públicas en cuestiones familiares.”

UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. Debe hacerse extensivo el criterio sostenido por esta Primera Sala en la contradicción de tesis 130/2005, de la cual emanó la jurisprudencia de rubro: “PRUEBA TESTIMONIAL A CARGO DE LOS MENORES HIJOS EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO DE SUS PADRES. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO CONSTITUYE UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO”, a las sentencias de segunda instancia que ordenan la reposición del procedimiento para el efecto de que se admitan y desahoguen pruebas psicológicas a cargo de menores en juicios de guarda y custodia y/o patria potestad. En efecto, conforme a tal criterio el derecho a la salud mental de los niños es un derecho fundamental protegido por el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual debe ser interpretado de acuerdo al interés superior del niño que supone medidas de protección reforzadas a cargo del Estado. Lo anterior supone que cualquier acto dentro de juicio que pudiera afectar su salud mental debe considerarse como de imposible reparación, por lo que no es necesario que se pruebe que con la admisión y desahogo de las periciales psicológicas se ocasionará una afectación a la salud mental de los menores para que se considere un acto de imposible reparación, sino que la sola responsabilidad de causar un daño de esa naturaleza genera la procedencia del amparo por la vía indirecta.

CAPITULO 5.

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DIVORCIO INCAUSADO EN TODAS LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA

Queremos puntualizar que a partir de los acontecimientos de la práctica jurídica se han recogido la mayoría de los planteamientos que a continuación vertimos, así pues en este trabajo más que realizar una interpretación de la regulación jurídica del divorcio en el Código Civil para el Distrito Federal, revisar la doctrina o analizar tesis y criterios de jurisprudencia, trataremos de cuestionar la viabilidad y conveniencia misma de la institución del divorcio desde sus moldes actuales.

Del desarrollo de la presente investigación se desprenden las siguientes conclusiones:

A) consideramos que es menester implementar el divorcio incausado en todas las Entidades Federativas, tal como se ha hecho en el Distrito Federal y en los Estados de México y Guerrero y a continuación justificaremos nuestra consideración:

Diariamente en nuestra sociedad se generan diferentes tipos de relaciones entre las personas, las cuales por su relevancia social y jurídica terminan siendo reguladas por el Derecho; por lo tanto cuando estas relaciones se lesionan o quebrantan por completo, existe una solución para esas controversias.

En el caso del matrimonio, se produce una relación entre los cónyuges, hijos etc., que al verse afectados directamente por diversos factores, encuentra una solución en el divorcio para terminar con todo aquello que los afecta física y emocionalmente.

Cuando versamos sobre instituciones como el matrimonio o el divorcio, generalmente lo solemos hacer desde una perspectiva jurídica.

A saber el divorcio es la disolución formal del matrimonio civil autorizada por un juez competente que hace posible que las parejas que en un momento decidieron unirse para convivir y tener familia, decidan después separarse para

así retomar su camino, no obstante de que en el transcurso del tiempo han surgido fuertes críticas y una oposición a esta institución jurídica por parte de personas que creen que el matrimonio es para toda la vida, ésta ha subsistido.

Sin embargo existe una clara propensión del Estado a dificultar el divorcio. Lo anterior se justifica en virtud de que la familia es considerada parte fundamental de la sociedad y del Estado. Como punto de partida del conglomerado social o como unidad básica de organización social. Además representa la herramienta de control social por excelencia. Evidentemente existe un profundo interés por parte de quien detenta el poder para fomentar la preservación de la familia y no su disolución. Desde esa perspectiva, el divorcio puede ser visto como un problema. Sin embargo es evidente que en la realidad este tipo de consideraciones salen sobrando. Cuando la relación de pareja se agota, llega al hartazgo o bien, culmina por el motivo que sea, los límites puestos por el Estado para obstruir la disolución del matrimonio son meramente formales, y no fomentan la preservación de la familia, simplemente coadyuvan a que la situación social se torne caótica.

Por ejemplo, en países cuyas legislaciones no prevén el divorcio, la separación efectiva deviene dificultosamente, pese a que el marco jurídico no admita la posibilidad de revertir el matrimonio bajo la figura del divorcio. Para regularizar la situación se acude a recursos o si se prefiere, estrategias legales, tales como promover la nulidad del matrimonio, invocando situaciones verdaderamente inverosímiles como pedir la nulidad de matrimonio bajo un argumento tan débil y poco creíble como haber contraído nupcias con la persona errada y notarlo docenas de años más tarde, es todavía más inaudito que tan cuestionable evento se generalice en todo un país, por ejemplo Chile, en donde el divorcio si bien estaba regulado, éste no ponía término al matrimonio (ya que no disolvía el vínculo) y por lo tanto no permitía a los divorciados volver a casarse. El tema del divorcio vincular en ese País se topó con la férrea oposición de grupos religiosos del país, especialmente con la Iglesia Católica que durante siglos se ha opuesto al divorcio cualquiera sea la causal.

Así pues, el derecho canónico no admite el divorcio pero sí la nulidad del

matrimonio, sin embargo, ante la posición insubordinada de separarse, los cónyuges pueden divorciarse en la vía civil o administrativa y paralelamente tramitar la nulidad del matrimonio ante las instancias eclesiásticas competentes, invocando en cada caso circunstancias totalmente diferentes pero que sean efectivas.

Como habíamos mencionado, el divorcio por definición es la disolución jurídica del matrimonio en razón de causas supervenientes al matrimonio. La nulidad de matrimonio por el contrario, alude a circunstancias anteriores al matrimonio. Por lo tanto es contradictorio convocar divorcio y nulidad simultáneamente. El divorcio presupone que el matrimonio es válido, la nulidad hace ocioso el divorcio, pues la presencia de una causa de nulidad implica que el matrimonio adolece de las formalidades necesarias para considerarse válido. No hay nada que disolver. No obstante ser excluyentes la nulidad del matrimonio y el divorcio, es la única alternativa de los cónyuges que pretenden concluir su matrimonio tanto en lo civil como en lo religioso. Por eso es innegable que ante la decisión irrevocable de separarse de la pareja, los límites legales -y religiosos inclusive- impuestos por el poder para procurar la preservación de la familia, son insuficientes.

Se buscan caminos y atajos y se terminan por develar, invariablemente, las debilidades del sistema legal. Finalmente siempre se encuentra la vía o el discurso por más incongruente o lejano que sea y se hace llegar a la autoridad que va a sancionar la disolución marital.

En suma, ya sea unilateralmente o de común acuerdo, y esté o no previsto en las leyes el divorcio, los cónyuges que así lo desean, encuentran la vía para consolidar formalmente la separación. Y si acaso no fuera posible, ante la ruptura de la relación ya de común acuerdo o por abandono de un cónyuge al otro, inclusive sin el reconocimiento formal, prevalece la voluntad de separarse sobre los límites que el Estado impone para que no se divorcien.

El desencanto del instinto originario o los sentimientos zozobrantés típicos de estos eventos son por lo común, evitados por los estudiosos y esto desde luego

es entendible: para la dogmática jurídica el devenir del mundo no tiene demasiada importancia si la norma jurídica es válida.

Volviendo al tema del divorcio necesario por encima de la consideración de que era una acción que se tramitaba en la vía ordinaria civil, se trataba de un episodio turbulento en la vida de los litigantes pues era a menudo prolongado, generalmente oneroso e incierto. El rostro más siniestro del ser humano muchas veces aflora durante la vida en pareja. La puerta que se cierra y detrás del cerrojo se esconde a veces la violencia más profunda e inimaginable, también el desapego, el hastío, la costumbre, las faltas de respeto, la indiferencia, el rencor, y tantas veces el abandono y la separación de facto, y son eventos que se ventilan en un procedimiento cuya tensión, innecesaria casi siempre, corroe y desgasta en todos sentidos.

El declive de la institución matrimonial es cosa común en nuestros días. Se comparte una misma cama, pero entre dos cuerpos puede haber un abismo de por medio. Una brazada suele ser una distancia inmensurable. El encuentro de los egos, los recuerdos imborrables que se quedan estampados en alguna parte de la mente. Los episodios que se acumulan hasta separar definitivamente a la pareja. La incompatibilidad y la animadversión que llega a surgir en el simple roce cotidiano, es capaz de derruir los cimientos más sólidos. Las pequeñas diferencias eventualmente se tornan insuperables.

La ley de la materia estipulaba un plazo que va de seis meses a dos años para hacer valer una causal de divorcio (artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal) Es decir, a partir de la actualización de las hipótesis prevista en las causales de divorcio necesario, el cónyuge agraviado tenía un plazo para acudir ante al juez competente y plantear su demanda. Si no lo hacía dentro de ese tiempo, invariablemente sobrevenía la caducidad, cuyo efecto era la muerte de la acción por el simple transcurso del tiempo, y por ende era jurídicamente imposible intentar deducir la acción ante el órgano jurisdiccional después de que se había rebasado el tiempo previsto en la ley para que operara la caducidad.

Supeditar el ejercicio de la acción de divorcio a la fatalidad inexorable de la

caducidad, es totalmente racional. Por el contrario, la sola idea de verter los reclamos de toda una vida en los lindes de un escrito inicial de demanda es absurda. A decir verdad, décadas de pugnas tenaces entre dos consortes no cabrían en unas cuantas hojas. Si bien, hay otros límites más contundentes que el número de hojas. Límites más de orden práctico y de sentido común, pues la ley adjetiva no prevé un número máximo de hojas para plantear una demanda.

La parcialidad en el discurso del actor aunada a la imposibilidad de ofrecer medios de convicción traspapelados para siempre en el curso de los años. Heridas que sanan, que se regeneran, palabras crudas que dejan secuelas y que sin embargo las circunstancias en que fueron manifestadas se diluyen. Se olvida la hora, el día y hasta el lugar, pero se recuerdan y tal vez lastiman a pesar de los años. Los recuerdos afloran en el presente de quien los evoca, siempre son actuales. Recrean sucesos pasados pero desembocan en nuevos pesares. Es este círculo vicioso el que escapa a la lógica plausible de la caducidad. La norma decía que la causal de divorcio necesario ha muerto por el simple transcurso del tiempo. Los cónyuges que debaten en un juicio de divorcio necesario saben que este límite es artificial y las heridas tal vez aún resuenan en la mente no obstante que hay un impedimento legal para hacerlas valer.

El sabor aglomerado de su vida marital no cesa, y esa en ocasiones es la única certeza que queda en los cónyuges que se divorcian. Las circunstancias de tiempo modo y lugar, indispensables para que el juzgador valore y declare procedente el divorcio, se olvidan, o bien, suceden dentro de la comprensible intimidad de la vida conyugal, sin testigos presenciales, sin rastros tangibles. No son susceptibles de ser valorados porque yacen en el hermético sigilo de la conciencia, pero igual estragan los fundamentos de la institución marital.

Hay quien duda sobre lo ocurrido. La expectativa que se tiene del cónyuge a veces hace titubear al protagonista del agravio. La expectativa rota es difícil de digerir. Para algunos un agravio es suficiente para acudir ante el juez competente y pedir el divorcio. Para otros es insuficiente cualquier afrenta y paradójicamente es el propio perpetrador quien decide irse.

Nunca faltan entre otras, las historias que suenan superficiales. Por más que se escudriña en el curso del matrimonio, no hay nada que satisfaga el contenido semántico de alguna de las causales que limitativamente habían sido previstas por los legisladores. No existe evento fáctico que se apegara al menos a una de las causales que se establecían en la ley sustantiva civil, pero sí la decisión irremediable de uno de los cónyuges de disolver el matrimonio, que sin embargo tiene ante sí la resistencia sorda del otro cónyuge. Esto ha ocasionado que frecuentemente en el ámbito de la tramitación judicial del divorcio se “construya” la causal, apostando a la “pericia” de un abogado. Se plasman deliberadamente en la demanda de divorcio necesario hechos falsos; diseñados para que concuerden perfectamente con la ley, previendo desde luego la congruencia, la plenitud entre la “realidad” y la hipótesis normativa, y considerando su aptitud para ser demostrada con medios de convicción idóneos y pertinentes que acrediten que la hipótesis se actualizó.

Los límites, los vacíos legales, la capacidad económica de los litigantes para financiar pruebas onerosas y la pericia de los abogados entre otras, son circunstancias que suelen orientar las trayectorias de un proceso judicial.

Cuando la convivencia es insoportable, también suele venir el abandono, la separación definitiva, sin divorcio de por medio. En tales casos el vínculo marital subsiste, prácticamente con todas sus consecuencias de derecho, y genera una situación irregular e incómoda para los consortes. Otros matrimonios podrían contar incidentes funestos. Al remontarse al hecho aflora el pavor en el rostro, el rencor, el desencanto. Más elocuente tal vez que las palabras del cónyuge agraviado y más de lo que puede plasmarse en el escrito de demanda.

El lenguaje corporal, los gestos habituales, la actitud impredecible de malestar, desazón, furia contenida, o los conflictos de cultura o idiosincrasia son en ocasiones difíciles de ajustar a las diversas hipótesis de divorcio necesario previstas en la ley, pero constituyen verdaderos muros que obstruyen la convivencia y conllevan a la separación definitiva de los consortes. Las causas y motivaciones de un cónyuge para solicitar la disolución del matrimonio son muchas más de las que objetivamente pueden preverse en un ordenamiento

legal. Más de lo que el prudente límite de la caducidad permite y sin duda, trascienden el plano de objetividad al que sabemos, debe ceñirse el legislador.

En la sociedad contemporánea se ha mantenido la noción del matrimonio monogámico. Así pues la institución del matrimonio cobra una fuerza inusitada, pues se torna sumamente útil para el sistema o modo de producción. Además la forma concreta de organización familiar surgida del matrimonio monogámico reproductor, permite perpetuar con exactitud los parámetros de dominación y regeneración del sistema.

El matrimonio monogámico como punto de partida de la familia moderna, que a su vez es la unidad social básica y que ha sido moldeado de acuerdo con el cúmulo de intereses creados, posee una importancia desmesurada para la preservación del status quo. Como factor de control social, familia y matrimonio son prácticamente inevitables. De ahí que el sistema legal observe una tendencia recurrente a protegerlos.

Esta protección del matrimonio auspiciada a través del sistema legal, resulta artificiosa en grado superlativo. Como ente simbólico, el ser humano tiene sentimientos y afectos además de ideas y pensamientos. Son inherentes a él. Esta parte racional y digamos, poética o sentimental, le dan dirección a sus decisiones. Al margen de las normas impuestas por el sistema legal, el ser humano, el individuo, posee atributos inherentes que lo llevan por rumbos que no siempre comulgan con las premisas rígidas y calculadas del poder y de los intereses creados.

Tocante al matrimonio la parte menos susceptible del control del Estado y de quien detenta el poder, es ese costado afectivo del ser humano. Impredecible, difícil de calcular, de contener. Así como el arte permite romper los horizontes de la ciencia ortodoxa, lo afectivo trasciende los límites formales e institucionales.

El matrimonio es una institución importante en el sistema social. Es considerado dentro del sistema social que incluye lo moral y lo legal; como el mecanismo idóneo para fundar a la familia, que a su vez es la unidad básica de la sociedad. Sin embargo el matrimonio y la familia como punto de partida de la organización

social han venido mutando aceleradamente.

El cambio observado en el ámbito de la temporalidad de la unión monogámica es un referente esencial para proponer un cambio de paradigma en la forma habitual de disolverlo. Es decir, la premisa de “unidos hasta que la muerte los separe” ha decaído cabalmente.

El desplazamiento de la visión religiosa del mundo por las ideologías laicas, la invención de los anticonceptivos, la tecnología, la libertad sexual y la incorporación de la mujer al ámbito laboral y económico, han influido radicalmente en una nueva visión de la institución marital.

En razón de lo anterior si las parejas ya no quieren estar dentro de una relación en la que ocurren situaciones que solo ellos conocen, no hay razón válida que los obligue a mantenerse unidos, por lo que es viable que cualquiera de ellos estén en posibilidad de reclamar el divorcio si es su voluntad por el simple hecho de no querer continuar con el matrimonio, sin tener que ventilar las causas que los llevan a tomar tal decisión.

El matrimonio es una institución del Derecho Civil que parte de la base de la autonomía de la voluntad de las personas por lo que el Estado no debe empeñarse de mantener, de forma ficticia, un vínculo que en la mayoría de los casos resulta irreconciliable. La voluntad de las partes, al ser considerado como un elemento esencial del contrato de matrimonio, debe ser tomada en cuenta para decidir si este seguirá existiendo o se disolverá. Esta voluntad no debe ser considerada y tomada en cuenta solo al momento de celebrar matrimonio, sino durante su subsistencia y una vez llegado el divorcio.

Es conveniente precisar que solo los cónyuges pueden decidir lo que consideran una causa bastante y suficiente para divorciarse puesto que ellos son los que conocen el ambiente en el que se desenvuelve su matrimonio y una autoridad carece de conocimiento para decidir si es causa bastante al no estar involucrada en la vida cotidiana del matrimonio. Bajo esta óptica el divorcio debería concederse con la simple alegación de NO querer seguir casado porque esto demuestra que ya no existe la voluntad que es uno de los elementos del

matrimonio.

Con lo anterior nos damos cuenta que la existencia de causales son más bien una serie de restricciones que en ocasiones hacen imposible el divorciarse o tardan más tiempo en conseguir el divorcio que el tiempo que estuvieron casados. Esto no resulta una exageración, sino todo lo contrario. Todo esto nos llevaba a una serie de preguntas alrededor del problema que resultaba el divorciarse:

¿Si el matrimonio es un contrato en que interviene la voluntad de las partes para unirse, porque no se establece como causal o requisito para solicitar el divorcio, la falta de esa voluntad por parte de uno solo de los cónyuges de seguir con el matrimonio?

¿Si uno de los Cónyuges no quiere seguir casado porque no pueden invocar este deseo para solicitar el divorcio?

¿Por qué al ya no existir la voluntad por parte de uno de los cónyuges de continuar con el matrimonio no se termina con este contrato por medio de una rescisión?

¿Por qué en el divorcio necesario se piden una serie de causales que a veces no se pueden comprobar? ¿Y si la mujer está encinta, tienen hijos, no tiene más de un año de casados, no encuadra cualquiera de los cónyuges en algunas de las causales del divorcio necesario y solo uno de ellos quiere divorciarse, no va a poder hacerlo?

¿Si se solicita el divorcio necesario por violencia familiar u otra causal requerida y no se puede comprobar, el cónyuge debe aguantarse y seguir casada o casado? ¿No puede solicitarse el divorcio simplemente porque ya no se quiere seguir en matrimonio, sin tener que comprobar malos tratos adulterio o bigamia, etc.?

La creación del divorcio sin expresas alguna causa ha dado la oportunidad a los involucrados de proteger su intimidad, respecto de los actos de conflicto que

hayan padecido y el hecho de exponer ante un tribunal sus motivos o causales de divorcio afectaban su dignidad, imagen y reputación social.

Así pues concluimos que la facilidad de disolver un vínculo jurídico matrimonial a través de un formalismo legal de crear una causal “sin causa”; es decir, sabemos a ciencia cierta que hay una causa, que siempre habrá una causa para solicitar el divorcio, pero las personas tendrán la seguridad de que los acontecimientos nacidos en la intimidad del hogar seguirán resguardándose si no se quiere exponerlos ante un tribunal y ante una sociedad que llegue a emitir críticas erróneas; solo se tendrá que acreditar y reafirmar esa voluntad de divorciarse, sin violentarle la garantía del otro cónyuge de llamarlo.

B) Consideramos también que debe suprimirse el término de un año para poder solicitar el divorcio y en su lugar la inexistencia de ningún término. Esto es, poder disolver el vínculo del matrimonio, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro, solicitándose ya se 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 y en el momento en que lo consideren necesario.

La Justificación que tenemos al respecto de esta punto es el hecho de que el divorcio incausado esta basado en la manifestación de la voluntad, ahora bien, si la voluntad es la facultad de decidir y ordenar la propia conducta, entonces ¿No resulta contradictorio el hecho de tener que sujetar nuestra voluntad al tiempo?.

Si el matrimonio es un contrato en donde interviene la voluntad de las partes para celebrarlo, sin necesidad de que las personas tengan que pasar forzosamente por una relación de noviazgo de meses o años, entonces ¿Cuál es el motivo por el cual los legisladores consideran que una pareja debe cohabitar forzosamente durante un año después de casarse y si dicho matrimonio no es lo que se esperaba, ahora si pueden manifestar su “voluntad” para disolverlo?.

Como mencionamos en líneas anteriores, cuando detrás del cerrojo de la puerta se esconde a veces la violencia, el desapego, el hastío, la costumbre, las faltas de respeto, la indiferencia, el rencor, y tantas veces el abandono y la separación

de facto, no quiere decir que éstas situaciones se van a presentar mucho tiempo después de haberse celebrado un matrimonio sino que pueden presentarse incluso desde el primer mes.

pues una autoridad carece de conocimiento para decidir tanto si es una causa suficiente para solicitar un divorcio al no estar involucrada en la vida cotidiana del matrimonio, y a su vez obligar a los cónyuges a estar sujetos a una relación insostenible durante un año.

Bajo esta óptica el divorcio debería concederse en todas las Entidades Federativas de la República con la simple alegación de NO querer seguir casado porque esto demuestra que ya no existe la voluntad, que es uno de los elementos del matrimonio y en el momento en que se considere preciso pues el tiempo también forma parte de la voluntad de las personas.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El matrimonio es una institución importante en el sistema social. Es considerado dentro del sistema social que incluye lo moral y lo legal; como el mecanismo idóneo para fundar a la familia, que a su vez es la unidad básica de la sociedad. Sin embargo el matrimonio y la familia como punto de partida de la organización social han venido mutando aceleradamente.

SEGUNDA. El Divorcio Incausado es aquél que disuelve el vínculo matrimonial manifestando, uno o ambos cónyuges, su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, y éste se puede requerir a la autoridad judicial siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.

TERCERA. La vía de divorcio necesario era una acción que se tramitaba en la vía ordinaria civil, se trataba de un episodio turbulento en la vida de los litigantes pues era a menudo prolongado, generalmente oneroso e incierto.

CUARTA. Con fecha tres de Octubre del año dos mil ocho, fueron publicadas las reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal, siendo aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Con estas reformas se han derogado las causales de que daban cabida al Divorcio Necesario, surgiendo así una modalidad de divorcio mediante el cual **no** es necesario acreditar el motivo que da lugar a solicitar el mismo, y no se requiere tampoco el consentimiento del otro cónyuge para obtenerlo.

QUINTA. El día 03 de mayo de 2012, se publicó en la Gaceta de Gobierno del Estado de México, la reforma a diversos artículos del Código Civil del Estado de México, así como también reformas al Código de Procedimientos Civiles de dicha entidad, tendientes a incorporar el divorcio incausado en dichos ordenamientos, cabe mencionar que el decreto mediante el cual se publicaron las mencionadas reformas entró en vigor el día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno”, esto es el día 04 de mayo de 2012.

SEXTA. En dicha reforma al Código Civil mencionado, se clasificó al divorcio solamente como voluntario e incausado. En la reforma se señala que el divorcio

incausado tiene lugar cuando cualquiera de los cónyuges lo solicita sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva y que el divorcio voluntario es cuando se solicita de común acuerdo. Se derogan las causales del divorcio necesario, la caducidad de la acción de divorcio, la extinción de la acción de divorcio, la revocación de las donaciones por divorcio, lo referente al plazo para contraer nuevo matrimonio.

SEPTIMA. El divorcio del Estado de Guerrero, se reformo con fecha nueve de marzo del año dos mil doce dichas reformas entraron en vigor el día ocho de mayo del 2012

OCTAVA. En cuanto al divorcio incausado, éste podrá solicitarse unilateralmente por cualquiera de los cónyuges ante el Juez competente, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que sea necesario señalar la causa por la cual lo solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año de la celebración del matrimonio.

NOVENA. Así pues, el divorcio incausado suprime la necesidad de acreditar una causal para solicitar el divorcio y permite la disolución del vínculo matrimonial mediante la solicitud de solo uno de los cónyuges sin que el otro pueda, de alguna forma, oponerse a la disolución.

DECIMA. La Primera Sala determinó la constitucionalidad de los artículos 266 y 267 del Código Civil para el Distrito Federal. El “divorcio sin causales” no atenta contra la sociedad ni la familia; por el contrario, la protege y fortalece al tratar de evitar conflictos en la disolución del vínculo matrimonial, así como enfrentamientos entre personas y familias que alienten entre ellos la posibilidad de odio, violencia, egoísmo y acciones maliciosas.

DECIMO PRIMERA. A saber el divorcio es la disolución formal del matrimonio civil autorizada por un juez competente que hace posible que las parejas que en un momento decidieron unirse para convivir y tener familia, decidan después separarse para así retomar su camino, no obstante de que en el transcurso del tiempo han surgido fuertes críticas y una oposición a esta institución jurídica por parte de personas que creen que el matrimonio es para toda la vida, ésta ha subsistido.

DECIMO SEGUNDA. Sin embargo existe una clara propensión del Estado a dificultar el divorcio. Lo anterior se justifica en virtud de que la familia es considerada parte fundamental de la sociedad y del Estado. Como punto de partida del conglomerado social o como unidad básica de organización social. Además representa la herramienta de control social por excelencia. Evidentemente existe un profundo interés por parte de quien detenta el poder para fomentar la preservación de la familia y no su disolución. Desde esa perspectiva, el divorcio puede ser visto como un problema. Sin embargo es evidente que en la realidad este tipo de consideraciones salen sobrando. Cuando la relación de pareja se agota, llega al hartazgo o bien, culmina por el motivo que sea, los límites puestos por el Estado para obstruir la disolución del matrimonio son meramente formales, y no fomentan la preservación de la familia, simplemente coadyuvan a que la situación social se torne caótica.

DECIMO TERCERA. Cuando la convivencia es insoportable, también suele venir el abandono, la separación definitiva, sin divorcio de por medio. En tales casos el vínculo marital subsiste, prácticamente con todas sus consecuencias de derecho, y genera una situación irregular e incómoda para los consortes. Otros matrimonios podrían contar incidentes funestos. Al remontarse al hecho aflora el pavor en el rostro, el rencor, el desencanto. Más elocuente tal vez que las palabras del cónyuge agraviado y más de lo que puede plasmarse en el escrito de demanda.

DECIMO CUARTA. Por lo que concluimos que la facilidad de disolver un vínculo jurídico matrimonial a través de un formalismo legal de crear una causal “sin causa”; es decir, sabemos a ciencia cierta que hay una causa, que siempre habrá una causa para solicitar el divorcio, pero las personas tendrán la seguridad de que los acontecimientos nacidos en la intimidad del hogar seguirán resguardándose si no se quiere exponerlos ante un tribunal y ante una sociedad que llegue a emitir críticas erróneas; solo se tendrá que acreditar y reafirmar esa voluntad de divorciarse, sin violentarle la garantía del otro cónyuge de llamarlo.

Bajo esta óptica el divorcio debería concederse en todas las Entidades Federativas de la República con la simple alegación de NO querer seguir casado porque esto demuestra que ya no existe la voluntad, que es uno de los

elementos del matrimonio y en el momento en que se considere preciso pues el tiempo también forma parte de la voluntad de las personas.

BIBLIOGRAFIA

- BAQUEIRO ROJAS EDGAR, **Derecho de Familia y Sucesiones**. Oxford, México, 1990.
- BELLUSCIO AUGUSTO C. **Derecho de Familia**, tomo I, Editorial Astrea, B. Aires, 1978.
- BONNECASE JULIEN, **La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al derecho de la Familia**, Editorial Jossé M. Cajica Jr., Puebla, México, 1945.
- CANTÚ CESAR, **Historia Universal**, tomo 8, Gasso Hermanos Editores, Barcelona,
- CASTAN TOBEÑAS JOSE, **Derecho Civil Español Común y Foral, tomo V, Derecho de Familia**, vol. I. Reus, S. A., Madrid, 1976.
- CASTAN TOBEÑAS JOSÉ, **La Crisis del matrimonio (Ideas y Hechos)**. Hijos de Reus, Editores, Madrid 1914.
- CHÁVEZ ASECIO MANUEL F., **La familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares**, Editorial Porrúa, México 1994.
- CHAVEZ ASECIO MANUEL F., **La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales**, Editorial Porrúa, México 2007.
- CLEMENTE PUJOL, **El divorcio en las Iglesias Ortodoxas Orientales. El vínculo Matrimonial**. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973.

- COUTO RICARDO, **Derecho Civil Mexicano, De las Personas**, México, 1919 t. I,.
- DE PINA RAFAEL. **Diccionario de Derecho** Porrúa, México 2003.
- DICCIONARIO KAPELUSZ DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial Kapelusz S. A., Buenos Aires 1979.
- FUEGO LANERI FERNANDO, **Derecho Civil**, t. VI, v. Imp. Y Lito Universo, S. A., Santiago de Chile, 1959.
- FRAY DE MENDIETA JERÓNIMO **Historia Eclesiástica Indiana**, Editorial Salvador Chávez Hayhoe. México.
- GARCÍA CANTERO GABRIEL, **El divorcio en los Estados Modernos**. El Vínculo Matrimonial.
- GUY DUTY, **Divorcio y Nuevo Matrimonio**, Editorial Britania. Puerto Rico, 1957.
- HERVARA JAVIER-LOMBARDIA PEDRO, **Del Derecho del Pueblo de Dios**. Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1973.
- HONORIO Y BELARMINO ALONSO ALIJA, **Nulidad y Disolución del Matrimonio sus Causas Hoy y Otras Nuevas en el Futuro**. Gráfica Usina, Madrid, 1974.
- LOZANO RAMÍREZ RAÚL, **Derecho Civil, Tomo I, Derecho Familiar**, impresos y acabados. Editoriales, México 2012.
- MAGALLON IBARRA JORGE MARIO, **El Matrimonio Sacramento-Contrato-Institución**, Tipográfica Editora Mexicana, S. A., México 1965.

- MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. **Instituciones de derecho civil**, México, Porrúa, 1988, tomo III.
- MOTO SALAZAR EFRAIN. **Elementos de Derecho**, Porrúa, México 2000.
- PALLARES EDUARDO, **El Divorcio en México**. Editorial Porrúa, México 1968.
- PETIT EUGENE, **Tratado Elemental de Derecho Romano**, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México 2002.
- POMAR Y ZURITA, **Relación de Texcoco y la Nueva España**, Editorial Salvador Chávez Hayhoe. México.
- PLANIOL MARCEL, JORGE RIPERT, **Tratado Elemental de Derecho Civil, t. II, relativo al Divorcio, Filiación e Incapacidades, de la traducción** De José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1946.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, **Compendio de Derecho Civil**, Introducción Personas y Familia, Porrúa México 2009.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, **Derecho de Familia tomo II, Derecho de Familia** tomo I, Antigua Librería Robledo México, 1959.
- RUIZ DE SANTIAGO JAIME, **Naturaleza del Vínculo y de los Impedimentos Matrimoniales en la Legislación Eclesiástica Jurídica No. 9**, julio de 1977.
- SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN, **Un Nuevo Matrimonio Civil y El Pacto de Indisolubilidad**, Editorial Porrúa, México, 1976.

- WILL DURANT, *La Vida en Grecia*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1952.

CÓDIGOS

- Código Civil del Estado de Aguascalientes
- Código Civil del Estado de Baja California
- Código Civil del Estado de Baja California Sur
- Código Civil del Estado de Campeche
- Código Civil del Estado de Coahuila
- Código Civil del Estado de Colima
- Código Civil del Estado de Chiapas
- Código Civil del Estado de Chihuahua
- Código Civil para el Distrito Federal
- Código Civil del Estado de Durango
- Código Civil del Estado de México
- Código Civil del Estado de Guanajuato
- Ley de Divorcio del Estado de Guerrero
- Ley para la Familia del Estado de Hidalgo
- Código Civil del Estado de Jalisco
- Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo

- Código Civil del Estado de Morelos
- Código Civil del Estado de Nayarit
- Código Civil del Estado de Nuevo León
- Código Civil del Estado de Oaxaca
- Código Civil del Estado de Puebla
- Código Civil del Estado de Queretaro
- Código Civil del Estado de Quintana Roo
- Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí
- Código Civil del Estado de Sinaloa
- Código Civil del Estado de Sonora
- Código Civil del Estado de Tabasco
- Código Civil del Estado de Tamaulipas
- Código Civil del Estado de Tlaxcala
- Código Civil para el Estado de Veracruz
- Código Civil del Estado de Yucatan
- Código Familiar del Estado de Zacatecas
- Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 3 de Octubre de 2008
- Gaceta del Gobierno del Estado de México, Periódico Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de México de fecha 3 de mayo de 2012.

OTRAS FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- <http://www.clinicapsi.com/violencia%20familiar.html>.
- <http://www.aciprensa.com/vida/probeta.htm>
- http://tesis.repo.sld.cu/124/1/Iliana_Gorguet_PiLIBRO_.pdf
- <http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdfzip/codigos/CF/CFam.pdf>
- <http://www.congresoazac.gob.mx/lviiiilegislatura/III/contenido/Iniciativas/INICIATIVA%20DE%20REFORMAS%20AL%20CODIGO%20FAMILIAR%20Y%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20CIVILES.pdf>
- <http://leyes.michoacan.gob.mx/destino/i64pi.pdf>
- intranet.e-hidalgo.gob.mx/NormatecaE/Archivos/DEC583.pdf
- INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, DEROGAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE DIVORCIO, presentada por los diputados Daniel Ordoñez Hernández, Nazario Roberto Sánchez y Víctor Hugo Círigo Vázquez, en reunión de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, celebrada el 20 de mayo de 2008.

