



358707
7
1
UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

**LA SEPARACIÓN DE CÓNYUGES COMO OPCIÓN FRENTE
AL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

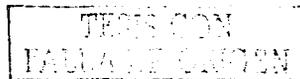
PRESENTA:

ADRIANA LORENA MORALES ESPINO

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. JOSÉ MANUEL TORREBLANCA SENTÍES

MEXICO, D.F. 2003





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS:

A MIS PADRES Javier y Bertha, a quienes dedico principalmente este trabajo, que más que ser una investigación, representa la culminación de un proyecto de vida, que no hubiera podido realizar sin que ellos estuvieran siempre a mi lado. Gracias por todo, pero principalmente por ser los papás que son. Los amo.

A MIS HERMANOS Javier, Cristina y Rebeca, con quienes he compartido toda una vida de experiencias. Soy feliz de tenerlos conmigo, y quiero que sepan que los llevo siempre en mi corazón.

A MI FAMILIA porque siempre está presente, y por el apoyo y el amor que durante mi vida he recibido de su parte. Gracias Chata, Mache, Sarah, Pepe, Asa, Tito y Lucha, los quiero!

A MIS AMIGOS Por estar siempre conmigo y ser parte de lo que soy, por compartir risas, lágrimas, miedos, secretos, buenos y malos momentos, y sobre todo por enseñarme que el valor de la amistad no radica en el tiempo de convivencia, sino en la calidad y el amor. Gracias por su cariño incondicional. Y gracias en especial a Mine y a Gaby. Ustedes mejor que nadie saben lo que representan para mí.

AL BUFETE JURÍDICO GRATUITO SOCIAL, A.C. y en especial a Pituka, Pimpina, Lic. Torreblanca, Lic. Paty Barrera y Cinthya, a quienes le debo mi formación profesional, y por hacerme recordar día a día que el esfuerzo en el trabajo que uno realiza, puede marcar la diferencia en la vida de alguien.

Finalmente, quiero agradecer a todos aquellos que me apoyaron para llegar a este momento, y dedicar este trabajo muy especialmente a los que ya no están con nosotros, pero que no por ello se olvidan, pues siempre seguirán presentes en mi vida.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LA SEPARACIÓN DE CÓNYUGES COMO OPCIÓN FRENTE AL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

INTRODUCCIÓN..... 1

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES LEGALES SOBRE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

1.1. INTRODUCCIÓN..... 5

1.2. CÓDIGO CIVIL DE 1870..... 6

1.3. CÓDIGO CIVIL DE 1884..... 10

1.4. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917..... 13

1.5. CÓDIGO CIVIL DE 1928..... 22

 1.5.1. REFORMA DE 1971..... 26

 1.5.2. REFORMA PROCESAL DE 1973..... 27

 1.5.3. REFORMA DE 1974..... 30

 1.5.4. REFORMA DE 1983..... 33

 1.5.5. REFORMA DE 1996..... 37

 1.5.6. REFORMA DE 2000..... 43

CAPÍTULO II

LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES.

2.1. EN AMÉRICA..... 48

 2.1.1. EN ARGENTINA..... 49

 2.1.2. EN BRASIL..... 52

 2.1.3. EN COLOMBIA..... 54

 2.1.4. EN COSTA RICA..... 55

 2.1.5. EN CHILE..... 57

 2.1.6. EN GUATEMALA..... 59

 2.1.7. EN HAITÍ..... 59

 2.1.8. EN HONDURAS..... 60

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

4

2.1.9. EN NICARAGUA.....	61
2.1.10. EN PANAMÁ.....	62
2.1.11. EN PARAGUAY.....	62
2.1.12. EN PERÚ.....	64
2.1.13. EN URUGUAY.....	66
2.1.14. EN VENEZUELA.....	68
2.2. EN ESPAÑA.....	70
2.3. DERECHO CANÓNICO.....	77

CAPITULO III

MARCO LEGISLATIVO ACTUAL SOBRE LA SEPARACIÓN DE PERSONAS EN MÉXICO.

3.1. CONCEPTO DE SEPARACIÓN DE PERSONAS.....	80
3.2. SUPUESTOS DE LA SEPARACIÓN DE CÓNYUGES EN LA LEGISLACIÓN CIVIL MEXICANA.....	82
3.2.1. COMO ACTO PREJUDICIAL.....	82
3.2.2. COMO MEDIDA PROVISIONAL DURANTE EL JUICIO PRINCIPAL.....	89
3.2.3. COMO DIVORCIO NO VINCULAR.....	91
3.2.4. SEPARACIÓN DE MENORES.....	94
3.3. JURISPRUDENCIA.....	96
3.4. FACULTADES ESPECIALES DE LOS JUECES EN MATERIA FAMILIAR.....	100
3.4.1. FACULTAD DEL JUEZ PARA ACTUAR DE OFICIO.....	102
3.4.2. PRINCIPIO DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA.....	110
3.4.3. LA APLICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL Y EN LAS CONTROVERSIAS DE ORDEN FAMILIAR.....	116

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE REFORMAS EN MATERIA DE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES.

4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	123
---------------------------------	-----



4.2. CAUSALES O SUPUESTOS DE LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES..... 131

4.3. PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES..... 141

 4.3.1. SEPARACIÓN VOLUNTARIA..... 141

 4.3.1.1. TRAMITE EN JURISDICCION VOLUNTARIA..... 142

 4.3.1.2. CONVENIO DE SEPARACION..... 146

 4.3.2. EN CONTROVERSIDA DE ORDEN FAMILIAR..... 150

 4.3.2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES..... 152

 4.3.2.2. FASE POSTULATORIA..... 155

 4.3.2.3. MEDIDAS PROVISIONALES..... 159

 4.3.2.4. FASE PROBATORIA..... 161

 4.3.2.5. FASE CONCLUSIVA..... 166

4.4. EFECTOS DE LA SEPARACION DE LOS CONYUGES..... 167

 4.4.1. EN CUANTO A LAS PERSONAS..... 167

 4.4.1.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONYUGES.. 167

 4.4.1.2. GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES..... 176

 4.4.1.3. ALIMENTOS..... 177

 4.4.2. EN CUANTO AL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO 178

 4.4.2.1. SOCIEDAD CONYUGAL..... 178

 4.4.2.2. SEPARACION DE BIENES..... 181

 4.4.2.3. OTROS EFECTOS..... 181

 4.4.2.3.1. PATERNIDAD Y FILIACION..... 181

 4.4.2.3.2. INTERRUPCION DEL PLAZO DE UN AÑO A QUE SE REFIERE LA CAUSAL IX DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL..... 184

4.5. CAUSAS DE TERMINACION..... 186

4.6. EL PAPEL DEL ABOGADO ANTE LOS CONFLICTOS DE SEPARACION DE CONYUGES..... 191

CONCLUSIONES..... 192

BIBLIOGRAFIA..... 199

TESIS CON
FALLA CONVEN

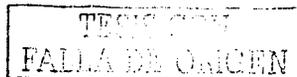
INTRODUCCIÓN

La institución del matrimonio actualmente está atravesando por una crisis, misma que se ve reflejada en gran medida en la cantidad de juicios de divorcio que se tramitan ante los tribunales judiciales o administrativos en México.

Sin embargo, considero que el alto índice de éste tipo de juicios obedece en gran medida a una escasez de información y de instrumentos al alcance de los cónyuges que se encuentran atravesando por una serie de situaciones que causan inestabilidad en su matrimonio.

A pesar de las complicaciones psicológicas y económicas que un procedimiento judicial conlleva, el divorcio sigue siendo el modo más común para finalizar una situación marital que se ha visto complicada por una infinidad de factores, tales como desarrollo económico, valores culturales, alteración de instituciones sociales, por mencionar algunos.

La ruptura del vínculo matrimonial implica un fracaso de los consortes. ¿Por qué la gente se divorcia? ¿Por qué cada día se incrementa el número de divorcios? La respuesta a estas interrogantes las encontramos en la crisis de valores que se vive actualmente. Lamentablemente nos enfrentamos con una sociedad en donde lo más importante es buscar el bienestar individual antes que el de pareja, en donde los cónyuges actúan con una mentalidad egoísta, en donde no hay compromiso, por lo que el camino más sencillo ante las dificultades



cotidianas es el escape y la salida fácil a través de la disolución del vínculo que los une, y lo más grave de todo, es que la legislación vigente parece invitar a los matrimonios en conflicto a acudir directa e inmediatamente al divorcio, pues no hay otra opción.

Es muy común la gente que se casa hoy en día sin pensar ni reflexionar en la gran responsabilidad que implica el matrimonio; sin reflexionar en los deberes y obligaciones que asumirán y la gran responsabilidad que adquieren.

Si en el matrimonio no se procura madurar el amor y afecto conyugal lo suficiente para aceptarse mutuamente —con las cualidades y defectos de cada uno de los esposos— y así superar las dificultades y diferencias que puedan surgir en la vida marital, será inevitable el fracaso de éste. En otras ocasiones, la pareja contrae matrimonio con mentalidad divorcista, destinando al fracaso su unión pues han establecido de antemano un pacto tácito que de cierto modo los legitima para separarse y acudir al divorcio ante la primera dificultad que pueda surgir.

En muchos casos se presentan situaciones (que encuadran en causales de divorcio) que hacen imposible la vida en común o en las cuales alguno de los cónyuges —o los hijos procreados en el matrimonio—, son víctimas inocentes.

Es por ello que lo ideal sería prevenir el divorcio a través de dos caminos:

En primer lugar, el preventivo, que consistiría en una adecuada preparación de quienes pretenden contraer matrimonio, a fin de que lleguen al mismo con la

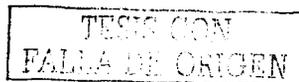
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

certeza de que éste implica un compromiso de vida; que la familia requiere de estabilidad y permanencia, en beneficio de ambos consortes y de los hijos que en su caso procreen. Recordarles a los contrayentes que en el matrimonio podemos encontrar un medio adecuado para mejorar cada día.

En segundo lugar, el remedio, que consistiría en permitir a los cónyuges optar por solucionar sus problemas acudiendo a la vía jurisdiccional de ser necesario, pero no para disolver el vínculo, sino para procurar el interés superior de la familia, dando un espacio para que los cónyuges reconstruyan su unión apoyados por una institución jurídica creada para tal efecto, que se encargará de verificar, en este proceso de reconstrucción, que no se causen más daños a los interesados mediante la protección adecuada de los derechos y obligaciones adquiridos en virtud del matrimonio.

La elaboración del presente estudio tiene ése propósito, establecer una opción a efecto de que el divorcio no sea considerado el único remedio para poner fin a la problemática matrimonial analizando el supuesto de la separación de cónyuges, que lamentablemente es poco explorada en nuestro derecho, siendo que en las legislaciones de otros países es una institución fundamental del Derecho de Familia.

Es así como analizaremos primero cómo se regula en la legislación mexicana, donde es considerada únicamente como acto prejudicial y como medida provisional durante el juicio, y concluiremos señalando una propuesta



relativa a la implantación de dicha figura basándonos en las figuras ya existentes en nuestro derecho sustantivo y adjetivo.

Considero que en la medida que más voces se unan a la solución de esta problemática, lograremos que la institución de la Familia rescate los valores fundamentales de la persona y con ello, preservar la unión familiar y el matrimonio como estructura básica de una sociedad justa y equitativa, en la que prevalezca el Estado de Derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES LEGALES SOBRE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

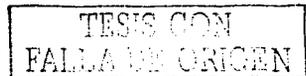
1.1. INTRODUCCIÓN

Durante los tres siglos de la colonia en la Nueva España y las primeras décadas en el México independiente, fue el matrimonio un acto exclusivamente religioso, así reconocido expresamente por las autoridades civiles, las cuales sólo intervenían para derivar de él los efectos de carácter patrimonial entre los consortes y entre los padres y los hijos.¹

Antes que jurídico, la familia es un organismo ético, hasta el punto de que el Derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Así se explica que haya en el Derecho de Familia numerosos preceptos sin sanción o con sanción atenuada y aún obligaciones incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coacción la observancia de diversos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre a otras fuerzas que actúan en el ambiente social.²

¹ Sánchez Medel, Ramón. *Matrimonio y Divorcio*. Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. Año 20, no. 20. México, 1996. Pag. 764.

² Idem. Pag. 763.



El dominante contenido ético del derecho de familia se pone también de relieve porque no obstante la regulación jurídica de las relaciones de familia, los comportamientos reales de sus integrantes se producen generalmente al margen del Derecho, y por otro tipo de impulsos y de motivaciones, se ha podido decir que éste solamente entra a funcionar en las relaciones de familia, cuando existen graves crisis en la convivencia espontánea o cuando ésta se ha hecho imposible.

Por otro lado, el proceso de "desacralización" o de "secularización" de la familia se inició con la Ley sobre el Matrimonio Civil, del 23 de julio de 1859, que abrió la puerta a una lenta erosión y deterioro de la familia y del matrimonio.³

Mediante esta ley, se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio para la inmensa mayoría de la población de nuestro país para hacer de él en adelante sólo un contrato civil, al cual definió años después el primer Código Civil que estudiaremos a continuación.

1.2. CÓDIGO CIVIL DE 1870

Como primer antecedente encontramos que el Doctor Justo Sierra fue encargado por el gobierno de Juárez de la preparación de un Proyecto de Código

³ Ibidem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Civil, que fue el antecedente del que se definió en 1870, con la influencia directa del proyecto español de García Goyena.⁴

Este código tiene su origen en los trabajos realizados por la comisión que bajo la presidencia del Ministro de Justicia, Don Jesús Terán, se constituyó en el año de 1862, para revisar el proyecto de Justo Sierra, y formular otro que correspondiera a las necesidades y circunstancias de la época.⁵

El proyecto del Código Civil, aprobado por el Congreso el 20 de diciembre de 1870, fue el primero que rigió en México independiente a partir del primero de marzo de 1871, y por tanto sustituyó a la antigua legislación española, la que reconocía a la institución del matrimonio como único e indisoluble, admitiendo la separación de los cónyuges por causas establecidas en la misma legislación, sin que ella rompiera el vínculo matrimonial, y por tanto ninguno de los cónyuges podía contraer nuevo matrimonio.

En efecto, el artículo 159 contenido en el Libro I, Título V, Capítulo I establecía lo siguiente:⁶

Art. 159. *El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.*

⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Ed. Porrúa, México, 1998. Pag. 72.

⁵ De Pina, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Vol. I. Ed. Porrúa, 20ª ed. México, 1998. Pag. 82.

⁶ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de La Baja California. 1873. México, 1887.



Esta estructura del matrimonio civil fue elevada después al rango de precepto constitucional, cuando el 14 de diciembre de 1874, en la fracción IX del artículo 23 de las Adiciones a la Constitución Federal, se hizo la expresa declaración de que el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero que las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que se determinarán por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona.⁷

Esta suspensión temporal o indefinida de alguna de las obligaciones civiles que nacen del matrimonio, dejaba subsistente el vínculo creado por éste; es decir, que ésta separación de cuerpos sólo eximía a los cónyuges de llevar vida en común.

En efecto, el artículo 239 establecía:

Art. 239. El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones que se expresarán en los artículos relativos de éste Código.

El divorcio solo se concedía por las siguientes causas:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. 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

⁷ Sánchez Medal, Ramón. Op. cit. Pag. 765.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

3. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge a 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 la convivencia en su corrupción.
5. El abandono sin justa causa del domicilio, prolongado por más de dos años.
6. La sevicia del marido con su mujer, o de ésta con aquel.
7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Este ordenamiento altamente protector del matrimonio y de la familia, impuso grandes trabas para la obtención de la separación de manera voluntaria, tales como la condición del transcurso de dos años de matrimonio para gestionarlo, siendo prohibido éste cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de constituido, o la mujer tuviera más de 45 años de edad.

La demencia y enfermedad declarada contagiosa no autoriza el divorcio; pero el juez podía, a solicitud de parte, suspender la obligación de los cónyuges de cohabitar, quedando subsistentes las demás obligaciones.

Como una prueba más del interés del legislador de 1870 en evitar la desunión matrimonial, se reconocía que la reconciliación entre los cónyuges dejaba sin efecto ulterior la ejecutoria que había declarado el divorcio y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

obviamente, la simple cohabitación de los cónyuges, que presupone su reconciliación, ponía término al juicio si aún se encontraba en etapa de instrucción.

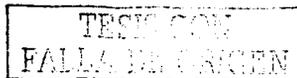
En cuestiones de procedimiento, ya se contemplaba que la demanda ingresada para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, anexara el convenio para la protección de los intereses de los hijos y "de un tercero" que pudiese ser perjudicado con el citado convenio. Éste tenía que pasar a revisión del juzgador, para que decidiera de acuerdo a su arbitrio, le cual lo resolvía en dos vías: la aceptación o pedía la modificación.

La separación sólo era válida hasta por tres años en la primera solicitud de divorcio, si se otorgaba, y era prorrogable mediante juicio. En caso de que los cónyuges insistieran en el divorcio, se les podría conceder hasta dos prórrogas más, duplicándoles el primer plazo concedido por el juez. Al finalizar dichos plazos, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentando en la última audiencia su reconciliación antes de pronunciar la sentencia definitiva de separación.

1.3. CÓDIGO CIVIL DE 1884

La revisión del Código Civil de 1870 se hizo pronto necesaria. En su virtud, por decreto del 14 de diciembre de 1883 se autorizó al Ejecutivo de la Unión para promover la oportuna reforma, que se llevó a efecto con laudable rapidez.⁸

⁸ De Pina, Rafael. Op. cit. Pag. 82.



Es así como, trece años después de haber iniciado su vigencia el primer código de la materia, vio la luz un nuevo Código Civil que se promulgó por el presidente Manuel González e inició su vigencia el 1 de junio de 1884.⁹

Es así como el Código de 1884, que cambia poco con relación al de 1870 en lo que se refiere a la materia familiar, deja intacto lo que se consagraba en dicho código como matrimonio y divorcio, efectos y formalidades, estableciendo nuevas causales y reduciendo los trámites para su obtención.

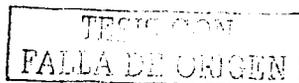
Apunta Ricardo Couto¹⁰: "El legislador de 1884, fiel a la tradición jurídica, respetuoso de los sentimientos del pueblo, y que con razón o sin ella repugnaba la institución del divorcio, temeroso además de las consecuencias que su implantación podría producir, desechó la disolubilidad del matrimonio, admitiendo solamente como su precedente el derogado Código Civil de 1870, como remedio a los males que pudieran afligir a los esposos, el paliativo de la separación de cuerpos, que impropia y llamé Divorcio."

En este sentido, el artículo 227 de éste ordenamiento, añade las siguientes causales de divorcio:

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

⁹ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Op. cit. Pag. 72.

¹⁰ Couto, Ricardo. *Derecho Civil Mexicano*. Ed. La Vasconia, Tomo I, México, 1919. Pag. 328.



2. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aún cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio.

Como podemos observar, este Código reduce el plazo del abandono de dos a un año.

3. La negativa de uno de los cónyuges a suministrar al otro alimentos conforme a la ley.
4. Los vicios incorregibles del juego o embriaguez.
5. Una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de la cual no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

En el Código anterior, no era en sentido estricto una causal de divorcio, pero sí daba lugar a solicitar al juez una separación de cuerpos.

6. La infracción de las capitulaciones matrimoniales.
7. El mutuo consentimiento.

En cuestiones procedimentales, el Código señala un plazo de dos años como mínimo del matrimonio para poder solicitar el divorcio voluntario, al igual que su antecesor, y prevé una junta en la cual el juez trataba de que las partes arreglaran sus diferencias, y si no lo lograban, aprobaba en forma provisional, y con audiencia del Ministerio Público, el convenio presentado por las partes. A partir de la celebración de la Junta, el juez citaba nuevamente a las partes a tener una conciliación entre ellos, y hasta entonces, se decretaba la separación, para lo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cual mandaba reducir a escritura pública el convenio que tenían obligación de presentar los divorciantes con su solicitud.

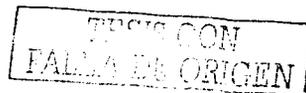
Por último, podemos observar que en este Código ya se gestaban los antecedentes del actual artículo 277, al disponer en su artículo 238 lo siguiente:

Art. 238. La demencia, la enfermedad contagiosa, o cualquier otra calamidad semejante de uno de los cónyuges, no autoriza el divorcio, salvo el caso de la fracción XI del artículo 227; pero el juez, con conocimiento de causa, y sólo a instancia de uno de los consortes, puede suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge desgraciado.

Esta disposición hace referencia a la suspensión de la cohabitación de los cónyuges, por causas de salud, y nos llama la atención en el sentido de que no autoriza el divorcio, a pesar de que en esta época no existía el divorcio vincular.

1.4. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Esta ley surge a raíz de un movimiento revolucionario, el cual comienza a gestarse tres años antes del inicio de su vigencia, y es consecuencia insoslayable de la promulgación de la Constitución de Querétaro.



Cuando era todavía solo el jefe de uno de los diversos bandos en plena guerra civil, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz dos intempestivos Decretos: el del 29 de diciembre de 1914, por medio del cual modifica la Ley Orgánica de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución, que reconocía la indisolubilidad del divorcio, y el del 29 de enero de 1915, por el que reforma a distancia, también desde Veracruz, el Código Civil del Distrito Federal, para establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima.¹¹

El Decreto sobre divorcio, del 29 de enero de 1915, asienta como piedra fundamental lo siguiente: "El divorcio se justifica, cuando se hace irreparable la desavenencia conyugal (Considerando II). Cuando existe un seguro indicante de que la vida conyugal se hace imposible (Considerando III). Hay necesidad de no dar a los intereses meramente pecuniarios un valor exagerado, como causa de divorcio, hasta sobreponerlos a los intereses morales y sociales de los consortes. Estos intereses morales y sociales deben ser, por lo menores, las positivas causas para el divorcio (Considerando III).¹²

¹¹ Sánchez Medal, Ramón. Op. cit. Pag. 765.

¹² Matus, V. E. *El Divorcio y la Nueva Ley Sobre Relaciones Familiares*. El Foro. Revista de Derecho y Legislación. Tomo II, Número 25. México, 1 de julio de 1919. Pag. 8.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es así como podemos observar que el divorcio vincular fue introducido en la legislación mexicana, gracias a la sorpresiva precipitación de Venustiano Carranza, pues ninguno de estos decretos tenía relación alguna con el programa de reformas políticas y económicas que anunciaba el primitivo Plan de Guadalupe, en donde originalmente se proponía la revisión de las leyes relativas al matrimonio. En opinión de autores como Sánchez Medal, la expedición de los Decretos obedece a "que Carranza quería satisfacer el interés muy personal de dos de sus Ministros, el ingeniero Félix M. Palavicini, y el licenciado Luis Cabrera, que planeaban ya desde entonces sus respectivos divorcios".¹³

Apunta el Lic. V.E.Matus en el artículo de la Revista El Foro, del 1º. de julio de 1919¹⁴:

"Respecto de la Ley de Relaciones Familiares, pueden hacerse estas dos observaciones:

- a) Puede adolecer de vicios de origen, por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida.
- b) Suponiéndola carente de vicio de origen, debiera aplicarse sin lesionar el principio de "efecto retroactivo". Pero como es trascendental, el Congreso debiera reconsiderarla, tanto para darle vida legal dentro de las instituciones actuales, como para depurarla bien. Lo natural entonces era aplicarla para casos que le fueran coetáneos, y no para casos anteriores que ya estaban *sub-judice* antes de su expedición, como suele hacerse."

¹³ Sánchez Medal, Ramón. Op. cit. Pag. 764.

¹⁴ Matus, V. E. Op. cit. Pag. 8.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al innovar en lo que se refiere al divorcio, se observa la intención de tal reforma en la exposición de motivos: "El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas; da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales: asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza fueron al matrimonio, a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida."¹⁵

El texto del considerando único, invocaba las ideas modernas sobre la igualdad de los miembros de la familia, así como de la antigua potestad del "*pater familias*" y de las consecuencias de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, suprimiendo además los calificativos odiosos que eran infamantes para los hijos cuyos padres no habían celebrado el contrato matrimonial.¹⁶

En opinión de Sánchez Meda¹⁷, "permitir a los esposos desunidos un nuevo matrimonio para que no cometan adulterio y para que los hijos puedan educarse en otro hogar legítimo, equivale a sostener que cuando los hombres hacen algo inmoral, hay que declararlo moral y así no habrá ya desorden. De

¹⁵ El Constitucionalista, periódico oficial de la Federación. Veracruz, Ver. 2 de enero de 1915.

¹⁶ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Op. cit. Pags.183-193.

¹⁷ Sánchez Meda, Ramón. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia*. Ed. Porrúa. México, 1991.

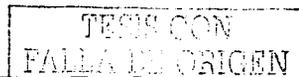
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

seguirse esta argumentación, habría que aceptar también que como hay algunos casados que tienen una amiga, y algunas mujeres casadas que tienen un amante, debe autorizarse la bigamia, e igualmente si algunos hombres, por diversos motivos prefieren el concubinato al matrimonio, hay que legalizar también por una "razón práctica" el concubinato.

Otro de nuestros tratadistas que dedicaron comentarios a la Ley sobre Relaciones Familiares con ocasión de haberse expedido, fue don Ricardo Couto,¹⁸ quien la elogió por haber acogido el divorcio vincular, e invocó para ello sustancialmente que el divorcio era el único remedio radical para el matrimonio desavenido; que la sociedad no tenía derecho a imponer el celibato perpetuo a los consortes que habían contraído por error o por vana ilusión un matrimonio infeliz; que los hijos sufrían menos si se les brindaba la posibilidad de integrarse en una nueva familia legítima de cualquiera de sus progenitores una vez divorciados; que la mera separación de cuerpos sólo propiciaba para cada cónyuge relaciones de amasiato con una tercera persona y que era infundada la objeción de que el divorcio se prestaba a abusos, ya que toda institución por santa que sea da lugar a abusos, y en el caso del divorcio lo que hacía falta era encerrarle "en sus justos límites" y educar convenientemente a la mujer y pronto se sentirían los efectos benéficos de la familia y de la sociedad.

No obstante todos estos razonamientos, el propio autor acabó al finalizar por expresar que dudaba "si la nueva concepción del matrimonio produciría en

¹⁸ Cfr. Couto, Ricardo. Op. cit. Pag. 301 a 308.



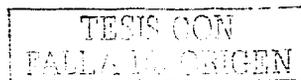
nuestro medio los benéficos resultados que de ella se esperan o si, por el contrario, será un elemento más de corrupción de nuestra sociedad" y reconoció también con franqueza que "el divorcio es el medio de realizar el egoísmo de los esposos."

Apunta Eduardo Pallares:¹⁹ "La nueva Ley sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria, y destructora del núcleo familiar. Sacude al edificio social en sus cimientos, y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una nueva era. Es, al mismo tiempo, obra de sinceridad y de valor. Sus autores no temieron desafiar la opinión pública, ni atraer sobre sí la ira y las censuras de los sentimientos arraigados que palpita en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y a desarrollaron con lógica implacable."

"Sólo son comparables a esta ley, por su importancia política y social, los artículos 3º, 123 y 130 de la flamante Constitución, pero mientras estas normas han provocado intensas discusiones, comentarios periodísticos y conferencias y críticas de todo género, la ley sobre relaciones familiares ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente, algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica. La verdad es que lleva un virus destructor de primer orden."

El mismo jurista criticó la confirmación del divorcio vincular en dicha ley, aduciendo que el divorcio no era patrimonio de las sociedades más morales, ni el mejor sistema de la cultura y honradez del hogar, sino que sólo se

¹⁹ Pallares, Eduardo. *El Divorcio en México*. Ed. Porrúa. 6ª. Ed. México, 1998. Pág. 35.



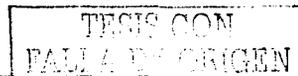
desarrollaba en los pueblos corrompidos y en las sociedades en plena decadencia moral, de tal suerte que en México, tal institución era innecesaria en virtud de que la honestidad, el respeto de la mujer y el mutuo afecto eran vínculos bastante enérgicos para mantener la unión familiar en el mayor número de matrimonios, puesto que los matrimonios desgraciados eran en nuestro país verdaderos caos patológicos y de excepción que no debían normar la conducta del legislador, para erigir las excepciones a la regla general y legislar a favor de aquellas excepciones y no de los casos generales, e invocó también que el divorcio era correlativo a un mayor número de adulterios, de abandono de hijos, de taras morales, de locos y de suicidas.²⁰

A través de esta ley, expedida el 9 de abril de 1917, el concepto del matrimonio de las mencionadas leyes del siglo XIX fue cambiado por esta nueva fórmula en su artículo 13, que a la letra dice:

Art. 13. El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

En consecuencia, tenemos el artículo 75 de la Ley, que establece lo siguiente:

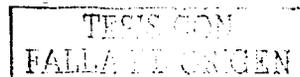
²⁰ Cfr. Pallares, Eduardo. *Ley sobre Relaciones Familiares, comentada y concordada con el Código Civil Vigente, y leyes extranjeras*. Librería Bouret, 2ª ed. París-México, 1923. Pags. 9, 10, 18 a 20.



Art. 75. El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Así, el artículo 76 dejó establecidas como causales de divorcio vincular las siguientes:

- I. El adulterio de uno de los cónyuges.
- II. El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- III. La perversión moral de uno de los cónyuges; así como la prostitución de los hijos de los cónyuges.
- IV. Que uno de los cónyuges sea incapaz para llenar los fines del matrimonio, sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquier otra enfermedad crónica incurable, que sea además contagiosa o hereditaria.
- V. El abandono del domicilio por causa injustificada por más de 6 meses consecutivos.
- VI. La ausencia del marido por más de un año, incumpliendo sus obligaciones.
- VII. Sevicia, amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge a otro, siempre que éstos y aquellas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común.
- VIII. Acusación calumniosa por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión

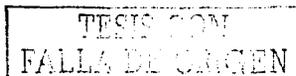


- IX. Haber cometido uno de los cónyuges delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro por más de dos años.
- X. Hábito incorregible de la embriaguez.
- XI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena no menor de un año de prisión.
- XII. El mutuo consentimiento.

El divorcio por separación de cuerpos quedó entonces relegado a segundo término, como excepción relativa a la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, es decir, las enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, que dejaban a la voluntad del cónyuge sano pedir la separación de cuerpos o el divorcio vincular, según el artículo 87.

Los argumentos en que se apoyó la Ley citada los encontramos en la circular del 2 de noviembre de 1916, expedida por la Secretaría de Justicia:

"Las disposiciones sobre el estado civil de las personas son de mayor importancia de toda la legislación, porque determinan las fuentes y origen de los derechos y de las obligaciones de los individuos, y éstos derecho y obligaciones constituyen la base de la familia y de la sociedad; de ahí que pertenezcan al Derecho Público y que sean parte esencialísima de ese propio derecho. Si es tan esencial e intrínseco su objeto, es inconcuso que deben tender inexorablemente a



conformar al hombre con la naturaleza que es la causa de su existencia; emancipándolo cada vez más de prejuicios, costumbres e instituciones contrarias a aquella causa."

1.5. CÓDIGO CIVIL DE 1928

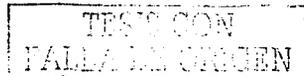
Con la aparición de este Código, la Ley sobre Relaciones Familiares se deroga, y las disposiciones en materia familiar vuelven a insertarse en el Código Civil.

Este nuevo ordenamiento, reprodujo la disolubilidad del vínculo matrimonial de la Ley de Relaciones Familiares e introdujo como novedad el divorcio administrativo, cuya tramitación se realiza ante el Juez del Registro Civil, y que en opinión de autores como Sánchez Medal²¹ prácticamente convirtió al matrimonio en una especie de arrendamiento voluntario, por virtud del cual los cónyuges podían darlo por terminado a su placer en el momento en que lo decidieran.

En opinión de este mismo autor, nuestra legislación es de línea divorcista, porque el Código Civil de 1928 ofrecía un menú de dieciocho causales de divorcio. Es decir, una especie de divorcio a la carta en el artículo 267 del Código Civil que permite los siguientes tipos de divorcio.²²

²¹ Sánchez Medal, Ramón, *Matrimonio y Divorcio*. Pag. 767.

²² Sánchez Medal, Ramón. Op. cit. Pag. 768.



- a) El divorcio-sanción: en los casos de abandono injustificado del hogar o de injurias graves o de sevicias.
- b) El divorcio-remedio: en los casos de enfermedades o de vicios.
- c) El divorcio-capricho: en los casos de divorcio voluntario.
- d) El divorcio-repudio: urdido a través de una separación por más de dos años.²³

A pesar de lo anterior, el Código contiene ciertas restricciones tendientes a la conservación y subsistencia del matrimonio al establecer el perdón expreso o tácito para purgar cualquier causa de divorcio, al fijar breves plazos para pedir el divorcio, y en la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento, al exigir la presencia personalísima de los dos cónyuges a las dos juntas de avenencia con intervalos inmodificables y obligados en cada una de ellas para que el juez exhorte a la reconciliación de los consortes. Es por tanto, del todo incorrecta la aplicación del nombre de divorcio necesario al divorcio contencioso, ya que la ley nunca lo impone. No sólo en el divorcio por mutuo consentimiento existe la voluntad de ambos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, sino también en todos los demás casos hay por lo menos la voluntad del actor que promueve la acción de divorcio, y a las veces también inclusive la voluntad del mismo demandado que, por algún motivo no hace valer las excepciones o las pruebas que pudieran tener para oponerse a la procedencia de la acción.

²³ Esta causal de divorcio fue introducida en nuestra legislación por reforma al Código Civil publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, y haremos referencia de ella más adelante.

TESIS COM
FALLA 1.º GEBREN

En cuanto a la separación de los cónyuges, no se hace mención aparte de la que dispone el artículo 277, existiendo como una forma moderada de la separación de lecho y la habitación. Sobre esta disposición, haré referencia en el capítulo III del presente trabajo.

A nivel procedimiento, el Código Procesal Civil para el Distrito Federal, establecía, con carácter cautelar, un proceso para hacer posible un futuro juicio y evitar las represalias correspondientes, permitiendo a la esposa pedir su depósito cuando pretendía demandar al marido con quien convivía o cuando pretendía "acusarlo", es decir, formular denuncia o querrela penales en su contra (artículo 205).

El marido, que viviendo con su mujer, intentaba demandarla o "acusarla", podía pedir previamente la separación (artículo 206).

El carácter cautelar de este proceso derivaba de que si el marido o la mujer no acreditaban haber intentado la acción, haber formulado la querrela o haber hecho la acusación dentro del término de diez días, prorrogables en casos excepcionales a petición de la mujer, se levantaba el depósito o la separación y la mujer debía ser restituida al domicilio conyugal y el marido debía regresar.

Si la ratificaba, el juez ordenaba la separación de los cónyuges, señalaba el domicilio de la mujer, y designaba a la persona que hubiera de encargarse del depósito. El juez podía, atentas las circunstancias del caso, disponer la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

permanencia de la mujer en la casa conyugal, previniendo al marido que se abstuviera de concurrir a la misma.

El juez, personalmente, debía trasladar a la mujer al domicilio que se hubiere indicado o a la casa del depositario. En caso de depósito, la casa en donde se depositara a la mujer debía ser designada por ésta, y el depositario, ser persona de notoria honorabilidad y buenas costumbres.

Se intimaba a la mujer o al marido para que acreditaran haber intentado la demanda o la acusación en el término de diez días, apercibidos que de no hacerlo se levantaría el depósito o la separación. Si dentro del plazo —que podía ser prorrogado— no se acreditaba la presentación de la demanda o de la acusación, el juez levantaba el depósito o la separación, restituyendo a la mujer al domicilio conyugal, previniendo al marido para que hiciera lo mismo.

Los padres, en estos supuestos, debían tener un convenio para designar a la persona a quien debería conferirse el depósito de los hijos menores; si no había ese acuerdo, el juez resolvía "provisionalmente", pero los hijos menores de 7 años siempre debían quedar al cuidado de la madre.

Actualmente, este procedimiento ha variado en atención a las reformas al Código Civil que han sido de importancia. Veremos más adelante cómo es este proceso cautelar en nuestro derecho vigente.

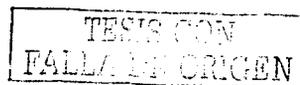
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo, resulta importante hacer mención de las principales reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que han afectado de algún modo el concepto de la separación conyugal en nuestro derecho.

1.5.1. REFORMA DE 1971

Mediante Decreto de fecha 24 de febrero de 1971, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo del mismo año, se reformó la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, con el objeto de crear juzgados especializados para conocer las cuestiones relativas al Derecho de Familia, otorgándose a los Jueces de lo Familiar la competencia que precisaba el artículo 58 de la propia Ley, fijándose ahora en el artículo 52.²⁴ Esta competencia puede sintetizarse en las siguientes cuestiones que pueden ser del conocimiento de los Jueces de lo Familiar: procedimientos de jurisdicción voluntaria relacionados con el Derecho Familiar, todo tipo de litigios en asuntos matrimoniales o con relación al matrimonio, divorcios, nulidad de matrimonio, aspectos patrimoniales del matrimonio, cuestiones relativas al Registro Civil, al estado civil de las personas, al parentesco, alimentos, paternidad, filiación, patria potestad, cuestiones relativas a interdicción y tutela, ausencia y presunción de muerte, juicios sucesorios, patrimonio de familia, consignaciones y diligenciación de exhortos en todo lo concerniente a las cuestiones antes listadas.

²⁴ Torreblanca Senties, José Manuel. *Las Controversias de Orden Familiar*. Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. Año 20, no. 20. México, 1996. Pag. 782.



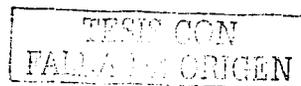
Ya desde esa fecha, el legislador consideró con acierto que los asuntos relativos al Derecho de Familia debían ser del conocimiento de tribunales especializados, altamente calificados, por merecer estos conflictos un tratamiento diferente al establecido en el sistema del proceso dispositivo, de contenido eminentemente individualista. Es de esta forma que, primero se crean tribunales especializados para conocer de la materia familiar, y posteriormente un procedimiento especial para algunos conflictos domésticos adicionándose un título especial al Código Distrital de Procedimientos Civiles.²⁵

1.5.2. REFORMA PROCESAL DE 1973

Mediante Decreto de fecha 26 de febrero publicado el 14 de marzo del mismo año, se adiciona al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el título decimosexto, *De las Controversias del Orden Familiar*, reforma que es paralela a la supresión de los procedimientos sumarios y sumarísimos que hasta esa fecha regulaba la Ley Adjetiva Civil del Distrito Federal.²⁶

²⁵ Torreblanca Senties, José Manuel. Op. cit. Pag.783

²⁶ Antes de esta reforma, el artículo 430 del Código de Procedimientos Civiles establecía una serie de procesos sumarios, y el artículo 432 contemplaba además, un proceso sumarísimo para resolver los problemas a los que se referían las fracciones VI, VIII y XVI del numeral 430, o sea calificación de impedimentos matrimoniales; responsabilidad por incumplimiento de promesa matrimonial; diferencias entre marido y mujer sobre administración de los bienes comunes, educación de los hijos, oposición de maridos, padres o tutores, y en general todas las cuestiones familiares que requirieran la intervención judicial.



Como característica de esta reforma debe hacerse notar:²⁷

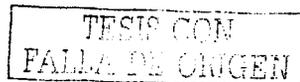
- a) Desde el punto de vista puramente procesal, la introducción del principio inquisitorio en materia de pruebas, subsistiendo el dispositivo para el planteamiento del problema y las impugnaciones.
- b) Desde el punto de vista sustancial, se trata de dar a los jueces atribuciones para intervenir en asuntos familiares, no sólo en la solución de los problemas, sino en la posibilidad de tomar medidas que tiendan a preservar a la familia.

Este amplio criterio legislativo obliga a quienes tienen el deber de designar a los jueces de lo familiar, a seleccionar y elegir sólo a hombres y mujeres que por su experiencia, ponderación, sabiduría y sentido humano, puedan preservar la familia, sin cometer abusos o iniquidades que perjudiquen a sus miembros.²⁸

El título decimosexto del Código de Procedimientos Civiles comprende únicamente 17 artículos (del 940 al 956), que desde su creación ha representado una nueva problemática en su aplicación, ya que los juzgadores en la práctica, y con la influencia directa del derecho procesal Español, han sido educados con una mentalidad y criterio eminentemente formalista, por lo cual aplican "exactamente" la ley, o de acuerdo a su interpretación estricta o gramatical, como si se tratara de procesos de estricto derecho y contenido patrimonial, olvidando que en materia

²⁷ Becerra Bautista, José. *El proceso Civil en México* Ed. Porrúa, 14ª, ed. México, 1992. Pag. 594.

²⁸ Ibidem.



familiar, las normas que la rigen buscan tutelar valores de trascendencia extrapatrimonial en las relaciones familiares.²⁹

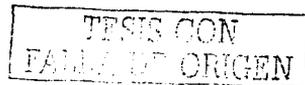
No obstante que el título decimosexto del Código se denomina "De las Controversias de Orden Familiar", no contienen una regulación sistemática y completa de todo el proceso familiar en lo general, sino simplemente la regulación de un procedimiento especial que procede en determinados supuestos previstos en el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles.³⁰

El título comentado se limita a establecer de manera general algunos principios básicos para la totalidad de los procedimientos concernientes a la familia, además de crear y regular un procedimiento especial, en el cual se tramitan algunas controversias del orden familiar, quedando excluidos los litigios referentes a divorcio, nulidad de matrimonio, investigación de la paternidad, etc. que se deben seguir ventilando en la vía ordinaria civil.

Por último, cabe mencionar que por reforma del 30 de diciembre de 1997, tratándose de violencia familiar, se establece un procedimiento especial y sin formalidades excesivas, con la finalidad de que las partes convengan los actos para hacerla cesar o el juez determine las medidas para la protección de los

²⁹ Torreblanca Senties, José Manuel. Op. cit. Pag. 784.

³⁰ Idem. Pag. 785.



menores y de la parte agredida. Sin embargo, su tramitación en la práctica, puede durar varios meses o años, por deficiencias en su regulación.³¹

1.5.3. REFORMA DE 1974

Dentro de las modificaciones más destacadas en materia familiar, conviene referirnos a las de 1974 en varios de los artículos del Código Civil.

Debido a que 1975 fue declarado por las Naciones Unidas "El año Internacional de la Mujer", en México se reformaron y adicionaron diversas disposiciones legislativas, siendo la principal la reforma constitucional del artículo 4º según el cual: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos."

El decreto que consigna esta reforma constitucional apareció en el Diario Oficial del día 31 de diciembre de 1974, y para adecuar las leyes secundarias con tal reforma constitucional, se reformaron y adicionaron las siguientes: Ley de Nacionalidad y Naturalización, Ley Federal del Trabajo, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Código Civil para el Distrito Federal en

³¹ Torreblanca Senties, José Manuel. *Reflexiones en Relación con los Conflictos Familiares*. *Ars Iuris*. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. No. 21, México, 1999. Pag. 257.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y Código de Comercio.³²

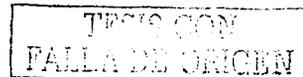
En materia de procedimiento, se cambió el rubro del capítulo tercero del título quinto de este ordenamiento, que antes se denominaba: "Separación o depósito de personas como actos prejudiciales." Ahora se denomina: "Separación de personas como acto prejudicial."

Sustancialmente, las reformas consisten en lo siguiente: ya no se habla de la mujer casada ni del marido, sino del cónyuge, es decir, lo mismo del hombre que de la mujer. Ambos, cuando intentan demandar o denunciar o querellarse contra su cónyuge, pueden solicitar su separación al Juez de lo Familiar. En consecuencia, desaparece el depósito de la mujer casada como acto prejudicial.

Para borrar todo vestigio del depósito que permitía a la mujer designar la casa en que deseaba ser depositada y designar también a la persona que fuera el depositario, pudiendo quedar en su propio domicilio conyugal, se derogó el artículo 209.

El juez debe prevenir al otro cónyuge de que se abstenga de impedir la separación o causar molestias a su cónyuge, bajo apercibimiento de procederse en su contra en los términos a que hubiere lugar.

³² Becerra Bautista, José. Op. cit. Pag. 443.



El nuevo artículo 211 ordenaba que el juez debe señalar el término del que dispondrá el solicitante para presentar la demanda o acusación, que podrá ser hasta de 15 días contados a partir del día siguiente de efectuada la separación, siendo prorrogable este plazo por una sola vez por igual término.

Antes de las reformas al Código de Procedimientos Civiles de 1974, el artículo 205 establecía:

Art. 205. La mujer casada que viviendo al lado de su marido intente demandarlo o acusarlo, puede pedir su separación o su divorcio.

Con motivo de las reformas al artículo 4° de la Constitución Federal, en donde se reguló la igualdad entre el hombre y la mujer, se hizo necesario modificar el numeral aludido, para otorgar a cualquiera de los cónyuges el derecho a separarse del otro, si intentaba demandarlo, denunciarlo o querrellarse en su contra; por ende, también se derogó la fracción I del artículo 282 del Código Civil, dando como consecuencia que la separación se decretara a favor del cónyuge solicitante, de manera que el contrario no se opusiera, pero jamás en perjuicio del que pretendía permanecer en él. Esto es, que aún cuando la cónyuge —quien normalmente es la víctima de la violencia intrafamiliar— solicitaba el desalojo del varón agresor, el juez, con acertada razón legal, negaba la petición sustentado en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el respeto de la garantía de audiencia que consagra el artículo 14 Constitucional, con relación a una recta interpretación del precepto secundario referido.³³

Esta disposición daba pauta a que, en muchas ocasiones, la cónyuge, no obstante haber sido víctima de la agresión, tenía que huir con sus hijos de su propio hogar, para evitar mayores daños físicos y psicológicos, en tanto que el victimario disfrutaba el uso y goce del inmueble mientras no se decretaba la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, y en su caso, la venta del mismo.

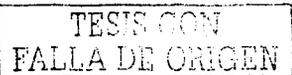
La situación se agravaba terriblemente cuando la cónyuge, después de intentar la disolución del vínculo matrimonial y sus consecuencias inherentes para proceder a la venta del inmueble, por negligencia propia o ajena no lograba acreditar sus pretensiones, y por ende, se absolvía al enjuiciado, pues en este supuesto la víctima estaba obligada a reintegrarse al domicilio conyugal, o a atenerse a las consecuencias de no hacerlo para salvar su integridad personal.³⁴

1.5.4. REFORMA DE 1983

En 1983 se vuelve a reformar el Código Civil. Se trata de modificaciones que no pueden expresar lo vertido en la consulta popular sobre la administración

³³ Tenorio Godínez, Lázaro. *Las Reformas Procesales en Materia Familiar (D.O.F. 24-04-96)* Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. No. 18, México, 1998. Pag.305.

³⁴ Idem. Pag. 306.



de justicia, ni tampoco reflejan la realidad familiar de México. En términos generales, las modificaciones propuestas son convenientes, pero se rompe una vez más la armonía, y se plantean contradicciones entre distintos artículos del Código Civil.³⁵

Por decreto publicado en Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de diciembre de 1983, se reformó el artículo 267 del Código Civil relativo a las causales de divorcio, incorporándose la fracción XVIII con el siguiente contenido: "La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos."

La tendencia sociológica del legislador, de posibilitar el divorcio de matrimonios fracasados, sin que se constate cierto motivo para tal situación negativa, se manifiesta claramente en la nueva causal comentada. El grado aplicado en esta disposición para la ruptura de la vida conyugal, es decir, la duración de solamente más de dos años de separación de los cónyuges, parece facilidad extrema a favor de la divorciabilidad, que ya implica cierto peligro de afectación de la estabilidad de la vida familiar, dentro del cual el matrimonio figura como base.³⁶

³⁵ Chávez Asencio, Manuel. *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. Ed. Porrúa, 6ª ed. México, 2001. Pag. 92.

³⁶ Frisch Philipp, Walter. *Las Causas Específicas del Divorcio y la General de la Ruptura de la Vida Conyugal a la Luz de la Reforma Publicada en el Diario Oficial del 27 de diciembre de 1983*. En Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac. Año III. Número 3. Primavera de 1985. México. Pag. 31.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En opinión de Galindo Garfias³⁷ no se comprende porqué el cónyuge que ha faltado al deber de cohabitación sea legitimado para obtener el divorcio. Esto es tanto como introducir la disolución del matrimonio por repudio de uno de los consortes. Esta solución es contraria al principio que se enuncia diciendo que "nadie puede hacer valer en su favor sus propias culpas."

Observamos también en esta reforma que hay una falta de norma legal, según la cual la parte demandada tenga la facultad de oponerse contra la pretensión del divorcio, con base en ciertos motivos legales que se establezcan para tal objeto en la ley, como podría ser la existencia de situaciones extraordinariamente perjudiciales para la parte demandada que se originan con motivo del divorcio, como razones económicas o de salud, conservación del matrimonio en favor de los hijos, y otras circunstancias en las cuales se manifieste en el caso concreto un interés claramente preponderante y justificado en favor de la conservación del matrimonio en contra de su disolución.³⁸

Es por ello que según una interpretación gramatical de esta parte legal, ningún motivo de separación podrá justificar exención alguna de la aplicación de la causal comentada. Esta situación cobra relevancia al plantear cuestiones relativas

³⁷ Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil, Primer Curso*. Ed. Porrúa, 18ª ed. México, 1998. Pag.628

³⁸ Frisch Philipp, Walter. Op. cit. Pag. 31.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

al engranaje necesario entre la nueva norma y otras disposiciones ya existentes en el Código.

Ejemplo de lo anterior sería la separación de cónyuges prevista por el artículo 277, que analizaremos más adelante en el presente trabajo. En virtud de este artículo, podrá decretarse judicialmente a petición de un cónyuge la suspensión de la vida en común, en lugar del divorcio fundado en las causales VI y VII del artículo 267 del Código Civil. Así podría resultar una separación por más de dos años que encuadra en el supuesto de la nueva causal.

En otro caso, podemos citar que según la fracción VIII del Código Civil, únicamente el cónyuge abandonado está legitimado para pedir el divorcio con motivo de la separación del domicilio conyugal. Pero por otra parte, la causal de divorcio creada por la reforma, faculta también al abandonante a pedir el divorcio en la situación anterior, si la separación duró más de dos años. ¿Se puede, por lo anterior, pensar en una derogación de la situación legal correspondiente al respecto?

En opinión del Dr. Alberto Pacheco,³⁹ la razón de esta causal parece ser el presuponer que el matrimonio de hecho ya no existe y que es mejor acabar con él. Con esta causal, nuestro matrimonio civil da un paso más hacia el repudio, pues no es necesario para que el divorcio se produzca ni la voluntad común de

³⁹ Pacheco E. Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*. Ed. Panorama, 1ª ed. México, 1984. Pag. 162.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

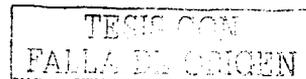
divorciarse, ni un ilícito de alguno de los consortes o una causa objetiva grave que trastorne la vida matrimonial; es suficiente comprobar el sólo hecho de la separación para que el divorcio proceda; separación que pudo haber sido provocada por el cónyuge que deseaba divorciarse, o aún puede proceder de una causa legítima y autorizada por el otro cónyuge. El hecho de la separación por causa de trabajo o por la educación de los hijos hecha de común acuerdo por los cónyuges, a los dos años se convierte en causal de divorcio. Es como si el legislador hubiera introducido el divorcio por caducidad del matrimonio.

1.5.5. REFORMA DE 1996

Por decreto publicado el 24 de mayo de 1996 y que entró en vigor sesenta días después, se reforman, adiciona y modifican diversas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, que dan pauta a la reestructuración del derecho procesal, disipando muchas dudas y propiciando otras, que tan solo confirman la falibilidad del hombre y sus métodos de investigación, para llegar al conocimiento de la verdad jurídica.⁴⁰

En materia de separación provisional de cónyuges, el legislador adoptó una noble propuesta que viene a constituir una esperanza o, al menos, una amenaza para inhibir en lo posible, la violencia intrafamiliar en beneficio del núcleo familiar, donde se le otorgan al juez las facultades necesarias para decretar quién de los

⁴⁰ Tenorio Godínez, Lázaro. Op. cit. Pag. 299.



cónyuges debe permanecer en el domicilio conyugal. Sin embargo, en esa travesía nos encontraremos ante posibles conflictos que es necesario analizar para hacerles frente, llegado el momento propicio, y en su caso, buscar nuevas alternativas de solución al fenómeno social en comento.⁴¹

El nuevo artículo 208 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regulaba lo siguiente:

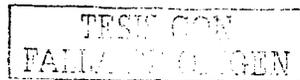
Art. 208. El juez podrá, si lo estima conveniente, practicar las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución.

Así también, se faculta al juez a determinar quién de los cónyuges permanecerá en el domicilio conyugal (artículo 212), así como la situación de los hijos menores, atendiendo a las circunstancias del caso.

Las reformas anteriores dejan ver, como hemos mencionado, la intención del legislador de evitar la violencia intrafamiliar. Sin embargo, en la práctica, los Jueces se enfrentaron a diversas eventualidades, tales como los derechos reales de propiedad de los cónyuges sobre el inmueble que constituye el domicilio conyugal, o las consecuencias de la medida en caso de que no se decrete el divorcio.⁴²

⁴¹ Idem. Pag. 306.

⁴² Cfr. Tenorio Godínez, Lázaro. Op. cit. Pag. 306-313.

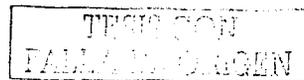


Aquí es importante destacar dos supuestos:

1. Si los cónyuges contrajeron matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal y el domicilio conyugal es de ambos.

En este sentido, al pronunciarse la sentencia definitiva pueden suceder dos cosas:

- a) Que se decrete el divorcio. La medida provisional, por efecto de la sentencia, se deja sin efecto. Eso implicaría la posibilidad de que el cónyuge desalojado se reincorporara a vivir en el inmueble de su propiedad, con peligro inminente para el núcleo familiar. Una posible solución es que se deje subsistente dicha medida hasta en tanto se liquide la sociedad conyugal.
 - b) Que no se decrete el divorcio. Se dejan sin efecto las medidas provisionales, y por ende, el cónyuge desalojado tendrá la obligación de reincorporarse a su domicilio, sin la posibilidad legal de prorrogar la separación por parte del juzgador, pues se presume inocente de las conductas que se le imputaron durante el juicio, lo que trae como consecuencia que sigan viviendo juntos hasta que alguno de ellos resista la agresión o se haga respetar por medios legales.
2. Si los cónyuges contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes.



Aquí surge otra disyuntiva:

- a) Que se decrete el divorcio y el cónyuge desalojado es el propietario. Lo más lógico es que el juez, en los propios puntos resolutivos dejara sin efecto la medida provisional y decretara la posibilidad de que el titular del inmueble pudiera reintegrarse sin mayor dilación, y en el mejor de los casos, éste tendría a salvo sus derechos para demandar la acción personal de desocupación del inmueble en la vía y forma correspondiente, toda vez que no podría el propio juzgador ordenar el desalojo del ex cónyuge y los hijos, cuando la posesión no fue originariamente permitida por él.
- b) Si no se decreta el divorcio, por disposición de ley, el cónyuge que se separó, queda obligado a reincorporarse al mismo.

En conclusión, los remedios legales hacen que difícilmente se cumpla el objetivo de la reforma, porque siempre queda la opción para el cónyuge que se pretenda desalojar de interponer el juicio de amparo, que posiblemente le conceda la suspensión del acto reclamado, siendo que el tiempo que dure en resolverse el juicio principal, de ninguna manera será favorable para aquel al que le urgía la separación, y si se trata del progenitor que más daño le esté causando a los hijos, la medida que se decreta a su favor va en perjuicio de los menores.

Así lo ha sostenido nuestro máximo tribunal, al determinar en la siguiente tesis que la separación de personas es un acto impugnabile en amparo indirecto:

TESIS CON
FALLA DE CÁRCEL

SEPARACION DE PERSONAS. CUANDO SE RECLAMA COMO ACTO PREJUDICIAL Y NO COMO ANTECEDENTE DEL JUICIO YA INSTAURADO, CONSTITUYE UN ACTO EMITIDO FUERA DE JUICIO IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO.

Los actos prejudiciales son aquellos que anteceden o preceden al juicio; esto es, los que tienden a asegurar una situación de hecho o de derecho, con anterioridad a la presentación de la demanda y al establecimiento de la relación jurídico procesal. La separación de personas como acto prejudicial tiende o responde a la conveniencia de autorizar legalmente la separación material de los cónyuges cuando uno de éstos intente demandar, querellarse o denunciar al otro, y también a la necesidad de proteger la persona e intereses de los hijos menores de edad y del cónyuge que promueva el depósito, en peligro por la situación de desavenencia surgida. Por tanto, la separación de personas como acto prejudicial no forma parte por sí sola y desde luego del futuro juicio, ni su subsistencia o insubsistencia, eficacia o ineficacia dependerá de lo que en definitiva se resuelva en el juicio, pues éste al momento de decretarse la separación, constituye un acto futuro y de realización incierta. Así, resulta incorrecto estimar que al impugnarse la separación de personas como acto prejudicial, se actualice la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el 114, fracción IV (interpretado a contrario sensu), ambos de la Ley de Amparo, ya que tales preceptos contemplan la hipótesis de improcedencia del amparo indirecto contra actos en el juicio (no fuera de él) que no tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación.

P. CXXIII/95

Amparo en revisión 1599/94. David Valderrama González. 13 de noviembre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro S. González Bernabé.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el treinta de noviembre en curso, por unanimidad de once votos de los Ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azueta Gutiérrez, Juvenino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número CXXIII/1995 (9a.) la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a treinta de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo II, Diciembre de 1995. Tesis: P. CXXIII/95 Página: 263. Tesis Aislada.

Por último, cabe hacer mención que el artículo 208 del Código Civil fue posteriormente reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de diciembre de 1997, en un intento de hacer más efectiva

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

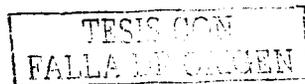
la medida ante los problemas de violencia intrafamiliar, que de acuerdo con el Dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, de la primera Asamblea Legislativa del Distrito Federal.⁴³

"Ha dejado de ser un tema exclusivamente privado, un tema que sólo se trataba en el interior de la familia, y que hoy es una cuestión de interés público, que ha levantado grandes debates en academias, en los partidos políticos, en las organizaciones no gubernamentales, en las diversa instituciones encargadas de velar y salvaguardar los derechos de los menores, de las mujeres, de los ancianos, en los movimientos humanos, de entre los juristas, entre los profesionales y estudiosos del derecho, en la sociedad organizada, pero principalmente entre los grupos de mujeres que han luchado incansablemente por reivindicar un derecho del que han sido cruelmente despojadas"

El artículo quedó como sigue:

Art. 208. *El juez podrá, si lo estima conveniente, practicar las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución. En el caso de violencia familiar, tomará en cuenta los dictámenes, informes, y opiniones que hubieren realizado las instituciones públicas o privadas dedicadas a atender asuntos de esta índole.*

⁴³ Dictamen de la I Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Pag. 8



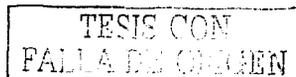
Cabe señalar que esta disposición sigue vigente hasta la fecha, como veremos más adelante.

1.5.6. REFORMA DE 2000

El 25 de mayo de 2000 se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal varias reformas al Código Civil que afectan diversas materias, siendo de trascendente importancia resaltar que a partir de ahora, cambia de denominación en razón de su ámbito de aplicación, naciendo así el Código Civil para el Distrito Federal, distinguiéndose así del Código Civil para toda la República en Materia Federal, quedando establecido que este ordenamiento estará constituido, tanto por las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, como por los preceptos que son objeto de las reformas que se aprueban por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.⁴⁴

Otra de las reformas de trascendencia la constituyen el señalamiento de los que deben ser considerados como fines del matrimonio. El nuevo artículo 146 dice literalmente:

⁴⁴ Idem. Pag. 14



Art. 146. *El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad, y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.*

La noción o concepto de matrimonio expresada ahí se puede precisar analizando pormenorizadamente sus diversos elementos y relacionándolos con otros artículos de la reforma que implican un concepto de matrimonio.⁴⁵

La reforma no hace sino confirmar la norma constitucional que reconoce la libertad procreacional. La norma incluye, desde luego, la posible decisión de no tener hijos y el fundamento de la negativa puede encontrarse en factores como la edad, hijos de matrimonios anteriores, el padecimiento de alguna enfermedad, o la simple decisión de la pareja.⁴⁶

Continúa el dictamen de la I Asamblea Legislativa del Distrito Federal manifestando que: "La entusiasta participación de diversas instituciones entre otras la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y organizaciones no gubernamentales, así como de mujeres, investigadores, académicos y juristas, se han manifestado por la defensa de la familia, por lo que han propuesto incluir

⁴⁵ Adame Goddard Jorge. *Comentarios a las Reformas del Código Civil del Distrito Federal en Materia de Matrimonio y Concubinato*. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho. Año 24. No. 24. México. 2000. Pág. 10.

⁴⁶ Brena Sesma, Ingrid. *Reformas al Código Civil en Materia de Matrimonio* en Revista de Derecho Privado. Instituto Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Nueva Época, Año 1, Número 3, México, Septiembre-Diciembre 2002.

TESIS CON
FALLA EN ORIGEN

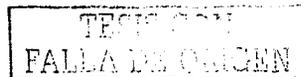
como causal de divorcio la violencia intrafamiliar, "ante tal circunstancia se han agregado nuevas causales de divorcio con las que se constituye la garantía de defensa de éste núcleo de la sociedad".⁴⁷

La reforma al artículo 267 establece que la conducta de violencia intrafamiliar cometida o permitida por uno de los cónyuges por el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos, será causal de divorcio. Asimismo, se agrega la fracción XVIII, referida al incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.

Se agregan también dos causales más: la XX y XXI; la primera se refiere a la fecundación asistida sin consentimiento mutuo, y la segunda a la prohibición o impedimento de que uno de los cónyuges pueda desempeñar una actividad lícita.

También mencionamos que en esta reforma se faculta a los jueces a suplir de oficio cualquier deficiencia que se llegare a presentar por las partes en sus planteamientos de derecho. Sin embargo, se considera que dicha suplencia de la deficiencia de la queja deberá abarcar todas las fracciones contenidas en el artículo 267, por tratarse de asuntos de trascendencia social como lo es la protección a la familia. Es de explorado derecho que la suplencia de la deficiencia se da de oficio en otras materias como la laboral o la agraria, y por tanto, no existe

⁴⁷ Dictamen de la I Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Pag. 12



motivación para considerar que solo algunas de las causales contenidas en dicho artículo sean susceptibles de la aplicación de ésta facultad.

Ahora bien, dentro de las reformas que están relacionadas con la separación de los cónyuges, es importante destacar la que se señala en el artículo 282 del Código Civil, relativa a las medidas provisionales que el juez puede dictar desde que se presenta la demanda de divorcio.

En virtud de lo anterior, se regulan de manera más exhaustiva las facultades del juzgador para llevar a cabo la separación provisional de los cónyuges, determinando con audiencia de parte, teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar.

Este es un aspecto que sin duda viene a solucionar en gran parte la problemática que se presentó con la reforma de 1996, relativa a la determinación judicial de separación de los cónyuges como acto prejudicial ante la demanda de divorcio. Sin embargo, todavía quedan muchas cuestiones que la ley no previó, que estarán sujetas a la interpretación de los tribunales federales.

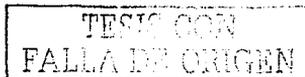
Por último, es importante mencionar que dicha reforma propone la modificación de la anterior causal contenida en la fracción XVIII del artículo 267 de Código Civil, para convertirla en la nueva fracción IX que señala que basta la separación de los cónyuges por más de un año como causal de divorcio,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

independientemente de la causa que le haya dado origen, reduciendo el antiguo término de dos años. En nuestra opinión, reiteramos que la idea sustancial del legislador no consiste en la separación misma de los cónyuges, sino más bien en el fracaso, la afectación o ruptura del matrimonio, y esto lo podemos constatar en la redacción de dicha causal: "... independientemente del motivo que haya originado la separación...", apartándose de cualquier cuestión de culpabilidad.

Recordemos que el concepto de "separación" requiere una consideración relacionada con la calidad de dicha separación, para efectos de las causales de divorcio. En primer lugar, se debe distinguir si una separación física de los cónyuges es base suficiente para el divorcio, a pesar de que ellos no se encuentran en la situación de un matrimonio fracasado, por ejemplo, una separación con motivo del trabajo del esposo en un lugar foráneo y los mismos cónyuges han convenido positivamente en tal ausencia, como tarea necesaria en la vida conyugal para obtener cierto progreso económico de la familia. Se plantea aquí que si a pesar de una armonía absoluta que haya existido entre los cónyuges durante una separación de tipo comentado de más de un año, facultaría a alguno de ellos a pedir sin motivo alguno y a pesar del acuerdo anterior de un día a otro el divorcio.⁴⁸

⁴⁸ Frisch Philipp, Walter. Op. cit. Pag. 31.



CAPÍTULO II

LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES

2.1. EN AMÉRICA

No todas las legislaciones en América admiten la separación o el divorcio. Por ejemplo: Costa Rica, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, República Dominicana, Venezuela, Bolivia, Perú y Uruguay admiten el divorcio y la separación de cuerpos.

México, El Salvador, Ecuador, Chile, Nicaragua y Brasil admiten únicamente el divorcio.

Argentina, Colombia y Paraguay, sólo admiten la separación de cuerpos.

Los países del Common Law, Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y Puerto Rico, admiten la separación y el Divorcio.

TESIS CON
FALLA EN ORIGEN

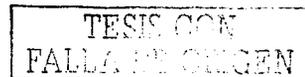
A continuación haremos una breve exposición sobre las legislaciones de los países americanos que consideramos tiene una regulación más profunda en cuanto a la separación de cuerpos.⁴⁹

2.1.1. EN ARGENTINA

La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en no conceder la acción correspondiente más que al esposo que ha sido víctima del otro cónyuge. Sólo hay siete causales reconocidas por la ley que pueden dar lugar a la separación, y son las mencionadas en el artículo 67 de la ley del Matrimonio Civil vigente:

1. Adulterio: sin distinción alguna entre la mujer o el marido.
2. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador.
3. La provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos.
4. La sevicia: la doctrina parece distinguir muy necesariamente esta causal de las injurias y la de los malos tratos.
5. Las injurias graves: realmente se trata de una causal muy amplia admitida por la ley, y en la que la jurisprudencia incluye una serie de casos que no están comprendidos ni en el capítulo de las ofensas físicas, ni en el de los malos tratos. Por ejemplo, la negativa al débito conyugal, cuando ésta es

⁴⁹ Cfr. *Divorcio, Separación de Cuerpos y Nulidad de Matrimonio en las Naciones Latinoamericanas*. Madrid, 1957. Pag. 33-631.



- persistente y no justificada. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse.
6. Los malos tratamientos: La ley argentina no exige el carácter grave de los malos tratos, y es preciso suponer que se trata de una causal no comprendida en las dos precedentes.
 7. El abandono voluntario y malicioso, sin importar la duración del mismo.
 8. Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos.

Con relación a los efectos causados por la separación de cónyuges, encontramos que son muy similares a los establecidos por la legislación mexicana en cuanto al divorcio, y entre ellos enumeramos:

1. Efectos respecto a los cónyuges: el vínculo matrimonial no queda disuelto. La mujer conserva el derecho a una residencia separada de la de su marido, y recobra su plena capacidad civil. La única limitación es la que impide a cualquiera de ellos fijar su domicilio en el extranjero si le ha sido conferida la guarda y custodia de uno o varios de sus hijos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. Efectos patrimoniales: la separación de bienes es el principal efecto.
3. Efectos respecto a los hijos: en principio, los hijos de ambos sexos menores de cinco años se confían siempre a la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor, pero se necesita el consentimiento del marido si la madre ha estado condenada a una pena de reclusión, prisión o exilio. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

La reconciliación restituirá todo al estado anterior a la demanda. Se extinguirá la acción de separación personal, y cesarán los efectos de la sentencia, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción. Se presumirá la reconciliación, si los cónyuges reanudan la cohabitación.

Por último, cabe destacar que la legislación argentina permite la conversión de la separación en divorcio solicitada por ambos cónyuges transcurrido un año de la sentencia firme de separación personal, y por cualquiera de ellos transcurridos tres años de la sentencia firme.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.2. EN BRASIL

Todo lo relativo a la separación de cónyuges quedó derogado por la Ley número 6.515, del 26 de diciembre de 1977.

Anteriormente, la ley brasileña sólo reconoció cuatro causales sobre las que podía fundarse la acción de separación:

1. Adulterio: para que esta causal sea admisible, es preciso que el otro cónyuge no sea culpable, por su parte, del adulterio. Exige también la doctrina que el adulterio haya sido cometido conscientemente y que se trate de relaciones sexuales consumadas entre dos personas de sexo diferente.
2. Tentativa de muerte: no es indispensable que esta tentativa haya sido probada judicialmente y seguida de una condena penal. El objetivo del legislador al aceptar esta causa era proteger mejor al cónyuge cuya vida se supone en peligro.
3. Sevicia o injuria grave: comprende los malos tratos o las injurias graves tanto si éstas son de palabra como de hecho, pero la ley exige que procedan del otro cónyuge en el momento en que se encuentre en plena libertad de obrar y con plena conciencia de sus actos. Asimismo, esta causal no podrá ser invocada si los malos tratos o las injurias graves han sido deliberadamente provocadas por el otro cónyuge.
4. Abandono voluntario del hogar conyugal. Este abandono debe haber durado más de dos años, y además debe ser voluntario. Lo anterior

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

equivale a decir que no constituye una de las causales de separación cuando es consecuencia de ciertos hechos imputables al otro esposo.

En cuanto a los efectos, hay que recalcar que el matrimonio sólo se disuelve en el Brasil por la muerte de uno de los esposos y por la declaración de nulidad del matrimonio. Es así como podemos citar como efectos principales de la antigua separación de cuerpos los siguientes:

Podía concederse una pensión alimenticia a los hijos nacidos del matrimonio para subvenir a los gastos de su manutención y educación. En cuanto a la guarda y custodia de los hijos corresponderá al cónyuge inocente, y si ambos han sido declarados culpables, se confiará a la madre la custodia de los hijos menores de seis años sin distinción de sexos. La de los varones mayores de seis años, se confiará al padre.

Entre otros efectos encontramos que la mujer deja de tener el derecho a llevar el nombre de su marido si la separación ha sido decretada en contra suya.

En cuanto a los bienes, tenemos que la separación de cuerpos también es llamada separación de cuerpos y de bienes porque significa la disolución del régimen matrimonial y la restitución de la dote cuando los esposos están casados en régimen dotal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La legislación brasileña también admitió la separación de cuerpos por consentimiento mutuo, en donde supone que los cónyuges tienen serios motivos y aceptables para pedirla. Para ello es preciso que el matrimonio haya durado dos años desde su celebración y que existan pruebas de incompatibilidad de caracteres. Todas estas disposiciones se encuentran derogadas.

2.1.3. EN COLOMBIA

El divorcio colombiano no es más que una separación de cuerpos, y por tanto, sólo tiene el efecto de la suspensión de la vida conyugal, y no la disolución propiamente de dicho matrimonio.

Las causales están enumeradas en el artículo 154 del Código Civil:

1. Adulterio de la mujer.
2. Amancebamiento del marido.
3. Embriaguez habitual de los cónyuges.
4. Abandono de los deberes conyugales.
5. Sevicias e injurias graves.

Aunque estas causales están enumeradas por el Código Civil con carácter taxativo, el artículo 155 concede al juez como paliativo, la facultad de hacer cesar el deber de cohabitación entre los esposos, manteniendo en vigor todos los demás deberes conyugales, cuando uno de los esposos sufre enfermedad mental o

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

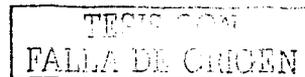
enfermedad contagiosa, pues en estas últimas hipótesis no está aceptada la separación de cuerpos por la legislación.

A pesar de que la separación no produce en modo alguno la disolución del matrimonio, sino que sólo suspende la vida en común de los esposos, sí tiene el efecto de que queda disuelta la sociedad de los bienes matrimoniales, y los bienes personales de la mujer, así como su parte de gananciales le son devueltos. El marido que ha dado motivo para la separación, conserva la obligación de contribuir a la congrua y decente sustentación de su mujer.

En cuanto a los efectos respecto a los hijos, cabe destacar que los menores de 7 años y las hijas son siempre confiados a la guarda y custodia de la madre. En los casos en que le divorcio se hubiere decretado por las causales 1 y 4, los hijos mayores de 3 años deben ser confiados a los cuidados del esposo inocente. En cualquier hipótesis, los dos consortes deben soportar los gastos de mantenimiento y de educación de los hijos, sin que haya de distinguirse entre el cónyuge inocente y el culpable.

2.1.4. EN COSTA RICA

Contrariamente a lo que sucede en los otros códigos latinoamericanos, este Código determina por separado las causales de la separación y las de divorcio.



Es así como son causales de separación:

1. Todas las que autorizan el divorcio.
2. El abandono voluntario y malicioso de un cónyuge por el otro.
3. La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir los deberes de asistencia y alimentación para con el otro o los hijos comunes.
4. El consentimiento mutuo entre esposos, siempre que haya pasado dos años de vida conyugal.
5. La enajenación mental de uno de los cónyuges que se prolongue por más de un año u otra enfermedad, o los trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común.
6. El haber sido sentenciado cualquiera de los cónyuges a sufrir una pena de prisión durante tres o más años por delito que no sea político. La acción sólo podrá establecerse siempre que el sentenciado haya permanecido preso durante un lapso consecutivo no menor de dos años.
7. La separación de hecho de los cónyuges durante un año consecutivo, ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio.
8. Las ofensas graves.

En cuanto a los efectos definitivos, son aplicables a la separación todos los efectos del divorcio, con la excepción, claro está, de la disolución del matrimonio. Subsiste el deber de fidelidad y de mutuo auxilio. De modo especial, el esposo que haya dado lugar a la separación de cuerpos por su culpa, pierde todo derecho hereditario en la sucesión de su cónyuge.

TEJIS CON
FALLA DE ORIGEN

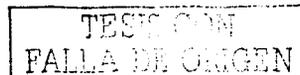
La reconciliación de los cónyuges le pone término al juicio si no estuviere concluido y deja sin efecto la ejecutoria que declare la separación. En ambos casos los cónyuges deberán hacerlo saber conjuntamente. En cuanto a bienes se mantendrá lo que disponga la resolución, si la hubiere.

2.1.5. EN CHILE

Con la separación de cuerpos se produce la suspensión de la vida en común, pero jamás la disolución del matrimonio. La separación que existe en Chile es de dos clases: la perpetua, y la temporal. La lista de las causales que pueden dar lugar a la separación es limitativa, pero en tanto que algunas de estas causales permiten la primera de estas dos separaciones, otras sólo se aplican a la segunda. Por ello las veremos por separado.

Causales que dan lugar a la separación perpetua:

1. Adulterio de la mujer o del matrimonio.
2. Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra.
3. Delito de uno de los esposos contra el otro.
4. Tentativa del marido para prostituir a la mujer.
5. Vicio arraigado del juego, embriaguez, o disipación.
6. Enfermedad.
7. Condenación penal
8. Corrupción de los hijos o complicidad en ella.



La legislación chilena establece como efectos de esta separación perpetua los siguientes: terminación de la vida en común por un periodo ilimitado. La sociedad conyugal queda disuelta invariablemente. La obligación alimenticia pesa casi por entero sobre el marido, pero es diferente según la mujer sea culpable o no, porque entonces los alimentos quedarían reducidos a lo necesario para su modesta sustentación.

Entre las causales que dan lugar a la separación temporal encontramos las siguientes:

1. Avaricia del Marido, teniendo en cuenta las posibilidades personales del marido y la situación social que ocupan los cónyuges.
2. Negarse la mujer, sin causa legal, a seguir a su marido.
3. Abandono del hogar común, o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales.
4. Ausencia sin justa causa, que debe durar más de tres años sin que se sepa de su paradero.
5. Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida.

Entre los efectos de la separación temporal, encontramos que la duración de la misma no excederá de cinco años, y regirá sobre las relaciones de los esposos durante un periodo menor, fijado por el juez.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.6. EN GUATEMALA

El capítulo de separación de cuerpos, al que los guatemaltecos recurren rara vez, nada tiene de especial que le diferencie en relación con el divorcio, salvo que no queda disuelto el vínculo matrimonial. La elección entre el divorcio y la separación corresponde a los esposos directamente. Todas las causales que pueden dar lugar al divorcio, pueden servir también para pedir la separación de cuerpos judicial. En cuanto a los efectos producidos por la separación son los mismos que los relativos al divorcio.

2.1.7. EN HAITÍ

Institución desconocida por el Código Civil, sólo fue admitida por la Ley de 10 de mayo de 1920. Las mismas causales que dan lugar al divorcio pueden serlo de la separación de cuerpos, con excepción de las fundadas sobre la pérdida de los derechos civiles y en el mutuo consentimiento. Es interesante señalar que el derecho que corresponde a los esposos de convertir su demanda de divorcio en otra de separación de cuerpos, en cualquier momento de la tramitación de la misma. Cuando uno de los esposos está en entredicho judicial, su tutor puede pedir la separación en su representación. La separación de los cuerpos supone la de los bienes pertenecientes a los esposos, y el que la mujer recupera su plena capacidad civil.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En todo momento del procedimiento puede producirse la reconciliación, e incluso después de haberse dado el fallo, a condición de que se haya pronunciado mediante una declaración ante el Secretario del Tribunal, bien por los dos esposos en persona, bien por su procurador especial. Y no produce efectos respecto a terceros más que a partir de la fecha en que esta decisión judicial se ha hecho pública por medio de cartelera, y anotada al margen del acta de matrimonio y de la sentencia de separación.

Debe subrayarse también que es posible la conversión de la simple separación en divorcio a petición de cualquiera de los esposos, con tal de que hayan transcurrido tres años desde la declaración de la sentencia.

2.1.8. EN HONDURAS

Esta institución es poco usual en las costumbres jurídicas hondureñas. Las causales por las cuales uno de los cónyuges puede solicitar su separación son las siguientes:

1. Cualquiera de las que autoriza el divorcio contencioso.
2. La negativa de un cónyuge a dar alimentos a otro que los necesite, o a sus hijos comunes.
3. La separación por mutuo consentimiento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La separación de cuerpos produce, tanto respecto de los padres como de los hijos, los mismos efectos que el divorcio con la diferencia de que aquella no produce la disolución del vínculo matrimonial, pues así lo especifica la ley.

La reconciliación de los cónyuges deja sin efecto la sentencia, sin miramiento a que esté o no ejecutoriada. Además pone fin al juicio en separación, suponiendo que no estuviere concluido.

2.1.9. EN NICARAGUA

Al contrario que en el divorcio, la separación de cuerpos no disuelve en modo alguno el vínculo, como en el resto de las legislaciones que hemos venido señalando.

Las causales son las mismas que pueden dar lugar al divorcio, pero se añade aquella relativa a la negativa de uno de los esposos a realizar el pago de la pensión alimenticia concedida al otro esposo por el juez, en su favor y a favor de los hijos comunes. La separación también puede concederse por mutuo consentimiento.

La separación de cuerpos, una vez obtenida judicialmente, puede convertirse en divorcio, después de un plazo de dos años a partir de la fecha de la sentencia de separación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.10. EN PANAMÁ

Esta materia está tratada en un título diferente del que trata la materia de divorcio. En principio, el matrimonio no queda disuelto: sólo quedan interrumpidos sus efectos. Aparte de esto, todos los efectos que produce el divorcio, también los produce la separación. Sin embargo, el Código de Panamá contiene una particularidad en relación con los otros códigos: admite la suspensión del deber de cohabitación entre los esposos, sin que esto lleve a un juicio de separación, lo que nos conduce directamente a hablar de las causales que dan lugar a la separación.

En principio, todas las causales de divorcio pueden servir de causales de separación, a elección de uno u otro camino por los esposos, excepto la enajenación mental, enfermedades contagiosas y otros casos semejantes, que sólo dan lugar a que cese el deber de cohabitación. Subrayemos también que si la embriaguez habitual es una causal común para el divorcio y la separación, no sucede igual con el abuso habitual de estupefacientes, siendo esta última una causal aplicable solamente a la separación de cuerpos.

2.1.11. EN PARAGUAY.

Los esposos pueden, cualquiera que sea el país donde celebraron su matrimonio, separarse judicialmente de cuerpos por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, después de transcurridos dos años de vida marital.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La separación de cuerpos podrá ser demandada por cualquiera de los cónyuges por las siguientes causas:

1. El adulterio.
2. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, y el homicidio frustrado, sea como autor o como cómplice.
3. La conducta deshonrosa o inmoral de uno de los cónyuges, o su incitación al otro al adulterio, la prostitución, u otros vicios y delitos.
4. La sevicia, los malos tratamientos y las injurias graves.
5. El abandono voluntario y malicioso. Incurre también en abandono el cónyuge que faltare a los deberes de asistencia para con el otro o con sus hijos, o que, condenado a prestar alimentos, se hallare en mora por más de dos meses consecutivos sin justa causa.
6. El estado habitual de embriaguez o el uso reiterado de drogas estupefacientes, cuando hicieren insoportable la vida conyugal.

En Paraguay, el divorcio sólo produce la separación personal de los esposos, y jamás la disolución del vínculo matrimonial, que sólo se produce por la muerte de uno de los cónyuges. A cada uno de los esposos corresponde el derecho de elegir y fijar su propia residencia, sin limitación alguna. El marido culpable está obligado a pagar una pensión a su mujer, siempre que ésta no disponga de los medios suficientes. Los hijos menores de cinco años son confiados a la madre. Pasada esa edad corresponderá al juez decidir a cuál de los padres deben ser confiados. Sin considerara la culpabilidad del causante de la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

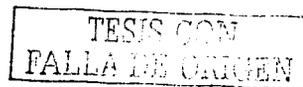
separación, el Código impone a los dos esposos la obligación de contribuir a los gastos de mantenimiento y educación de los hijos.

Los cónyuges podrán de común acuerdo, hacer cesar los efectos de la sentencia de separación con una expresa declaración al juez, o con el hecho de cohabitación. En ningún caso la reconciliación perjudicará los derechos adquiridos por terceros durante la separación o antes de ella.

2.1.12. EN PERÚ

Existe en Perú una distinción muy neta entre la separación de cuerpos y de bienes, propiamente dicha, y la simple separación. La primera de ellas, es bastante semejante a la que encontramos en otros códigos latinoamericanos, pero se permite también la existencia entre los cónyuges de una situación que se podría calificar de intermedia y que consiste en la interrupción de la vida conyugal, subsistiendo todas las obligaciones conyugales. Esto se halla permitido en caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, y sin necesidad de obtener una sentencia de separación de cuerpos propiamente dicha, quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales.

Las causales son las mismas que las previstas para el divorcio; sólo hay una pequeña diferencia en lo concerniente al plazo fijado en materia de separación por consentimiento mutuo: el matrimonio debe haber durado dos años.

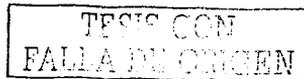


Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.⁵⁰
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8. La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración de matrimonio.⁵¹

⁵⁰ Inciso según la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del D. Leg. No 768 - Código Procesal Civil-, aprobado por R.M. No 010-93-JUS del 08/01/93.

⁵¹ Inciso según la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del D. Leg. No 768 - Código Procesal Civil-, aprobado por R.M. No 010-93-JUS del 08/01/93.



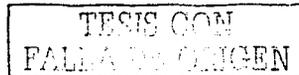
Entre los efectos encontramos que cesa el deber de cohabitación, así como el de la fidelidad conyugal, y se disuelve la sociedad conyugal de comunidad. En todo lo concerniente a la pensión de los esposos y a la guarda y custodia de los hijos, se aplican en materia de separación las mismas reglas que en materia de divorcio. Por ejemplo, si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

Cesan los efectos de la separación por la reconciliación de los cónyuges. Si la reconciliación se produce durante el juicio, el juez manda cortar el proceso. Si ocurriere después de la sentencia ejecutoriada, los cónyuges lo harán presente al juez dentro del mismo proceso. Tanto la sentencia como la reconciliación producida después de ella se inscriben en el registro personal.

Reconciliados los cónyuges, puede demandarse nuevamente la separación sólo por causas nuevas o recién sabidas. En este juicio no se invocarán los hechos perdonados, sino en cuanto contribuyan a que el juez aprecie el valor de dichas causas.

2.1.13. EN URUGUAY

La figura de separación de cuerpos está íntimamente vinculada con el divorcio: las causales de separación se han convertido al mismo tiempo en causales de divorcio.



La separación de cuerpos sólo puede tener lugar :

1. Por el adulterio de cualquiera de los cónyuges.
2. Por la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, pronunciada la sentencia criminal condenatoria.
3. Por sevicias o injurias graves del uno respecto del otro. Estas causales serán apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación y condición de cónyuge agraviado.
4. Por la propuesta del marido para prostituir a la mujer.
5. Por el conato del marido o el de la mujer para prostituir a sus hijos y por la connivencia en la prostitución de aquellos.
6. Cuando hay entre los cónyuges riñas y disputas continuas, que les hagan insoportable la vida común.
7. Por la condenación de uno de los esposos a pena de penitenciaría por más de diez años.
8. Por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años.
9. Por la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado.
10. Por la incapacidad de cualquiera de los cónyuges cuando haya sido declarada por enfermedad mental permanente e irreversible y siempre que se cumplan los siguientes requisitos :
 - Que haya quedado ejecutoriada la sentencia que declaró la incapacidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Que, a juicio del Juez, apoyado en dictamen pericial, la enfermedad mental sea de tal naturaleza que racionalmente no pueda esperarse el restablecimiento de la comunidad espiritual y material propia del estado de matrimonio.

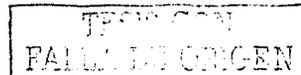
Salvo motivo grave, a juicio del Juez, los hijos que tengan menos de cinco años serán confiados a la madre. En cuanto a los que tengan más de cinco años, el Juez proveerá contemplando las razones que expusieran los padres y la opinión del Fiscal. Por la separación de cuerpos se disuelve la sociedad legal de bienes.

Aquí también aplica la conversión de la separación en juicio de divorcio, por lo que cualquiera de los cónyuges puede demandar al juez esta conversión siempre y cuando hayan transcurrido tres años desde la sentencia de separación de cuerpos.

2.1.14. EN VENEZUELA

En esta legislación, también aplican las causales de divorcio para la separación de cuerpos, añadiendo el consentimiento mutuo.

Se exige un plazo de dos años para convertir la separación de cuerpos en divorcio.



En el caso de separación por consentimiento mutuo, los efectos están determinados por el convenio de las partes. En todos los demás casos, los efectos se reducen a la suspensión de la vida en común de los esposos, y con relación a los bienes, aunque no sea automática la separación de bienes, uno u otro de los esposos la puede solicitar. Con el fin de proteger derecho de los terceros, establece la ley que cuando la separación de bienes ha seguido a la separación de cuerpos por consentimiento mutuo, la primera no producirá efectos respecto a terceros hasta después de tres meses desde su inscripción en un registro especial: *"En todo caso de separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación de bienes, pero, si aquélla fuere por mutuo consentimiento, la separación de bienes no producirá efectos contra terceros, sino después de tres meses de protocolizada la declaratoria en la Oficina Subalterna de Registro del domicilio conyugal"*.

La guarda de los hijos menores de siete años será ejercida por la madre, salvo que por graves motivos, el Juez competente tome otra providencia. El cónyuge a quien no se ha atribuido la guarda, conserva las demás facultades inherentes a la patria potestad y las ejercerá conjuntamente con el otro. El Juez determinará, en la sentencia definitiva el régimen de visitas para el progenitor a quien no se haya atribuido la guarda o la patria potestad, así como también el monto de la pensión alimentaria que el mismo progenitor deberá suministrar a los menores y hará asegurar su pago con las medidas que estime convenientes entre las previstas por la Ley.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La reconciliación quita el derecho de solicitar el divorcio o la separación de cuerpos por toda causa anterior a ella. Si ocurriere en cualquier estado del juicio, pondrá término a éste; si ocurriere después de la sentencia dictada en la separación de cuerpos, dejará sin efectos la ejecutoria; pero en uno y otro caso, los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del Tribunal que conozca o haya conocido de la causa, para los efectos legales.

2.2. EN ESPAÑA

El Código Civil español contiene una regulación muy exhaustiva en lo que a separación de cónyuges se refiere. A continuación citaremos algunas de las que considero son las disposiciones más relevantes conforme las cuales opera esta figura en la legislación española.

En primer lugar, encontramos que la separación puede ser voluntaria o con causa determinada, por lo que se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

- A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación.
- A petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo anterior, debemos establecer que son causas de separación:

1. El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.
2. Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.
3. La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.
4. El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.
5. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá, libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.
6. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.
7. Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3., 4. y 5. del artículo 86, que son las siguientes:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- a. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:
 - i. Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.
 - ii. Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.
- b. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.
- c. La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta de convenio regulador de sus efectos.

La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas con relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

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

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

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
- La edad y estado de salud.
- La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- La dedicación pasada y futura a la familia.
- La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:⁵²

⁵²Este artículo está redactado conforme a la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, BOE de 11 de diciembre de 2002 núm. 296, pp.42999-43000

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- a. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.
- b. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.
- c. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez. Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:
 1. Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial
 2. Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
 3. Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- d. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.
- e. Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las "litis expensas", establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.
- f. Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.
- g. Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

Por último, cabe destacar que no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores.

2.3. EN EL DERECHO CANÓNICO

Existe la posibilidad en el derecho canónico de que se dé la separación de los cónyuges, sin que desaparezca el vínculo que los une.⁵³

La situación que se produce con éste fenómeno es, como la que produce la nulidad, muy delicada, sobre todo por lo que hace a la fidelidad que se deben las personas que en la misma se colocan, por lo que en el caso previsto debe actuarse con cautela.

Como con frecuencia la separación de los cónyuges tiene origen en el adulterio, el canon 1152 recomienda encarecidamente que el cónyuge, movido por la caridad cristiana y teniendo presente el bien de la familia, no niegue el perdón a la parte adúltera, ni interrumpa la vida matrimonial; pero no le priva del derecho de romper la convivencia conyugal *"a no ser que hubiera consentido en el adulterio, o hubiera sido causa del mismo, o él también hubiera sido adúltero"*.

⁵³ Rodríguez Mejía, Gregorio. *Matrimonio. Aspectos Generales en el Derecho Civil y en el Canónico*. Revista de Derecho Privado. Instituto Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Nueva Época, Año I, Número 3, Septiembre-Diciembre 2002.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Según el mismo canon, se presume el perdón, si en el lapso de seis meses el cónyuge inocente prosigue espontáneamente en el trato marital, *"sin recurrir, a la autoridad eclesiástica o civil"*.

Agrega el canon 1153 que *"si uno de los cónyuges pone en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole, o de otro modo hace demasiado dura la vida en común, proporciona al otro un motivo legítimo para separarse"* con autorización del ordinario del lugar y, si la demora implica un peligro, también por autoridad propia.

Termina el canon diciendo *"Al cesar la causa de la separación, se ha de restablecer siempre la convivencia conyugal a no ser que la autoridad eclesiástica determine otra cosa"*.

La separación de los cónyuges en la forma expuesta, parece que constituye una solución a medias de los problemas entre casados, dejando abierta la puerta para la reconciliación de los mismos. Probablemente, las causas de esta separación sean transitorias y mediante el arrepentimiento y corrección del culpable, la vida conyugal pueda reanudarse con éxito, lo que redundará en beneficio, especialmente de los hijos.

En este caso, como antes se expresó, se recomienda prudencia a los cónyuges, porque el lapso de separación representa libertad de ambos, y tal vez lo que pudiera ser una medida transitoria y fácil de ponerle fin, se convierta en

TESIS CON
FALLA EN ORIGEN

absoluta causa de nulidad del vínculo (en el derecho civil) o de divorcio, extremos que por interés, especialmente de los hijos, deben evitarse.

No se olvide que esta separación autorizada de los cónyuges no implica la ruptura legal del vínculo matrimonial, lo que coloca a los esposos en circunstancia anómala, para su conducta social.

No dudamos que haya consortes separados honestos, pero no podemos dejar de pensar en las consecuencias que tal separación trae aparejadas.

ESTA TESIS NO SE
DE LA BIBLIOTECA

TESIS CON
FOLIO DE ORIGEN

CAPÍTULO III

MARCO LEGISLATIVO ACTUAL SOBRE LA SEPARACIÓN DE PERSONAS EN MÉXICO

3.1. CONCEPTO DE SEPARACIÓN DE PERSONAS

Doctrinalmente, ha sido definida como "el estado de dos esposos, que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vivir juntos".⁵⁴

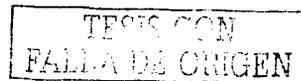
Otra definición la da Bonnecase,⁵⁵ y es la siguiente:

"Se designa por separación de cuerpos el derecho reconocido a los dos esposos, por sentencia judicial, para no hacer vida en común"

Nuestro actual código no define este concepto, ni prevé o reglamenta la simple separación conyugal, y la Suprema Corte de Justicia ha tenido que intervenir para autorizar a un cónyuge a separarse del otro y dejar el hogar conyugal cuando se ve gravemente amenazada su vida, su integridad personal, su salud, su dignidad o algún otro bien fundamental sin incurrir en la causal de divorcio de abandono de hogar. Notemos que, si la cohabitación de los cónyuges

⁵⁴ Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. Pag. 606.

⁵⁵ Bonnecase, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo I. Ed. Harla, México, 1997.



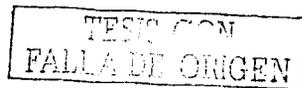
se ha vuelto imposible, por causas muy graves podrá uno de los consortes solicitar a la autoridad judicial la separación temporal de cuerpos, sin tener que acudir por fuerza al juicio de divorcio.⁵⁶

Muchas veces el cónyuge que desea separarse tiene que acudir a argucias basándose en los artículos 205, 206 y siguientes del Código Civil. Frecuentemente en la práctica forense se obtiene del juez la separación conyugal en esa forma indirecta y luego se promueve un juicio por causas si se quiere muy fútiles para hacer perdurar la separación inicial.⁵⁷

A continuación, estudiaremos todos los supuestos de separación que encontramos en nuestra legislación actual, tanto sustantiva como adjetiva, y haremos mención también a las facultades especiales que tienen los jueces en materia familiar, por considerar que es una parte muy importante para entender cómo operan los sistemas que el Estado ha establecido para preservar a la familia y regular las relaciones en las que ésta interviene.

⁵⁶ Ibarrola, Antonio de. *Derecho de Familia*. Ed. Porrúa, 4ª ed. México, 1993. Pag. 318.

⁵⁷ *Ibidem*.



3.2. SUPUESTOS DE LA SEPARACIÓN DE CÓNYUGES EN LA LEGISLACIÓN CIVIL MEXICANA

De acuerdo al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, existen dos momentos procedimentales en que los cónyuges pueden solicitar la separación del domicilio conyugal, que serán expuestos a continuación.

3.2.1. COMO ACTO PREJUDICIAL

La Controversia de Orden Familiar se limita por disposición de la ley a la sustanciación de cuestiones relativas a alimentos, calificación de impedimentos de matrimonio, diferencias que surgen entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y, en general, todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial (artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles).⁵⁸ Entre tales conflictos, figura la separación de cónyuges como acto prejudicial.

En este sentido, la separación de personas como acto prejudicial se presenta cuando uno de los cónyuges pretende demandar, denunciar o querellarse contra el otro. Es una medida que tiene por objeto preservar los principios que regulan la institución social de la familia para cuya conservación se

⁵⁸ Bejarano Sánchez, Manuel. *La Controversia del Orden Familiar. Tesis Discrepantes*. Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. Tribunal Superior de Justicia. México, 1997. Pag. 80.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hace necesario mantener separados a los cónyuges a partir de la fecha de presentación de la solicitud respectiva y hasta la fecha en que el juez deje sin efecto la providencia decretada ante la falta de presentación de la demanda, denuncia o querrela, o bien, hasta la conclusión del juicio correspondiente. Su finalidad radica en evitar las consecuencias dañinas que derivarían de la cohabitación de quienes se ven en la necesidad de acudir a un procedimiento judicial para ventilar las diferencias surgidas durante su matrimonio, o para dar noticia de la comisión de un delito por su cónyuge, consecuencias que significarían alterar las condiciones personales y familiares en que está planteado el conflicto, como las que podrían causar una lesión aún mayor a la integridad física y/o moral de los propios cónyuges y de los demás miembros del núcleo familiar, ya expuestos a una situación de riesgo por la sola presentación de la providencia.

La forma en que esta separación debe tramitarse, se encuentra actualmente contemplada en los artículos 205 al 217, que cito a continuación:

Art. 205. El que intente demandar o denunciar o querrellarse contra su cónyuge, puede solicitar su separación al juez de lo familiar.

Esta separación puede invocarse como acto previo al juicio de divorcio necesario, pérdida de patria potestad u otro asunto similar, ya que el precepto no es limitativo. Así se establece en la siguiente tesis:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SEPARACIÓN DE PERSONAS COMO MEDIO PREPARATORIO DE JUICIO. NO ES EXCLUSIVA DE LOS ASUNTOS DE DIVORCIO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).

La separación de personas no es indefinida ni permanente porque sólo se trata de una diligencia que se lleva a cabo para preparar debidamente un juicio y su vigencia se limita a la tramitación de éste, lo que tiene una explicación lógico jurídica, pues plantear una demanda contra un ciudadano cualquiera que sea su naturaleza, implica gastos, molestias, angustias y disgustos; y, con cuanta mayor razón se causa inestabilidad e intranquilidad, si es el cónyuge el que demanda, o sea, la persona con la que aquél lleva vida en común, que habita la misma casa, con quien se comparten los espacios íntimos y personales, de tal forma que el legislador a través de ese acto preparatorio especial, quiso garantizar la integridad de la persona que demanda, ante la eventual reacción que pudiera tener la demandada, derivada de recibir una reclamación en su contra, planteada por su propio cónyuge. Además porque el legislador no hace distinción alguna sobre los casos en los que se puede conceder la separación de persona, toda vez que el texto del artículo 221 del enjuiciamiento civil del estado, indica que cuando alguno de los cónyuges intente demanda o querrela contra el otro, si viven juntos, pueden solicitar su separación al juez, y si el legislador no distingue es obvio que no le es permitido a su intérprete hacerlo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 590/91. Raúl González Anaya. 5 de diciembre de 1991. Mayoría de votos de Jorge Figueroa Cacho y María de los Angeles E. Chavira Martínez, contra el voto de Carlos Hidalgo Riestra. Ponente: María de los Angeles E. Chavira Martínez. Secretaria: Martha Muro Arellano.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo IX-Mayo. Tesis: Página: 539. Tesis Aislada.

Art. 206. Sólo los jueces de lo familiar pueden decretar la separación de que habla el artículo anterior, a no ser que por circunstancias especiales no pueda ocurrirse al juez competente, pues entonces el juez del lugar podrá decretar la separación provisionalmente, remitiendo las diligencias al competente.

Art. 207. La solicitud puede ser escrita o verbal, en la que se señalarán las causas en que se funda, el domicilio para su habitación, la existencia de hijos menores y las demás circunstancias del caso.

Art. 208. El juez podrá practicar las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución. En el caso de

TESIS CON
FALLA DE OMBEN

violencia familiar tomará en cuenta los dictámenes, informes y opiniones que hubieren realizado las instituciones públicas o privadas dedicadas a atender asuntos de ésta índole.⁵⁹

En opinión de Chávez Asencio,⁶⁰ esta reforma es confusa, pues se pregunta: ¿El juez está obligado a requerir estos dictámenes, informes u opiniones? ¿Podrá dictar resolución sin tener a la vista estos documentos? Estima que la interpretación deberá ser en el sentido de que el tribunal debe resolver, existan o no esos informes, dictámenes u opiniones, pues se trata de medidas de emergencia, que no admiten demora, pues se trata de la integridad de alguno de los consortes. Además, se observa que se dice que el juez "tomará en cuenta", que significa lo que haya, lo que se tenga, y no le previene obtener esa información.

Art. 209. *Presentada la solicitud, el sin más trámite, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, resolverá sobre su procedencia y si la concediere, dictará las disposiciones pertinentes para que se efectúe materialmente la separación atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular.*

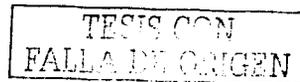
Art. 210. *El juez podrá variar las disposiciones decretadas cuando exista causa justificada que lo amerite o en vista de lo que los cónyuges, de común acuerdo o individualmente lo soliciten, si lo estima pertinente según las circunstancias del caso.*

Art. 211. *En la resolución se señalará el término de que dispondrá el solicitante para presentar la demanda o la acusación,*

⁵⁹ Texto antes de las reformas del 30 de diciembre de 1997.

⁶⁰ Art. 208. El juez podrá, si lo estima conveniente, practicar las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución.

⁶⁰ Chávez Asencio y Julio A. Hernández Barros. *La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana*. Ed. Porrúa, 2ª ed. México, 2000. Pag. 46.



que podrá ser hasta de quince días hábiles contados a partir del día siguiente de efectuada la separación. A juicio del juez podrá concederse por una sola vez una prórroga por igual término.

El artículo anterior deja ver que esta medida que autoriza la separación, es de carácter estrictamente transitorio o provisional hasta que quede convalidada con lo dispuesto en el artículo 215.

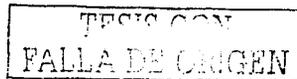
Art. 212. *En la misma resolución ordenará la notificación al otro cónyuge, previniéndole que se abstenga de impedir la separación o causar molestas a su cónyuge bajo apercibimiento de proceder en su contra en los términos a que hubiera lugar.*

El juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, decretará quién de los cónyuges permanecerá en el domicilio conyugal.

Art. 213. *El juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en los artículos 303 y 311 Quáter del Código Civil, las propuestas de los cónyuges, si las hubiere, y lo dispuesto en las fracciones V y VI del artículo 282, del mismo Código Civil.⁶¹*

⁶¹ Texto antes de las reformas del 1 de junio de 2000.

Art. 213. El juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias especiales del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el artículo 165 del Código Civil, las propuestas de los cónyuges, si las hubiere, y lo dispuesto por la fracción IV del artículo 282 del mismo Código Civil.



Art. 214. *La inconformidad de alguno de los cónyuges sobre la resolución o disposición decretada, se deberá hacer por medio de un incidente, cuya resolución no admitirá recurso alguno.*⁶²

Art. 215. *Si al vencimiento del plazo concedido no se acredita al juez que se ha presentado la demanda, la denuncia o la querrela, cesarán los efectos de la separación, quedando obligado el cónyuge a regresar al domicilio conyugal dentro de las veinticuatro horas siguientes.*

Art. 216. *Los derechos contemplados en el presente capítulo, también podrán ejercerlos la concubina y el concubinario, cuando tengan un domicilio común con las características del domicilio conyugal a que se refiere el Código Civil.*⁶³

Al respecto de este artículo, cabe hacer el siguiente comentario: los concubinarios, aún cuando tengan un domicilio común tal y como se menciona en el artículo que antecede, tienen la facultad de separarse sin necesidad de autorización alguna, por ser el concubinato el reconocimiento a una situación de hecho. Por ello, es extraño que se les otorgue este derecho. Sin embargo, parece conveniente en el supuesto que alguno de ellos, especialmente el concubinario, impida de hecho la separación de su concubina y esté generando actos de violencia, porque al invocar este artículo, el juez puede acudir en su auxilio y dictar las "disposiciones pertinentes para que se efectúe materialmente la separación atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular".⁶⁴

⁶² Texto antes de las reformas del 24 de mayo de 1996.

Art. 214. La inconformidad de alguno de los cónyuges sobre la resolución o disposiciones decretadas se tramitará en los términos del artículo 942 sin ulterior recurso.

⁶³ Texto antes de las reformas del 30 de diciembre de 1997.

Art. 216. El cónyuge que se separó tendrá en todo tiempo el derecho de volver al domicilio conyugal.

⁶⁴ Chávez Asencio y Julio A. Hernández Barros. Op. cit. Pag. 46.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Art. 217. *Si el juez que decretó la separación no fuere el que deba conocer del negocio principal, remitirá las diligencias practicadas al que fuere competente, quien confirmará, en su caso, la decisión dictada con motivo de la separación, siguiendo el juicio su curso legal.*

Por último, consideramos que es importante hacer mención de la antigua disposición contenida en el artículo 268 del Código Civil, que constituye otro supuesto de autorización judicial para relevar a los cónyuges de la obligación de vivir juntos, pero que fue derogado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 25 de mayo de 2000.

El artículo citado establecía lo siguiente:

Art. 268. *Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad de matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante esos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.*

Cabe hacer dos consideraciones al respecto de esta disposición:

1. La prohibición que hace el legislador para demandar nuevamente hasta que transcurra un plazo de tres meses de la notificación de la sentencia o del auto de desistimiento. Consideramos que esto es motivado a evitar la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

violación de garantías individuales del demandado al privarle de la oportunidad de interponer apelación extraordinaria, toda vez que de ser ésta procedente, será admisible precisamente en un término de tres meses a partir de la última notificación de la sentencia definitiva.

2. El legislador, al considerar que el cónyuge que no acreditó su acción o que se desistió de su demanda de divorcio o nulidad, volverá a intentar demandar, realiza una analogía con el artículo 205 antes citado y por ello, de antemano le autoriza a no regresar al domicilio conyugal como una manera de continuar la protección de su integridad física o moral, que continúa en riesgo con motivo de la presentación de la futura demanda.

3.2.2. COMO MEDIDA PROVISIONAL DURANTE EL JUICIO PRINCIPAL DE DIVORCIO

La separación de los cónyuges, como medida provisional durante el juicio de divorcio se encuentra regulada en el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

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

Así también, dentro del procedimiento de divorcio voluntario, establece la legislación civil sustantiva que mientras éste se decreta, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273.⁶⁵

Aún y cuando es cierto que el artículo 282 autoriza la separación de cónyuges, ello no quiere decir que sea la determinación judicial la que venga a crear la posibilidad de separación de los cónyuges y que si el acuerdo del juez no existe, les sea judicialmente imposible separarse, pues la finalidad de dicho precepto no es crear un derecho de separación a favor de los esposos, que los faculte a vivir separados, sino reconocer la situación que se presenta, cuando el desacuerdo entre ellos ha llegado a tal grado de incompatibilidad, que los ha

⁶⁵ Disposición contenida en el artículo 275 del Código Civil para el Distrito Federal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

llevado a buscar una separación definitiva mediante el divorcio, que lógicamente tiende a agravarse cuando uno de ellos ha presentado la demanda.

Mediante esa medida, lo que pretendió el legislador fue evitar los mayores males que pudieran ocasionarse los cónyuges con motivo del trato diario que los ha predispuesto, impidiendo que uno de ellos tenga intención de retener a su lado al otro o que contra su voluntad quiera permanecer a su lado.

3.2.3. COMO DIVORCIO NO VINCULAR

Ya quedó mencionado que además del divorcio en cuanto al vínculo, existe la forma moderada de la separación en cuanto al lecho y la habitación contemplada por el Código Civil para el Distrito Federal, que en efecto requiere la intervención judicial, siendo la única disposición de su tipo, contenida en el artículo 277 que a la letra dice:

Art. 277. El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Las causales a que hace referencia el citado artículo, son las siguientes:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Art. 267. Son causales de divorcio:

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

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

Esta separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, sino que únicamente dispensa a los cónyuges del deber de cohabitación. Se requiere la intervención judicial para tramitarlo, y produce como consecuencia la autorización de la vida separada de los consortes, quienes son relevados de la obligación de prestarse el débito conyugal.

La causa que da lugar al divorcio no vincular no entraña la aplicación de sanciones en contra del cónyuge enfermo. El marido y la mujer conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de ambos, si es que hubiere alguno todavía sujeto a la misma.

Tampoco disuelve la sociedad conyugal; el cónyuge enfermo podrá seguir administrando, si antes de la declaración de sentencia tenía la administración de los bienes, sea individualmente o conjuntamente; excepto si fue declarada su interdicción vía judicial, de tal forma que sea el cónyuges sano quien se encargue de la administración.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El efecto principal de la sentencia que decreta la separación de cuerpos, reside en la desaparición del domicilio conyugal.

Los cónyuges separados deben seguir comportándose de tal forma que cumplan con todos los otros deberes y obligaciones que no se excluyan por razón de la enfermedad, impotencia o enajenación, y cualquier violación a ellos, si se incurre en alguna de las causas de divorcio, podría originar un juicio de divorcio con el cual quedaría terminado el vínculo conyugal. Por ejemplo, si alguno de los cónyuges autorizados judicialmente para vivir separados viola el deber de fidelidad, este acto constituye adulterio.⁶⁶

De esta modalidad de divorcio, cabe decir.⁶⁷

1. Que hasta la fecha en que el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista expidió la Ley de Relaciones Familiares, dicha separación era la única forma tradicional del divorcio.
2. Las causas en que puede fundarse están enunciadas de manera limitativa en la ley, en los artículos citados previamente, destacando que existen enfermedades incurables no contagiosas que también hacen la vida imposible al otro cónyuge sano mentalmente, tal como la psicosis o algunos casos de histeria, que el legislador no consideró.

⁶⁶ Chávez Asencio, Manuel. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales*. Ed. Porrúa. 2ª ed. México, 1990. pag. 459.

⁶⁷ Pallares, Eduardo. Op. cit. Pag. 59.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3. La prueba de que las enfermedades que menciona el artículo 267 sean incurables, contagiosas o hereditarias, es la pericial, pero puede suceder que haya discrepancia en los dictámenes de los peritos, porque científicamente no esté demostrado que el mal que padezca uno de los cónyuges tenga esas características, en cuyo caso se presenta el problema de si el juez deberá o no autorizar, ya sea el divorcio en cuanto al vínculo o la simple separación de los consortes. Hay que tener en cuenta para resolver esta dificultad, las leyes reguladoras de la prueba pericial, según las cuales está sujeta al arbitrio razonable del juzgador. Por tanto, si el juez se adhiere al dictamen del perito que afirma que la enfermedad es incurable, contagiosa o hereditaria, deberá decretar la separación.

3.2.4. SEPARACIÓN DE MENORES

Con la finalidad de entender ampliamente el concepto de la separación y su regulación en la legislación de nuestro país, expondré brevemente la situación de los menores ante la separación, y en qué supuestos un menor debe ser separado.

La separación de menores se puede dar en diversas situaciones: dentro de las medidas provisionales, o por otros acontecimientos.

El artículo 207 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, previene que en la solicitud se debe mencionar la "existencia de hijos" si los hay. Debe el juez, por lo tanto, decidir con quién quedan los hijos en custodia,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

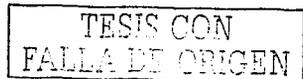
y tomar las medidas pertinentes. El juez determinará la situación de ellos, tomando en cuenta los elementos que se señalan en el numeral 213 del código adjetivo, pero como se trata de medidas provisionales para el divorcio, el artículo 282 del Código Civil nos indica que el cónyuge que pida el divorcio, en este caso de separación, y en ausencia de un acuerdo entre ambos cónyuges, propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, pudiendo ser uno de ellos; se agrega que los menores de 12 años quedarán bajo el cuidado de la madre, si no hay grave inconveniente para su desarrollo. Consecuentemente, el juzgador debe armonizar ambas disposiciones.⁶⁸

Además, pueden presentarse otros conflictos que hagan necesaria la separación de menores, tales como el maltrato que reciban de los padres o tutores, o por malos ejemplos, o que sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes, en cuyo supuesto se tramitará en jurisdicción voluntaria, bajo la forma incidental.⁶⁹

En caso de violencia intrafamiliar, se tomarán las medidas para "la protección de los menores" dentro de las cuales está la separación de cualquier familiar que habite en el mismo techo (art. 942 C.P.C. y 323 ter C.C.), y en general, ante cualquier situación grave en contra del menor, con apego a las disposiciones del capítulo de las controversias del orden familiar.

⁶⁸ Chávez Asencio y Julio A. Hernández Barros. Op. cit. Pag. 48.

⁶⁹ Disposición contenida en el artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.



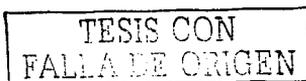
Como se trata de menores, éstos deberán ser confiados a otra persona. Ésta puede ser, en la relación paterno-filial, el otro progenitor o los abuelos; en caso de imposibilidad, siguiendo lo previsto por el artículo 904 fracción III inciso a) del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que se estima aplicable por analogía por tratarse de tutor interino, es decir, temporal, se confiará el menor a "persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a los que sean parientes o amigos del menor o de sus padres". Cuando la separación sea permanente, y no hay quien ejerza la patria potestad, se nombrará tutor.⁷⁰

Por último, puede pedir la separación: el propio menor que hubiere cumplido la edad de 14 o 16 años, que son las edades previstas en la ley para que el menor pueda actuar; el otro progenitor, los abuelos, los hermanos, el Ministerio Público, y , en general, cualquier persona que lo ponga en conocimiento del juez, quien, como veremos más adelante, puede actuar de oficio.

3.3. JURISPRUDENCIA

Resulta interesante hacer mención de lo que nuestros Tribunales Federales han determinado al respecto de la separación de cónyuges.

⁷⁰ Chávez Asencio y Julio A. Hernández Barros. Op. cit. Pag. 48.



Enumeramos así las siguientes tesis que a nuestro parecer son de importancia en el tema:

DIVORCIO. ABANDONO DE HOGAR. ACUERDO DE SEPARACIÓN.

Tanto en el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada por más de seis meses, como cuando la causal se funda en la separación justificada por más de un año, en ambas situaciones, si la separación fue motivada por acuerdo mutuo entre los cónyuges para vivir separados y posteriormente no se ha requerido al culpable para reintegrarse al domicilio conyugal, no existe abandono de hogar y ninguna de las dos causales puede configurarse.

207

Sexta Época:

Amparo directo 4189/55. Ofelia Torres Munguía de Aquino y coag. 4 de octubre de 1956. Cinco votos.
 Amparo directo 2219/56. Lorenzo Leyva. 18 de octubre de 1956. Cinco votos.
 Amparo directo 4135/56. María Refugio Viramontes. 5 de diciembre de 1957. Cinco votos.
 Amparo directo 4422/60. Florentina Ruiz de Ruiz. 23 de agosto de 1961. Unanimidad de cuatro votos.
 Amparo directo 6065/60. Esbaide Adem de Bennet. 16 de noviembre de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Sexta Época. Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 207 Página: 142. Tesis de Jurisprudencia.

Esta Jurisprudencia es especialmente interesante, pues autoriza un convenio de separación entre los cónyuges, sin necesidad de llegar al divorcio. Puede sostenerse que, sin necesidad de una resolución judicial previa, uno de los cónyuges, aún sin presentar la demanda de divorcio, cuando existe causa grave y justificada, se separare unilateralmente del otro cónyuge, sin incurrir por ello en causa de divorcio, y asimismo, pueden también ambos cónyuges, aunque no exista resolución judicial previa, convenir en vivir separados por un tiempo o indefinidamente, cuando después del matrimonio se ha hecho irremediabilmente imposible la vida en común, sin que esta clase de convenio sea ilegal o, lo que es

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

más, sin que la ejecución del mismo pueda servir de pretexto para invocarla por sí sola por uno de los cónyuges como una causal de divorcio.

Estos acuerdos fueron considerados anteriormente como contrarios a las leyes o los naturales fines del matrimonio, y por tanto nulos y sin ningún valor, por contradecir al artículo 182 del Código Civil⁷¹, no dejando a los cónyuges más posibilidades que la vida en común o el divorcio. Con base en esta Jurisprudencia, puede admitirse la legalidad de un acuerdo de separación, que sin romper el vínculo matrimonial, autorice a los cónyuges a vivir separados, sin que se origine una causal de divorcio.⁷²

DIVORCIO. JUSTIFICACIÓN DE LA SEPARACIÓN DEL HOGAR CONYUGAL.

Es inexacto que la separación del hogar conyugal sólo se justifica si se motiva por hechos que configuren alguna causal de divorcio prevista por el artículo 225 del Código Civil de San Luis Potosí, pues no lo prevé así la ley. La separación por más de seis meses se justifica, cuando concurren circunstancias que demuestren que el abandono no aconteció por la libre voluntad del cónyuge, sino impellido por la necesidad de salvaguardar sus valores fundamentales, como pueden ser su vida, su integridad física o su libertad personal; como acontece en el caso de que su cónyuge le denuncie por la comisión de un delito, en que el cónyuge acusado se ve obligado a separarse del hogar, para impedir ser privado de su libertad, derecho fundamental del ser humano.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

IX.2o.7 C

Amparo directo 215/96. María Luisa Rodríguez Medina, 29 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Torres Medina. Secretaria: Edwige Olvívia Rotunno de Santiago.

⁷¹ Recordemos que actualmente el artículo mencionado fue derogado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 25 de mayo de 2000.

⁷² Pacheco E. Alberto, Op. cit. Pág.168.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo IV, Septiembre de 1996. Tesis: IX.2o.7 C Página: 638. Tesis Aislada.

DIVORCIO, NO TODA SEPARACIÓN DEL HOGAR CONYUGAL CONSTITUYE CAUSAL DE.

Debe considerarse que la separación es justificada, cuando obedece a la necesidad de salvaguardar la integridad personal, la salud o la dignidad del cónyuge que realiza la separación, a pesar de que no ejercite la acción de divorcio, ya sea que derive de esas circunstancias, o que no promueva providencia alguna, cautelar o prejudicial, a fin de que se autorice la separación; el silencio o inactividad al respecto, no hace que se pierdan los derechos de defensa, porque si no cumple con las obligaciones inherentes al contrato de matrimonio, es por causa de fuerza mayor, habida cuenta que no está obligado a enfrentarse al peligro y, además, que la discreción para evitar el conocimiento de terceros, de los defectos del otro cónyuge, es también atendible para la justificación.

Amparo directo 3398/73. Domingo Escobedo. 31 de enero de 1975. Unanimidad de 5 votos. Relator: Enrique Martínez Ulloa.

Sexta Época. Cuarta Parte:

Volumen XX, pág. 121. Amparo directo 7877/57. Enriqueta Munive de Cervantes. 11 de febrero de 1959. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

NOTA:

Esta tesis también aparece en:

Sexta Época. Cuarta Parte:

Volumen CXXII, pág. 39. Amparo directo 5686/67. Alejo de la Rosa Verdines. 12 de junio de 1968. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís López.

Séptima Época. Cuarta Parte:

Volumen 33, pág. 24. Amparo directo 5909/70. Reynaldo Treviño Flores. 8 de septiembre de 1971. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela.

Volumen 63, pág. 24. Amparo directo 1119/73. Eduardo Nájera Grajeda. 27 de marzo de 1974. 5 votos. Ponente: Ernesto Solís López. (Apareció con el rubro: "DIVORCIO, SEPARACION DEL DOMICILIO CONYUGAL QUE NO CONSTITUYE CAUSAL DE.")

Apéndice 1917-1985. Novena Parte, Tercera Sala, tesis relacionada con jurisprudencia 198, pág. 303.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 73 Cuarta Parte. Tesis: Página: 95. Tesis Aislada.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Con esta tesis, se vislumbra la intención de nuestros Tribunales Federales de proteger a la institución de la familia mediante la separación, sin que por ello se encuadrara alguna causal de divorcio, dando una opción más a los cónyuges en desavenencia.

3.4. FACULTADES ESPECIALES DE LOS JUECES EN MATERIA FAMILIAR

En materia de familia, la doctrina en general reconoce que la misma es una institución de orden público, por ser la base de la sociedad. La desintegración de la familia será causa de la desintegración de la sociedad, así como de la pérdida de los valores éticos y morales, ya que los hijos se educan y forman en la familia. El origen natural de la familia es el matrimonio, no obstante que el legislador le reconozca determinados efectos al concubinato. En el matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la oportunidad de mejorar y perfeccionarse como persona, al cumplirse los fines primarios del mismo, principalmente la ayuda mutua.⁷³

Por ello, la doctrina y la legislación han considerado que las leyes en materia familiar deben de ser de orden público y de carácter irrenunciable, estableciéndose normas jurídicas imperativas que tienden a la tutela y conservación de la familia y a la protección de sus integrantes, principalmente tratándose de los menores hijos de la pareja.⁷⁴

⁷³ Torreblanca Senties, José Manuel, *Las Controversias de Orden Familiar*. Pag. 777.

⁷⁴ Idem. Pag. 778

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Autores como Rojina Villegas⁷⁵ coinciden en señalar que la intervención del Estado en los actos y casos que regula el Código Civil, no puede darle el carácter público a la relación jurídica, pues en el Derecho sólo tienen esa naturaleza aquellos vínculos que se crean directamente entre el particular y el Estado, figurando éste generalmente como sujeto pasivo de la relación.

El objeto del derecho de familia debe dirigirse a la preservación de la misma, a la protección de sus integrantes y de los menores e incapacitados, el derecho de alimentos, etc. que son bienes superiores, por lo cual su tutela no debe quedar confiada a normas permisivas o dispositivas o al capricho de las personas. En esta materia no debe tener aplicación el principio de la autonomía de la voluntad, de carácter eminentemente individualista.⁷⁶

Sin embargo, a menudo se aplican al Derecho Familiar principios jurídicos que fueron creados para regir el procedimiento civil patrimonial, con olvido de las normas especiales, privativas de las controversias familiares, figura por la cual se regula la separación de cónyuges. En esta materia donde se autoriza al juez de la causa a obrar discrecionalmente y aún de oficio, en beneficio de los menores y en toda cuestión de alimentos, la orientación de la Jurisprudencia no parece muy decidida a reconocerle tan amplias atribuciones.

⁷⁵ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil, Tomo I*. Ed. Porrúa 20ª ed. México, 1984. Pag. 255.

⁷⁶ Torreblanca Senties, José Manuel. Op. cit. Pag. 778.

Adicionalmente, en la problemática de la aplicación de la justicia familiar gravita el sentido de su interpretación, cuyas normas son con frecuencia desentrañadas en su estricta connotación literal, con desdén hacia la consideración del fin que persiguen, desentendiéndose de la *ratio iuris* de su creación, pues el desprecio al espíritu de la ley constituye igualmente otra de las causas de la insuficiente administración de la justicia familiar.

Por lo anterior, se hará un breve estudio relativo a las facultades que tienen los jueces en materia familiar para suplir la deficiencia de la queja de las partes que intervienen en este tipo de procedimientos, así como a las facultades para actuar de oficio, con la finalidad de hacer comprensible el porqué de la necesidad de aplicar esta serie de normas y principios a esta materia, que lo hacen distinta a los demás procedimientos de carácter civil.

3.4.1. FACULTAD DEL JUEZ PARA ACTUAR DE OFICIO

La aplicación de las normas de justicia familiar en México, ha estado matizada por la incertidumbre y la timidez. Por este motivo, la reforma del 26 de febrero de 1973 en donde se creó la vía de controversia de orden familiar fue claramente dirigida a una transformación radical de los cánones rectores de la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

justicia civil con el declarado propósito fundamental de proteger a la familia y a los menores.⁷⁷

El Juez de lo Familiar en materia de su competencia, debe de gozar de amplísimas facultades y atribuciones para desempeñar la función jurisdiccional, pudiendo rebasar los límites formales y rígidos que se imponen en el Proceso Dispositivo de contenido patrimonial.⁷⁸ Así, se eliminan formalidades excesivas o innecesarias, conservándose únicamente aquellas indispensables para respetar las Garantías Constitucionales de Seguridad Jurídica, eliminándose también cuestiones o incidentes que entorpezcan el curso natural del proceso.⁷⁹

Con la reforma publicada en el Diario Oficial del día 31 de diciembre de 1974, el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria

⁷⁷ Bejarano Sánchez, Manuel. Op. cit. Pag. 129

⁷⁸ El Doctor Ovalle Favela señala que el Derecho Procesal Publicístico se caracteriza porque en él, el Estado tiene una doble intervención a través de órganos distintos e independientes: como parte, ya sea actora o demandada, y como juzgador. En este sector se ubica el proceso penal, los procesos administrativos y constitucional (en los cuales el Estado puede ser parte demandada o autoridad responsable a través de un órgano) y los procesos familiares y del estado civil de las personas, en los que existe una tendencia a dar intervención a un órgano del Estado (el Ministerio Público, las UAVIF's, o la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, por ejemplo). En este sector se otorgan al juzgador mayores facultades para el impulso y dirección del proceso, así como para fijar el objeto del mismo.

⁷⁹ Torreblanca Senties, José Manuel Op. cit. Pag. 779

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

potestad a quien legalmente tenga derecho a ella, o designar tutor. En una palabra, el juez se convierte en rector de la vida familiar.⁸⁰

Señala Becerra Bautista⁸¹ que, desde el punto de vista sustancial, se trata de dar a los jueces atribuciones para intervenir en asuntos familiares, no sólo en la solución de los problemas, sino en la posibilidad de tomar medidas que tiendan a preservar a la familia y a sus miembros.

Es así como son los menores los que quedan ahora confiados a su cuidado y dependerá de esos funcionarios que se les proteja aún de padres que pueden explotarlos o pervertirlos.

Al respecto establece el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

Art. 941. El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, alimentos y cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar a la familia y proteger a sus miembros.

⁸⁰ Becerra Bautista, José. Op. cit. Pag. 445.

⁸¹ Idem. Pag. 549.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Actuar de oficio significa actuar sin instancia de parte. En materia civil es excepcional que el juez obre de oficio o tome a su cargo el impulso del proceso, por consiguiente, tampoco puede suplir la deficiencia de la queja.

Inversamente, el Juez de lo Familiar, que puede obrar de oficio, tiene el poder de sustituir una mala defensa, un mal planteamiento de derecho en salvaguarda del bien jurídico que la ley tutela, constituido por el bienestar y la seguridad de los menores y la satisfacción de las necesidades alimentarias de cualquier acreedor.⁸²

Es así como vemos que en materia civil, se aplica el principio dispositivo, ya que la acción procesal, tanto activa como pasiva, se encuentra encomendada a las partes. De acuerdo con este principio, a nadie puede obligársele a intentar y proseguir una acción en contra de su voluntad; a oponer excepciones o negar la demanda; a ofrecer pruebas; a interponer recursos, etc. Por su parte, el juzgado debe sentenciar según lo alegado y probado en autos; pero toda regla tiene sus excepciones y en este caso destacan las siguientes: el juzgador puede suplir los principios jurídicos y las normas legales aplicables al caso concreto, aún cuando las partes no lo hayan hecho en debida forma, puede ordenar la práctica de diligencias para mejor proveer; debe declararse incompetente cuando así proceda, debe examinar de oficio la personalidad de las partes, está facultado para rechazar la demanda cuando no reúne los requisitos legales, etc.

⁸² Bejarano Sánchez, Manuel. Op. cit. Pag. 164

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cambio, dentro de las controversias del orden familiar, se aplica predominantemente el principio inquisitivo, porque de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dichas controversias se consideran de orden público y se faculta al juzgador para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia.⁸³

Ovalle Favela establece claramente la distinción del juicio civil y familiar a partir del principio que orienta a cada proceso:

"a diferencia del proceso civil patrimonial o proceso civil en sentido estricto (regido por el principio dispositivo) el proceso sobre las relaciones familiares y el estado civil de las personas se encuentra orientado por el principio inquisitorio. En efecto, en el proceso familiar se han otorgado al juzgador, tomando en cuenta la trascendencia social de las relaciones familiares, mayores atribuciones para la dirección del proceso y particularmente para la obtención de las pruebas."

Existen casos en los que la actividad judicial sustituye a las partes, como cuando el deudor se niega, en la vía de apremio, a otorgar a favor del comprador la escritura de venta del inmueble rematado, cuando las partes no se ponen de acuerdo en el nombramiento de alguna persona que deban designar, etc. Dentro de las controversias familiares, el juzgador puede sustituir la voluntad de las partes

⁸³ Gómez Lara, Cipriano. *Derecho Procesal Civil* Oxford University Press, 6ª ed. México, 2001. Pag. 312.

en la mayoría de los actos judiciales, gracias a esta facultad para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, sobre todo tratándose de menores y alimentos. Pero también sustituye la voluntad de las partes cuando se fija una pensión alimenticia sin audiencia del demandado; cuando se auxilia de trabajadores sociales que intervienen aún cuando las partes no los hayan solicitado ni estén de acuerdo con dicha intervención, o cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre el manejo del hogar, la formación y educación de los hijos y la administración de los bienes comunes, así como en los casos de oposición de maridos padres y tutores.

Cabe apuntar que aún tratándose de acciones tendientes directamente a la protección de la familia y de los menores, nuestro sistema jurídico exige como presupuesto del proceso, la demanda; y a falta de una demanda, no puede existir el juicio. No podrá entonces el juez suscitar de oficio la reclamación. Y no obstante ello, si advirtiera que es imperativo e indispensable plantear una demanda a fin de ejercitar una acción dirigida a preservar derechos familiares, podría actuar oficiosamente dando vista al Agente del Ministerio Público a fin de que sea este representante social quien incoe el proceso.⁸⁴

Salvo la apuntada limitación, se estima que la actuación judicial de oficio se extiende a otros actos procesales: pues si puede investigar por sí o por medio de trabajadoras sociales los hechos para buscar la verdad, con mayor razón está

⁸⁴ Bejarano Sánchez, Manuel. Op cit. Pag. 188

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

facultado a valerse de pruebas promovidas por las partes y a recibirlas en cualquier momento del proceso para mejor proveer. Se pretende conocer la verdad real de los mismos, y no simplemente una verdad formal que podría afectar seriamente a la familia.

Durante el trámite de un juicio familiar, el juez deberá tomar determinadas providencias precautorias que son de total importancia y tendrán vigencia mientras el proceso se resuelva en definitiva. Entre ellas figuran particularmente la fijación de la custodia provisional de menores, el señalamiento de la pensión alimenticia, la decisión sobre reglas de convivencia de alguna de las partes con sus hijos, la separación de cónyuges, si existe matrimonio, etc.

Sin embargo, el Derecho de Familia, que concede amplias atribuciones discrecionales al juez para determinar lo que juzgue pertinente en cuestiones tan delicadas como custodia de menores y alimentos, no podrá dejar al criterio exclusivo del juzgador de primera instancia la determinación final de dichas medidas provisionales, sin permitir su cuestionamiento inmediato y ponderación por la alzada, por los Magistrados integrantes de la sala de adscripción, o exigir la tramitación previa de un incidente para autorizar hasta entonces su examen por la sala a través de la apelación interpuesta contra la interlocutoria.⁸⁵

⁸⁵ Idem. Pag. 151.

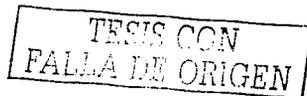
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por último, cabe destacar que esta intervención de oficio puede ser criticada, pues implicaría en algunos casos una intervención exagerada del Estado en la vida de los particulares, además de que podría cuestionarse la posibilidad de que un Juez de lo Familiar iniciara un proceso, sin que hubiera previamente una petición de parte; esto llegaría a desnaturalizar la propia función jurisdiccional, que por esencia y principio no puede desenvolverse si no es a petición de parte.⁸⁶

En opinión de Cipriano Gómez Lara,⁸⁷ el problema fundamental radica en dos extremos: primero, en la falta de capacidad, preparación y sensibilidad de la mayoría de los jueces, que en materia de controversias de orden familiar podrían llegar a usar en forma inadecuada o desmedida los amplios poderes de que están investidos; y segundo, aunque dichos poderes estén otorgados por la ley, en la mayoría de los casos constituyen letra muerta, porque los juzgadores no están educados ni acostumbrados a un uso pleno de dichas facultades, y sobre todo, porque desgraciadamente la actuación de la judicatura es timorata y vacilante, todo ello por la carencia de una genuina carrera judicial.

⁸⁶ Idem, Pag. 309.

⁸⁷ Gómez Lara, Cipriano. Op. cit. Pag. 313.



3.4.2. PRINCIPIO DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA

Si el juez está facultado a obrar de oficio, con mayor razón lo está para hacer prevalecer el derecho de la familia en general, supliendo un mal planteamiento o deficiente defensa legal, pues el alcance de una acción judicial oficiosa es más profundo que una sustitución en la Impropiiedad de la queja; si está autorizado a actuar sin instancia alguna de parte, por iniciativa propia, con mayor razón lo está para corregir dentro de los límites fijados por la ley, las fallas que presenta una defensa en cualquier asunto que afecte a la familia, y para proteger a sus miembros.⁸⁸

Es por ello que el artículo 941 fue modificado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 27 de diciembre de 1983, agregándosele al texto anterior la obligación para los jueces y los tribunales en asuntos del orden familiar de suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, según dispone el segundo párrafo del artículo 941, que a la letra dice:

Art. 941.

...

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.

⁸⁸ Bejarano Sánchez, Manuel. Op. cit. Pag. 164.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En rigor, esta adición no es sino la aplicación del principio *iura novit curia* de acuerdo con el cual el juez es quien conoce el derecho y a quien compete decidir en cada caso cuál es el derecho aplicable. En virtud de este principio, las alegaciones de derecho formuladas por las partes no vinculan al juez, por lo que éste, en todo caso, y a pesar de los errores u omisiones de las partes en la cita de los preceptos jurídicos, es quien determina el derecho aplicable. En consecuencia, la adición comentada no hace sino reiterar el principio *iura novit curia* que rige no sólo al proceso familiar, como podría hacer creer la redacción al párrafo agregado, sino a todo el proceso civil.⁸⁹

Es por lo anterior, que la suplencia de la queja en litigios de familia debe alcanzar la interpretación de los hechos y la formulación de alegatos porque sólo así será efectiva la tutela del bien jurídico protegido por la ley de orden público. En la contienda, el juez descubrirá cuál de las partes está luchando por los menores y por los intereses de la familia, y cuál es la que obra en la satisfacción de su egoísmo, y debe proteger a la familia y los menores. En nuestro medio, será más común que la madre y los menores estén del mismo lado, aún cuando existan casos en los cuales sea el padre el defensor de los valores del grupo.⁹⁰

⁸⁹ Cfr. Ovalle Favela, José *Derecho Procesal Civil*. Ed. Harla 7ª ed. México, 1995

⁹⁰ Idem. Pag. 190.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En opinión de Torreblanca Senties,⁹¹ esta suplencia de la queja no se refiere exclusivamente al derecho invocado por las partes, ya que todo juzgador en nuestro sistema jurídico, es juez de derecho y debe aplicar la norma que corresponda al caso concreto, independientemente de que la invoquen o no los interesados. Siguiendo este orden de ideas, considera que la suplencia de la deficiencia de la demanda puede abarcar cualquier error o inexactitud en la narración de los hechos o del planteamiento de la pretensión, con el objeto de buscar la mejor solución al conflicto mediante el conocimiento de la verdad material, procurando siempre la tutela y protección de la familia y sus miembros, lo cual debe ser tomado en cuenta por el juzgador al momento de suplir las deficiencias de la queja.

La amplia facultad concedida por la ley al Juez Familiar para obrar de oficio, apoya sólidamente la afirmación de concederle atribuciones para suplir la deficiencia de la queja, tanto en lo que concierne a la argumentación del derecho como a una deficiente expresión de los hechos. Quien puede obrar espontáneamente, esto es, a falta de instancia alguna, mayormente puede corregir o profundizar la versión de los hechos que fueron expresados insuficientemente o defectuosamente.

Obra a favor del concepto mencionado, la expresa concesión de poderes para suplir la queja, consignada en la Ley de Amparo a favor de los Tribunales

⁹¹ Torreblanca Senties, José Manuel. *Reflexiones en Relación con los Conflictos Familiares*. Pag. 251.

Federales, en los artículos 76 bis fracción V y 161, en donde se les autoriza a sustituir a favor de los menores o incapaces, la deficiente expresión de los conceptos de violación de la demanda de amparo o en la expresión de agravios de los recursos que la ley instituye, lo mismo que a revisar con idéntico propósito la legalidad de los actos consentidos.⁹²

El artículo 76 Bis de la Ley de Amparo dice en su fracción V:

"Las autoridades que conozcan del Juicio de Amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos que ésta ley establece, conforme a lo siguiente:

...

V. A favor de los menores de edad o incapaces"

Y el artículo 161 establece:

"No será indispensable hacerlo en actos que afecten los derechos de menores e incapaces, ni en los promovidos contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten el orden y estabilidad de la familia".

Por lo anterior, no sería congruente sentar que el legislador ha negado al Juez Familiar facultades indispensables para la protección de la familia y los menores, que han sido conferidas al Juez Federal; pues debe advertirse que no

⁹² Bejarano Sánchez, Manuel. Op. cit. Pag. 151

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

todos los procesos familiares llegan al juicio constitucional, y que es la justicia común familiar la instituida para la tutela de la familia.

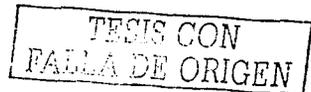
En cuanto al alcance de esta disposición, en opinión de Cipriano Gómez Lara, el agregado al Código de Procedimientos Civiles en este respecto, es desafortunado, y carente de técnica legal, ya que la deficiencia del planteamiento debe suplirse más en las cuestiones de hecho que en las de derecho, pues en éstas ya regía y seguirá rigiendo el principio *iura novit curia*.⁹³

Sin embargo, podemos apuntar que si la suplencia de la queja se remitiera exclusivamente a los planteamientos de derecho como se pretende, el precepto examinado —que no prohíbe sustituir otras deficiencias de la reclamación— sólo reiteraría el principio de que corresponde al juez aportar y aplicar el Derecho, y sentaría una conclusión incongruente con las amplias atribuciones que la misma ley le concede para intervenir de oficio.⁹⁴

En suma, la suplencia de la queja debe actualizarse sustancialmente en beneficio de la parte destinataria de la protección de la ley, y según lo antes expuesto, es cuestionable que esa suplencia se justifique sólo respecto de los planteamientos de derecho, como sugiere la literal interpretación del artículo 941 de la ley procesal.

⁹³ Gómez Lara, Cipriano. Op. cit. Pag. 309

⁹⁴ Bejarano Sánchez, Manuel. Op cit. Pag. 191



El juez autorizado para actuar de oficio puede, obviamente, sustituir la impropiedad de una defensa insuficiente, trátase en la aplicación de la norma jurídica invocada o trátase de la vaga relación de los hechos o alegatos de derecho, sin que alcance su poder discrecional al variar los hechos —aunque sí a interpretar y profundizar los narrados— porque de hacerlo habría de producir un fallo incongruente, violatorio del artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles.

Estas amplísimas facultades que se otorgan al juzgador en materia familiar, imponen al mismo tiempo una función muy difícil de cumplir. Por una parte, tiene el deber de suplir la deficiencia en el planteamiento de las partes, pero también la obligación de mantener la igualdad procesal⁹⁵ entre los litigantes. Además, debe ser imparcial, toda vez que no puede ser juez y parte, y debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento, a fin de no afectar los derechos de cualquiera de las partes. Ello implica que el Juez de lo Familiar deberá usar con extrema prudencia las atribuciones que le ha conferido el legislador, y en su caso auxiliarse del Ministerio Público y de los defensores de oficio, para que éstos asistan y asesores adecuadamente a la parte afectada. Resulta lógico que sea indispensable una adecuada preparación del Juez de lo Familiar, del Ministerio Público y de los defensores de oficio, quienes deben conocer y entender

⁹⁵ Uno de los principios procesales comunes a todo proceso, es el de "igualdad procesal de las partes" que impone al juzgador el deber de mantener el mayor equilibrio o paridad entre las partes contendientes. Así en la fracción III del artículo 398 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se establece que los Tribunales, bajo su más estricta responsabilidad, deben mantener la mayor igualdad entre las partes, de modo que no se haga concesión a una de ellas sin que haga lo mismo con la otra.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

perfectamente la importancia y trascendencia del Derecho Familiar, además de tener una verdadera sensibilidad jurídica y vocación de servicio.⁹⁶

3.4.3. LA APLICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL Y EN LAS CONTROVERSIAS DE ORDEN FAMILIAR

Todo asunto contencioso que afecta a los miembros del núcleo familiar se tramita esencialmente en dos vías: la ordinaria civil y en la vía de controversia del orden familiar. Por exclusión ésta última opera, de acuerdo al artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los siguientes casos:

Art. 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 marido y mujer sobre la administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

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

⁹⁶ Torreblanca Senties, José Manuel. Op. cit. Pag. 251.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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.

Entre estas disposiciones podemos citar la relativa a la guarda y custodia de los hijos que por lo regular es inherente a la petición de alimentos.

Sin embargo, es necesario señalar que existen reglas especiales contempladas en el título "De las Controversias del Orden Familiar" que son aplicables en los asuntos de la misma naturaleza que se ventilan en la vía ordinaria civil, como sucede en el divorcio, pérdida de la patria potestad, investigación de paternidad, etc. Entre otras disposiciones se encuentra la relativa a la suplencia de la deficiencia en los planteamientos de derecho, consagrada en el artículo 941, párrafo segundo del Código de Procedimientos Civiles, por disposición expresa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁹⁷

⁹⁷ Tenorio Godínez, Lázaro. Op. cit. Pag. 333.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DIVORCIO NECESARIO. NO LE SON APLICABLES TODAS LAS REGLAS ESPECIALES DE LAS CONTROVERSIAS DE ORDEN FAMILIAR, PERO SI LA RELATIVA A LA SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS DE DERECHO DE LAS PARTES CUANDO DE ELLAS DEPENDA QUE SE SALVAGUARDE A LA FAMILIA, CON INDEPENDENCIA DE QUE PERMANEZCA O SE DISUELVA EL VINCULO MATRIMONIAL (CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL).

Las reglas y formas especiales sólo pueden aplicarse a los casos específicos a que las destinó el legislador. Como el divorcio necesario no se encuentra dentro de los casos que prevé el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni tiene una regulación propia para su tramitación dentro del ordenamiento citado, se rige por las disposiciones generales del juicio ordinario y, por tanto, no le son aplicables, en principio, todas las reglas especiales establecidas para las controversias del orden familiar. Sin embargo, como excepción y por mayoría de razón, le es aplicable la regla especial que prevé el segundo párrafo del artículo 941 del propio cuerpo legal, relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal dé lugar a salvaguardar a la familia, en virtud de que la intención del legislador al establecer esta regla para las controversias del orden familiar, a saber, el preservar las relaciones familiares evitando que en estos asuntos una inadecuada defensa afecte a esa institución, y la razón a la que obedece su establecimiento, que expresamente consigna en el artículo 940, a saber que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, operan de manera más clara e imperativa tratándose del divorcio necesario pues implicando este la disolución del vínculo matrimonial, problema capital que afecta a la familia, debe garantizarse que no se perjudique a ésta con motivo de una inadecuada defensa. Lo anterior se reafirma si se considera que la razón por la cual el legislador no incluyó al divorcio necesario dentro del procedimiento para las controversias del orden familiar fue porque rigiéndose aquél por las disposiciones del juicio ordinario, que exigen mayores formalidades y establecen plazos más amplios para el ofrecimiento y recepción de pruebas, se tiene la posibilidad de preparar una defensa más adecuada, lo que favorece la preservación y unidad familiar. Por la importancia social de la familia, prevista en el artículo 40., de la Constitución, se debe admitir la suplencia referida, lógicamente cuando la aplicación de esa figura procesal tenga como efecto la salvaguarda de la familia, independientemente de que ello se consiga con la disolución o no del vínculo conyugal. Además justifica lo anterior el que al introducir esa figura procesal el legislador, no la circunscribe a las controversias de orden familiar especificadas en el artículo 942 citado, sino que usó la expresión "en todos los asuntos de orden familiar", aunque, respecto del divorcio, que tiene esa naturaleza, debe limitarse a la hipótesis precisada, en que la suplencia conduzca a proteger a la familia.

232

Octava Época

Contradicción de tesis 11/91 Entre las sustentadas por el Primer y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito 3 de agosto de 1992 Cinco votos

NOTA

Tesis 3a /J 12/92, Gaceta número 56, pág. 23. véase ejecutoria en el Semanero Judicial de la Federación, tomo X-Agosto, pág. 196

Instancia Tercera Sala Fuente Apéndice de 1995 Época Octava Época Tomo IV, Parte SCJN Tesis 232 Página 158 Tesis de Jurisprudencia

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La aplicación de los principios legales de la controversia familiar a toda cuestión que atañe a la familia no se da en todos los casos. Para eso existe la distinción entre la vía ordinaria y la controversia. Es así como existen otras cuestiones familiares de relevancia, como son los divorcios, nulidad de matrimonio, reconocimiento de paternidad, sucesiones donde indudablemente están involucrados el interés de la familia, su seguridad, la subsistencia de los menores, conflictos para los cuales el legislador consideró conveniente mantener la vía judicial de trámite ordinario en las primeramente enunciadas, y el procedimiento sucesorio en la última, a fin de permitir una sustanciación menos apresurada y de mayor reflexión, dotada de términos más amplios y un periodo probatorio especial para acopiar y preparar las pruebas necesarias. Este trámite ordinario impuesto a problemas familiares trascendentes, impuso el criterio de que en tales materias era totalmente ajena la aplicación de los principios del derecho procesal familiar. Se limitó así la discrecionalidad, la actuación de oficio, la suplencia de la queja, la ausencia de formalidades, la búsqueda de pruebas por el juez, a cuestiones menos complejas y más urgentes, y se descuidó de atender a otras de igual o mayor importancia. Partiendo de tales ideas, se afirma sin excepción que las reglas del juicio familiar sólo se aplican a las controversias explícitamente enunciadas, y se descarta su aplicación a los demás conflictos de la familia. Este criterio se sustenta en los tribunales comunes, pero también se sostiene en la Justicia Federal.⁹⁸

⁹⁸ Bejarano Sánchez, Manuel. Op cit. Pag. 131.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

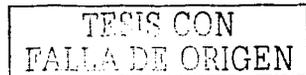
Sin embargo, creemos que los conceptos a que hace referencia el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, llevan a sostener que los principios del procedimiento familiar consistentes en:

- Intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia para decretar las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros.
- El poder de suplir las deficiencias de las partes en sus planteamientos de derecho.
- El deber de exhortar a los interesados a lograr un avenimiento.

Son aplicables a todo juicio familiar en que estén involucrados la protección y seguridad de los menores e incapaces, sean de interés de la familia o conciernan a cuestiones de otra especie.

Por lo anterior, en opinión de Torreblanca Senties,⁹⁹ expresamente se debe establecer que el juzgador familiar, en toda clase de conflictos que afecten a la familia, sin importar la vía procesal utilizada, debe contar con facultades discrecionales para resolver lo que mejor convenga a ésta y a sus miembros, dictando medidas provisionales o definitivas con el objeto de que se cumpla con la finalidad del legislador al crear normas generales y tribunales especializados para resolver dichos conflictos.

⁹⁹ Torreblanca Senties, José Manuel. *Las Controversias de Orden Familiar*. Pag. 781.



El legislador, consciente de esta problemática, promovió la reforma respectiva, siendo que por Decreto de fecha 25 de mayo de 2000, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, fue reformado el artículo 271 del Código Civil, (mismo que había sido derogado mediante Decreto de fecha 27 de diciembre de 1983) para otorgar a los jueces de lo familiar la facultad de suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho en los casos de divorcio. Es así como queda establecido lo siguiente:

Art. 271. En todos los casos previstos en el artículo 267, los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, sin cambiar los hechos, acciones y excepciones o defensas.

Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse en las causales previstas en las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267.

Las fracciones citadas son las que hacen referencia a la sevicia, amenazas o injurias graves de un cónyuge contra otro, además de las relativas a la violencia intrafamiliar, como lo son las conductas cometidas o permitidas entre los cónyuges, o hacia los hijos de ambos, y el incumplimiento de las determinaciones de la autoridad judicial o administrativa tendientes a corregir estos actos.

Es así como vemos que el legislador, reflexivo de la problemática que generan estas conductas en la estabilidad de la familia, y cumpliendo con el espíritu de la ley, implementa las medidas que considera convenientes a efecto de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

facilitar a las víctimas la procuración de justicia, a través de la reducción de plazos en el juicio ordinario, o de la eliminación de formalidades excesivas, como en el caso de la prueba.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE REFORMAS EN MATERIA DE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES

4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Desde el punto de vista político-social, el Estado como representante máximo del poder social, debe tener interés en el mantenimiento y salud de la célula social que es la familia, y por esta razón, le interesa mantenerla viva en relaciones unidas por tradiciones o costumbres, moral y religión, para lo cual marca un interés principal, en que sólo por causas realmente graves se dé el divorcio.

El derecho del hombre a la felicidad es el derecho a buscarla dentro del marco de las instituciones que exigen el desarrollo del género humano. La familia es una de esas instituciones; debe estar organizada en orden a favorecer la continuación de la humanidad en las mejores condiciones y asegurar las condiciones generales más favorables a la felicidad de los esposos. Si este doble objeto se realiza mejor en el matrimonio indisoluble, el hombre no tiene derecho a buscar su felicidad en otra forma de unión. Quienes no encuentran la felicidad en la unión indisoluble son dignos ciertamente de piedad en la medida en que son

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

inocentes, y con la separación de cuerpos se debe hacer todo lo posible por neutralizar el mal. La cuestión esencial no radica en saber si todos los individuos, tomados numéricamente, encontrarán su felicidad en el matrimonio indisoluble, sino en saber si el matrimonio indisoluble es la forma del matrimonio más favorable a la institución familiar. Encontrar una forma de organización social que automáticamente haga feliz a todos los hombres desde todos los puntos de vista es un mito; siempre habrá casos víctimas y las instituciones más perfectas son aquellas que consiguen menos víctimas. Si se disminuye el respeto al vínculo matrimonial por medio del divorcio, se hará infelices a más hombres que reforzándolo por medio del matrimonio indisoluble.¹⁰⁰

En opinión de Sarah Montero,¹⁰¹ el divorcio ofrece estas desventajas:

- a) Implica una solución contraria a los principios morales que deben regular a la familia, puesto que rompe con la estabilidad y la permanencia en la misma, basada en una comunidad espiritual de los cónyuges.
- b) Fomenta la disgregación o desunión de la familia, a tal grado que los que contraen matrimonio saben de antemano que pueden disolver el vínculo cuando éste no dé los resultados deseados; mediante el divorcio pueden terminar la relación y experimentar una nueva unión con otra pareja cuantas veces se les ocurra.

¹⁰⁰ Sánchez Medel, Ramón *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia*. Pag. 21.

¹⁰¹ Montero Duhalt Sarah, *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, México, 1990, pag.199 citada por: Denton Navarrete, Thalia *Consideraciones Generales sobre el Divorcio en México*. Revista Alegatos. Universidad Autónoma Metropolitana. No. 35. México, Enero-Abril, 1997.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- c) Propicia la frivolidad en una decisión tan trascendental como lo es el fundar una familia.
- d) Contribuye a que los cónyuges no realicen esfuerzos para continuar juntos, evitar diferencias o impedir que tales diferencias se ahonden.
- e) Va contra la ética porque lesiona gravemente los derechos de terceros, los hijos cuando los hay, ya que éstos son auténticas víctimas del divorcio.
- f) Las repercusiones psicológicas es otro de los argumentos en contra del divorcio, pues debido a la problemática que lleva a una pareja a la ruptura, se afecta profundamente la psique de los divorciantes, y se rompe el esquema de tranquilidad familiar.

En opinión de Sánchez Medal,¹⁰² el Estado se encuentra interesado que subsista más bien que en que se disuelva el vínculo matrimonial, y esto se ve reflejado a través de las diversas tesis sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito de nuestro país. Hay que agregar, además, otras tesis de jurisprudencia aplicables a los matrimonios en conflicto y con base en ellas apoyar una solución que podría denominarse el *divorcio opcional*, para permitir una salida distinta que no sea forzosamente el remedio del divorcio vincular, sino sólo la separación extrajudicial o judicial de los cónyuges desavenidos.

Ejemplos de éstas últimas tesis, pueden citarse los siguientes:

1. No toda separación del hogar conyugal constituye causa de divorcio, pues debe considerarse que la separación es justificada, cuando obedece a la

¹⁰² Sánchez Medal, Ramón. *Matrimonio y Divorcio*. Pag. 770.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

necesidad de salvaguardar la integridad personal, la salud o la dignidad del cónyuge que realice la separación, a pesar de que no ejercite la acción de divorcio, ni promueva providencia alguna, cautelar o prejudicial, a fin de que se autorice la separación.

2. La separación de los cónyuges como medida provisional no requiere resolución judicial, ya que aunque el juez, al admitir la demanda de divorcio, la ordene mientras dure el procedimiento, esto no significa que sea la determinación del juez la que venga a crear la posibilidad de separación de los cónyuges, y que si el acuerdo del juez no existe, les sea jurídicamente imposible separarse, pues el acuerdo del juez no crea derecho de separación a favor de los esposos, sino que sólo reconoce la situación que se presenta cuando la desaveniencia entre los cónyuges ha llegado a tal extremo de incompatibilidad que los ha llevado a buscar una separación definitiva mediante el divorcio, que lógicamente tiende a agravarse cuando uno de ellos ha presentado su demanda, pues lo que pretendió el legislador fue evitar los mayores males que pueden ocasionarse los cónyuges con motivo del trato diario que los ha predisuesto, impidiendo que uno de ellos pretenda retener a su lado al otro, o que contra su voluntad pretenda permanecer a su lado.
3. Tanto la separación unilateral, como la separación convencional antes indicada, son separaciones de hecho, en virtud de que en ninguna de ellas interviene un juez, ni están expresamente previstas en la ley, y debido a ello aunque no se esté en el caso de los padecimientos físicos o enfermedades contempladas en las dos fracciones del artículo 267 del Código Civil,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

siempre que la cohabitación de los cónyuges se haya vuelto imposible por causas muy graves, podrá uno de los consortes demandar ante la autoridad judicial la separación de cuerpos sin tener que acudir por fuerza al juicio de divorcio.

4. No sólo en las causas de divorcio, sino también para promover cualquier juicio de otra índole, se faculta a los tribunales para autorizar la separación provisional de aquel cónyuge que intente demandar o acusar al otro consorte.

Sin embargo, hay quien sostiene que, como el Estado se encuentra ante el problema de si es o no conveniente el divorcio en cuanto al vínculo, hay que tener en cuenta los siguientes aspectos:¹⁰³

- a) La subsistencia de los matrimonios mal avenidos o en los cuales uno de los cónyuges sea indigno de continuar siendo el titular de los derechos, poderes y facultades que derivan del matrimonio, es evidentemente un mal social que es preciso remediar por los pésimos ejemplos que produce, sobre todo respecto de los hijos.
- b) A su vez, el divorcio produce también consecuencias funestas para ellos, y trae consigo la disolución de la familia, y el peligro de que se multiplique en los mismos divorcios, y se convierta el matrimonio en una

¹⁰³ Pallares, Eduardo. Op. cit. Pag. 39.

institución de tal manera frágil, que sólo sirva para permitir a los esposos satisfacer pasiones temporales y dar rienda suelta a sus costumbres disolutas.

- c) También hay que tener en cuenta que el instinto sexual y las necesidades a que da nacimiento, son muy poderosos y difíciles de dominar, de tal manera que si no se permite el divorcio en cuanto al vínculo, se obliga a los divorciados a tener relaciones ilícitas fuera del mismo matrimonio.

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

En opinión de Sánchez Medal,¹⁰⁴ el permitir a los esposos desunidos un nuevo matrimonio para que no cometan adulterio, y para que los hijos puedan educarse en otro hogar legítimo, equivale a sostener que cuando los hombres hacen algo inmoral, hay que declararlo moral, y así no habrá ya desorden.

¹⁰⁴ Sánchez Medal, Ramón. *El Divorcio Opcional*. Ed. Porrúa. México, 1974. Pag. 19.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al respecto, Eduardo Pallares¹⁰⁵ dice que es contrario a la institución del matrimonio el que éste subsista sin que los consortes hagan vida en común, sea por toda la vida o por tiempo indefinido; pero también opina que cuando la cohabitación se ha hecho imposible por incompatibilidad de caracteres o por causas más graves, es procedente solicitar del juez que autorice una separación por tiempo determinado sin la ruptura del vínculo conyugal.

Apunta acertadamente Rafael De Pina¹⁰⁶ que lo malo del divorcio no es, en realidad, el divorcio en sí, sino el abuso del divorcio. Nadie puede negar con fundamento que en las esferas sociales más elevadas, y sobre todo en ciertos medios, se ha convertido en un procedimiento cómodo de satisfacer los apetitos sexuales más desenfrenados. El remedio de esta desmoralización no está, sin embargo, en la supresión del divorcio, sino en darle una regulación legal que, de acuerdo con los resultados de las experiencias obtenidas, evite los abusos, en lo humanamente posible, y no permita, en consecuencia, obtenerlo sino cuando realmente pueda constituir la solución única de una situación matrimonial en verdad francamente insostenible. Porque el divorcio como remedio heroico para situaciones conyugales incompatibles con la naturaleza y los fines del matrimonio, no tiene nada de inmoral. Lo que constituye una verdadera inmoralidad es el abuso del divorcio, cuyos efectos son para la sociedad y la familia verdaderamente perniciosos.

¹⁰⁵ Pallares, Eduardo. Op.Cit. Pag. 59.

¹⁰⁶ De Pina, Rafael. Op. cit. Pag. 341.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El divorcio se considera generalmente como una institución prácticamente necesaria, como un mal necesario. Es la que predomina actualmente por considerarse que es la única capaz de resolver los problemas que se presentan cuando se producen las circunstancias que aconsejan recurrir a esta institución.

Todos los argumentos a favor del divorcio no acaban de justificar, en opinión de Alberto Pacheco,¹⁰⁷ la necesidad del mismo, o el porqué ante estas situaciones, en verdad lamentables, no es suficiente la mera separación de los cónyuges conservando el vínculo matrimonial, y por tanto, conservando al menos la esperanza de una posible regeneración del culpable para restablecer lo que en otra forma, mediante el divorcio, se habrá roto definitivamente, quitando todas las posibilidades de rehacer lo roto. Queda la impresión de que no se busca el bien del otro cónyuge y de los hijos, sino primordialmente la libertad del culpable que quiere unirse en un nuevo matrimonio. Las causas aducidas son producto de la culpabilidad de uno de los cónyuges, que con sus actos ilegítimos, o al menos contrarios a sus promesas matrimoniales, ha trastornado el hogar conyugal, y se le premia con la libertad para que pueda contraer nuevo matrimonio, que con frecuencia, resultará otro fracaso similar al anterior.

En conclusión, podemos decir que con la separación de cuerpos se revela que el cónyuge quiere solucionar la crisis, que quiere darse un tiempo para reflexionar, para tratar de superara los errores o los malos entendidos, o en su

¹⁰⁷ Pacheco E. Alberto, Op. cit. Pag. 153.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

caso, recurrir a la ayuda profesional ya sea de manera individual o en pareja para restaurar el equilibrio en su matrimonio. Además, evita la imposición del divorcio al cónyuge que desea mantener el matrimonio.

Creemos también que aunque debilitado, en la consideración legal de matrimonio, late aún interés público de tal importancia que, como hemos visto, se estima imprescindible convertir a la separación de cónyuges en un proceso jurisdiccional, esto es, la intervención judicial en la definición en algún momento firme y vinculante, con fuerza de cosa juzgada, de los estados o situaciones jurídicas matrimoniales, sin admitirse que sea suficiente la actuación de una autoridad administrativa, que, por ejemplo, se limite a constatar situaciones de hecho debidas a la voluntad de uno de los dos cónyuges, puesto que el matrimonio no es materia propia del ámbito de la autonomía de la voluntad, sino institución reglada por normas de orden público.

4.2. CAUSALES O SUPUESTOS DE LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES

A lo largo del presente estudio, se han analizado los motivos por los cuales es conveniente tener una legislación más profunda en materia de separación de cónyuges, a efecto de que queden protegidos los derechos de los integrantes de la familia en caso de una situación de desavenencia entre los esposos que pueda provocar la ruptura del vínculo matrimonial.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es por lo anterior que se propondrán como causas probables que pudieren dar lugar a decretar una separación vía judicial las siguientes:

A. ADULTERIO DE UNO DE LOS CÓNYUGES.

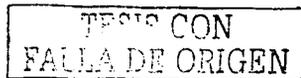
Se entiende por adulterio en su acepción gramatical el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados¹⁰⁸.

Señala Antonio de Ibarrola¹⁰⁹ que es el adulterio la ruptura de la *fides matrimonialis*. Sostiene además que es provocado el adulterio cuando la presunta parte inocente ha impulsado a la otra, y ello puede hacerlo:

- a) Mandándolo ejecutar o induciéndolo directamente.
- b) Negando reiteradamente el débito conyugal.
- c) Prestándose al débito con tales dificultades, protestas y frialdad, que provoca la búsqueda de ilícita compensación.
- d) Es consentido el adulterio cuando el presunto cónyuge inocente no se opone al mismo, sino que lo favorece, tolerándolo u obteniendo del mismo provechos económicos.

¹⁰⁸ Montero Duhait, Sara. *Derecho de Familia*. Ed. Porrúa, 4ª ed. México, 1990. Pag. 224.

¹⁰⁹ Ibarrola, Antonio de. Op. cit. Pag. 340.



- e) Es compensado el adulterio cuando ambos cónyuges lo han cometido, sea uno o varios los actos.

- f) Es condonado el adulterio cuando el cónyuge inocente lo ha perdonado después de conocido, ya de palabra o mediante pruebas externas y mutuas de afecto.

Por lo que respecta a la prueba del adulterio, ésta debe ser directa, objetiva. En ningún caso es admisible la prueba presuncional. Evidentemente es juiciosa la apreciación de la Suprema Corte de Justicia: para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, debe admitirse la prueba indirecta, porque la directa es comúnmente imposible. Medios para probarlo podrían ser las injurias concatenadas con las demás probanzas, o el acta de nacimiento de un hijo de cualquiera de los cónyuges habido con persona distinta.

El adulterio rompe la armonía entre los cónyuges, haciendo su vida en común imposible. Sin embargo, creemos firmemente que esta situación puede ser superada, ya sea que los cónyuges por sí mismos decidan otorgarse el perdón, o con la ayuda de terceras personas, como grupos de apoyo, o terapias individuales, de pareja o familiares, si es que realmente existe en los cónyuges el deseo de reestablecer su armonía conyugal. Por tanto, consideramos que es una causal posible para solicitar la separación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B. 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.

Autores como Antonio de Ibarrola han establecido que las enfermedades adquiridas sin culpa, pueden representar una causa justa para una separación del lecho. La enfermedad por sí misma no es, en otros casos, razón suficiente de separación; más bien sirve para probar la autenticidad del amor y de la fidelidad conyugales.¹¹⁰

Actualmente, esta causal está contemplada para que, el cónyuge sano, opte por la separación de cuerpos, por lo que continuando con el espíritu del legislador, se propone conservarla como causal de separación de cuerpos.

C. PADECER TRASTORNO MENTAL INCURABLE, PREVIA DECLARACIÓN DE INTERDICCIÓN QUE SE HAGA RESPECTO DEL CÓNYUGE ENFERMO.

Ante esta causal, podemos hacer las siguientes precisiones:

Cuando el juicio de interdicción declare que un cónyuge está incapacitado, el cónyuge sano tiene tres opciones: ser nombrado tutor legítimo de su consorte, solicitar el divorcio basado en esta causal, o simplemente acudir a la separación de cónyuges contemplada en el artículo 277, sin extinguir su vínculo matrimonial.

¹¹⁰ Idem. Pag. 344.

Tal y como sucede en el apartado anterior, el legislador contempló esta causal para una mera separación de cónyuges, en vista del interés privado del cónyuge sano, y en atención al interés superior de la salud pública en cuanto a procurar una descendencia sana y sin taras.

D. LA SEPARACIÓN INJUSTIFICADA O ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL.

Casi siempre el abandono de hogar conyugal lleva consigo el desentendimiento de todos los deberes económicos que entraña el matrimonio, y la comisión de una serie de delitos que establece el Código Penal.

Señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto del abandono, que cuando existe acuerdo mutuo entre los cónyuges para vivir separados, y posteriormente no se ha requerido al culpable para reintegrarse al domicilio conyugal, no existe abandono de hogar, por lo que no puede configurarse ninguna de las dos causales relativas a ellos.

Anteriormente, y haciendo referencia a las causales de divorcio, quien tuvo causa justificada para separarse del domicilio conyugal, ha de deducir su acción dentro de los seis meses siguientes, porque de lo contrario se presume el perdón tácito. Si la separación se prolonga por más de otros seis meses, se convierte en injustificada, y da motivo al cónyuge abandonado para que a su vez entable el divorcio. Quien se aparta del hogar conyugal por considerar que tiene una causa justificada para ello, ha de definir su posición demandando el divorcio dentro del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

año siguiente a la fecha del abandono; de no hacerlo, su separación se tornar injustificada y pasa el derecho a quien permanece en el hogar.¹¹¹ Señala Galindo Garfías que el admitir que el cónyuge inocente pueda romper la comunidad de vida conyugal por sí mismo, unilateralmente, sería tanto como aceptar la disolución de la vida en común, por simple determinación de uno de los consortes.

Opina Antonio de Ibarrola¹¹² que por ser circunstancia esencial del matrimonio la comunidad de techo, no puede abandonar uno de los cónyuges al otro, sin que medie motivo grave, establecido por la ley y comprobado por tribunal o autoridad competente. Obligados los cónyuges a vivir juntos, guardándose fidelidad y a socorrerse mutuamente, ninguno puede abandonar al otro. Continúa diciendo que el Código se muestra enemigo de hechos imprecisos y que pueden hacer surgir dudas en relación con el estado que guarda una familia.

Es por ello que se propone que en caso de que uno de los cónyuges abandone al otro, el inocente tenga la posibilidad de demandar la separación vía controversia, a efecto de que quede protegido en sus derechos y evitar, como veremos posteriormente, que se configure la causal de divorcio de separación por más de un año, sin importar el motivo, que generalmente es demandada por aquel que da origen a la separación.

¹¹¹ Cabe señalar que la fracción IX fue modificada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2000, para dar paso a la nueva causal relativa a la separación de cónyuges por más de un año sin importar el motivo que le dio origen.

¹¹² Ibarrola, Antonio de. Op. cit. Pag. 347.

E. LA SEVICIA, AMENAZAS O INJURIAS GRAVES DE UN CÓNYUGE
AL OTRO, O HACIA LOS HIJOS.

La sevicia significa genéricamente, crueldad: consiste la misma en los malos tratamientos de hecho que revelan crueldad, sin que impliquen peligro para la vida del ofendido. Son todos aquellos actos ejecutados por un cónyuge con el ánimo de hacer sufrir al otro.¹¹³

Las amenazas son las palabras o hechos mediante los cuales se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que le puede ocurrir a él o a sus seres queridos. La amenaza puede constituir también un delito, con independencia de la causal de divorcio en materia civil.¹¹⁴

Injuria es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, de manifestarle desprecio.¹¹⁵

En síntesis, con la sevicia se hace sufrir, con las amenazas se intimida y con las injurias se ofende. Son actitudes o palabras ultrajantes de uno de los esposos hacia su consorte que rompen el mutuo respeto y la recíproca consideración a que están obligados en las relaciones mutuas, las cuales han de descansar sobre una sólida base de armonía, de comprensión y de consideraciones recíprocas.

¹¹³ Montero Duhalt, Sara. Op. cit. Pag. 232.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ibidem.

Es importante considerar que para calificar esta causal, el juez cuenta con un gran margen de arbitrio. Tiene que tomar en cuenta diversos factores, entre ellos la frecuencia y reiteración de la conducta del ofensor, el grado de educación de los cónyuges, la clase social a la que pertenecen y sus particulares formas de convivencia, porque lo que para unos puede significar un trato ofensivo e imperdonable, para otros no es más que el trato común y cotidiano, y en ocasiones, expresiones afectuosas.¹¹⁶

Se propone entonces que en caso de presentarse esta situación, que a pesar constituir un motivo continuo de desavenencia, se pueda demandar la separación de cuerpos, toda vez que considero que puede salvarse el matrimonio si los cónyuges permanecen un tiempo separados para tratar de arreglar sus diferencias sin la presión que implica la convivencia diaria.

F. EL ALCOHOLISMO O EL HÁBITO DE JUEGO, ASÍ COMO 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 MOTIVO CONTINUO DE DESAVENIENCIA.

¹¹⁶ Ibidem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Englobamos estas dos causales en una sola por considerar que tienen un mismo origen: la conducta viciosa de uno de los cónyuges que causa inestabilidad familiar.

El juez es quien debe calificar, para otorgar la separación de cónyuges, si esos hábitos han perturbado tan gravemente la armonía matrimonial que haga imposible la convivencia de los cónyuges. El interés jurídico que se pretende garantizar en el matrimonio, es la seguridad de la vida del hogar, base indispensable para que esta institución pueda realizar cumplidamente la función social y moral que le está encomendada.

G. IMPEDIR UNO DE LOS CÓNYUGES AL OTRO, DESEMPEÑAR UNA ACTIVIDAD QUE SEA LÍCITA.

Esta causal fue adicionada al artículo 267 por decreto de fecha 25 de mayo de 2000. Podemos apreciar la intención divorcista del legislador, pues considero que no es causa suficiente como para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, porque tiene su fundamento en una desavenencia que puede ser solucionada, sin tener que llegar a consecuencias tan graves como lo es el divorcio. Por lo anterior, sería conveniente que únicamente fuera motivo de separación de cónyuges en aras de buscar una solución satisfactoria para ambos sin necesidad de disolver el vínculo matrimonial.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

H. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL CONVENIO DE SEPARACIÓN VOLUNTARIA DE CÓNYUGES.

Esta causal tiene su explicación en la voluntad primaria de los cónyuges de separarse sin disolver su vínculo matrimonial. Esto es, si en un momento dado los cónyuges consideraron conveniente acudir a la autoridad judicial a efecto tramitar su separación judicial, por situaciones que consideraron graves, pero no tanto como para promover la disolución de su vínculo, y uno de ellos incumple lo pactado, debe quedar como opción para el cónyuge que sí ha cumplido, la facultad de acudir ante la autoridad judicial a efecto de solicitar su separación en juicio de controversia de orden familiar, o en determinada instancia el divorcio necesario, como se considerará más adelante.¹¹⁷

I. EL MUTUO CONSENTIMIENTO.

Sobre esta causal, solamente queda hacer la precisión de que en caso de que sea invocada por los cónyuges, el procedimiento a seguir deberá ser el que se establece en vía de jurisdicción voluntaria, en donde los efectos jurídicos derivados de la separación estarán determinados por el convenio que ambos cónyuges exhiban ante la autoridad judicial, al cual nos referiremos más adelante.

¹¹⁷ Como veremos más adelante, el contenido del convenio de separación hace referencia a obligaciones tales como alimentos para el cónyuge y los hijos, por lo que de presentarse un incumplimiento, se configura causal de divorcio, e inclusive, de pérdida de patria potestad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.3. PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES

En atención a las causales propuestas para llevar a cabo la separación de cónyuges, podemos distinguir la separación voluntaria (cuando ambos cónyuges están de acuerdo en suspender el deber de cohabitación) de la contenciosa (cuando uno de ellos decide acudir a la vía judicial a efecto de solicitar la separación de su cónyuge). Es por esto, que el trámite a seguir debe ser distinto, tal y como sucede en el divorcio voluntario y en el necesario, pues en uno la voluntad de las partes va a regir el estado de los derechos y obligaciones que se generen durante la separación, y en el otro, el juez tendrá que intervenir, con las facultades que le confiere la ley, para tomar las medidas necesarias que tiendan a preservar a la familia y a sus miembros.

4.3.1. SEPARACIÓN VOLUNTARIA

De las propuestas, la única que se adecua a este supuesto es aquella en las que los cónyuges deciden separarse por tiempo determinado de común acuerdo, por lo que a continuación hablaremos sobre el posible trámite a seguir en este caso.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.3.1.1. TRAMITE EN JURISDICCION VOLUNTARIA

Como hemos visto, se propone que la separación de cónyuges pueda darse de manera voluntaria, ante determinados motivos que al parecer de los cónyuges, hagan difícil el deber de cohabitación, para lo cual se puede solicitar a la autoridad judicial que decrete esta separación de cuerpos, con la finalidad de proteger a la misma institución del matrimonio, a los cónyuges que atraviesan por un periodo de crisis, y en caso de que hubiera, a los hijos, cuyos derechos no quedarán violentados por la situación inestable de sus padres.

Se propone para tal efecto, llevar a cabo un procedimiento de jurisdicción voluntaria, por tratarse de un proceso sin litigio. Como señala Niceto Alcalá Zamora y Castillo,¹¹⁸ es una autocomposición judicialmente homologada" en la que se hallan en juego intereses distintos y superiores a los egoístas de los cónyuges, y también por la publicidad de los actos del estado civil.

Debemos admitir que efectivamente hay una autocomposición porque los cónyuges no tienen, entre ellos, una posición de antagonismo, sino que han concretado voluntariamente su separación, y la hacen del conocimiento del juez competente para los efectos legales conducentes. Como señala Eduardo

¹¹⁸ Cfr. Alcalá Zamora, Niceto. *Síntesis del Derecho Procesal*. En *Panorama del Derecho Mexicano*. UNAM, México, 1966. Pag. 142-143.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Pallares,¹¹⁹ de acuerdo con nuestra ley positiva, la jurisdicción voluntaria comprende los actos en que por disposición de la ley o por voluntad de los interesados, se requiere de la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. No tiene una tramitación rigurosa. El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto a la jurisdicción contenciosa. Y por regla general, las resoluciones dadas en jurisdicción voluntaria no producen preclusión procesal. Asimismo, deberá ser oída la persona cuyo interés se afecte por virtud del proceso, así como el Ministerio Público, en los casos en que la solicitud se refiera a la persona o bienes de menores e incapaces.

Por ello, y en miras a regular el procedimiento de separación voluntaria de cónyuges, se propone la inclusión de un capítulo adicional en el título Decimoquinto del Código Civil para el Distrito Federal, en donde quede establecido el procedimiento a seguir, que iniciará con la solicitud respectiva, anexando el convenio que los cónyuges hayan establecido a efecto de regular sus obligaciones y derechos durante el tiempo que dure la separación.

Asimismo, se propone la celebración de una junta en donde los cónyuges deban comparecer ante la presencia judicial a efecto de ratificar su petición y el contenido del convenio, y atender el pedimento del Ministerio Público, que en su carácter de representante social, formule en atención al contenido y alcances del

¹¹⁹ Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Ed. Porrúa. 18ª. ed. México. 1988. Pag. 517.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

convenio de referencia. También proponemos que en el caso de que las actuaciones no fueran ratificadas por alguno de los cónyuges, tal y como sucede en las juntas de avenencia del divorcio voluntario, sería imposible continuar con el trámite hasta su conclusión, por lo que quedarían a salvo los derechos para promover la separación contenciosa o inclusive el divorcio necesario conforme a lo dispuesto por el Código Civil.

El juez deberá analizar lo pactado para comprobar la licitud del fin o motivo y para comprobar que se respetan las normas jurídicas y las buenas costumbres. Comprobará si están debidamente especificados los deberes, derechos y obligaciones de quienes están separándose, de sus hijos, y sus responsabilidades económicas debidamente garantizadas. El juez no tiene facultad para proponer modificaciones al convenio, solamente lo aprueba o no. Sin embargo, en la práctica forense hemos visto que en los juicios de divorcio voluntario, el juez manda hacer aclaraciones a algunas de las cláusulas a efecto de que queden mejor establecidas, y muchas veces va contra la voluntad inicial de los cónyuges.

El Ministerio Público, como institución unitaria y jerárquica dependiente del Ejecutivo, está representado en el juzgado familiar por la persona que deberá opinar sobre los intereses de los ausentes, menores e incapaces, y actúa como consultor y asesor de jueces y tribunales. Será el responsable de estudiar y emitir su opinión sobre el convenio regulador presentado por los cónyuges. Tiene el derecho de ser oído sobre los puntos del convenio relativos a la situación de los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges, y a los alimentos de aquellos.¹²⁰

Es importante destacar que puede ser de aplicación a este procedimiento la inclusión de un artículo referido a las medidas provisionales en el trámite de separación voluntaria, de contenido similar al 275 del Código Civil, que establece lo siguiente:

Art. 275. Mientras se decreta el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges, y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este Código.

Por último, y una vez cubiertos los requisitos anteriores, se dictará sentencia definitiva que tendrá el efecto de relevar a los cónyuges del deber de cohabitación, durante un periodo determinado, decretando asimismo la suspensión de las medidas provisionales adoptadas, para dar paso a la vigencia del convenio presentado por los cónyuges.

Cabe destacar que los efectos de esta separación estarán vigentes mientras no se presenten algunos de los supuestos de terminación de los cuales hablaremos más adelante, que deberán hacerse del conocimiento del juez de la

¹²⁰ Chávez Ascencio, Manuel. *Convenios Conyugales y Familiares*. Ed. Porrúa, 3ª ed. México, 1996. Pag. 87.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

causa para los efectos legales correspondientes, que en este caso podrían ser la terminación de la separación, ya sea por disolución del vínculo o por reconciliación de los cónyuges.

4.3.1.2. CONVENIO DE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES.

Mención aparte merece el convenio que los cónyuges deberán presentar por escrito, con su solicitud de separación, el cual deberá contener todas y cada una de las cláusulas necesarias para dejar protegidos los derechos de los cónyuges y de los menores.

Menciona Chávez Asencio¹²¹ que los convenios reguladores de conflictos conyugales tienen su fundamento en el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, para el caso de divorcio voluntario judicial, y en los artículos 163 y 277 del mismo ordenamiento legal para el supuesto de separación conyugal por mutuo acuerdo.

En estos convenios participan, además de los cónyuges el juez de lo familiar y el representante del Ministerio Público. A ambos funcionarios la ley les encomienda vigilar para que los pactos se ajusten al orden público, al interés social, a las buenas costumbres y a los principios generales de derecho.

¹²¹ Idem. Pag. 77.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Se observa así la participación conyugal con su autonomía de la voluntad restringida, por ser de orden público todo lo relativo al matrimonio y a la familia. Pero no se puede desconocer que son los cónyuges, quienes en uso de su libertad de contratar, estudian y proponen el convenio a la autoridad judicial, de donde se desprende que el Derecho de Familia conserva un equilibrio entre lo privado y el orden público.

Por medio del convenio está presente la autonomía de la voluntad en el campo conflictual, lo que permite la solución pacífica y más conveniente para los intereses de la familia, de los cónyuges y padres a la vez, quienes están en posibilidad de buscar y llegar a una solución más conveniente y legal al rompimiento interpersonal de su vida conyugal, que acarrea la ruptura de la vida familiar.¹²²

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad de los cónyuges que pretenden separarse y regular esta situación mediante un convenio, son las siguientes:

- a) Las propias normas de derecho positivo que se encuentran en la legislación mexicana.
- b) Las buenas costumbres, que se estima son los usos y formas de vida morales vigentes en el pueblo y en una época determinada.

¹²² Idem. Pag. 78.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- c) La propia naturaleza del matrimonio, y la propia naturaleza de la relación paterno filial, que tiene indudable contenido ético y deben respetarse independientemente de que se consigne en la norma jurídica.
- d) El bien de los hijos que está por encima de los intereses conyugales.
- e) Los deberes y obligaciones legalmente asumidos que deberán quedar vigentes en la relación jurídica.

Es así como se propone que el contenido del convenio prevea los mínimos establecidos por el artículo 273 del Código Civil, con la inclusión de las siguientes cláusulas:

1. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriada la sentencia de separación.
2. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriada la separación, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.
3. La designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares durante el procedimiento de separación.

TESTES CON
FALLA DE ORIGEN

4. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriada la separación, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio.
5. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos del punto número 2.
6. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal (de ser éste el caso) durante el procedimiento y después de ejecutoriada la separación.
7. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visita, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.
8. También se puede pactar que los cónyuges se obliguen a recibir asesoría de expertos en conflictos familiares, ya sea individualmente, en pareja, o con toda la familia, con el fin de ayudarlos a superar la crisis matrimonial que atraviesan.
9. Por último, considero necesario incluir una cláusula relativa a la duración de la separación, sujetándola a un periodo de tiempo determinado a voluntad de los cónyuges, estableciendo un mínimo de un año, con oportunidad de prórroga a solicitud de ambos al vencimiento de éste, por si la pareja considera que aún requiere de más tiempo para solucionar su problemática.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es importante mencionar que si uno de los cónyuges se rehúsa a esta renovación del plazo, o incumple cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente convenio, esto dará acción al otro para demandar la separación contenciosa, el divorcio necesario, o en su caso el juicio que sea procedente (alimentos, guarda y custodia, etc.) quedando sin efecto lo establecido en este procedimiento. Lo anterior, en virtud de que la intención de llevar a cabo la jurisdicción voluntaria para autorizar la separación de los cónyuges, radica en la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que en el momento en que los intereses están contrapuestos, se convierte en un asunto contencioso.

Cabe señalar que en todo momento, la reconciliación de los cónyuges pone fin al procedimiento de separación voluntaria, en donde el juez, una vez que tenga conocimiento de ésta, sobreseerá el juicio sin mayor trámite.

4.3.2. EN CONTROVERSI A DE ORDEN FAMILIAR

Para entender los motivos por los cuales consideramos que un proceso contencioso de separación de cónyuges debe tramitarse en controversia de orden familiar, y no en juicio ordinario civil, haremos unas precisiones en cuanto a la naturaleza de esta vía procesal.

Recordemos que el procedimiento puede ser plenario o sumario. La distinción entre ambos consiste en la plenitud o limitación del conocimiento que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

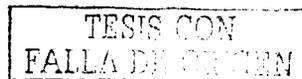
puede tener el juzgador respecto al objeto del litigio. En el proceso plenario, el conocimiento del litigio es completo (pleno), mediante la sentencia se llega a la composición total y definitiva del mismo. En los procesos sumarios, el conocimiento del litigio se encuentra limitado a determinados aspectos del mismo, y por ello su resolución es parcial. El procedimiento puede ser además plenario ordinario, que se desenvuelve en mayores plazos y etapas separadas, como es el juicio ordinario civil, o el plenario rápido, que se desenvuelve en menores plazos y etapas concentradas, como ocurre en los juicios de mínima cuantía. El procedimiento sumarísimo era verbal no requiriéndose más solemnidades que el de oír a ambas partes, primero al actor y luego al demandado, recibir en ese orden sus pruebas en el mismo acto, y dictar en el mismo momento la resolución. Todo el juicio se haría constar en una sola acta, cuando terminara en un día.¹²³

En opinión de Torreblanca Senties, en la doctrina y en la legislación mexicana se han confundido los juicios penarios rápidos, con los sumarios, y erróneamente se consideran sumarios aquellos procedimientos que son rápidos y se desarrollan en etapas condensadas, independientemente de su plenitud en el conocimiento de la litis.¹²⁴

Es por ello que consideramos que, en atención a las características que un juicio de separación implica, se debe tramitar en la vía de controversia de orden

¹²³ Torreblanca Senties, José Manuel. *Las Controversias de Orden Familiar*. Pag. 784.

¹²⁴ *Ibidem*.



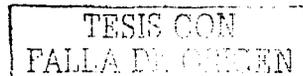
familiar, pues aún cuando no está claramente señalada esta situación, se deriva de lo previsto en los artículos 942 y 945 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pues en el primero se da competencia al Juez Familiar para intervenir en las controversias que se señalan, pero se agrega al final "en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial" como sucedería en el caso de la interrupción del deber de cohabitación, que es uno de los principales deberes generados en virtud del vínculo matrimonial que une a los cónyuges. En el segundo artículo, también hace referencia a la separación de personas, al autorizar al juzgador a tomar las medidas provisionales sobre el depósito de personas.

4.3.2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

El maestro Eduardo Couture define los presupuestos procesales como aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal.¹²⁵

En cualquier asunto, ya sea que se promueva como acto prejudicial, como medida provisional o como controversia de orden familiar, existen requisitos de procedibilidad que debe valorar el juez antes de tomar la medida, para evitar causar perjuicios a terceras personas, vulnerando en su perjuicio la garantía de

¹²⁵ Couture, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Niceto López Editor. Buenos Aires, 1942. Pag. 49.

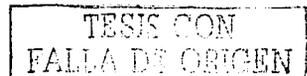


audiencia que consagra el artículo 14 constitucional, y que para el caso de separación de cónyuges se señalan a continuación:¹²⁶

- a) Que se acredite la existencia del vínculo matrimonial, con la documental pública respectiva, toda vez que este beneficio se encuentra reservado a los cónyuges, no a los concubinos.
- b) Que se acredita plenamente que el domicilio pretendido corresponde al del hogar conyugal, es decir, a aquél en que los cónyuges de común acuerdo hayan establecido, y en el cual tengan autoridad propia y consideraciones iguales, como lo establece el artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal.
- c) Que las invocadas por el peticionario o la peticionaria sean las que hemos señalado en el apartado anterior, considerándose de tal gravedad que existe el temor inminente de ser afectados en su integridad personal, la de los hijos o sus bienes, de continuar cohabitando.

Se deberá atender a las circunstancias del caso para determinar la situación de los hijos menores; tomando en consideración las obligaciones señaladas en el artículo 164 del Código Civil, respecto a las obligaciones alimentarias y las propuestas de los cónyuges, si las hubiere, y lo dispuesto por las fracciones V y VI del artículo 282 del mismo Código enunciado.

¹²⁶ Tenorio Godínez, Lázaro. Op. cit. Pag. 309.



Asimismo, indudablemente debe respetarse la garantía de Audiencia, lo cual se consigue con la vista que se le manda dar al cónyuge pretendido para que manifieste lo que a su derecho convenga, y será hasta entonces cuando el juez pueda resolver lo conducente a la solicitud de permanencia y desalojo. Esta opinión se corrobora si atendemos estrictamente al contenido de los artículos 213 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 282 fracciones V y VI del Código Civil, que establecen a ambos la posibilidad de proponer y convenir sobre el cuidado de los menores, y sólo para el caso de que esto último no se logre, resuelva lo conducente basándose en determinadas circunstancias que, en nuestra opinión, son las que han quedado precisadas con antelación:

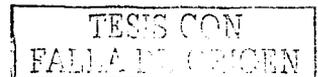
A mayor abundamiento, ambas disposiciones legales establecen lo siguiente:

Art. 213. El juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en los artículos 303 y 311 Quáter del Código Civil, las propuestas de los cónyuges si los hubiere, y lo dispuesto en las fracción V y VI del artículo 282 del mismo Código Civil.

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

...

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de



éstos. En defecto de ése acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.

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

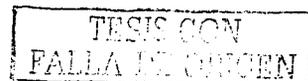
VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres.

En el supuesto de que no se respete la garantía de audiencia, el afectado tendría dos opciones: interponer el incidente de inconformidad, o el juicio de amparo indirecto, con fundamento en el artículo 114 fracción VI de la Ley de Amparo, sin necesidad de agotar el medio ordinario aludido.

No abundaremos más al respecto, en atención a que hemos hecho un pequeño análisis en el capítulo I del presente trabajo, al hablar sobre la reforma procesal de 1996.

4.3.2.2. FASE POSTULATORIA

En primero lugar debemos dejar aclarado que las controversias de orden familiar se ventilan en un procedimiento especial, diverso al juicio ordinario civil. Sin embargo, en todo lo no previsto en ese título, se regirá por las reglas



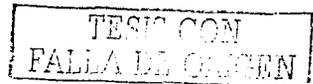
generales del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en cuanto no se oponga a su contenido. Se establece entonces una aplicación supletoria de las reglas generales, tal y como hemos visto que lo dispone el artículo 956 del ordenamiento adjetivo citado.

Según la regla general del artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la controversia del orden familiar debe principiar por demanda, en la cual se contendrán los requisitos del citado precepto, salvo aquellos casos en los cuales no se exigen tales requisitos y en los que, incluso, se permite iniciar el procedimiento por simple comparecencia.¹²⁷

Los casos de excepción en que se simplifican las formalidades procesales y en que se permite la comparecencia en el planteamiento están señalados en los artículos 942 y 943 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

Art. 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 marido y mujer sobre la administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

¹²⁷ Arellano García, Carlos. *Segundo Curso de Derecho Procesal Civil. Procedimientos Civiles Especiales*. Ed. Porrúa, 3ª. Ed. México, 2000. Pag. 66.



Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de 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 convaliden 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.

Art. 943. *Podrá acudir al Juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate...*

Podemos observar que este artículo establece una regulación específica, simplificando formalismos aplicables sólo a los juicios ordinarios. Así tenemos que no se requiere precisar fundamentos de derecho; en los hechos, se pueden omitir el nombre y apellidos de los testigos; las pruebas se ofrecen en las propias comparecencias, ya sean verbales o escritas, sin necesidad de explicar, razonar, solicitar la citación para absolver posiciones, etc. Pero por otra parte, sí será necesario exhibir dos juegos de copias fotostáticas, complementos de los documentos base de la acción y fundatorios de los hechos de la demanda, tanto para correr traslado al demandado, como para integrar el cuaderno denominado

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

expediente "de constancias", para el caso de que interponga recurso de apelación, en términos de los artículos 58, 95 fracción IV, 950 y 956 del Código Procesal Civil, toda vez que tratándose de recursos, el capítulo de las controversias nos remite expresamente a las reglas del juicio ordinario.¹²⁸

Al escrito de demanda de separación o a la comparecencia debe recaerle auto inicial, en el que debe ordenarse el emplazamiento a la parte demandada, así como el traslado con las copias de la demanda o de la comparecencia respectiva y con las copias de los documentos que se hayan exhibido como prueba. En este auto se le debe conceder a la parte demandada un término de nueve días para contestar la demanda. Asimismo, se debe señalar por el juez día y hora para la celebración de la audiencia respectiva. Esta audiencia debe fijarse dentro de los treinta días contados a partir del auto que ordene el traslado. El auto inicial debe ser dictado dentro del término de tres días.¹²⁹

Arellano García¹³⁰ considera que la ausencia de formalidades, en los casos de excepción previstos por los artículos 942 y 943 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dentro del principio de igualdad procesal, también rige para la parte demandada, máxime que el artículo 943 determina que la parte demandada deberá comparecer, en la misma forma, dentro del término de nueve días. Interpreta el artículo 943 del ordenamiento procesal en el sentido de que no

¹²⁸ Tenorio Godínez, Lázaro. Op. cit. Pag. 322.

¹²⁹ Artículo 943 y 947 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

¹³⁰ Arellano García, Carlos. Op. cit. Pag. 66.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hay impedimento legal alguno para que el demandado comparezca mediante escrito a contestar la demanda, aunque el actor haya comparecido oralmente ante el juez. El demandado deberá ofrecer las pruebas que tenga en su escrito de contestación.

Por último, en relación con las excepciones procesales que fueron materia de serias modificaciones, se aplicarán las reglas del juicio ordinario civil en cuanto a su prosecución en la inteligencia de que, al no existir en las controversias del orden familiar audiencia previa, de conciliación y excepciones procesales, de ofrecerse pruebas, el juez deberá señalar día y hora para que tenga verificativo una audiencia incidental donde habrá de resolverse interlocutoriamente en términos del artículo 955 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

4.3.2.3. MEDIDAS PROVISIONALES

Al admitirse la demanda de separación, el juez deberá de ordenar que se adopten ciertas medidas cautelares de naturaleza provisional, mientras dure el trámite, referentes a los propios esposos, a los hijos y a los bienes de la pareja.

Al respecto, y al igual que en el trámite de separación por vía de jurisdicción voluntaria, es de aplicación lo dispuesto por el artículo 282 del Código Civil, transcribiendo a nuestro parecer las medidas provisionales que pueden tener aplicación en la separación conyugal a falta de acuerdo de ambos cónyuges:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

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

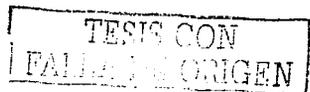
La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de éste Código.

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

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

....

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ése acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el



procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.

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

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

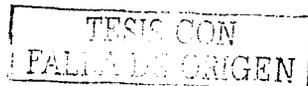
VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá decretar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

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

4.3.2.4. FASE PROBATORIA

Por cuanto hace al ofrecimiento de pruebas, el código procesal civil establece una regla general en el precepto que a la letra dice:

Art. 291. *Las pruebas deben ofrecerse expresando con toda claridad cuál es hecho o hechos que se tratan de demostrar con*



las mismas, así como las razones por las que el oferente estima que demostrará sus afirmaciones, declarando en su caso en los términos anteriores el nombre y domicilio de testigos y peritos y pidiendo la citación de la contraparte para absolver posiciones; si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas, observándose lo dispuesto en el artículo 298 de éste ordenamiento.

El precepto aludido no tiene aplicación en las controversias de orden familiar, ya que, por su parte, el artículo 943 del propio código sólo prevé que "en tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas."

A su vez, el artículo 944 señala:

Art. 944. *En la audiencia las partes aportarán las pruebas que así procedan y que haya ofrecido, sin más limitación que no sean contrarias a la moral o no estén prohibidas por la ley.*

Esto es, no se requiere que estén relacionadas de manera precisa y menos reunir los demás requisitos aludidos, máxime que, de acuerdo a la iniciativa del Ejecutivo Federal que dio pauta a la inserción del título "De las Controversias del Orden Familiar", se otorgaron al Juez de lo Familiar amplias facultades para la investigación de los hechos materia de la litis, incluso, de hacerlo personalmente (art. 945 del C.P.C.), por lo que basta el ofrecimiento de la prueba para que el juez analice, admita, prepare y desahogue la probanza respectiva, ordenando acaso más la práctica de otras diligencias con ese objetivo, que pudieran resultar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

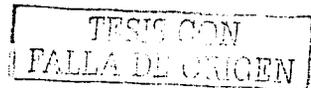
idóneas para conocer los hechos materia de la litis y ajustarse en cuanto a su preparación, desahogo y valoración, a las reglas generales que no se opongan a lo establecido en el capítulo específico de las controversias.¹³¹

En cuanto hace a la preparación y desahogo de las pruebas, es necesario hacer las siguientes precisiones:

- a) La testimonial. Se encuentra regulada específicamente en el artículo 948 del código adjetivo de la materia, a diferencia del juicio ordinario civil que la regula en los artículos 120 y 357 esencialmente:

Art. 948. *Las partes deberán presentar a sus testigos y peritos. De manifestar bajo protesta de decir verdad no estar en aptitud de hacerlo, se impondrá al actuario del juzgado la obligación de citar a los primeros y de hacer saber su cargo a los segundos, citándolos asimismo, para la audiencia respectiva, en la que deberán rendir dictamen. Dicha citación se hará con apercibimiento de arresto hasta por treinta y seis horas, de no comparecer el testigo o el perito sin causa justificada y al promovente de la prueba, de imponerle una multa hasta por el equivalente de 30 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, en caso de que el señalamiento del domicilio resulte inexacto de comprobarse que se solicitó la prueba con el propósito de retardar el procedimiento, sin perjuicio de que se denuncie la falsedad resultante.*

¹³¹ Tenorio Godínez, Lázaro. Op. cit. Pag. 325.



- b) La confesional. De igual forma se regula en el propio artículo 948 parte final; en el juicio ordinario se regula en el artículo 308 y siguientes, incluso en cuanto a la declaración de confeso; por lo tanto, no se puede aplicar todo el rigor de las reformas en estos puntos.

Art. 948...Las partes, en caso de que se ofrezca la prueba confesional, deberán ser citadas con apercibimiento de ser declaradas confesas de las posiciones que se les articulen y sean calificadas de legales, a menos que acrediten justa causa para no asistir.

- c) La documental. En cuanto a su preparación, el capítulo de las controversias no establece los medios para tal efecto, ni en cuanto hace a su objeción, impugnación, reconocimiento, diligenciación de exhortos, documentos supervenientes, etc.
- d) La pericial. En el capítulo de controversias del orden familiar, el numeral 948 del código adjetivo civil específicamente dispone que las partes deben presentar a sus peritos, a menos que se encuentren imposibilitadas para hacerlo, y también que éstos deberán rendir su dictamen en la audiencia respectiva, y no a los diez o cinco días en que hayan aceptado y protestado el cargo como lo ordena el artículo 347, fracción III y IV.
- e) La inspección. En el capítulo especial no se regula esta probanza específicamente, por tanto, se deben aplicar las reglas del juicio ordinario

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

con la taxativa mencionada en el inciso precedente, con relación a las facultades discrecionales del juzgador. Sin embargo, del contenido del artículo 945 podemos apreciar que es facultad del juez ordenar oficiosamente la práctica de una prueba de inspección judicial para verificar personalmente la veracidad de los hechos.

- f) Por último, es necesario hacer mención del Informe por escrito rendido por trabajadores sociales, o por instituciones especializadas en la materia, que son considerados auxiliares de la administración de justicia, y en el caso concreto, auxilian al Juez de lo Familiar para lograr un mayor acercamiento a la verdad material de la controversia. En la práctica, los trabajadores sociales se limitan a presentar su informe por escrito, el cual generalmente adolece de deficiencias, en virtud de la falta de experiencia y una adecuada preparación. Los informes generalmente son elaborados con los elementos que obtienen de una entrevista personal con las partes, y en su caso, con los hijos de la pareja, quienes se limitan a manifestar su versión de los hechos ocurridos. También se integran los informes con aquellos elementos que los trabajadores sociales aprecian a simple vista, sin que se haga un exhaustivo estudio socioeconómico de las partes. El informe se considera testimonio de calidad.

La audiencia se practicará con o sin asistencia de las partes. Los trabajadores sociales o las instituciones especializadas en la materia presentarán

TRABAJO CON
FALLA DE ORIGEN

el informe correspondiente en la audiencia, y podrán ser interrogados por el juez y por las partes.

No existe más limitación para el ofrecimiento de pruebas siempre y cuando no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la ley.¹³²

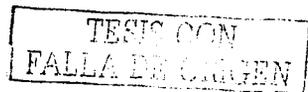
Cabe destacar que en el procedimiento de separación de cónyuges, cobra gran importancia la pericial en psicología, porque es la manera más objetiva y convincente de dar a conocer al juez la importancia de la separación, toda vez que existe una crisis en el matrimonio que a pesar de no llegar a los extremos de disolver el vínculo matrimonial, hace muy difícil el deber de cohabitación de los cónyuges.

Es por ello que se sugiere practicar a las partes en el procedimiento de la separación diversas pruebas psicológicas a efecto de justificar la necesidad de la medida.

4.3.2.5. FASE CONCLUSIVA

En el fallo, el juez valorará el informe presentado por trabajadores sociales, junto con el resultado del interrogatorio a dichos trabajadores, por el juez y las partes. La apreciación se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 402 del

¹³² Artículo 944 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.



Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, como lo dispone el artículo 945.

Igualmente, en el fallo, se expresarán en todo caso los medios de prueba en que se haya fundado el juez para dictarlo.

La sentencia se pronunciara de manera breve y concisa, en el mismo momento de la audiencia de ser así posible, o dentro de los ocho días siguientes.

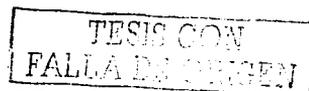
En relación con la separación de cónyuges, los efectos de la sentencia que se pronuncie, son restringidos, pues se limitan al otorgamiento de una simple dispensa del cumplimiento del deber de cohabitación, quedando subsistentes las demás obligaciones que derivan de la relación conyugal: el deber de fidelidad y de ayuda mutua, como veremos más adelante.¹³³

4.4. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES

4.4.1. EN CUANTO A LAS PERSONAS

4.4.1.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CÓNYUGES

¹³³ Galindo Garfías, Ignacio. Op. cit. Pag. 605.



Hemos visto que en caso de que se decreta la separación de cónyuges, no se disuelve el vínculo matrimonial. Es por ello, que solamente se modifican algunas obligaciones y derechos que nacen del mismo.

A continuación analizaré los principales deberes conyugales y su alteración como consecuencia de la separación de cónyuges:

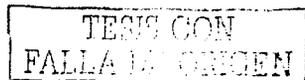
1. **Vida en Común.**

Se refiere al deber de los cónyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal que hará posible el cumplimiento de los otros deberes. Fundamentalmente, tiene las características de ser un deber entre iguales, complementario, que se exige por reciprocidad.¹³⁴ A través de este deber, puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines objetivos del matrimonio. Podemos decir que constituye la relación jurídica fundamental de la cual se desprenden un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o accesorias.

Es así como el artículo 163 del Código Civil establece:

Art. 163. *Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.*

¹³⁴ Chávez Asencio, Manuel. *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares.* Pag. 389.



Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad.

Sobre esta materia del domicilio conyugal, existen tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que superaron la anterior falta de definición para quedar como ahora se establece.

Es difícil hallar una sanción adecuada para la posible infracción a este deber. La fuerza pública puede ser empleada en la vía de apremio para que el cónyuge rebelde haga vida en común, pero este procedimiento en la práctica resulta bastante difícil, porque habría la necesidad de tener permanentemente la intervención oficial para que el cónyuge permaneciera en el domicilio conyugal.

Con la separación de cónyuges declarada judicialmente de acuerdo a esta propuesta, ya sea en diligencias de jurisdicción voluntaria, como en controversia del orden familiar, los cónyuges quedan relevados de este deber, teniendo ahora la facultad de señalar su domicilio de manera voluntaria. Es importante señalar que en virtud de esta separación, no se actualizaría la causal IX del artículo 267 del Código Civil, como veremos más adelante.

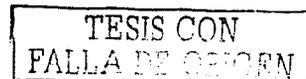
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. Débito Conyugal

Este deber del débito carnal está comprendido dentro del amor conyugal. Actualmente se entiende éste débito en una forma más personalizante, más unitiva y de mutua entrega. Es un deber permanente entre iguales y por tanto complementario, que se exige por reciprocidad, desde luego intransmisible, irrenunciable e intransigible.¹³⁵

Elo significa que los cónyuges tienen el derecho y el deber a la paternidad y maternidad responsables y de contribuir a la procreación de la especie así como la obligación de educar a sus hijos, para que éstos se desarrollen en un ambiente adecuado para su formación integral. Por regla general el matrimonio —unión conyugal o marital— por su naturaleza, lleva implícito el débito conyugal, es decir, la unión íntima, sexual y complementaria entre el esposo y esposa—. De faltar este elemento estructural no se puede hablar correctamente de matrimonio. Por ende, los contrayentes no pueden establecer condición o pacto alguno que sea contrario a los fines del matrimonio, y los más importantes de éste son el débito conyugal y la procreación. Únicamente por excepción se podrá eximir a los cónyuges del débito marital, (bien por enfermedad transmisible por herencia, por la imposibilidad para la cópula, por impotencia o incompatibilidad genética, etcétera). Pero es evidente que las causas de excepción deben de encontrarse debidamente justificadas, toda vez que el efecto del matrimonio legalmente contraído es un vínculo jurídico que se genera entre los cónyuges, cuyo contenido son derechos,

¹³⁵ Idem. Pag. 384.



deberes y obligaciones para ambos, iguales y recíprocos que derivan de la propia naturaleza de la unión conyugal. En este sentido se hace necesaria una reforma al Código Civil.¹³⁶

En nuestra legislación no se alude al deber de cada uno de los cónyuges de prestarse a las relaciones sexuales con el otro. Sin embargo, no es posible desconocer su existencia, pues difícil sería satisfacer los objetos del amor conyugal y procreación responsable con los cuales este deber guarda íntima relación, porque a través de la relación sexual la pareja cumple con los fines del matrimonio: la expresión del amor conyugal, el fin procreativo y la promoción de la pareja en su aspecto conyugal y familiar.¹³⁷

El incumplimiento de este deber puede acarrear como sanción el divorcio, al configurarse como una injuria grave, pero se estima que no podría haber medio de apremio para el cumplimiento de tan íntimo deber, por lo que corresponde al sentimiento en las relaciones conyugales decidir y resolver.

Debemos tomar en cuenta que no toda abstención al débito conyugal es en sí una injuria grave, porque influyen una serie de elementos de la vida diaria, comportamiento conyugal adecuado, atención y respeto entre los cónyuges, etc. y

¹³⁶ Torreblanca Senties, José Manuel. *Perspectiva de la Familia en el Siglo XXI. Reformas al Código Civil del Distrito Federal*. Revista El Foro. Barra Mexicana del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados. 11ª Época. Tomo XIII. Número 1. México, 2000. Pag. 17.

¹³⁷ Chávez F. Manuel. *Matrimonio. Compromiso Jurídico de Vida Conyugal*. Noriega Editores. México, 1998. Pag. 52.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

así lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al sostener que si la abstención del débito carnal se debió a defectos físicos, a enfermedades o a un acuerdo celebrado entre los esposos, no existe la injuria necesaria para decretar el divorcio, pero si la negativa obedece a un desprecio ofensivo de uno de los cónyuges contra el otro, existe una injuria suficiente para considerar fundada la acción.¹³⁸

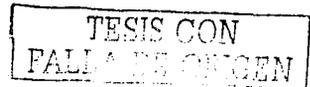
En el caso en que se tramite una separación de cónyuges, este deber debe suspenderse también en virtud de la situación de crisis que da origen a la separación, pues sería incongruente que se exija que los cónyuges se demuestren un amor que se encuentra fracturado. A esto hay que añadir la suspensión del deber de cohabitación, como una forma de evitar la exigencia de este deber. Y debe tomarse en cuenta para que no configure causal de divorcio como injuria grave, porque entonces la separación no tendría sentido.

3. Fidelidad.

Nace del matrimonio y comprende no sólo el evitar el adulterio, sino también, y principalmente, el cumplimiento de la promesa de entrega conyugal y el compromiso diario y permanente entre los cónyuges, que es el ángulo positivo de la fidelidad.¹³⁹ No la debemos entender únicamente desde el punto de vista material, sino, además, como el deber jurídico de respetar un bien honesto y moral

¹³⁸ Chávez Asencio, Manuel. *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. Pag. 386.

¹³⁹ Chávez Asencio, Manuel. *Matrimonio. Compromiso Jurídico de Vida Conyugal*. Pag. 53.

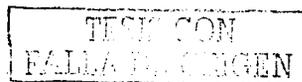


que corresponde a ambos cónyuges. Este deber comprende la intimidad sexual y exclusiva que se deben marido y esposa. Obviamente, para ser fiel con el cónyuge, la persona ante todo, debe ser fiel con sus principios y convicciones. Quien no es honesto consigo mismo, no tiene la capacidad de ser fiel a nadie más.

Aún cuando el Código Civil no hace referencia explícita a la fidelidad, este deber está incorporado en la legislación como una consecuencia ineludible del carácter monogámico asignado a éste por dicha legislación. Éste se infiere al conservarse como impedimento para contraer matrimonio y como causal de divorcio —fracción V del artículo 156 y fracción I del 267, respectivamente. Asimismo, guarda estrecha relación con el amor conyugal y con la paternidad responsable. Es un valor que en el matrimonio debe promoverse celosamente.

Actualmente, existe criterio coincidente en el sentido de que no sólo puede existir infidelidad material (adulterio) sino también infidelidad moral, la que se da cuando sin mediar relaciones sexuales extraconyugales se establece con otra persona del otro sexo una relación afectiva capaz de lesionar los sentimientos del otro cónyuge, o de hacer presumir objetivamente la existencia de una relación amorosa, o en otros términos, cuando hay una relación de intimidad susceptible de lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Augusto C. Belluscio, *Derecho de Familia* Tomo II. Pag. 332, Citado por Chávez Ascencio, en *La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. Pag. 387.



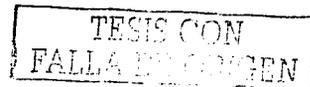
Durante la separación de cónyuges, este deber tiene que subsistir, por la permanencia misma del vínculo que aún los une, a pesar de que no cohabiten en el mismo domicilio. Además, es carente de toda lógica el hecho de que los tribunales autoricen una separación en donde los cónyuges, en lugar de llevar a cabo las acciones necesarias para superar su crisis matrimonial, la tomen más profunda e irremediable, pues la violación a este deber trae graves consecuencias.

En efecto, el incumplimiento al deber de fidelidad puede tener distintas consecuencias jurídicas; el adulterio es una de las causales de divorcio previstas en la ley que se invoca con gran frecuencia en los tribunales —bastando que se acredite el mismo por cualquier medio para que prospere la acción correspondiente—. Por otra parte, el adulterio estaba tipificado como delito en el Código Penal cuando se cometía en el domicilio conyugal o con escándalo, además de que debía acreditarse el adulterio consumado (este delito ha sido derogado); la bigamia es un delito, al atentarse gravemente en contra de la fidelidad que se deben los cónyuges.¹⁴¹

4. Ayuda Mutua

La ayuda mutua impone a ambos cónyuges la obligación y el deber —legal y natural— que corresponde a ambos cónyuges de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar conyugal, a su alimentación y a la de sus hijos. También impone el deber del padre y de la madre de educar a sus hijos, sin perjuicio de

¹⁴¹ Torreblanca Senties, Jose Manuel. Op. cit. Pag. 19.



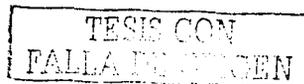
distribuirse la carga correspondiente en la forma y proporción que acuerden y según sus posibilidades, atento lo previsto en el artículo 164 del Código.¹⁴²

La ayuda mutua y el deber de socorrerse mutuamente están consignados en los artículos 146 y 162 del Código Civil. No se refieren sólo a situaciones de emergencia aisladas, sino a todo momento y durante toda la vida del matrimonio. Son deberes necesarios para la realización de los miembros de la familia, pues comprenden no sólo el aspecto material o económico, como podría ser lo relativo a alimentos, sino también la asistencia moral que corresponde a los cónyuges tanto en casos normales como en enfermedad o dificultad.

La violación a estos deberes puede traer como consecuencia el divorcio, debido a que puede considerarse como una ofensa grave, que es una de las causales establecidas. También, se comprende en la casual prevista en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil al no cumplir con las obligaciones previstas por el artículo 164. Asimismo, ante el incumplimiento reiterado a cumplir con la obligación alimentaria inherente a la paternidad, se podrá demandar judicialmente la pérdida de la patria potestad, de conformidad con lo establecido en el artículo 444 fracción IV del mismo ordenamiento.

Además del deber de ayuda, encontramos el de asistencia recíproco que es natural al matrimonio. Éste consiste en el auxilio mutuo que se deben ambos

¹⁴² Idem. Pag. 20



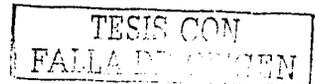
cónyuges, no únicamente en casos de enfermedad, sino también para soportar unidos las dificultades y cargas de la vida. *"El mismo implica un deber moral de los esposos de cuidarse de cualquier enfermedad o contingencia de la vida. Se distingue, pues, del deber de ayuda en que mientras éste es constante, sucesivo y permanente, el deber de asistencia, aunque debe prolongarse toda la vida del matrimonio, es esporádico, aislado y se presenta de vez en cuando."*¹⁴³

En un supuesto de separación, este deber tiene que persistir también, pues independientemente del hecho de que los cónyuges no vivan juntos, ya sea por ser así su voluntad o por adecuarse a los supuestos propuestos, tienen la obligación para los hijos, de decidir las cuestiones relativas a su formación y educación. También subsiste la obligación de procurarse alimentos, en atención a que la misma deviene del vínculo matrimonial que todavía los une.

4.4.1.2. GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Los cónyuges deben convenir respecto a la guarda y custodia de los hijos menores e incapaces, tanto durante el proceso como después de ejecutoriada la sentencia que decreta la separación. Si no hay acuerdo, el juez determinará la situación de los menores hijos. Recordemos que por disposición contenida en el artículo 282 fracción V *in fine* del Código Civil, salvo peligro grave para el normal

¹⁴³ Idem. Pag. 21



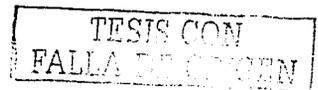
desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre. Es necesario mencionar también, que los cónyuges que pretendan separarse, deberán establecer un régimen de visitas y convivencia con los hijos, señalando las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia de sus hijos, ejercerá el derecho de visitas y convivencia, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los mismos.

4.4.1.3. ALIMENTOS

La ayuda recíproca es otro de los deberes del matrimonio que no se extingue con la separación de los cónyuges, como vimos anteriormente, y esta ayuda mutua se puede traducir materialmente en el pago de alimentos.

Los cónyuges que intervienen en un proceso de separación, deben establecer el modo de atender las necesidades alimentarias de sus hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriada la sentencia, especificando la forma de pago de la obligación y la garantía para asegurar su debido cumplimiento. Precisarán, además, la cantidad o porcentaje de pensión de alimentos que un cónyuge deba cubrir a otro, en su caso.

Al respecto hay disposición expresa en el Código Civil, cuyo artículo 323 expresa:



Art. 323. En casos de separación o de abandono de los cónyuges, el que no haya dado lugar a ese hecho podrá solicitar al Juez de lo Familiar que obligue al otro a seguir contribuyendo con los gastos del hogar durante la separación, en la proporción en que lo venía haciendo hasta antes de ésta; así como también, satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo 322. Si dicha proporción no se pudiera determinar, el Juez de lo Familiar fijará la suma mensual correspondiente y dictará las medidas necesarias para asegurar su entrega y el pago de lo que ha dejado de cubrir desde la separación.

4.4.2. EN CUANTO AL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

A continuación veremos los posibles efectos que puede provocar la separación de cónyuges judicialmente decretada, en los bienes de los cónyuges.

4.4.2.1. SOCIEDAD CONYUGAL

Como hemos visto, se propone que la separación de cuerpos no disuelva el vínculo matrimonial. Sin embargo, y atendiendo a los motivos de la separación, pueden devenir consecuencias en el régimen matrimonial de sociedad conyugal que es importante tomar en consideración.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Recordemos que durante la vigencia del matrimonio los esposos conservan en todo momento la facultad de acordar la disolución de la sociedad conyugal vía jurisdicción voluntaria, tal y como lo dispone el artículo 187 del Código Civil.

Asimismo, tenemos las causales de terminación de la sociedad conyugal durante el matrimonio a petición de uno de los cónyuges, por los siguientes motivos:

1. Si uno de los cónyuges, por su notoria negligencia en la administración de los bienes, amenaza arruinar al otro o disminuir considerablemente los bienes comunes;
2. Cuando uno de los cónyuges, sin el consentimiento expreso del otro, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal y a sus acreedores.
3. Si uno de los cónyuges es declarado en quiebra, o concurso;
4. Por cualquier otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.

En principio, la sociedad conyugal no se disuelve en virtud de la separación, pero es en este último supuesto donde podemos englobar a la causa que dio origen a la separación de cónyuges como un motivo que justifique la disolución de la sociedad conyugal, siempre que sea invocada o demandada por aquel que pretende la separación, y que el juez la considere suficiente.

En adición, no podemos dejar de observar lo dispuesto por el artículo 196 del Código Civil que a la letra dice:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Art. 196. *El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; éstos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso.*

En virtud del artículo citado, cuando la causa de la separación se fundamente en el abandono injustificado del domicilio conyugal, el juez deberá ordenar la suspensión de los efectos de la sociedad conyugal, a efecto de dejar protegido al cónyuge abandonado de cualquier malversación, disposición o administración ruinosa de bienes efectuada por aquel que lo abandonó, realizada con dolo, culpa o negligencia.

Por último, y considerando que la causa de la separación no sea lo suficientemente grave a juicio del juez como para disolver la sociedad conyugal, es importante considerar que debido a que la separación tiene su origen en una situación de crisis o conflicto entre los cónyuges, lo más probable es que estas desavenencias influyan además en lo relativo a la administración de los bienes, por lo que en el caso de la separación vía controversia del orden familiar, tendrá aplicación lo establecido por el artículo 282 fracción III, en donde se faculta al juez para tomar las medidas que sean necesarias para que los cónyuges no se puedan causar perjuicio en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso, como hemos comentado anteriormente, a través de la anotación preventiva de la sentencia de separación en el Registro Público de la Propiedad de aquellos lugares donde se conozca que tienen bienes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si existe acuerdo en cuanto a la administración de los bienes comunes, los cónyuges separados continuarán conforme a lo pactado, salvo que la causa sea enajenación mental y que el administrador haya sido el enfermo. En este caso, es necesario declarar el estado de interdicción, debiendo el cónyuge sano administrar los bienes de la sociedad conyugal.

Sin embargo, es importante aclarar que el juez deberá dictar las medidas que juzgue convenientes en caso de desacuerdo relativo a la administración de los bienes comunes, con el fin de evitar la dilapidación de bienes y así garantizar la manutención de los hijos, como se mencionó anteriormente.

4.4.2.2. SEPARACIÓN DE BIENES

Consideramos que la separación de cónyuges no influye o modifica jurídicamente el régimen conyugal de separación de bienes.

4.4.3. OTROS EFECTOS

4.4.3.1. PATERNIDAD Y FILIACIÓN

Anterior a la reforma del 25 de mayo de 2000, el hijo de la mujer casada y separada judicialmente, que nazca dentro de los trescientos días contados a partir

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de la orden judicial de separación, se reputa hijo de matrimonio con certeza de paternidad, de conformidad con lo establecido por el artículo 324 del Código Civil.

Si el hijo nace después de transcurridos trescientos días de la orden judicial de separación, nacerá también con paternidad cierta con respecto al marido de su madre, pero en este caso la ley permitía al marido desconocer a este hijo con base en el artículo 327 que señalaba:

Art. 327. El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

Esta regla era genérica para todos los casos de separación que prevé el Código Civil y que opera en toda demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio como medida provisional, de acuerdo con los artículos 275 y 282.

Ahora cabe mencionar que estas disposiciones ya no tienen aplicación, toda vez que con la reforma, el artículo 324 establece en su fracción primera lo siguiente:

Art. 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I. Los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Como hemos dicho anteriormente, la separación de cónyuges no disuelve el vínculo matrimonial. Por ello, los hijos nacidos de la mujer casada y separada se presumen, *iuris tantum*, que son hijos de los cónyuges.

Continúa estableciendo el Código Civil en su artículo 325:

Art. 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.

En caso de impugnación de la paternidad, se seguirán las mismas reglas establecidas en la legislación sustantiva, para el caso de los cónyuges no separados.

La presunción de paternidad a que hemos hecho referencia debe funcionar con más firmeza en el caso de la separación judicial como forma de divorcio no vincular, que no extingue el deber de fidelidad que se deben los cónyuges aunque vivan separados.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.4.3.2. INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE UN AÑO A QUE SE REFIERE LA CAUSAL IX DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL.

Debemos de tomar en cuenta que el matrimonio actualmente consiste en una unión que tiene como fin "realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua". Y eso parece ser en el concepto de los legisladores la esencia del matrimonio: el realizar una comunidad de vida, lo cual parece significar una vida en el mismo domicilio, ya que es obligación de los cónyuges vivir en el mismo domicilio, y que el mero hecho de que los cónyuges sean omisos en observar esta disposición, por más de un año, sin importar la causa de ello, es motivo suficiente para que cualquiera de ellos demande el divorcio.¹⁴⁴

Hemos estudiado la problemática generada con la reforma del 27 de diciembre de 1983 a las causales de divorcio, en donde se añade la referente a la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación.¹⁴⁵

Con esta fracción, se crea una situación de inseguridad jurídica para los cónyuges que de común acuerdo deciden separarse por tiempo indefinido, con el

¹⁴⁴ Adame Goddard, Jorge Op. cit. Pag. 10.

¹⁴⁵ Recordemos que por reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000, basta la separación de los cónyuges por más de un año para configurar la causal de divorcio necesario a que hace referencia la fracción IX del artículo 267 del Código Civil.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fin de solucionar una posible crisis matrimonial, pues bastaría el mero transcurso del tiempo, y la prueba respectiva de la separación, para que el divorcio proceda.

No se comprende porqué el cónyuge que ha faltado al deber de cohabitación sea legitimado para obtener el divorcio. Es tanto como introducir la disolución del matrimonio por repudio de no de los consortes. Esta situación es contraria al principio que se enuncia diciendo que "nadie puede hacer valer en su favor sus propias culpas".

Por lo anterior, se propone la modificación a la causal contenida en la fracción IX del artículo 267, en el sentido de establecer como excepción la separación por motivos laborales, profesionales, o bien, por separación judicialmente decretada.

La intención de esta propuesta es evitar que se configure una causal de divorcio cuando la intención primaria del cónyuge que solicita la separación es frenar una situación de violencia o de desavenencia que daña más la institución familiar, con la finalidad de restablecer la armonía en su matrimonio, y no la de divorciarse, porque de ser así el caso, no tendría sentido la interposición de la demanda de separación.

Ahora bien, tampoco se estaría violando las garantías individuales del cónyuge que es forzado contra su voluntad a mantener un estado de separación, toda vez que una de las propuestas como causas de terminación de este estado,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

es la conversión en divorcio, invocada por cualquiera de los cónyuges, pasado un tiempo de dictada la sentencia de separación, como veremos más adelante.

4.5. CAUSAS DE TERMINACIÓN.

Podemos englobar en tres causales probables los supuestos para la terminación de la separación de los cónyuges, que a continuación serán analizados:

1. Por reconciliación de los cónyuges.

Esto constituye el estado ideal, y la finalidad principal de la institución de la separación. Es necesario hacerlo del conocimiento de la autoridad judicial que conozca o haya conocido del litigio.¹⁴⁶ El efecto de esta reconciliación consiste en el restablecimiento del hogar tal y como estaba antes de la demanda de separación, quedando sin efecto todas las medidas dictadas en el juicio respectivo, y por otra parte, devuelve a los esposos la administración en común de los bienes que componen la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se encuentran casados.

¹⁴⁶ Lo anterior se propone en concordancia con la disposición relativa a los juicios de divorcio contenida en el artículo 280 del Código Civil que establece que la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, y que para tal efecto, los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. Por disolución del vínculo matrimonial.

Aquí cabe hacer varias precisiones de importancia, pues puede provenir :

a) Por causal de divorcio sobrevenida, invocada por cualquiera de los cónyuges.

Esto es, si durante el juicio de separación, o posterior a la sentencia definitiva decretada, alguno de los cónyuges incurre en causal de divorcio, quedan a salvo los derechos del cónyuge inocente para que los haga valer en la vía y forma que considere adecuada, recordando que quedan interrumpidos los términos para la configuración de la causal IX del artículo 267, que sería el único caso de excepción.

b) Por conversión de la separación en divorcio. En virtud de que consideramos que la separación no puede ser un estado permanente entre los cónyuges, es preciso que en la legislación se fije un plazo determinado para que la separación contenciosa pueda ser convertida en divorcio, que podrían ser uno o dos años. Sin embargo, para no hacer del juicio de separación una forma novedosa de hacer valer la causal IX del artículo 267, en donde se le da oportunidad al cónyuge culpable de disolver el vínculo matrimonial, se propone que aquel que pretenda hacer valer esta conversión, acredite ante la autoridad judicial que ha realizado sin éxito los actos tendientes al restablecimiento de su armonía conyugal, pudiendo llevarse esto a cabo a través de pruebas documentales, como podrían ser los dictámenes de psicólogos o expertos en terapias familiares. Asimismo, la conversión en divorcio no podrá ser invocado por aquel que dio causa a la separación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si se toma en cuenta que la finalidad principal de la separación de cónyuges es buscar solución a la problemática familiar, también debemos considerar que no siempre la conservación del matrimonio resulta lo más conveniente, por lo que se tendrá que acudir al divorcio como la última alternativa, y no se le puede privar del derecho a cualquiera de los cónyuges de invocarlo, más cuando se llevó a cabo un proceso que tiene como fin el restablecimiento de la armonía conyugal.

- c) Por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio de separación. Como ya vimos en lo relativo a las causales de separación contenciosa, al promover la separación de cónyuges voluntaria, existe la voluntad primaria de los cónyuges de separarse sin disolver su vínculo matrimonial. Sin embargo, el hecho de que uno de ellos incumpla con las cláusulas previamente acordadas, es una manifestación expresa a mi criterio, de que carece de la intención de restablecer la armonía en su matrimonio. Por ello, es que propongo la inclusión de una nueva causal de divorcio relativa a este supuesto, que pueda ser invocada por aquel cónyuge que sí cumplió con lo pactado y que sí buscaba reconstruir su hogar conyugal, a efecto de que el otro sea declarado cónyuge culpable en el juicio de divorcio necesario, de conformidad con lo establecido por el artículo 288 del Código Civil, y tendrá así derecho a la indemnización por daños y perjuicios que el divorcio le haya causado.

TESIS CON
FALLA DE GUBERN

d) Por muerte de uno de los cónyuges. En virtud de que la muerte de uno de los cónyuges es la única causa natural en nuestra legislación que pone fin al vínculo matrimonial, es obvio que también da lugar a que termine la separación, porque ésta no puede persistir sin la existencia de un matrimonio.

3. Por nulidad de matrimonio.

Sabemos que el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido, pero puede declararse nulo judicialmente cuando exista causa legal, no siendo posible transigir ni comprometer en árbitros acerca de su nulidad.

La sentencia pronunciada en el juicio de nulidad del matrimonio, tiene efectos declarativos. Es decir, si el juez encuentra que se ha probado la existencia de una causal de nulidad, pronuncia en forma declarativa, la invalidez, y destruye desde su origen las relaciones jurídicas a que dio lugar la celebración del matrimonio nulo.¹⁴⁷

Es por ello, que en el caso de que durante la tramitación de un juicio de separación o una vez ejecutoriada la sentencia, se acredite que se ha dictado resolución en donde se declara nulo el matrimonio, los efectos de su celebración se retrotraen y el juicio respectivo de separación de cónyuges debe sobreseerse, al haberse quedado sin materia.

¹⁴⁷ Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. Pag. 557.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo, y de conformidad con la regulación aplicable en este rubro, es muy difícil que durante la tramitación de un juicio de separación surjan causales de nulidad de matrimonio, toda vez que la mayoría cuenta con un término específico para ser demandadas, y en caso de no hacerlo, se tiene por convalidado el matrimonio.

Es por lo anterior, que consideramos que las únicas causas de nulidad de matrimonio que podrían sobrevenir en los juicios de separación de cónyuges, son las siguientes:

1. La subsistencia del matrimonio anterior: porque la nulidad proveniente de esta causa es insanable, y puede hacerse valer en cualquier momento, tanto por el cónyuge del primer matrimonio, como por sus hijos o herederos, y por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio.
2. La nulidad proveniente de parentesco no susceptible de dispensa, que es aquel que surge por consanguinidad y por afinidad, ambos en línea recta, sin limitación de grado. En línea colateral igual, si el matrimonio se celebra entre hermanos y medios hermanos. Todo interesado puede ejercer la acción de invalidez en cualquier momento, porque la causa de la nulidad derivada de estos parentescos, es imprescriptible y el matrimonio no puede ser confirmado o ratificado en alguna manera.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.6. EL PAPEL DEL ABOGADO ANTE LOS CONFLICTOS DE SEPARACIÓN DE CÓNYUGES.

Por último, considero importante hacer una breve reflexión sobre el papel del abogado en los conflictos familiares de separación judicial de cónyuges.

Antes del planteamiento de la demanda ante el juez de lo familiar, se requieren pláticas entre los cónyuges, las más de las veces sumamente conflictivas y difíciles, para llegar a un acuerdo definitivo y plasmarlo en el convenio o la demanda respectiva. Éste se puede considerar como un procedimiento extrajudicial en el cual serán los cónyuges quienes aportarán los elementos para que sus asesores elaboren el documento necesario de forma legal. El papel del abogado será entonces de consultor y auxiliar. Debe procurar la permanencia del matrimonio, aconsejando prudentemente o bien remitiendo a personas capacitadas para ayudar a resolver conflictos conyugales. Nunca debe fomentar rencores o hacer más profundas las heridas que los cónyuges se han causado, o fomentar venganzas o ventajas injustas; debe evitar los chantajes sentimentales, económicos o en relación con los hijos. Los abogados deben ser amigables componedores, buscando que el conflicto conyugal se resuelva en la forma más humana, dentro de un espíritu de equidad, justicia y de mutuo respeto entre los cónyuges.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Chávez Asencio, Manuel. *Convenios Conyugales y Familiares*. Pág. 90.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

No se puede dejar de reconocer que, en el mundo actual, existe un verdadero y pavoroso "problema del divorcio" difícil de resolver por medios exclusivamente legislativos, sin que esto suponga que las leyes sobre esta institución no deban ser reformadas convenientemente para que en lo posible, se impida la destrucción caprichosa del vínculo matrimonial, con ofensa de la moral y agravio de los derechos de los hijos, en caso de que los haya. Porque evidentemente, la práctica del divorcio, en algunos países revela, con una generalidad lamentable, la infracción de deberes morales fundamentales y una vergonzosa interpretación de los fines de esta institución.

Entre los antecedentes legales estudiados al respecto del divorcio y de la separación, resalta la transición del matrimonio indisoluble regulado en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, a la regulación del divorcio vincular, introducido en la legislación mexicana, gracias a la sorpresiva precipitación de Venustiano Carranza, quien invocó para ello sustancialmente, que el divorcio era el único remedio radical para el matrimonio desavenido; que la sociedad no tenía derecho a imponer el celibato perpetuo a los consortes que habían contraído por error o por vana ilusión un matrimonio infeliz; que los hijos sufrían menos si se les brindaba la posibilidad de integrarse en una nueva familia legítima de cualquiera de sus progenitores una vez divorciados; permitir a los esposos desunidos un nuevo matrimonio para que no cometan adulterio y para que los hijos puedan

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

educarse en otro hogar legítimo, equivale a sostener que cuando los hombres hacen algo inmoral, hay que declararlo moral y así no habrá ya desorden.

El Código Civil de 1928, reprodujo la disolubilidad del vínculo matrimonial de la Ley de Relaciones Familiares e introdujo como novedad el divorcio administrativo. En cuanto a la separación de los cónyuges, no se hace mención aparte de la que dispone el artículo 277, existiendo como una forma moderada de la separación en cuanto al lecho y la habitación.

La creación de los tribunales especializados en materia familiar, y la inclusión del título décimo sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal "De las Controversias del Orden Familiar", tuvo el propósito de fortalecer a la familia como base fundamental de la sociedad, mediante una efectiva protección a sus miembros, cuyos problemas debían ser resueltos por jueces capaces y sensibles, dotados de amplios poderes discrecionales, que actuaran a solicitud de parte, de tal modo que la finalidad que se persigue sea realizada no sólo a base de especialización, sino también con ánimo de que la impartición de justicia en esta materia se lleve a cabo con espíritu altruista, humano y justiciero, lo cual se logrará si aquellos a quienes se encomienda el tratamiento de estas cuestiones se posesionan de la jerarquía primaria de los valores humanos y sociales que van a manejar.

Muchas veces el cónyuge que desea separarse tiene que acudir a argucias basándose en los artículos 205, 206 y siguientes del Código Civil.

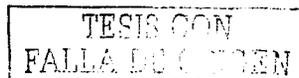
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Frecuentemente, en la práctica forense se obtiene del juez la separación conyugal en esa forma indirecta y luego se promueve un juicio, por causas si se quiere muy fútiles para hacer perdurar la separación inicial.

Nuestro actual código no prevé ni reglamenta la simple separación conyugal, y la Suprema Corte de Justicia ha tenido que intervenir para autorizar a un cónyuge a separarse del otro y dejar el hogar conyugal cuando se ve gravemente amenazada su vida, su integridad personal, su salud, su dignidad y otro bien fundamental sin incurrir en la causal de divorcio de abandono de hogar.

Encontramos que el Código Civil regula la separación de personas como acto prejudicial, misma que se presenta cuando uno de los cónyuges pretende demandar, denunciar o querellarse contra el otro. Su finalidad es evitar las consecuencias dañinas que derivarían de la cohabitación de quienes se ven en la necesidad de acudir a un procedimiento judicial para ventilar las diferencias surgidas durante su matrimonio, o para dar noticia de la comisión de un delito por su cónyuge.

Así también, la separación conyugal se encuentra regulada como medida provisional dentro del proceso, donde la finalidad de dicho precepto no es crear un derecho de separación a favor de los esposos, que los faculte a vivir separados, sino reconocer la situación que se presenta, cuando el desacuerdo entre ellos ha llegado a tal grado de incompatibilidad, que los ha llevado a buscar una separación definitiva mediante el divorcio.



Como señalamos anteriormente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha autorizado que se pueda efectuar un convenio de separación entre los cónyuges, sin necesidad de llegar al divorcio, lo cual parecía ser un avance en materia de solución alternativa a los conflictos conyugales. Sin embargo, esto se ha visto truncado con la inclusión de la actual causal IX del artículo 267 del Código Civil, que viene a reforzar la tendencia sociológica del legislador de posibilitar el divorcio de matrimonios fracasados, sin que se constate cierto motivo para tal situación negativa. El hecho de que los cónyuges puedan solicitar en vía de divorcio necesario, la disolución del vínculo por llevar un año de separados, debilita la institución del matrimonio, y propicia la divorciabilidad. Hace pensar que se ha disociado la legislación del objeto principal del Derecho de Familia, que consiste en la protección y preservación de ésta y la tutela de sus integrantes, procurando el bienestar y prevalencia de los bienes superiores y trascendentes sobre los intereses personales y egoístas de las partes en conflicto.

No se busca la desaparición del divorcio, pues reconocemos que la subsistencia de los matrimonios mal avenidos o en los cuales uno de los cónyuges sea indigno de continuar siendo el titular de los derechos, poderes y facultades que derivan del matrimonio, es evidente un mal social que es preciso remediar por los pésimos ejemplos que produce, sobre todo en los hijos. Lo malo del divorcio no es, en realidad, el divorcio en sí, sino el abuso del divorcio.

TRITE CON
FALLA DE ORIGEN

Por ello, con la separación de cuerpos se revela que el cónyuge quiere solucionar la crisis, que quiere darse un tiempo para reflexionar, para tratar de superara los errores o los malos entendidos, o en su caso, recurrir a la ayuda profesional ya sea de manera individual o en pareja para restaurar el equilibrio en su matrimonio. Además, evita la imposición del divorcio al cónyuge que desea mantener el matrimonio.

En atención a las causales propuestas para llevar a cabo la separación de cónyuges, podemos distinguir:

1. La separación voluntaria: cuando ambos cónyuges están de acuerdo en suspender el deber de cohabitación. Se propone su trámite en jurisdicción voluntaria, en donde la voluntad de las partes va a regir el estado de los derechos y obligaciones que se generen durante la separación.
2. La separación contenciosa: cuando uno de ellos decide acudir a la vía judicial a efecto de solicitar la separación de su cónyuge, por haberse presentado alguna causal. Su trámite se llevará a cabo en vía de controversia del orden familiar, en donde el juez tendrá que intervenir, con las facultades que le confiere la ley, para tomar las medidas necesarias que tiendan a preservar a la familia y a sus miembros.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Los efectos principales que trae aparejada la separación los podemos clasificar en 3 rubros:

- a) En cuanto a las personas: los cónyuges quedarían relevados del deber de cohabitación, subsistiendo la fidelidad y ayuda mutua. Los cónyuges deben convenir respecto a la guarda y custodia de los hijos menores e incapaces, tanto durante el proceso como después de ejecutoriada la sentencia que decreta la separación. Si no hay acuerdo, el Juez determinará la situación de los menores hijos, y deben establecer el modo de atender sus necesidades alimentarias, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriada la sentencia, especificando la forma de pago de la obligación y la garantía para asegurar su debido cumplimiento. Precisarán, además, la cantidad o porcentaje de pensión de alimentos que un cónyuge deba cubrir a otro, en su caso.
- b) En cuanto a los bienes: la separación de bienes no se vería afectada. En cambio, la separación de cónyuges puede provocar que la sociedad conyugal quede suspendida o disuelta, en los supuestos que analizamos.
- c) Otros efectos: aquí analizamos los efectos que trae aparejada la separación en relación a la paternidad y filiación, y la conveniencia de establecer como excepción a la causal IX la separación judicialmente decretada.

TESIS COM
FALLA DE C. CIVIL

Por último, señalamos que las tres principales causas de terminación de la separación, podrían ser la reconciliación de los cónyuges, la disolución de su vínculo matrimonial, o la nulidad del matrimonio.

La separación de cuerpos es un mal menor, pero puede contribuir en numerosas ocasiones al saneamiento espiritual y al fortalecimiento de la familia. Dicha institución debe ser una alternativa para los cónyuges, para enfrentar situaciones que pudieran ser remediables.

TESIS CON
FALLA DE CUMPLIMIENTO

BIBLIOGRAFÍA

- Adame Goddard, Jorge. *Comentarios a las Reformas del Código Civil del Distrito Federal en Materia de Matrimonio y Concubinato en Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho. Año 24. No. 24. México, 2000.*
- Alcalá Zamora, Niceto. *Síntesis del Derecho Procesal en Panorama del Derecho Mexicano. UNAM, México, 1966.*
- Arellano García, Carlos. *Segundo Curso de Derecho Procesal Civil. Procedimientos Civiles Especiales. Ed. Porrúa, 3ª ed. México, 2000.*
- Baqueiro Rojas Edgar y otro. *Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla, S.A. de C.V. México, 1996.*
- Becerra Bautista, José. *El Proceso Civil en México. Ed. Porrúa, 14ª ed. México, 1992.*
- Bejarano Sánchez, Manuel. *La Controversia del Orden Familiar. Tesis Discrepantes. Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. Tribunal Superior de Justicia. México, 1997.*
- Bonnecase, Julián. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I. Ed. Harla, México, 1997.*
- Brena Sesma, Ingrid. *Reformas al Código Civil en Materia de Matrimonio en Revista de Derecho Privado. Instituto Investigaciones*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Jurídicas de la UNAM. Nueva Época, Año I, Número 3, México, Septiembre-Diciembre 2002.

Carnelutti, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil. Vol. I.* Ed. Jurídicas Europa América, 5ª. ed. Buenos Aires, Arg.

Chávez Asencio, Manuel. *Convenios Conyugales y Familiares.* Ed. Porrúa, 3ª ed. México, 1996.

La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Ed. Porrúa. 2ª ed. México, 1990.

La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Ed. Porrúa, 6ª ed. México, 2001.

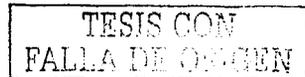
Matrimonio. Compromiso Jurídico de Vida Conyugal. Noriega Editores. México, 1998.

Chávez Asencio, Manuel y Julio A. Hernández Barros. *La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana.* Ed. Porrúa, 3ª ed. México, 2000.

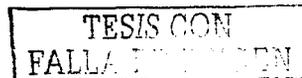
Couto, Ricardo. *Derecho Civil Mexicano.* Ed. La Vasconia, Tomo I, México, 1919.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil.* Niceto López Editor. Buenos Aires, 1942.

De Pina, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. I* Ed. Porrúa, 20ª ed. México, 1998.



- Denton Navarrete, Thalia. *Consideraciones Generales sobre el Divorcio en México* en Revista Alegatos. Universidad Autónoma Metropolitana. No. 35. México. Enero-Abril, 1997.
- Frisch Philipp, Walter. *Las Causas Específicas del Divorcio y la General de la Ruptura de la Vida Conyugal a la luz de la Reforma Publicada en el Diario Oficial del 27 de diciembre de 1983* en Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac. Año III. Número 3. Primavera de 1985. México.
- Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso*. Ed. Porrúa, 18ª ed. México, 1998.
- Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Ed. Harla, 9ª ed. México, 1996.
- Derecho Procesal Civil*. Oxford University Press, 6ª ed. México, 2001.
- Ibarrola, Antonio de. *Derecho de Familia*. Ed. Porrúa, 4ª ed. México, 1993.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*. Ed. Porrúa, 6ª ed. México, 1993.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario. *El Matrimonio Sacramento-Contrato-Institución*. Tipográfica Editorial Mexicana, S.A. México, 1965.
- Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Ed. Porrúa, México, 1998.



- Matus, V. E. *El Divorcio y la Nueva Ley Sobre Relaciones Familiares en El Foro. Revista de Derecho y Legislación. Tomo II, Número 25. México, 1 de julio de 1919.*
- Montero Duhalt, Sara. *Derecho de Familia. Ed. Porrúa, 4ª ed. México, 1990.*
- Orizaba Monroy, Salvador. *Matrimonio y Divorcio. Ed. PAC, S.A. de C.V. 1ª ed. México, 1998.*
- Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil. Ed. Harla, 7ª ed. México, 1995.*
- Pacheco E. Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Ed. Panorama, 1ª ed. México, 1984*
- Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa. 18ª ed. México, 1988.*
- El Divorcio en México. Ed. Porrúa. 6ª ed. México, 1991.*
- Ley sobre Relaciones Familiares, comentada y concordada con el Código Civil Vigente, y leyes extranjeras. Librería Bouret, 2ª ed. Paris-México, 1923. pp. 9, 10, 18 a 20.
- Perez Duarte, Alicia. *Derecho de Familia. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.*
- Rodríguez Mejía, Gregorio. *Matrimonio. Aspectos Generales en el Derecho Civil y en el Canónico en Revista de Derecho Privado. Instituto*

TECIS CON
FALLA DE ORIGEN

de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Nueva Época, Año I, Número 3, Septiembre-Diciembre 2002.

Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil, Tomo I*. Ed. Porrúa 20ª ed. México, 1984

Sánchez Márquez, Ricardo. *Derecho Civil. Parte General. Personas y Familia*. Ed. Porrúa, México, 2002.

Sánchez Medal, Ramón. *El Divorcio Opcional*. Ed. Porrúa. 1ª Ed. México, 1974.

Matrimonio y Divorcio. Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. Año 20, no. 20. México, 1996.

Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia. Ed. Porrúa. 1ª. Ed. México, 1979.

Tenorio Godínez, Lázaro. *Las Reformas Procesales en Materia Familiar (D.O.F. 24-04-96)* en *Ars Iuris*. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. No. 18, México, 1998.

Torreblanca Senties, José Manuel. *Las Controversias de Orden Familiar*. Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. Año 20, no. 20. México, 1996.

Perspectiva de la Familia en el Siglo XXI. Reformas al Código Civil del Distrito Federal. Revista El Foro. Barra

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Mexicana del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados. 11ª
Época. Tomo XIII. Número 1. México, 2000.

Reflexiones en Relación con los Conflictos Familiares. Ars
Iuris. Revista del Instituto de Documentación e
Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la
Universidad Panamericana. No. 21. México, 1999.

Wong Ordóñez, María de los Ángeles. *Fundamentación del Cambio para un
Derecho Procesal Familiar.* Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM.

LEGISLACIÓN

Código Civil del Distrito Federal y del Territorio de la Baja California. México, 1873

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. México, 1887.

Código Civil para el Distrito Federal. Greca Editores, 8ª ed. México, 2002.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Greca Editores, 8ª ed.
México, 2002

Ley Sobre Relaciones Familiares. Ediciones Andrade, S.A de C.V. México, 1917.

Dictamen de la I Asamblea Legislativa del Distrito Federal

TRIS CON
FALLA DE ORIGEN