

1

10721
310



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"

"PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 278 DEL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN LO
RELATIVO AL PLAZO PARA QUE OPERE LA CADUCIDAD
EN LAS FRACCIONES XI, XVII Y XVIII, DEL ARTICULO
267 DEL MISMO CODIGO SUSTANTIVO"

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

DAVID VIRGEN ADRIANO



Asesor: Licenciado JOSE JORGE SERVIN BECERRA

Septiembre de 2003

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

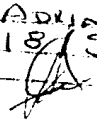
DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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.

2

Ante todo,
gracias a Dios, Ser Supremo,
por el maravilloso don de la vida.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de este documento.
NOMBRE: DAVID VIRGEN
ADRIANO
FECHA: 18 SEPTIEMBRE 2003
FIRMA: 

A mi Padre,
por su ejemplo,
paciencia, tiempo, esfuerzo,
dedicación y consejos. ¡Gracias Papá!

TESIS DE
FALLA DE ORIGEN

A mi querida Universidad,
la Máxima Casa de Estudios de Latinoamérica,
que me recibió con los brazos abiertos.

Al Licenciado José Jorge Servín Becerra,
mi Asesor, profesor y amigo,
quien me dirigió y apoyó desinteresadamente
al desarrollar la presente tesis,
con la que pude llegar hasta este momento.

Al respetable Sínoo Universitario asignado,
excelentes profesionistas con ilimitado
entusiasmo para la impartición de Cátedras.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A dos admirables y ejemplares personas:
Lic. Raquel Anaya Méndez.
Lic. José R. Bustillos Carrillo. †

A mis amigos:
Reyes Sánchez Mendoza, Angel C. Perez Trejo, José Jaime Cruz y
María Luisa Alcántara, y a Don Guillermo Alcántara.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A alguien especial:
Rosario García Mendoza,
por tu amor y comprensión,
por tu apoyo incondicional y en particular,
por haber permanecido todo este tiempo a mi lado,
sempiternamente gracias.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

6

INDICE

CAPITULO 1

DEL MATRIMONIO Y DEL CONCUBINATO

PARTE PRIMERA

1. Antecedentes históricos del Matrimonio y del Concubinato

1.1	En el Derecho Romano	1
1.2	En el Derecho Germánico	4
1.3	En el Derecho Canónico	6

PARTE SEGUNDA

1. Evolución y Concepto actual del Matrimonio y del Concubinato en México

1.1	Epoca Colonial y México Independiente	9
1.2	Código Civil de 1870 y 1884	12
1.3	Ley de Relaciones Familiares	14
1.4	Naturaleza Jurídica del Matrimonio	16
1.5	Definición de Concubinato	25
1.6	Definición de Matrimonio	27

CAPITULO 2

DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO

2. Antecedentes históricos del Divorcio

2.1	En el Derecho Romano	30
2.2	En el Derecho Germánico	33
2.3	En el Derecho Canónico	34
2.4	Época Colonial y México Independiente	38
2.5	Código Civil de 1870 y 1884	41
2.6	Ley de Relaciones Familiares	46
2.7	Naturaleza Jurídica del Divorcio	49
2.8	Definición de Divorcio	50



CAPITULO 3**DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO DE ACUERDO AL DERECHO MEXICANO VIGENTE****3.1 Clasificación del Divorcio de acuerdo a la legislación vigente**

3.1.1	Divorcio Administrativo	53
3.1.2	Divorcio Voluntario Judicial	55
3.1.3	Divorcio Necesario Judicial	58

3.2 Obligaciones originadas de la disolución del vínculo matrimonial

3.2.1	Alimentos, Concepto y Características	62
-------	---------------------------------------	----

3.3 Efectos del Divorcio

3.3.1	Con relación a los cónyuges	71
3.3.2	Con relación a los hijos	73
3.3.3	Con relación a los bienes	77

CAPITULO 4**DISOLUCION DEL MATRIMONIO DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN LAS FRACCIONES XI, XVII Y XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL****PARTE PRIMERA****4.1 Definición de Causal de Divorcio** 82**4.2 El tiempo y la Actividad**

4.2.1	La Preclusión y la Caducidad	83
4.2.2	Términos y Plazos	87

4.3 Causales de Divorcio establecidas en el Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal

4.3.1	Análisis general de las fracciones del artículo 267	89
4.3.2	Análisis de la fracción XI del artículo 267	103
4.3.3	Análisis de la fracción XVII del artículo 267	105
4.3.4	Análisis de la fracción XVIII del artículo 267	107

4.4 Violencia Familiar como causal de Divorcio y como conducta delictuosa	109
PARTE SEGUNDA	
4.1 Propuesta de reforma	111
4.2 Opinión personal	112
4.3 Conclusiones	114
BIBLIOGRAFIA	116

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 1

DEL CONCUBINATO Y DEL MATRIMONIO

PARTE PRIMERA

1. Antecedentes históricos del Concubinato y del Matrimonio.

1.1 En el Derecho Romano

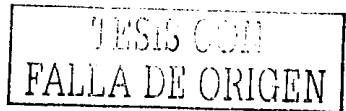
El matrimonio como institución existió desde épocas muy remotas, figura y vínculo que era conocido en el derecho romano, en el cual se le definía como *iustae nuptiae* o *iustum matrimonium*, que era precisamente dicha "unión conyugal monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano."¹

Ahora bien, para tener la posibilidad jurídica de contraer las *iustae nuptiae* o *Conubiun*, la maestra Marta Morineau Iduarte menciona que se necesitaba gozar de la calidad de ciudadano romano, quedando exceptuados los peregrinos como los latini, salvo los *latini veteres*, que sí podían contraerlas. La falta de la *Conubiun*, solo podía ser sustituida por una orden del emperador que autorizara la celebración de las *iustae nuptiae*, y cumpliéndose estos requisitos toda persona era libre de celebrar el *iustum matrimonium*, aunque podría encontrarse con algunos impedimentos, tales como el parentesco consanguíneo.

"En línea recta el matrimonio está prohibido hasta el infinito, por razones obvias, ya que biológicamente uniones de este tipo van en contra de la naturaleza; en línea colateral está prohibido entre hermanos, tíos y sobrinos y entre primos. En este último caso, cada vez fueron permitiéndose los matrimonios con mayor frecuencia, hasta que llegó el momento en que tal prohibición desapareció.

Si el parentesco era por afinidad; es decir, aquel existente entre cada uno de los cónyuges con los parientes del otro, en línea recta estaba también prohibido hasta el infinito y en la línea colateral hasta el segundo grado o sea

¹ Morineau Iduarte Marta. Derecho Romano - Editorial Harla Mexico 1993. Pág. 62



entre cuñados; los efectos de ésta prohibición tendrán validez después de la disolución del matrimonio, cualquiera que sea la causa.

Por otro lado, también estaba prohibido el matrimonio entre patricios y plebeyos y por la *Ley Papia Poppaea* se prohíbe esta unión entre los hijos de senadores con libertos o persona que ejerciese una profesión deshonrosa como, por ejemplo, el ser cómico.

También estaban prohibidas las *iustae nuptiae* entre el alto funcionario de una provincia o sus hijos con una persona natural de la provincia, así como también entre el tutor o sus hijos con la pupila, o el curador o sus hijos con la persona sobre la cual se ejerce la curatela.”²

El matrimonio era considerado como un contrato civil. “La esposa tomaba el nombre de *uxor* y el esposo de *vir*.”³

Aunque era considerado un contrato civil, se escoltaba con formalidades religiosas, “debe advertirse que las ceremonias y actos, en cierto modo rituales, que acompañaban a su celebración no eran necesarias para su validez. Ortolán dice a este respecto: Así el flamenium que cubría a la desposada, la rueca, el huso y el hilo que llevaba, su marcha hacia la casa nupcial, las colgaduras y ramas que decoraban esta casa, las llaves que se le entregaban, las palabras consagradas, el recibimiento que se le hacía por el agua y el fuego y todas aquellas alusiones mitológicas.

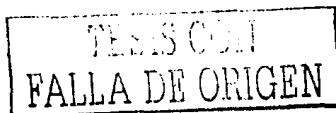
No se piense, por lo anterior, que la llamada tradición o entrega de la mujer al marido, tuviese lugar siempre materialmente. De acuerdo a los principios generales, podía ser simbólica, en el sentido de realizarse mediante el consentimiento y teniendo presente la cosa objeto de la tradición. De la misma manera que tratándose de un bien inmueble, no era posible que pasara de las manos del vendedor al comprador y en tales circunstancias era suficiente que las dos partes, teniendo a la vista dicho bien, manifestasen su consentimiento en que el primero lo pusiera a disposición del segundo, y éste lo recibiera a su satisfacción, así también sucedía tratándose de la entrega de la mujer.”⁴

Se puede decir entonces que las *iustae nuptiae* en el derecho romano se

² Ob Cit Pags 65 y 66

³ Pallares Eduardo El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991 Pag 13

⁴ Ob Cit Pag 14



perfeccionaban por el consentimiento para celebrarlas, y la entrega de la mujer se hacía de manera similar a la forma de entregar o transmitir los bienes en general seguidas por la tradición, y establecidas en el propio derecho.

“La unión de los esclavos llevaba el nombre de *contubernium*.”⁵

Al lado de las *iustae nuptiae*, la ley romana reconocía el concubinato y no lo prohibía, aunque me permito decir que no lo reglamentaba debidamente, en virtud de que sus consecuencias jurídicas nunca llegaron al nivel de las del matrimonio, como veremos a continuación.

El concubinato era la “unión marital de orden inferior al *iustum matrimonium*, pero al igual que éste, es de carácter monogámico y duradero, de igual modo reconocido por la ley, siendo totalmente diferente de cualquier relación de carácter pasajero, las cuales eran consideradas ilícitas. Esta especie de matrimonio nació como consecuencia de la prohibición de realizar las *iustae nuptiae*, cuando existía desigualdad de condición social entre los futuros cónyuges.”⁶

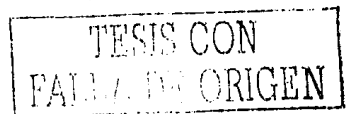
El maestro Chávez Asencio comenta que “el concubinato parece haber nacido en Roma debido a la desigualdad de las condiciones, toda vez que un ciudadano toma por concubina a una mujer poco honrada, e indigna, por lo tanto de hacerla su esposa. Hasta el fin de la República, el Derecho no se ocupó de estas simples uniones de hecho, pues fue bajo Augusto cuando el concubinato recibió su nombre. La ley ‘*Julia de adulteris*’ calificaba de ‘*stuprum*’ y castigaba todo comercio con toda joven o viuda fuera de las ‘*justae nuptiae*’, haciendo una excepción a favor de la unión duradera llamada concubinato, que recibió de esta manera una especie de sanción legal. Desde entonces le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía un comercio ilícito. Por eso el concubinato, solo estaba permitido entre personas púberes y no parientes en grado prohibido por el matrimonio.”⁷

Es entonces que en el derecho romano, tanto las *iustae nuptiae* como el concubinato, fuera del *contubernium*, eran consideradas como “dos formas matrimoniales, tienen los siguientes elementos comunes

⁵ Ob Cit Pág 13

⁶ Morineau Iduarte Marta. Derecho Romano. Editorial Harla México 1993. Pág 73

⁷ Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág 39



- a) Se trata de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer.
- b) Los sujetos tienen la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en los lances y peripecias de la vida. La famosa frase de que el *consensus* y no el *conubitus* hace el matrimonio significa, quizá, que el hecho de continuar armonizando (co-sentir) y no el hecho de compartir el mismo lecho, es la base del matrimonio.
- c) Ambas formas son socialmente respetadas, y para ninguna de ellas se exigían formalidades jurídicas o intervención estatal alguna. Estas antiguas uniones fueron 'vividas', no celebradas en forma jurídica, y tenían pocas consecuencias jurídicas. Para nosotros es difícil intuir lo que haya significado el matrimonio romano, pero por otra parte los romanos hubieran considerado monstruoso el hecho de que los cónyuges modernos perpetúen a veces un matrimonio, contra la voluntad de uno de ellos, una vez que haya desaparecido el afecto marital. Quizá podemos decir que la propiedad se relaciona con la posesión, como el matrimonio moderno con el romano."⁸

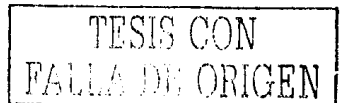
Por lo anteriormente comentado me permito concluir que las dos instituciones tenían su verdadera eficacia en la práctica, aunque el concubinato quedaba por debajo de las *iustae nuptiae*, y paralelamente a estas figuras se encontraba el *contubernium*, es decir la unión existente entre los esclavos.

1.2 En el Derecho Germánico

"Al igual que en el derecho romano originario, en el antiguo derecho alemán pueden distinguirse dos círculos familiares, uno amplio y otro estricto. El círculo estricto la casa (*das-haus*), es una comunidad erigida sobre la potestad (*mund*) del señor de la casa, y que abarca además de él mismo, la mujer, los hijos, los siervos, los extraños acogidos a la hospitalidad de la casa. La esfera más amplia es la *Sippe*, comunidad representada originalmente por los agnados no sujetos a la ajena potestad, y cuyos vínculos, no sólo de hecho sino también de derecho, se manifiestan en servicio de las armas y en la guerra, en la colonización, en el culto y por el juramento y que posteriormente es título de la potestad sobre los miembros de la *sippe*, huérfanos y necesitados de tutela y fuente de todo derecho sucesorio."⁹

⁸ Margadant Guillermo F. Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge México 1995. Pág. 207

⁹ Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág. 45



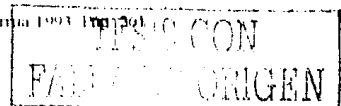
Es importante señalar que la agnatio es el parentesco civil que se funda sobre la autoridad paterna o marital. Como puede observarse, éste sistema jurídico parece ser de tipo patriarcal y por lo tanto, desde el punto de vista del parentesco agnático, cada persona sólo tendrá dos abuelos; es decir, los paternos, y los hijos de un hijo serán agnados de su abuelo paterno, los de una hija no.

En realidad "no se conoce con seguridad el régimen de bienes de matrimonio en el derecho germánico más antiguo. Las fuentes de la época franca permiten suponer que desde entonces ya empezó la evolución de un derecho marital a administrar los bienes de la mujer. Así como el marido en concepto de sucesor del padre de la novia alcanza la potestad sobre la persona de la mujer, adquiere también sobre sus bienes una *potestad y derecho de administración*.

Acaso sólo se dejaban a la libre disposición de la mujer los utensilios caseros y femeninos, llamados *gerade*. El resto de su patrimonio, especialmente la dote, en tanto no sea *gerade*, entraba en la *Gewere* del marido, que los administraba durante el matrimonio junto con su patrimonio, pero sin adquirir su propiedad. Las donaciones que el marido prometía a la mujer a saber: la que le atribuía a la mañana siguiente a la primera noche nupcial (*Morgengabe*: donación de la mañana), que en las fuentes medievales se conceptúa como *pretium virginitatis*, se negaba a la viuda que contrae segundo matrimonio. El *Wittum* o viudedad derivada del antiguo precio de la mujer, la retención del marido durante el matrimonio, ya en concepto de bienes de la mujer en su potestad de administración, o incluso en concepto de bienes propios de patrimonio (propiedad), toda vez que no cumplía su promesa sino después de disuelto el matrimonio, no habiendo hasta entonces sino una simple deuda.

Este sistema de *administración marital* de los bienes de la mujer, denominado sistema de la comunidad de administración, se conservó durante la Edad Media, sobre todo en el derecho sajón oriental (westfaliano). El marido y la mujer no tienen en vida *bienes ramificados*, pues si bien la propiedad está separada, los patrimonios de ambos cónyuges forman durante el matrimonio una masa unitaria administrada por el marido en nombre de la comunidad conyugal. El marido tenía la libre disposición de bienes muebles de la mujer y de todos los suyos propios, mientras que sólo con asentimiento de la mujer podía disponer de los inmuebles de la misma.¹⁰

Por otro lado, la evolución posterior marca también una serie de fases muy parecidas a las existentes dentro del derecho romano. "La *Sippe* se descompone



y los vínculos agnáticos hubieron de ceder el puesto a la familia cognaticia.”¹¹

El matrimonio germánico a diferencia del romano, “se basa en un acuerdo de voluntades que una vez concluido no puede disolverse, Este acuerdo de voluntades se materializa en un contrato que primitivamente sería de compra de la esposa y, luego, más espiritualizado, de adquisición del poder o “mundium” sobre ella. Este contrato se celebra en el matrimonio legítimo, entre varón y el tutor de la mujer; a su lado surge el *friedeleche* o matrimonio libre, contrato que tiene lugar directamente entre los esposos. Además, en el matrimonio legítimo (que originalmente sería un negocio de efecto inmediato y unitario), se distinguen desde época temprana dos partes, a modo de la bipartición que en la adquisición de la propiedad opera la teoría del título y modelo: un contrato de sponsales en el cual originalmente no se contaba con la voluntad de la mujer, y un acto de entrega formal de la novia al novio, en presencia de los parientes y con el ofrecimiento de determinados símbolos.”¹²

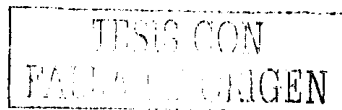
Con base en lo aportado en el presente subtema, me permito decir entonces que al vínculo matrimonial, se le consideraba como un contrato de “compraventa de la mujer”, pero independientemente del “precio” que se pagara por la cónyuge, al celebrarse esta unión, nacían relaciones de parentesco.

Sin embargo desde mi punto de vista, el matrimonio en el derecho germánico no era una sociedad comercial, dentro de la cual se pudiera mirar exclusivamente las ventajas a obtener, sino que se equiparaba a una comunidad que se constituía autónomamente de sus efectos económicos, y las consecuencias que de ella se derivaban eran reguladas, incluso en la medida de las condiciones morales que representaba dicha institución.

1.3 En el Derecho Canónico

Para entrar al estudio de este subtema, considero necesario aportar una definición clara y sencilla de lo que se entiende por derecho canónico. En términos generales se puede afirmar “que el derecho canónico es el derecho de la Iglesia, o sea el sistema jurídico que regula la conducta externa de los miembros de ésta. Por extensión, se refiere también al sistema jurídico de cualquier corporación religiosa no-católica aunque, en nuestro medio, parece que se reserva

¹¹ Chavez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho - Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares - Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001 - Pág. 45
¹² Ob. Cit. Pág. 46



al ordenamiento legal de la Iglesia Católica.”¹³

El maestro Manuel F. Chávez Asencio comenta al respecto del matrimonio canónico celebrado por la Iglesia Católica, que el cristianismo lo fundó “sobre la base de igualdad; hizo de él una sociedad, una asociación de tan estrechos lazos que los cónyuges funden sus vidas en una superior unidad. Pues bien, en esta asociación tan íntima de cuerpos y almas, ¿cómo ha de poder hablarse de que predomina una voluntad sobre otra, o sobre la persona del marido, o sobre la persona de la mujer, si el ideal y el imperativo ético del cristianismo es que no haya más que una sola persona y una sola e indivisible voluntad?”¹⁴

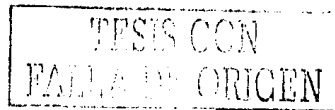
Es entonces que me permito decir que la concepción cristiana del matrimonio se aproxima más a la germánica que a la romana. El matrimonio cristiano queda fundado indisolublemente por la recíproca prestación del consentimiento de cada uno de los esposos, en donde la labor del sacerdote o presbítero es similar a la de un fedatario por parte de la Iglesia Católica.

Para el Derecho Canónico, es el matrimonio un acto revestido de diversos actos, a decir del maestro Rafael Rojina Villegas al citar oportunamente la obra de Ruggiero quien menciona que “el Concilio de Trento (1563), regula toda esta materia en modo definitivo. Ordena necesariamente la intervención del Párroco y la celebración del matrimonio *in facie ecclesiae*: los esposos, después de tres publicaciones efectuadas en tres días festivos y ante los fieles congregados por el oficio de la misa y durante ésta, deben comparecer ante el párroco, quien en presencia de dos o tres testigos los une y bendice la unión, extendiendo la partida correspondiente, que conservará en los registros parroquiales. Al lado de ésta, que constituye la forma normal y pública, se admite en casos excepcionales y concurriendo circunstancias graves, el matrimonio secreto y clandestino, que tiene lugar también ante el párroco, celebrándose privadamente y pudiendo eludirse el requisito de las publicaciones; éste matrimonio no se registra en los libros ordinarios parroquiales, sino en un libro secreto cuya lectura está prohibida a quien carezca de autorización de la superior autoridad eclesiástica, es un matrimonio contraído sin forma alguna de publicidad, pero que produce los mismos efectos que el ordinario. Así el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento.”¹⁵

13 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM Diccionario Jurídico Mexicano Decima Edición - Editorial Porrúa México 1998 Pág. 958

14 Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001 Pág. 45

15 Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998 Pág. 205



Es entonces que el matrimonio es elevado por el Concilio de Trento a la calidad de sacramento (*ya a decir del maestro Rojina Villegas al citar a José Custán Tobeñas*), "cuyos ministros son los mismos contrayentes, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia. Como materia del sacramento designan los canonistas la voluntad de ambas partes de contraer el matrimonio, y como formal la expresión de esa misma voluntad."¹⁶

El maestro Chávez Asencio comenta que "el sacramento es un signo que contiene en sí lo que significa y realiza aquellos que significa. El signo sacramental es la unión de los consentimientos y de los cuerpos. Realizan la unión indisoluble de los esposos.

Referido al matrimonio, éste signo es la misma realización del matrimonio; es el 'sí' de los esposos, es la unión de los consentimientos y los cuerpos; promesa mutua y en la vida conforme a esa promesa. No es la fórmula jurídica por la que se contrae el matrimonio, ni tampoco la liturgia nupcial en su conjunto, sino la voluntad de pertenecerse mutuamente en el amor, en la fidelidad, libremente consentida hasta la muerte.

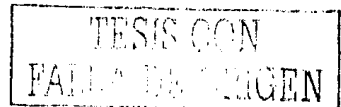
Este signo produce lo que significa, es decir, el amor y la unión indisoluble de los esposos."¹⁷

Como se puede observar, ésta ha sido la doctrina firme y permanente de la Iglesia. En el Derecho Canónico actualmente se expresa, como es de todos conocido, que el matrimonio entre los católicos se rige por el propio Derecho Canónico, salvo la competencia de la potestad civil del Estado sobre los efectos exclusivamente civiles del mismo matrimonio.

Por lo expuesto con antelación, el matrimonio canónico es de este modo una imagen de alianza de Dios con la humanidad, de unión y afecto entre lo divino del Ser Supremo y lo humano, o lo que es lo mismo, de Cristo con la Iglesia Católica. Por último me permito concluir que para el Derecho Canónico el matrimonio es un signo productor de gracia de estado, que capacita a los esposos para que vivan de tal forma su unión sacramental que efectivamente realicen la semejanza del misterio Cristo-Iglesia, hasta el final de los tiempos, quedando unidos hasta que la muerte los separe.

¹⁶ Ob. Cit. Pág. 206.

¹⁷ Chávez Asencio Manuel E. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág. 47.



PARTE SEGUNDA

*1. Evolución y Concepto actual del Matrimonio y del Concubinato en México.***1.1 Época Colonial y México Independiente**

Como se mencionó anteriormente, al nacer y difundirse el cristianismo el matrimonio fue perdiendo su carácter liberal, mientras adquiría la dignidad de sacramento. Durante el transcurso de la Edad Media prevaleció el concepto canónico en virtud del cual el matrimonio es creado por mandato divino.

“El matrimonio, además de las disposiciones generales en el derecho canónico y en la legislación de Castilla, había motivado disposiciones particulares en las Indias por las condiciones particulares que allí se presentaban.”¹⁸

El sentido ecuménico del Derecho, fue que “éste no pusiera trabas a los matrimonios entre españoles e individuos de otras razas, ya fueran indios, negros o castas, y antes bien expresamente se autorizaba por Cédulas del 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556, los matrimonios entre españoles e indias, y en cuanto a los que aquéllos celebraran con negras y mulatas no existió prohibición alguna.”¹⁹

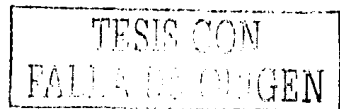
En México y durante la Colonia “rigieron en nuestro territorio las leyes españolas tales como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, las Cédulas Reales, y en especial, para el matrimonio, la Real Pragmática del 23 de marzo de 1776, en donde privaba el derecho canónico y se prohibían los matrimonios celebrados sin noticia de la Iglesia.”²⁰

Las reglas del “Derecho civil acerca del matrimonio en Indias se encuentran contenidas en la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, que recogió los diversos preceptos que la experiencia había dictado. Según ella, aquí, como en España, los menores de veintinueve años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre, en su defecto de la madre, de los

18. Ob. Cit. Pág. 64

19. Ob. Cit. Pág. 64

20. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Décima Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 2087



abuelos o de los parientes más cercanos, faltando todos éstos, de los tutores debiendo en estos dos últimos casos, obtenerse la aprobación judicial; exceptuándose en Indias, a los negros, mulatos y castas, que no fueran oficiales de milicias, y los indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarla, en cuyo caso deberían impetrarla de sus curas y doctrineros. Los españoles cuyos padres o tutores vivieron en España o en otro reino de Indias podían solicitar directamente licencia de la autoridad judicial."²¹

La lucha para asumir por parte del Estado lo relativo al matrimonio, hizo que se elaborara la teoría del matrimonio como contrato y como tal aparece hasta el siglo XVII, como un medio de justificar en él la intervención del Estado, implicando que su esencia está constituida por la libertad de los contrayentes. La voluntad de éstos se traducía en la existencia del contrato mismo.

"Los esfuerzos del poder civil triunfaron definitivamente en la Revolución Francesa. En la primera Constitución que de ella emana en 1791, en su artículo 7, se concibe al matrimonio como un contrato civil. En efecto, dicho dispositivo consagra: *La ley sólo considera al matrimonio como un contrato civil.*

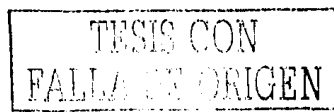
Posteriormente, la ley de septiembre de 1792 desarrolla el principio anterior admitiendo, además, el divorcio por mutuo consentimiento, aún por incompatibilidad de caracteres, asimilando en esa forma el matrimonio a un contrato de sociedad."²²

México no escapó de las ideas liberales y desacralizadoras que consideraron al matrimonio como un contrato civil. Cuando Ignacio Comonfort renuncia a la Presidencia de la República, Benito Juárez, quien en ese tiempo era Presidente de la Suprema Corte, lo sustituyó por ministerio de ley. Con respecto al matrimonio este fue de competencia exclusiva de la Iglesia hasta la ley del 23 de noviembre de 1855, cuando se suprime en definitiva el fuero eclesiástico, dando paso con ello a las Leyes de Reforma y a la Constitución de 1857, en donde por primera vez no se hace mención sobre alguna religión oficial.

En enero de 1857, días antes de la promulgación de la Constitución Política de ese año, se publicó la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de enero de 1857, y por la que se establecía en toda la República el Registro

²¹ Chávez Aseniero Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág. 64

²² Ob. Cit. Págs. 66 y 67.



del Estado Civil. Algunos de los puntos importantes disponían:

“Artículo 71. El matrimonio será registrable entre cuarenta y ocho horas después de celebrar el Sacramento.

Artículo 72. El matrimonio que no esté registrado no producirá efectos civiles.

Artículo 73. Son efectos civiles para el caso: la legitimidad de los hijos, la patria potestad, el derecho hereditario, las ganancias, la dote las arras y demás acciones que competen a la mujer, la administración de la sociedad conyugal que corresponde al marido, y la obligación de vivir en uno.”²³

De lo anteriormente expuesto se puede observar que la ley en comento es muy clara, en lo relativo a la obligación de registrar el matrimonio para que sea válido, así como también lo es al dividir ciertos roles en el matrimonio aún desde su celebración, exclusivamente para la esposa y otros para el marido, los cuales tienen su antecedente tanto en Roma como en Alemania; además el celebrar matrimonio sin cumplir con todas las obligaciones, equivalía a no haberlo celebrado en virtud de que no produciría efectos civiles.

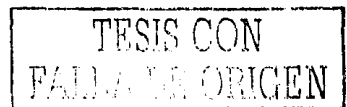
En la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, “se excluye a la Iglesia de la competencia del matrimonio, al establecer en el artículo primero que el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil.

Los que contraigan matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados (Artículo 2).”²⁴

Es importante aclarar que también prevenía que el contrato de matrimonio debía de celebrarse entre un solo hombre y una sola mujer, prohibiendo la bigamia y la poligamia. También establecía que la edad mínima para contraer matrimonio era de 14 años para el hombre y 12 para la mujer, así como que debía registrarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a las del sacramento

²³ Ob. Cit. Pág. 68

²⁴ Ob. Cit. Págs. 68 y 69



1.2 Código Civil de 1870 y 1884

En los códigos civiles de 1870 y 1884 se consideró al matrimonio como una sociedad legal de un hombre con una mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse uno al otro, acto que debía celebrarse exclusivamente ante los funcionarios establecidos por la ley. Ambos códigos concebían al matrimonio entonces como una sociedad civil.

El 13 de diciembre de 1870 se publica el Código Civil, que expresamente deroga a toda la legislación anterior.

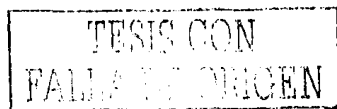
En el artículo 159 define al matrimonio como “la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.”²⁵

El mismo código prevenía las formalidades necesarias para llevarse a cabo el matrimonio, y dentro del capítulo de derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, establecía que los cónyuges estaban obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno a los bienes del matrimonio y a socorrerse mutuamente, que incluso han prevalecido hasta nuestros días, como lo veremos con posterioridad.

El predominio del marido era definitivo en el código que se comenta, ya que ordenaba que “la mujer debe vivir con su marido (Artículo 199); el domicilio de la mujer casada, si no está legalmente separada de su marido, es el de éste (Artículo 32) El marido debe proteger a la mujer, ésta debe obedecer a aquél, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes (Artículo 201) La mujer está obligada a seguir a su marido, si éste lo exige, donde quiera que establezca su residencia, salvo pacto en contrario celebrado en las capitulaciones matrimoniales (Artículo 204) Los artículos siguientes prevenían que el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio y que el marido era el representante legítimo de su mujer, y que ésta no podía, sin licencia de aquél, dada por escrito, comparecer en juicio por sí o por procurador, ni aun para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio pendientes en cualquier instancia al contraerse éste (Artículo 205 y 206) El artículo 207 prevenía que, tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar bienes y obligarse sino en los casos especificados en la ley”²⁶

²⁵ Ob. Cit. Pág. 74

²⁶ Ob. Cit. Pág. 75



“Clasifico a los hijos en legítimos y en hijos fuera del matrimonio, subdividiendo a éstos últimos en hijos naturales y en hijos espurios *ex-nefario vel damnato coitu*, o sea los adúlteros y los incestuosos, principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón a la diversa categoría a la que pertenecían (Artículos 383 y 3460 a 3496).”²⁷

El Código Civil del año de 1884 establecía en los artículos 109 al 130 una especial regulación del matrimonio, con respecto a las formalidades previas que revestían este acto. El primero de éstos artículos establecía como requisitos para contraer matrimonio los siguientes:

“Artículo 109. Las personas que pretendan contraer matrimonio se presentarán ante el juez del estado civil a quien esté sujeto el domicilio de cualquiera de los pretendientes. El juez tomará en el registro nota de esta pretensión, levantando de ella acta en el que consten:

I.- Los nombres, apellidos, profesiones y domicilios, así de los contrayentes como de sus padres...

II.- Los de dos testigos que presentará cada contrayente...

III.- La licencia de las personas cuyo consentimiento se necesite para contraer matrimonio...

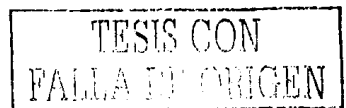
IV.- El certificado de viudedad...

V.- La dispensa de los impedimentos, si los hubiere.”²⁸

El maestro Rafael Rojina Villegas continúa explicando que esta acta se tenía que publicar, fijándose una copia de la misma en el despacho del juez del estado en lugar visible durante quince días. Además si alguno de los pretendientes o ambos, no habían tenido durante los seis meses anteriores al día de la presentación, la misma residencia del juez del estado civil, se remitirían copias del acta a los lugares de residencia anterior para que se publicasen en ellos por espacio de quince días, y si el matrimonio no quedare celebrado en los seis meses siguientes a la terminación de las publicaciones, no podía celebrarse sin repetir éstas. En conclusión con tantas formalidades y obligaciones que la ley les imponía a los contrayentes, podemos decir prácticamente que para contraer matrimonio tenían los futuros esposos que invertir demasiado tiempo

²⁷ Ob. Cit. Pág. 75

²⁸ Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 198



Como puede apreciarse, parece ser que la verdadera intención del legislador de ambos códigos era la de proteger a tan importante acto, integrando a él una serie de mecanismos de publicidad, y a pesar de algunas pequeñas diferencias, los dos Códigos Civiles comentados definían al matrimonio como un contrato social.

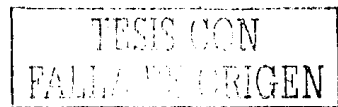
1.3 Ley de Relaciones Familiares

En el año de 1917, el día cinco de febrero se promulgó la Constitución Política, la cual en el artículo 130 incorporó en uno de sus párrafos, lo relativo al matrimonio y estableció que éste era un contrato civil.

El nueve de abril de 1917, el entonces Presidente de la República Venustiano Carranza expidió la Ley Sobre Relaciones Familiares, la cual para el maestro Manuel F. Chávez Asencio "se considera con vicio de origen, por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un congreso a quien correspondía darle vida. Esta ley derogó los capítulos y títulos relativos al Código Civil de 1884."²⁹

El maestro Rafael Rojina Villegas hace una serie de consideraciones importantes a ésta Ley al mencionar que, en la parte conducente a la exposición de motivos de la misma se enfatizaba: "Que en materia de paternidad y filiación, ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios, pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables y menos ahora que, considerando el matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que lo rigen sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, que antes se perjudicaban solamente porque, reputado el matrimonio un sacramento, se veían privados de los efectos de la gracia, razón que no puede subsistir hoy, que nuestra sociedad liberal no debe estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar, tanto más, cuanto que, dada la disolubilidad del vínculo matrimonial, es fácil ya, no solo reconocer, sino aun legitimar a algunos de los hijos que antes sólo se podían designar, y por idénticas razones, se ha facilitado el reconocimiento de los hijos y aumentado los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando, a la vez fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos

²⁹ Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág. 79



podrían originar; y teniendo presentes los derechos y obligaciones de la mujer, en caso de matrimonio, se previene que ella no puede reconocer a sus hijos naturales, sin consentimiento del marido, y que éste, pudiendo reconocer a los suyos, no tenga facultad de llevarlos a vivir al domicilio conyugal, sin permiso de la esposa.”³⁰

El artículo 13 de la misma Ley define al matrimonio, no como un contrato social según los Códigos Civiles anteriores, sino como un contrato civil de acuerdo con la definición Constitucional, y agrega que es vínculo disoluble que tiene por objeto perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Sin embargo, con relación a los bienes me permito comentar que se llegaba a darle el carácter de una sociedad universal, duradera por tiempo ilimitado, que sólo dejaba de subsistir por voluntad expresa de los cónyuges y previa autorización judicial, que no debía otorgarse sino por causas graves. Dentro de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, se consagraba que ambos estaban obligados a guardarse fidelidad y a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio, estableciendo como obligación para la mujer la de vivir con el marido, exceptuando cuando éste se ausente de la República, o se instale en un lugar insalubre. Por su parte el marido debía de dar alimentos a la mujer y realizar los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, siendo la mujer la encargada de la dirección y cuidado de los hijos. Podemos observar que es el antecedente del derecho que actualmente tiene la mujer, casada o no, a percibir alimentos para ella y para sus hijos.

Ahora bien, hasta cierto punto existía un sometimiento de la esposa para con su marido, ya que la mujer necesitaba licencia de éste para obligarse a prestar servicios, a ocupar un empleo, ejercer una profesión o establecer un comercio.

“En las relaciones patrimoniales de los cónyuges, sustituyó el régimen legal de gananciales por el régimen legal de separación de bienes (Artículo 270 a 274), y a tal extremo se adhirió a este último que el artículo 4º transitorio de la ley, ordenó que la sociedad legal derivada de aquellos matrimonios celebrados antes bajo ese régimen, se liquida a petición de cualquiera de los consortes y de lo contrario, continuara tal sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia ley.”³¹

³⁰ Rorrna Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. Segundo. Derecho de Familia. Novena Edición. Editorial Porrúa México 1998. Págs. 196 y 197.

³¹ Chávez Ascencio Manuel E. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición. Editorial Porrúa México 2001. Pág. 81.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.4 Naturaleza Jurídica del Matrimonio

Para el maestro Eduardo Pallares, el matrimonio puede ser considerado desde varios puntos de vista, tales como:

- Un acto jurídico solemne;
- Un contrato, y
- Una institución social reglamentada por la ley.

“El acto del matrimonio es de naturaleza civil, y desde las leyes de la reforma, expedidas por Juárez en el Puerto de Veracruz el día 23 de julio de 1859, dejó de ser un acto religioso para convertirse en un contrato sujeto a la autoridad igualmente civil.

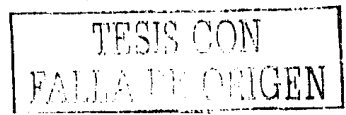
Puede también considerarse al matrimonio como una institución social, porque tiene los caracteres que se atribuyen a las instituciones jurídicas, que son los siguientes:

Un conjunto de normas jurídicas, debidamente unificado, que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales, cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial. Es evidente que el matrimonio tiene las características mencionadas.

Como acto y como contrato, está sujeto a las disposiciones establecidas en el Código Civil.”³²

La maestra Sara Montero Duhalt en su obra Derecho de Familia (Primera Edición, Editorial Porrúa México 1984, Página 116), realiza un comentario que considero interesante con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, al decir que “la misma es múltiple, pues por matrimonio se entiende el acto jurídico, como contrato solemne de derecho de familia y de interés público. Matrimonio es la ceremonia misa que da nacimiento al mismo Matrimonio es el estado civil de los casados Matrimonio es una institución cuando lo contemplamos con un conjunto de normas de carácter imperativo que regulan un todo orgánico (el estado de casados) y que persiguen una finalidad de interés público”

³² Pallares Eduardo: El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991 - Págs. 36 y 37



El maestro Rafael Rojina Villegas señala que el matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista:

- A) *"Como institución.*- En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo."³³

Para Hauriou, la institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos."³⁴

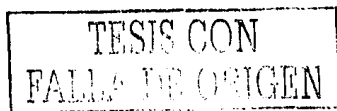
Al respecto del pensamiento de Hauriou, el matrimonio como idea de obra, significa entonces la común finalidad que persiguen los contrayentes para constituir una familia, la cual será base de toda una sociedad, y realizar en conjunto un estado de vida permanente entre los mismos. Así entonces me permito afirmar que para cumplir con las finalidades comunes que impone la institución, es necesario que se organice un sistema que tenga por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro de dicho grupo social, como un principio de disciplina. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden ser órganos de poder, cabeza de familia, asumiendo la autoridad en iguales proporciones, tal y como lo establece actualmente nuestra legislación incluso a nivel Constitucional, en donde el hombre y la mujer son considerados iguales ante la ley.

El maestro Rafael Rojina Villegas continúa comentando que con respecto del matrimonio, Kipp y Wolf, al referirse a dicha institución aportan la siguiente definición: "El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas."³⁵

³³ Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición.- Editorial Porrúa México 1998. Pág. 212

³⁴ Ob. Cit. Pág. 213

³⁵ Ob. Cit. Pág. 214



Para Julien Bonnacase "el matrimonio es una institución constituida por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por tanto, a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todo momento irradian de la noción de derecho. Tal es, indudablemente, la institución jurídica del matrimonio."³⁶

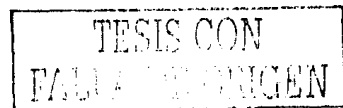
- B) "Como acto jurídico condición.-** Se debe a León Duguit haber precisado la significación que tiene el acto jurídico condición. Distingue el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición en su Tratado de Derecho Constitucional. Define el último, como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho, a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. En el derecho privado tenemos también situaciones semejantes en el matrimonio y en la tutela. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico, que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de citaciones jurídicas permanentes."³⁷

Esta concepción de León Duguit, desde mi punto de vista trata de establecer que se podría encontrar la definición de matrimonio, toda vez que es necesario para que se lleve a cabo la expresión de la voluntad, que unida a la del oficial del registro civil, tienen por objeto crear un estado permanente de vida entre los cónyuges, generando derechos y obligaciones recíprocos que no se agotan con su cumplimiento, sino que se siguen renovando de manera indefinida

- C) "Como acto jurídico mixto.-** Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares, los segundos por la intervención de los órganos estatales, y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como

36. Bonnacase Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Segunda Edición - Editorial Harla México 1993. Pág. 248

37. Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano I. Segundo. Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 214



de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Juez del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.”³⁸

Al respecto considero que ésta concepción no está muy alejada de la realidad, ya que el matrimonio en la actualidad cumple con la característica de constituir un acto, en el que dos particulares (hombre y mujer), son los que al celebrarlo generan derechos y obligaciones, pero para que la voluntad de los contrayentes sea reconocida por el derecho, se requiere de la intervención del Oficial del Registro Civil, quien por parte del Estado y conjuntamente con los futuros esposos, le da esa característica de acto público. Sin embargo me permito criticar esta postura en el sentido de que no se debería de aceptar únicamente que la naturaleza jurídica del matrimonio, sea solo la de un “acto jurídico mixto”, ya que así concebido quedaría simple e incompleto; no hay razón de porque limitarlo a sólo un acto mixto, cuando existen más elementos con los que se le pudiera precisar.

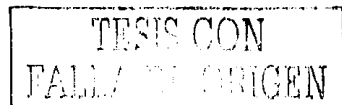
- D) Como contrato ordinario.-** Esta ha sido la tesis que ha imperado desde tiempos antiguos, e incluso como lo hemos comentado, desde que en nuestro país se separó el matrimonio civil del religioso, se ha considerado como contrato, toda vez que al celebrarse se dan tanto los elementos esenciales o de existencia, como los de validez.

Planiol dice en relación con la tesis tradicional lo siguiente:

“Carácter contractual del matrimonio. La idea de que el matrimonio es un contrato, es rechazada por numerosas personas. Por lo general, se debe a una preocupación religiosa, porque en la doctrina canónica, la institución del sacramento del matrimonio ha absorbido al contrato, pero la ley, que estatuye para un pueblo que practica religiones diferentes, y que comprende al mismo tiempo a personas que no practican ninguna, no puede hacer suya una concepción religiosa.”³⁹

³⁸ Ob. Cit. Pág. 215

³⁹ Ob. Cit. Págs. 216 y 217

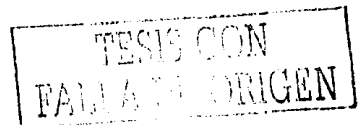


En contra de la tesis de que el matrimonio es un contrato, tenemos las opiniones de Ruggiero y Bonnecase.

El primero se expresa así: “Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato, aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; estas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades, ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aún en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliables con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista.”⁴⁰

Julien Bonnecase concluye:

“1... El matrimonio, se dice, es un contrato solemne. Ahora bien, *la misión del oficial civil no es, de ninguna manera, simplemente la de hacer constar y registrar, en su carácter de funcionario el consentimiento de los esposos.* Por el contrario, desempeña un papel activo. Recibe, en una declaración unilateral, bajo la forma de una respuesta a una pregunta por él formulada, la expresión del consentimiento de cada esposo “pronunciando” a continuación a nombre de la ley, que están unidos en matrimonio. Empero no es esto todo. *En oposición al contrato en general, el matrimonio no puede celebrarse en cualquier lugar, sino en aquel donde, por lo menos, es conocido uno de los esposos, como ya se ha dicho.* Continuando con el examen de las condiciones de formación del matrimonio en el código civil, comprobamos que las medidas de protección del consentimiento, *son en ciertos aspectos, menores, y mayores en otros determinados, que en los contratos en general.* En primer lugar menores, como se demuestra con la influencia del error y del dolo. El dolo se ha suprimido como vicio del consentimiento y el error únicamente es tomado en consideración de una manera muy limitada



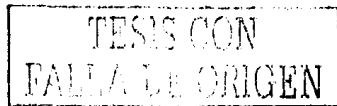
Hemos dicho que, por otra parte, el consentimiento está menos protegido en el matrimonio que en los demás contratos. Demuestra esto la edad matrimonial. Por último, para terminar con el rasgo característico de la formación del matrimonio en oposición a la del contrato notemos que la representación jurídica está excluida del dominio matrimonial, en tanto que desempeña una función plena en el dominio contractual; **2.** *De esta manera, llegamos a los efectos del matrimonio; si fuera posible, la oposición entre el matrimonio y el contrato se revelaría aquí en una forma más absoluta.* Se ha suprimido totalmente la regla de la autonomía de la voluntad, como se demuestra con el artículo 1388; con objeto de que los esposos, no traten bajo la apariencia del contrato de matrimonio, de eludir las prescripciones del legislador, este texto dice: *no pueden los cónyuges derogar, ni los derechos que resultan de la autoridad conyugal en la persona de la mujer y de los hijos, o que correspondan al marido como jefe ni los derechos que al cónyuge superviviente concedan los títulos de la patria potestad; de la menor edad; de la tutela, y de la emancipación, ni de las disposiciones prohibitivas del presente código;* **3.** *Por demás está insistir sobre la disolución del matrimonio comparada con la de los contratos.* Las causas de disolución del matrimonio están rigurosamente reglamentadas por la ley, y entre éstas no se cuenta el consentimiento mutuo. Ni cuando estaba en vigor el divorcio por consentimiento mutuo era exacto, en principio, decir que el matrimonio podía disolverse por el solo consentimiento de los esposos, dada la reglamentación de este género de divorcio. De acuerdo con la mente del legislador, el matrimonio únicamente podía disolverse por causas precisas y en condiciones, rigurosamente determinadas. *Lo anterior demuestra la inexactitud de la concepción del matrimonio-contrato, que, no obstante, es defendida aún por un gran número de eminentes civilistas* ⁴¹

Del comentario que realiza Julien Bonnetcase al referirse a determinados artículos del Código Civil Francés del año de 1804, me permito señalar por su importancia lo siguiente:

El Oficial del Registro Civil recibe el consentimiento de cada esposo

El dolo se ha suprimido como vicio del consentimiento y el error únicamente es tomado en consideración de una manera muy limitada

⁴¹ Bonnetcase Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Segunda Edición - Editorial Harla México 1993 Págs. 246 y 247



Ahora bien, los cónyuges quedan sujetos a las obligaciones que resultan del matrimonio, con respecto de la mujer y de los hijos para el esposo, y viceversa, del derecho que le asiste al marido como jefe de la familia y cierta subordinación de la mujer hacia el.

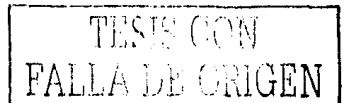
Por último el autor Julien Bonnacese trata de concluir que la intención del legislador para la disolución del matrimonio, es la de que realice atendiendo a la existencia de ciertas causas que sean precisas

En nuestro sistema jurídico no se debe considerar al matrimonio como un contrato ordinario, ya que el acuerdo de voluntades que crea y transfiere derechos y obligaciones, llamado por nuestra legislación "contrato", y que nace de la voluntad de los contratantes, también por voluntad de las partes termina, e incluso en caso de cualquier controversia es factible rescindirlo. Ahora bien, lo que en el matrimonio se le denominaría disolución del vínculo por medio de alguna causal establecida en la ley, no debe decirse que es similar a la forma de terminar un contrato, ya que en éste caso lo procedente es hablar de rescisión y no de disolución.

E) Como contrato de adhesión.- Como una modalidad en la tesis de que el matrimonio es un contrato, se ha sostenido que "el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquéllos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es a la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma."⁴²

Esta tesis no explica el papel que juega el Oficial del Registro Civil, que como ya se ha analizado, su presencia es esencial para la existencia del matrimonio. Ahora bien, en los contratos de adhesión prevalece la voluntad de una sola de las partes sobre la voluntad de la otra, en virtud de que existen cláusulas preestablecidas, y en el cual ambas partes celebrantes del mismo se obligan entre sí, pero sin olvidar que siempre existe la voluntad expresa de uno de los contratantes sometiendo la voluntad del otro, y termina por aceptar este último el contenido del contrato si es que le interesa el poder celebrarlo, en donde además no tiene la posibilidad de modificar ninguna de las cláusulas

⁴² Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo. Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 224.



F) Como estado jurídico.- Debe de hacerse hincapié en que los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos, en virtud de que los primeros producen situaciones jurídicas permanentes, en este sentido, "el matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente, que origina consecuencias constantes por la aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentado durante la vida matrimonial. Además el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho."⁴³

A efecto de explicar lo anterior me permito citar como ejemplo el siguiente: El parentesco consanguíneo que nace de un hecho, constituye un estado también de hecho; en cambio, el parentesco por adopción que nace de un acto jurídico, constituye un estado de derecho.

Tomando en cuenta lo expuesto resulta claro "que el matrimonio no puede definirse como acto jurídico simplemente, es decir, no se agota en el sólo acto de su celebración, pues sería un matrimonio incompleto. La plenitud de sus consecuencias jurídicas, la realización de su fin, y sobre todo, el cumplimiento de las obligaciones entre marido y mujer en la relación con los hijos, dependen fundamentalmente del estado matrimonial. Además es indiscutible que tales derechos y obligaciones sólo podrán cumplirse satisfactoriamente a través de la vida en común. De aquí el interés no solo doctrinario sino también estrictamente legal, para distinguir entre el acto que inicia el estado matrimonial y ese estado propiamente dicho."⁴⁴

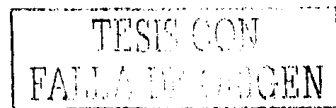
G) Como acto del Poder Estatal.- Para el maestro Rojina Villegas resulta interesante la opinión del jurista italiano Antonio Cicu, y transcribe al respecto de ella que:

"El matrimonio no es formalmente un contrato.- Pero de una manera mucho más radical nosotros creemos poder atacar la concepción contractual del matrimonio, *negando también la forma del contrato.*

Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil.- Indudablemente es también

43. Ob. Cit. Pág. 225

44. Ob. Cit. Pág. 228



que tal intervención no tiene exclusivamente finalidad de declaración pública de la relación: Se podría después de eso considerar que la misma constituye una mera formalidad, que por ejemplo, a falta de la celebración, el matrimonio sea nulo como nula es la donación no hecha por acto público, de la cual no puede dudarse que sea la voluntad de las partes la constitutiva de la relación. Sin embargo, se podría siempre apreciar diferencias de efecto entre los casos de nulidad por defecto de forma y el caso nuestro: en tanto es significativo el hecho de que para el matrimonio no se haya sentido la necesidad de una norma expresa que declare la nulidad, lo que implica que la nulidad (*mejor inexistencia*), no se contrapone aquí a un principio de libertad de contratación, además, *en ningún caso puede el matrimonio no celebrado producir efectos, mientras éstos son posibles en cuanto a los negocios patrimoniales, aún cuando sean nulos en modo absoluto...*

...El matrimonio es acto de poder estatal.- Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos debe ser dada al oficial, y por el registrada personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tienen ningún valor jurídico. *Nosotros deducimos de esto que la ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente, y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento; éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio.*"⁴⁵

Por todo lo anterior que se ha analizado, desde mi punto de vista considero que debe desecharse la tesis contractual del matrimonio, pues las razones expuestas por quienes defienden ésta teoría no tienen un efecto contundente, toda vez que a ésta postura se les interponen otras que son mas convincentes. En lo particular me es por mucho mas terminante la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto, en el cual participa en forma constitutiva del mismo el Oficial de Registro Civil en representación del Estado. Ahora bien, en nuestro Derecho Mexicano se le caracteriza como un acto solemne, de tal manera que requiere para su existencia de la comparecencia de los contrayentes, y que dicho acto sea revestido por las formalidades que la ley civil establece, siendo una de las mas importantes que de dicho acto conste el acta matrimonial en el libro correspondiente, y a partir de ese instante se generaran una serie de derechos y obligaciones, no solo con respecto de los conyuges, sino de la nueva familia que ambos esposos constituyen. Estos derechos y obligaciones las analizaremos con posterioridad.

1.5 Definición de Concubinato

La palabra Concubinato proviene "del latín concubinatus, comunicación o trato de un hombre con su concubina. Se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos. Se le considera como uno de los problemas morales más importantes del derecho de familia."⁴⁶

Sin embargo, en el Código Civil para el Distrito Federal no se le reglamenta como una situación de hecho, pero es importante mencionar que se reconocen ciertos efectos jurídicos que de ésta unión se derivan, tales como:

"El derecho de los concubinos a los alimentos en los términos del reformado artículo 302 del Código Civil; a participar en la sucesión hereditaria según lo estipulado en el artículo 1635 del Código Civil; la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinarios en los términos de los artículos 382 y 383 del citado Código Civil y, una vez establecida la filiación de los hijos habidos durante el concubinato, éstos tendrán derecho a los alimentos y a ser llamados a la sucesión del padre."⁴⁷

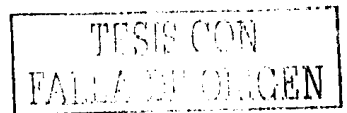
Como se puede observar la propia legislación consagra derechos derivados de la procreación de los hijos, es decir, no libera de responsabilidad alimentaria a los padres, lo cual me parece de gran importancia en beneficio de los menores.

De la misma manera y al reconocer derechos alimentarios entre los concubinos, me permito decir que la ley le da a ésta figura efectos similares a los del matrimonio. Esta unión entre un hombre y una mujer sin las solemnidades requeridas por la legislación, prácticamente atiende únicamente al consentimiento existente entre las partes y a la recíproca voluntad de ellas.

Ahora bien, no todas las uniones de hecho que duran cierto tiempo se pueden considerar concubinato, sino que existen ciertos supuestos en los que al presentarse se genera el concubinato y otros en los que no se tiene como tal. El artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal establece que "la concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre

46. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Decima Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 573

47. Ob. Cit. Pág. 573



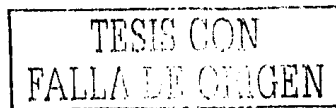
que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.”⁴⁸

Por otro lado el Artículo 156 del mismo Código Civil menciona como impedimentos para celebrar el matrimonio los siguientes:

- I.- La falta de edad requerida por la ley;
- II.- La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez de lo familiar, en sus respectivos casos;
- III.- El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en la línea recta ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
- IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado,
- VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII.- La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;
- VIII.- La impotencia incurable para la cópula,
- IX.- Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria,



X.- Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

XI.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquélla con quien se pretenda contraer; y

XII.- El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado....”⁴⁹

Ahora bien, la fracción II del artículo 450 establece que “tienen incapacidad natural y legal:

...II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.”⁵⁰

Por lo tanto, me permito aportar como definición que el Concubinato es la unión que se da entre dos personas solteras de distinto sexo, que no estén impedidos legalmente para casarse y las cuales cohabitan de manera continúa por un plazo mínimo de dos años, o bien, se puede considerar concubinato si antes de este tiempo les sobreviniere descendencia.

1.6 Definición de Matrimonio

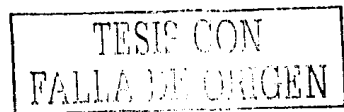
La palabra matrimonio proviene “del latín matrimonium. Son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer, con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.”⁵¹

De ahí que algunos autores coincidan en que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges,

⁴⁹ Ob Cit Págs 19 y 20

⁵⁰ Ob Cit Págs 53 y 54

⁵¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM Diccionario Jurídico Mexicano Decima Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 2085



creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.

Como lo mencionamos anteriormente, existe la teoría del matrimonio como acto del poder estatal, cuyo exponente es el jurista Cicu, quien explica que “la voluntad de los contrayentes no es más que un requisito para el pronunciamiento que hace la autoridad competente en nombre del Estado, y en todo caso es éste pronunciamiento y no otra cosa, el que constituye el matrimonio. Esta teoría es válida para países como México, en los que la solemnidad es un elemento esencial del matrimonio.”⁵²

Me parece conveniente hacer hincapié que el Código Civil para el Distrito Federal ha nombrado a su Título Quinto “Del Matrimonio”, el cual dentro de sus capítulos da una definición de matrimonio y explica las formalidades que se requieren para su celebración, así como también establece los derechos y obligaciones que tendrán los cónyuges, por lo que a continuación transcribo algunos artículos de los que considero más importantes.

“Artículo 146. 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...

...Artículo 148. Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto, la tutela, y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso...

...Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los

⁵² Ob. Cit. Pág. 2086



términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges...

...**Artículo 164.** Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades...

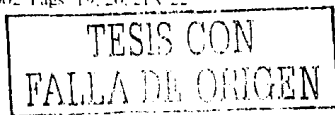
...**Artículo 172.** Los cónyuges mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes...

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

...**Artículo 180.** Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio, ante el Juez de lo Familiar."⁵³

Por todo lo que se ha comentado y analizado en éste capítulo, me permito mencionar que es factible constatar que el concepto de matrimonio ha ido evolucionando, y al respecto se han generado diversas teorías. Desde mi punto de vista es no totalmente correcto definirlo propiamente como un contrato, ya que si bien es cierto tiene algunos de los elementos del contrato, no significa que lo sea; sin embargo se puede considerar que es un acto jurídico *sui generis* que produce efectos, en el cual participa en forma constitutiva del mismo el Estado a través del Oficial de Registro Civil, revistiéndolo de solemnidad y regido por disposiciones que lo hacen especial, y tomando como antecedentes la exposición de motivos del propio Código Civil, el legislador reconoce que es el único medio para conformar la familia, base de la sociedad, y sujetando posteriormente las conductas de los cónyuges al contenido de las normas establecidas en el Código Civil

53. Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico D.F. 2002. Págs. 19, 20, 21 y 22



CAPITULO 2

DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO

2. Antecedentes históricos del Divorcio

2.1 En el Derecho Romano

“Parece cierto que el divorcio en cuanto al vínculo, existió en el derecho romano desde épocas muy remotas, y que podía pedirse sin causa jurídica que lo justificase.”¹

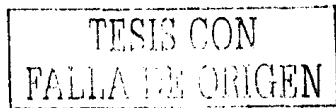
Desde la formación de Roma, la institución del divorcio fue admitida y se reglamentaba legalmente, independientemente que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto. Por otra parte, en el matrimonio romano, “la mujer se encontraba sometida a la manus del marido, y el divorcio se reducía a un derecho de repudio. El divorcio propiamente dicho se presentaba en los matrimonios sin manus y podemos afirmar que apenas existió el divorcio en los primeros siglos. Más a fines de la República y en el Imperio, debido a la gran relajación de las costumbres y siendo cada vez más rara la manus, el divorcio fue susceptible de ser ejercido por la mujer tanto como por el marido. En la misma forma como en los primeros siglos, el divorcio era un verdadero caso de excepción, en el Imperio, condenóse la facilidad con que eran rotos los lazos del matrimonio.”²

Conviene reflexionar cuando el divorcio era procedente, en distintas circunstancias y por distintas razones: una de ellas la forma más natural por la ley de la vida, es decir, por causa de la muerte de alguno de los esposos y, por otro lado, cuando existían determinadas causas que se hubieren suscitado entre los cónyuges de una manera más personal, y que los llevase a separarse y no continuar con su matrimonio

Entre estas razones encontramos en primer término al “repudium, o sea la declaración unilateral de uno de los cónyuges en el sentido de no querer continuar unido en matrimonio, ya que se consideraba que si una de las partes no

¹ Pallares Eduardo. El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991. Pág. 11

² Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. Segundo. Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 387



deseaba seguir unida a la otra, era una razón más que suficiente para que se disolviese el vínculo. Esta manera de terminar la relación marital fue muy frecuente a partir de la época de Augusto, sobre todo en los casos en que no había hijos.”³

La maestra Sara Montero Duhalt en su obra titulada *Derecho de Familia* (Primera Edición, Editorial Porrúa México 1984, Página 206), menciona que “bajo el Imperio de Augusto se promulgó la Ley Julia de Adulteris, que exigía la notificación de la voluntad ante siete testigos mediante una acta *libellus repudii*, o por medio de palabras, bastando decir *tua res tibi habeto*, o sea, *ten para ti tus cosas*.”

Durante el periodo de Justiniano, se aportaron nuevas restricciones con respecto al divorcio, existieron “cuatro clases de divorcios, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial:

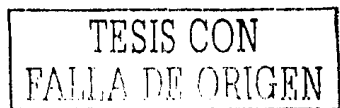
- a) Por mutuo consentimiento.
- b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
- c) Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio (típica ilustración de una disposición legal *mimus quiam perfecta*).
- d) Bona gratia, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero si fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada), o inmoral (voto de castidad).”⁴

Con la conversión de los emperadores romanos al cristianismo, se impusieron una serie de trabas al divorcio, ya que no era posible suprimirla por completo, por haber arraigado profundamente esta institución en el espíritu del pueblo romano.

En el matrimonio civil por *confarreatio*, para ser disuelto, se requerían ciertas solemnidades, las cuales se encontraban en la ley del *contrarius actus*.

3. Morineau Iduarte Marta. Derecho Romano - Editorial Harla México 1993. Págs. 67 y 68

4. Margadant Guillermo F. Derecho Privado Romano - Editorial Estímpe México 1995. Pág. 212



“Las formas especiales para éste divorcio eran creadas por los pontífices, y consistían en una ofrenda a Júpiter (-dios del matrimonio-) acompañado de *certa verba*. Es de suponerse que el sacerdote estaba en disponibilidad de negarse a officiar la ceremonia en el caso de no existir ninguna de las causas de divorcio reconocidas por el derecho sacro.”⁵

Es entonces que el matrimonio celebrado bajo una serie de solemnidades, para disolverlo se requería de otras determinadas, a manera de ejemplo, el divorcio enunciado anteriormente, si se contrajo por medio de la *Confarreatio*, el divorcio se llevaba a cabo por la *Difarreatio*; si era por medio de la *Comptio*, entonces procedía para su disolución la *Remancipatio*.

Con relación a la dote considero prudente comentar que creaba una especie de subpatrimonio en el patrimonio general del marido, toda vez que podía “tomar la forma de una entrega (*datio dotis*), una promesa (*dictio dotis*), o la remisión de una deuda a cargo del marido. Podía proceder del patrimonio del *paterfamilias* de la esposa (*dos profecticia*), de la esposa misma o de terceros, en cuyo caso hablamos de *dos adventicia*. La dote entraba en el patrimonio del marido o de su *paterfamilias*, aunque los derechos de la esposa respecto de la recuperación de la dote reciben sanciones tan enérgicas, que Justiniano duda finalmente si la dote pertenece a él o a ella.

Durante el matrimonio servía para ayudar al pago de los *onera domus* y, en caso de disolución del matrimonio debía devolverse. Si el matrimonio se disolvía por muerte del marido o por divorcio, la dote solía restituirse a la esposa; al padre, si era por muerte de ella. Sin embargo, si un tercero había constituido la dote, éste se reservaba frecuentemente el derecho de volver a reclamarla, en caso de disolución del matrimonio (*dos receptitia*).”⁶

Para fines prácticos me permito concluir que la dote era considerada entre el pueblo romano, como el conjunto de bienes que la propia mujer, su familia u otra persona en su nombre, entregaban especialmente a su marido, con la finalidad de ayudar a las necesidades y gastos de la vida matrimonial. Sin embargo no es difícil imaginar que la medida previamente establecida, y que consistía en que la dote podría ser devuelta al padre o al tutor de la novia, dependiendo de quien la otorgo, fuera considerada como de mal gusto por los esposos

⁵ Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 388

⁶ Magdant Guillermo F. Derecho Privado Romano. Editorial Estinge México 1995. Págs. 214x 215

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.2 En el Derecho Germánico

En los tiempos antiguos era común en Alemania que el marido fuera el tutor natural de su mujer; y lo era no sólo porque compraba a su suegro los derechos *mundiburdium*, que tenía sobre la hija, y que posteriormente era esposa, sino por ser el jefe de la familia y la cabeza de la casa. Jurídicamente hablando, tenía una posición más elevada que la mujer.

“El derecho de familia en el Código Alemán, se formó en medio de profundas y acaloradas discusiones. Ante todo, se plantean los dos problemas cuya naturaleza puede encender la lucha con más encono que respecto a las otras partes de la ley. Uno de estos problemas afectaba a las relaciones entre la Iglesia y el Estado en la esfera del derecho matrimonial y, en particular, a qué actitud debía tomar el Estado frente a la Iglesia Católica en las cuestiones de los impedimentos para el matrimonio, de la forma de contraerlo, de la admisión y de las causas, en su caso, para el divorcio. El otro problema, que constituía un aspecto del problema general del *feminismo*, se refería a la posición Jurídica de la mujer y de la madre tanto en el orden personal como en el patrimonial.”⁷

Por otro lado, el maestro Ernesto Lehr hace una serie de consideraciones con respecto a la duración vitalicia que debía de tener el matrimonio en los tiempos remotos del Derecho Germánico, expresando en su obra titulada *Tratado de Derecho Civil Germánico o Alemán* (Traducido libremente y adicionado en la parte española por Don Domingo Alcalde Prieto, Librería de Leocadio López Editor Madrid 1878, Página 487) que “la indisolubilidad es uno de los caracteres o notas esenciales que lo distinguen, al menos en teoría y bajo su aspecto puramente ideal, por la simple razón de que los esposos hacen vida común. Si existe un verdadero matrimonio, una íntima unión de cuerpos y almas, no puede concebirse más que una sola causa de disolución: la muerte de cualquiera de los cónyuges. La idea del divorcio es lógica cuando sólo se ve en el matrimonio un mero contrato de sociedad, pero está en contradicción con la concepción más elevada y profunda que del mismo es preciso tener, y a la vez supone que los cónyuges desconocen la naturaleza íntima de la sociedad, que uno de ellos ha faltado gravemente a los deberes que de la misma emanan, o que los dos carecen de energía y delicadeza moral.”

Es por lo que al parecer en el derecho germánico, no fue el divorcio considerado distinto de como lo reglamentaban otras legislaciones, sino que al igual que en otros Estados, se procuraba rodearle de las solemnidades necesarias

⁷ Ibarola, Antonio de. Derecho de la Familia. Cuarta Edición - Editorial Porrúa México 1993. Pág. 20

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

para evitar así abusos.

Continúa diciendo el citado jurista que "las causas de divorcio establecidas en los principales códigos alemanes son las siguientes:

1ª El adulterio y demás actos inmorales de indole igual o parecida. 2ª El abandono (ausencia maliciosa) persistiendo en él, a pesar de la citación y emplazamiento judicial para volver al domicilio conyugal dentro del plazo señalado. 3ª El atentar a la vida de uno el otro de los cónyuges, y la sevicia o injurias graves. 4ª Varias penas criminales. 5ª Algunas enfermedades incurables como la epilepsia, locura, etcétera. 6ª La impotencia y la insistente resistencia para pagar el débito conyugal. 7ª Una vida disipada y la embriaguez habitual. 8ª La aversión recíproca insoportable y continua (consentimiento mutuo)." *Tratado de Derecho Civil Germánico o Alemán* (Traducido libremente y adicionado en la parte española por Don Domingo Alcalde Prieto, Librería de Leocadio López Editor. Madrid 1878, Páginas 489 y 490).

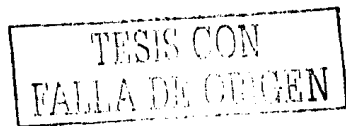
En contraste a la postura de la Iglesia, la cual prohibía en absoluto el divorcio, la legislación civil alemana, por el contrario, atendiendo más a la realidad, había entonces comprendido que un gran número de matrimonios se encuentran en conflicto por los principios fundamentales de la vida conyugal, y que su ruptura es un mal menor que su permanencia obligada; considero que era natural que en los países en los que el catolicismo ha imperado, muchos Estados no admitiesen como principio jurídico el de la indisolubilidad del matrimonio.

Con base en lo comentado por el maestro Lehr al citar las principales causas que hacían procedente el divorcio en Alemania, me permito decir que dicho autor las ubica dentro de un marco legal muy parecido al del derecho romano, en donde se requería de la existencia de motivos suficientes para invocar el divorcio, y tal vez es por lo que probablemente el maestro Chávez Ascencio comenta que "la concepción cristiana del matrimonio se aproxima más a la germánica que a la romana."⁸

2.3 En el Derecho Canónico

El derecho canónico se caracteriza principalmente en ésta materia por

⁸ Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág. 47



consignar la indisolubilidad del matrimonio pues lo considera sacramento perpetuo. El canon 1118 declara: "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte."⁹

Con la finalidad de evitar algunas complicaciones de interpretación, considero importante aclarar lo que se puede entender por la palabra Canon.

En el uso cristiano, "Canon" significa regla o criterio.

A mediados del siglo III, la palabra hacía referencia a aquellas doctrinas reconocidas como ortodoxas por la Iglesia Cristiana. Más tarde, se utilizó para designar, de forma conjunta, la lista de libros aceptados como canónicos, que pasarían a formar las escrituras, lo que actualmente conocemos con el nombre de Biblia, que significa "conjunto de libros."

El término Canon también es utilizado para designar el catálogo o registro de los santos. La utilización de la palabra en forma plural "cánones", es para referirse a los preceptos de la Iglesia, y comenzó hacia el año 300, esta forma empezó a ser aplicada, de forma específica, a los decretos de los concilios de la Iglesia a mediados del siglo IV. El término también se aplica a la parte de la eucaristía católica, conocida como misa, que comienza con el prefacio u oración de acción de gracias y se termina justo antes de la recitación del padre nuestro. En algunas iglesias cristianas, el término canónico es también un título eclesiástico concedido al clero que está unido a una iglesia, catedral o a ciertos tipos de sacerdotes que viven bajo una regla semimonástica, como, por ejemplo, los Canónigos Regulares de San Agustín.

De acuerdo a lo establecido en el canon 1118, es así como la Iglesia rechaza totalmente el divorcio vincular. En cánones posteriores, únicamente permite la separación del lecho en determinados casos que considero oportuno transcribirlos, como son:

Canon 1128. "Los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay una causa justa que los excuse."¹⁰

9. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Décima Edición.- Editorial Porrúa México 1998. Pág. 1185.

10. Palares Eduardo. El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991. Pág. 22.



La causa principal que autoriza la separación de que se trata es lo que el Código llama crimen de adulterio, y así lo expresa el canon número 1129, el cual establece:

“Por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aún para siempre, la vida en común, a no ser que él haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido.

Hay condonación tácita si el cónyuge inocente, después de tener certeza del crimen de adulterio, convivió espontáneamente con el otro cónyuge con afecto marital; se presume la condonación si en el plazo de seis meses no apartó de sí al cónyuge adúltero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima.”¹¹

El canon 1130 complementa lo anterior, y me permito decir que libera al esposo que no dio causa, en el sentido de que el cónyuge inocente, una vez que se ha separado legítimamente, ya sea por sentencia del juez o por autoridad propia, jamás tiene obligación alguna de admitir de nuevo al cónyuge adúltero al consorcio de la vida; pero puede admitirlo o llamarlo, a no ser que, consintiéndole él; haya abrazado un estado contrario al matrimonio, es decir, que se haya integrado a una orden religiosa.

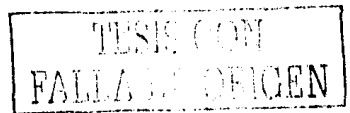
El maestro Eduardo Pallares hace una serie de comentarios importantes que vale la pena reflexionarlos, respecto de la norma citada anteriormente en los siguientes términos:

“1.- Es censurable en cuanto autoriza al cónyuge inocente a separarse del culpable por propia autoridad, o lo que es igual, hacerse justicia por sí mismo, contrariamente al principio universal que prohíbe tal conducta, violatoria de lo que ordena el artículo 17 de nuestra Constitución;

2.- El cambio de estado que menciona el artículo, es el que se produce cuando el cónyuge culpable entra a una orden religiosa, pero el canon exige que lo haga con consentimiento del inocente, para que este no pueda exigirle el retorno a la vida conyugal

El canon no ha previsto, porque no pudo hacerlo, dado que desconoce el

¹¹ Ob Cit Pág. 22



divorcio en cuanto al vínculo, la siguiente situación:

Supóngase que el cónyuge culpable pide ante los tribunales civiles el divorcio y obtiene una sentencia favorable. En seguida contrae nuevo matrimonio que, si bien no tiene validez ante el Derecho Canónico, en la vida práctica si constituye un obstáculo para que el adúltero pueda retornar a la vida conyugal del matrimonio canónico.

El canon 1131, considera otras causas de separación no tan graves como la de adulterio, y que por no serlo, solamente autorizan una separación temporal y no la definitiva que produce aquél. Dice lo siguiente: "Si uno de los cónyuges da su nombre a una secta acatólica; si educa acatólicamente a los hijos; si lleva una vida de vituperio o de ignominia, si es causa grave de peligro para el alma o para el cuerpo del otro; si con sus sevicias hace la vida en común demasiado difícil; esto y otras cosas semejantes son todas ellas causas legítimas para que el otro cónyuge pueda separarse con autorización del Ordinario Local, y hasta por autoridad propia, si le constan con certeza y haya peligro en la tardanza."¹²

Al parecer en cualquiera de los casos, al cesar la causa justa de la separación, debe restaurarse la unión; pero si la separación fue decretada por el Ordinario para un tiempo determinado o indeterminado, el cónyuge inocente no está obligado a ella, a no ser que medie un Decreto del Ordinario o que haya pasado el tiempo.

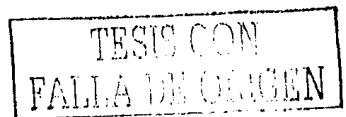
El canon 1132 establece: "Verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los cónyuges es acatólico, al lado del cónyuge católico, a no ser que en uno y otro caso haya el Ordinario decretado otra cosa atendiendo al bien de los mismos hijos, y dejando siempre a salvo su educación católica."¹³

Esta norma es criticable, ya que es posible que produzca un resultado injusto, como el hecho de que si el cónyuge no culpable profesa una religión no católica, por ese hecho perderá la custodia sobre sus hijos, a pesar de que resulte inocente.

La maestra Sara Montero Duhalt en su obra titulada *Derecho de Familia*

¹² Ob. Cit. Págs. 22 y 23.

¹³ Ob. Cit. Pág. 23.



(Primera Edición, Editorial Porrúa México 1984, Página 207), respecto del matrimonio no consumado y del matrimonio celebrado entre no bautizados comenta que “con respecto al primero, el canon 1119 señala que el matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por la disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de una o de ambas partes. La segunda forma de disolver el matrimonio consiste en el llamado privilegio paulino, expresado en el canon 1120, en donde previene que el matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado se disuelve en favor de la fe por el privilegio paulino.”

Es importante señalar que este privilegio no tiene aplicación en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos, entre una parte bautizada y otra que no lo está.

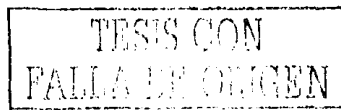
Para finalizar considero importante mencionar que la Iglesia únicamente permite disolver el vínculo por dos causas: “el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados, llamado este último privilegio paulino, en favor de la fe. Aparte de estas dos causas que extinguen el vínculo matrimonial y otorgan libertad a los excónyuges de contraer nuevo matrimonio, el derecho canónico regula el llamado divorcio-separación. Consiste el mismo en la separación de lecho, mesa y habitación, con persistencia del vínculo. Las causas para pedir este tipo de divorcio no vincular son varias, entre ellas el adulterio (canon 1129), el separarse un cónyuge de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia, y la sevicia (canon 1131).”¹⁴

2.4 Epoca Colonial y México Independiente

En el México colonial en materia de divorcio rigió el derecho canónico, mismo que imperaba en la España peninsular. El único divorcio admitido por esta legislación era el llamado divorcio separación, que no otorgaba la libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge.

Consumada la independencía en el año de 1821, el Estado Mexicano requería de una organización política propia. Debido a ello todos los esfuerzos en materia legislativa tendieron a la creación de las normas jurídicas básicas que dieron como resultado, la primer Constitución Federal de los Estados Unidos

¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM Diccionario Jurídico Mexicano Decima Edición - Editorial Porrúa México 1998 Pág. 1185

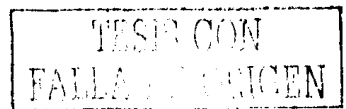


Mexicanos en el año de 1824.

La Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, contempla al matrimonio como un contrato civil, pero conserva un elemento importante derivado del matrimonio canónico, al establecer en el artículo 4 que es indisoluble, por lo que consiguientemente sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero otorgaba la posibilidad a los casados de separarse por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de la misma ley.

El artículo 15 regulaba las formalidades, y una vez que se hubiere manifestado el consentimiento de los contrayentes, el encargado del Registro Civil les debería leer lo que conocemos como epístola de Melchor Ocampo, que aparece textualmente en el artículo 15 mencionado y que a continuación me permito transcribir:

“Que éste es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Que éste no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Que los casados deben y serán sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí. Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar, y dará a la mujer protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando éste débil se entrega a él y, cuando por la sociedad se le ha confiado. Que la mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca e irritable y dura de sí mismo. Que el uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura, y ambos procurarán que lo que el uno se espera del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión. Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas. Que nunca se dirán injurias, porque las injurias entre los casados, deshonoran al que las vierte y prueban su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratarán de obra, porque es villano y cobarde abusar de la fuerza. Que ambos deben prepararse con el estudio y amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de los padres de familia, para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. Que la doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su afecto, hará su suerte próspera o adversa, y la felicidad o desventura de los hijos será la



recompensa o castigo, la ventura o la desdicha de los padres. Que la sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le hacen dándole buenos y cumplidos ciudadanos; y la misma censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño, o por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último, que cuando la sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de padres, siendo que sólo debían haber vivido sujetas a tutela, como incapaces de conducirse dignamente, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse a sí mismos hacia el bien.”¹⁵

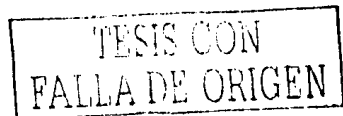
En el año de 1866, durante la época del emperador Maximiliano de Habsburgo, preparó éste los dispositivos necesarios para otorgar un Código Civil. El día seis de julio del mismo año se publicó en el órgano periodístico oficial del Imperio, llamado *Boletín de las Leyes*, el libro primero del Código Civil, el cual en el artículo 151 mencionaba que el divorcio “no disuelve el matrimonio de manera que alguno de los divorciados pueda contraer otro matrimonio, o faltar a la fidelidad debida a su consorte; suspendiendo sólo alguna de las obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos a éste Código.

En los artículos transitorios, y en relación a los matrimonios celebrados por la Iglesia, el artículo 204 prevenía que por ahora los matrimonios celebrados por la Iglesia, reconocida como religión de Estado, surtirán efectos civiles, siempre que reúnan las condiciones siguientes:

1. Que no tengan contraído los cónyuges otro matrimonio anterior, o puramente civil o según cualquier culto.
2. Que sean de la edad prescrita en el artículo 103. Pero el artículo 206 prevenía, que el matrimonio eclesiástico no surte efectos civiles mientras no esté registrado.

No obstante que el divorcio, según lo prevenía el artículo 151, no disolvía el matrimonio, el artículo 207 señalaba que “en los matrimonios en que los cónyuges pertenezcan a una religión cuyos matrimonios estén autorizados conforme al artículo 205 por el Gobierno y que permita el divorcio en cuanto al vínculo podrá verificarse éste conforme a las disposiciones de dicha religión”¹⁶

¹⁵ Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Págs. 69 x 70
¹⁶ Ob. Cit. Págs. 73 x 74



Ya restaurada la República, el Presidente Benito Juárez, el día 5 de diciembre de 1867, dictó un decreto revalidando los actos del estado civil registrados durante el Imperio, sin embargo hubo que esperar hasta el año de 1870 para que surgiera el primer Código Civil.

2.5 Código Civil de 1870 y 1884

El 13 de diciembre de 1870 se publicó el Código Civil que abrogó a la legislación anterior. Este Código siguió las ideas del Código de Napoleón, ya que contemplaba al matrimonio como una sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. En relación al divorcio el artículo 239 prevenía que "no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles."¹⁷

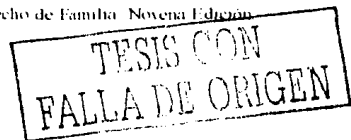
Los Códigos de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, sólo se reglamentó el divorcio por separación de cuerpos. "Entre el Código de 1870 y el de 1884, sólo existe una diferencia de grado, es decir, el primero estatuyó mayores requisitos, audiencias y plazos, para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos. El Código de 1884 redujo los trámites considerablemente. En ambos Códigos se regulan como causas de separación de cuerpos, algunas de las que enumera el Código Civil vigente como causas de divorcio vincular.

Código Civil de 1870.- El capítulo V de dicho ordenamiento regula lo relativo al divorcio. En éste Código se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica, no se admite el divorcio vincular. El artículo respectivo señaló seis causas de divorcio (-separación de cuerpos-), cuatro de las cuales constituían delitos. De las restantes, la sevicia podía constituir delito, pero aún en el supuesto de no llegar a éste grado, se le consideró como causa de divorcio. Las causas de divorcio señaladas en dicho ordenamiento, además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza, y hacen sumamente difícil la unión conyugal. (Exposición de motivos del propio ordenamiento)"¹⁸

El artículo 240 establecía las causas de divorcio, y como se podrá ver, comienzan a ser un poco más específicas. Entre ellas se encontraban:

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 75.

¹⁸ Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición. Editorial Porrúa México 1998. Pág. 388.



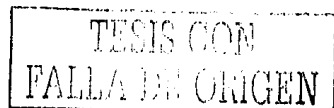
- El adulterio de uno de los cónyuges;
- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;
- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal;
- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción;
- El abandono sin justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años;
- La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél;
- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Por lo anterior pareciese que este ordenamiento se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble que era considerado, debido a lo cual se interpuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades.

El procedimiento podía iniciar después de una serie de separaciones temporales, en las cuales, al finalizar el plazo de cada una de ellas, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, se intentaba en la última audiencia su reconciliación, antes de pronunciar la sentencia definitiva. Asimismo se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de constituido. Ahora bien, el Código Civil señalaba como condición *sine qua non*, para que fuera procedente el divorcio por separación de cuerpos, el que hubieren transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio no podía ejercitarse.

A continuación transcribo tres de los artículos que considero más importantes relativos a los requisitos necesarios establecidos por el Código de 1870, en materia de divorcio:

"Artículo 248.- Los cónyuges que pidan de conformidad su separación lecho y habitación, acompañarán a su demanda una escritura que arregle la



situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de separación.

Artículo 249.- Mientras se resuelve de un modo definitivo sobre la separación, los cónyuges vivirán y administrarán los bienes de la manera que hayan convenido; sujetándose este convenio a la aprobación judicial.

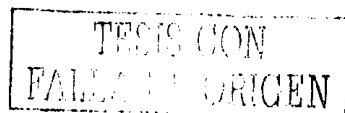
Artículo 250.- La separación no puede pedirse sino pasados dos años de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, y no citará a nueva junta hasta después de tres meses." 19

Considero de suma importancia señalar que no se podía tramitar el divorcio por mutuo consentimiento, después de veinte años de haberse celebrado el matrimonio. Este impedimento se generaba también si la esposa tenía más de cuarenta y cinco años de edad, situación que me permito calificar de poco justa para ambos cónyuges, en virtud de que los obligaba a seguir casados.

Este Código les permitía a los cónyuges que de común acuerdo, pudiesen reunirse en cualquier tiempo. El texto del artículo 280 facultaba a los cónyuges para dar por terminado el divorcio por separación de cuerpos, en cualquier etapa del juicio, aun y cuando se hubiese pronunciado sentencia definitiva que hubiere declarado disuelto el vínculo matrimonial, se requería únicamente de la simple cohabitación voluntaria y sin necesidad de trámite judicial alguno, la sentencia dictada quedaba sin efecto, lo que demuestra nuevamente el espíritu proteccionista del Código Civil de 1870, para con la institución del matrimonio como vínculo indisoluble.

Lo comentado en el párrafo anterior tiene su origen en la presunción legal que establecía el artículo 264 del Código Civil, misma que transcribo a continuación

"Artículo 264.- La ley presupone la reconciliación, cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella, ha habido cohabitación de los cónyuges.



Las audiencias a que se refería este ordenamiento, en cuanto a los juicios de divorcio, eran secretas, teniendo como parte al Ministerio Público.”²⁰

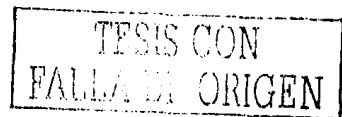
Es preciso señalar que el legislador de 1870, en el caso de divorcio voluntario, dio gran importancia a la protección y cuidado de los hijos, así como también no desprotegió la administración de los bienes producto de matrimonio, ya que obligaba a los esposos a acompañar a la solicitud de divorcio la escritura en donde se estipulase lo relativo a estas dos cuestiones, además le da el calificativo de “parte” en los juicios de divorcio al Ministerio Público.

Del artículo 226 del Código Civil de 1884, se desprende que el único divorcio que admitía era el de separación de cuerpos, en el cual como lo mencioné anteriormente, subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose sólo algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Como causas de divorcio, dicho Código establecía las mismas que su predecesor, pero se innovaba en otras, dentro de las que se encontraban las siguientes:

- El hecho de dar a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato (de matrimonio) y que judicialmente se le declarara ilegítimo;
- El hecho de negarse a administrar alimentos conforme a ley;
- Los vicios incorregibles de juego y embriaguez;
- La enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria, anterior al matrimonio;
- La infracción a las capitulaciones matrimoniales; y
- El mutuo consentimiento.

En éste ordenamiento ya se contemplaba expresamente como causa de divorcio el mutuo consentimiento, en el caso de que ambos consortes de común acuerdo desearan separarse del lecho y habitación, pero deberían acudir ante el juez para que éste lo decretara, no siendo bastante la separación para considerarse



como efectuado el divorcio, sino que debía ser decretado por la autoridad judicial competente.

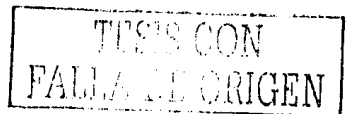
El citado Código Civil de 1884, "en forma general, reprodujo los preceptos del Código anterior, en cuanto a la naturaleza de divorcio, sus efectos y sus formalidades. Sin embargo, nos encontramos ante el hecho indiscutible de haber reducido notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio, ya que sin abolir por completo la serie de trabas que señalaba el Código de 1870, si hizo más fácil la separación de cuerpos. Al efecto haremos a continuación la transcripción de los artículos relativos a las formalidades indispensables para obtener el divorcio:

Artículo 233.- La separación no puede pedirse sino pasados dos años después de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, con audiencia del Ministerio Público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de un tercero.

Artículo 234.- Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición de cualquiera de los cónyuges, el juez citará otras juntas en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si ésta no se lograre, decretará la separación, siempre que le conste que los cónyuges quieran separarse libremente, y mandará reducir a escritura pública el convenio a que se refiere el artículo anterior.

Salta a la vista, pues, que el gran número de juntas o audiencias a que hacia mención el Código de 1870, quedaron reducidas exclusivamente a dos, y los plazos de tres meses que señalaba ese Código, se limitaron exclusivamente a un mes, además de que ya no se reprodujo el artículo 258 del Código Civil de 1870, en donde se duplicaban los plazos de tres meses señalados por los artículos 248 a 257. Así pues, señalamos como diferencia radical entre ambos ordenamientos, la de haber facilitado el divorcio por separación de cuerpos " 21

Con base en lo anterior quiero manifestar que todavía se tenía que esperar un poco de tiempo, para que se legislara sobre la disolución del matrimonio en cuanto al vínculo.



2.6 Ley de Relaciones Familiares

El artículo 13 de la Ley Sobre Relaciones Familiares del nueve de abril de 1917, "define al matrimonio, no como un contrato social según los Códigos Civiles anteriores, sino como un contrato civil de acuerdo con la definición Constitucional, y agrega que es vínculo disoluble que tiene por objeto perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."²²

Esta ley regula el divorcio en los artículos 75 a 106. Se asemeja en las causales al Código de 1884, mas en ésta ley son causas de divorcio vincular.

Por divorcio vincular se puede entender como aquél que extingue totalmente el vínculo matrimonial junto con todas sus consecuencias, en virtud de que los divorciados dejan de tener el estado civil de casados y pueden volver a adquirir libremente ese estado, es decir, pueden volver a casarse.

La maestra Sara Montero Duhalt en su obra titulada *Derecho de Familia* (Primera Edición, Editorial Porrúa México 1984, Página 199), comenta que "es el divorcio vincular el que ha producido enconadas polémicas, e incluso se esgrimen contra él razones de carácter religioso, ético, político y psicológico."

Con base en la definición que se aportó en la Ley de Relaciones Familiares, se confirma la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación. En su artículo 75 previene que "*el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro*, estableciéndose, no sólo el divorcio necesario sino también el de mutuo consentimiento (Artículo 76, Fracción XII)."²³

En la parte conducente de la exposición de motivos de la mencionada ley, el maestro Rafael Rojina Villegas realiza una aclaración en el sentido de que existía una mención, por medio de la cual se rompía con la antigua tradición en los siguientes términos: "nuestra sociedad liberal no debe estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar, tanto mas, cuanto que, dada la disolubilidad del vínculo matrimonial, es fácil ya, no solo reconocer, sino aún legitimar a algunos de los

²² Chavez Asenero Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág. 80

²³ Ob. Cit. Pág. 80

hijos que antes sólo se podían designar...”²⁴

Lo anterior me permito comentarlo de la siguiente forma:

Como primer término, en la propia exposición de motivos de la Ley de Relaciones Familiares se habla ya de la disolubilidad del vínculo matrimonial, es decir, autoriza el divorcio vincular. En segundo lugar define al matrimonio como un contrato, pero lo importante es que se haya suprimido la clasificación existente que se hacía a los hijos, quienes habían sido estigmatizados por una sociedad a consecuencias de faltas que no les son imputables, ya que ellos en un momento dado, serían terceros en *ese contrato*.

A continuación transcribo algunos de los artículos de la Ley de Relaciones Familiares que reglamentaban el divorcio, sus efectos y formalidades, y que son el antecedente más próximo de nuestro Código Civil vigente.

“Artículo 82.- El divorcio por mutuo consentimiento, no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez de primera instancia del domicilio de los cónyuges remitirá extracto de ella al juez del estado civil del mismo lugar, para que éste la haga publicar en la tabla de avisos, y citará a los solicitantes a una junta, en la cual procurará reestablecer entre ellos la concordia y cerciorarse de la completa libertad de ambos para divorciarse. Si no lograre avenirlos, se celebrarán todavía, con el mismo objeto, dos juntas más, que el juez citará a petición de ambos cónyuges. Esta petición no podrá hacerse sino después de transcurrido un mes desde la última junta celebrada. Entre una y otra deberá mediar cuando menos un mes.

Artículo 88.- El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda

Artículo 93.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras duren los procedimientos las disposiciones siguientes:

- I. Separar a los cónyuges en todo caso;

²⁴ Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 196.



- II. Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya;
- III. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos;
- IV. Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre;
- V. Dictar las medidas conducentes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer, y
- VI. Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que queden encintas.”²⁵

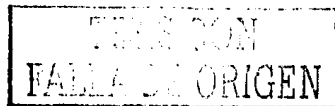
El maestro Eduardo Pallares comenta al respecto:

“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 palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con lógica implacable.

Sólo son comparables a esta ley, por su importancia política y social, los artículos 3, 123 y 130 de la flamante Constitución; pero mientras estas normas han provocado intensas discusiones, comentarios periodísticos, 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.”²⁶

Al respecto del divorcio, desde mi punto de vista la ley en comento evolucionó positivamente. Ahora bien, de acuerdo a lo establecido por los artículos transcritos anteriormente, me permito hacer hincapié en dos cosas interesantes

²⁵ Pallares Eduardo. El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991. Págs. 30, 31 y 32.
²⁶ Ob. Cit. Págs. 35 y 36.



La primera es que ésta ley establece una serie de medidas cautelares, con relación a los cónyuges; a la mujer en particular; a los hijos; a los bienes de la mujer y a los alimentos para la mujer y para los hijos.

La segunda es que limita al cónyuge que no haya dado causa al divorcio, a demandarlo dentro de los seis meses después de que hayan llegado a su noticia los hechos en que funde su demanda de divorcio, suceso que se relaciona con el tema central del presente trabajo de tesis, y que se analizará posteriormente.

2.7 Naturaleza Jurídica del Divorcio

La ley que estableció en México el divorcio en cuanto al vínculo, fue la expedida en el puerto de Veracruz por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, denominada Ley de Relaciones Familiares. Antes de su promulgación sólo se autorizaba por el Estado el divorcio en cuanto al lecho y a la habitación, que dejaba subsistente el matrimonio, sus derechos y obligaciones, y no permitía a los divorciados contraer otro nuevo.

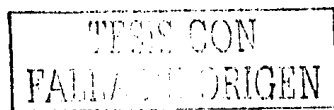
Consideraba al divorcio como "un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros."²⁷

Además señalaba que producía "dos efectos: El de la mencionada ruptura, y el de otorgar a los cónyuges la facultad de contraer nuevo matrimonio. Ninguno de ellos existía en la legislación anterior a la Ley de Relaciones Familiares, que fue la primera que autorizó el divorcio en cuanto al vínculo."²⁸

La maestra Sara Montero Duhalt en su obra titulada *Derecho de Familia* (Primera Edición, Editorial Porrúa México 1984, Página 197), menciona que "matrimonio es un contrato solemne, de interés público, por el cual un solo hombre y una sola mujer establecen una comunidad de vida total y permanente, al que la sociedad y la ley consideran el fundamento de la familia. ... Determinado el concepto de matrimonio y sus consecuencias jurídicas, las mismas sólo pueden extinguirse por tres causas: la muerte, la nulidad o el divorcio. Un matrimonio válido sólo puede terminar por dos causas: la muerte o el divorcio."

²⁷ Ob. Cit. Pág. 36

²⁸ Ob. Cit. Pág. 36



De acuerdo a lo anterior, la muerte de uno de los cónyuges extingue al matrimonio. La nulidad opera cuando el matrimonio se realizó incumpliendo con alguno o varios de los requisitos necesarios para su validez. Es por esto que la citada jurista le da la nota de validez al matrimonio, dejando a un lado la probable falta de requisitos de validez o elementos esenciales que debe reunir el matrimonio, ya que dicho acto, si carece de tales requisitos de validez, sería nulo.

Actualmente el artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federal establece que las causas de nulidad del matrimonio son las siguientes:

“I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndose un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;

II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y

III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.”²⁸

En resumen, el divorcio es un acto jurídico capaz de extinguir un matrimonio válido, y sólo puede ser decretado por autoridad competente, en base a causa específicamente señalada en la ley; tiene como consecuencia directa desvincular a los cónyuges dejándoles en libertad de contraer un nuevo matrimonio válido.

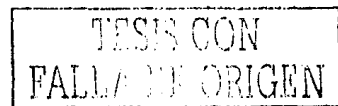
2.8 Definición de Divorcio

La palabra divorcio proviene “de las voces latinas *divortium* y *divertere*, separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes.”²⁹

Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa dos sendas que se apartan del camino. En sentido metafórico, más amplio y moderno, divorcio es aquella separación de cualquiera de dos cosas que estaban unidas. En un sentido

²⁸ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico DF 2002 Pag. 28

²⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM Diccionario Jurídico Mexicano Decima Edición - Editorial Porrúa México 1998 Pag. 1184



jurídico abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal.

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

El divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo sólo en función de aquéllos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella, a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo."³⁰

Para el autor Julien Bonnacase divorcio "es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial."³¹

Los autores clasifican el divorcio considerando dos sistemas: El divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular. En el divorcio por separación de cuerpos, el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias, tal y como lo mencioné anteriormente; su principal efecto consiste en la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y por consiguiente a hacer vida marital.

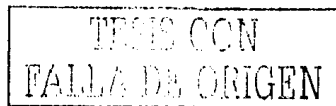
El "divorcio vincular (*divortium quod vinculum*), llamado divorcio pleno, es precisamente aquél que rompe el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias "³²

Es entonces que durante el matrimonio y en vida de los cónyuges, por causas que surgiesen con posterioridad a la celebración del mismo, nuestra legislación vigente permite a los esposos disolver el vínculo que los une, para después, a los ya divorciados, permitirles contraer con posterioridad un nuevo

30 Baquero Rojas Edgar Derecho de Familia y Sucesiones Editorial Harla México 1990 Pág 147

31 Bonnacase Julien Tratado Elemental de Derecho Civil Segunda Edición - Editorial Harla México 1993 Pág 251

32 Baquero Rojas Edgar Derecho de Familia y Sucesiones Editorial Harla México 1990 Pág 149



matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento

El Código Civil para el Distrito Federal no define propiamente la figura jurídica del divorcio, sino solo se limita a expresar sus efectos.

Con relación al divorcio por simple separación de cuerpos "*(separation quad thourum et mensam)*", llamado divorcio menos pleno, que no permite la celebración de un nuevo matrimonio, en tanto que únicamente suspende a los cónyuges la obligación de vivir juntos, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio, como el deber de fidelidad, no es en realidad un divorcio, sino sólo un estado en el que los esposos han sido dispensados de las obligaciones de cohabitación y de débito carnal."³³

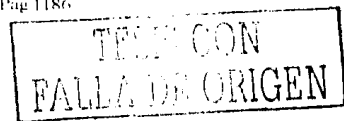
Como se puede observar, la separación de cuerpos otorga el derecho a los dos esposos, para no hacer vida en común, es decir, el matrimonio no es disuelto, sencillamente cada uno de los esposos tienen el derecho de vivir separado del otro.

Es entonces que el divorcio como figura jurídica ha sufrido una transformación a través de la evolución del Derecho Mexicano. Como se analizó anteriormente, los Códigos Civiles de 1870 y 1884, sólo conocieron el divorcio menos pleno, el cual se podía obtener de común acuerdo, o bien, por alguna de las causales señaladas. El Código de 1870 requería que hubieran transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio para que procediera la separación de cuerpos de forma voluntaria, y no procedía después de veinte años de matrimonio. La Ley de Relaciones Familiares de 1917, introdujo en nuestra legislación el divorcio vincular, lo que significó una evolución trascendente en el Derecho Mexicano.

Tomando como base lo anterior, me permito concluir que el divorcio es evidentemente una institución de derecho, por la que legalmente la autoridad judicial o administrativa declara disuelto el vínculo matrimonial existente entre dos personas, y permite como consecuencia, a quienes estaban unidos en matrimonio, contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido, el cual traerá consigo nuevamente efectos como si se tratara del primer matrimonio

33. Ob. Cit. Pág. 149

34. Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico D.F. 2002. Pág. 1186



CAPITULO 3

DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO DE ACUERDO AL
DERECHO MEXICANO VIGENTE*3.1 Clasificación del Divorcio de acuerdo a la legislación vigente***3.1.1 Divorcio Administrativo**

Divorcio voluntario.- "Es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges. El Código Civil regula dos formas de divorcio voluntario: el llamado divorcio administrativo, que se solicita ante un Juez del Registro Civil, y el divorcio judicial, requerido ante un Juez de lo Familiar."¹

El Código Civil vigente en el Distrito Federal establece:

"Artículo 272.- Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes."²

El maestro Rafael Rojina Villegas hace una severa crítica a esta forma de llevar a cabo la disolución del vínculo matrimonial, insistiendo en las facilidades que la ley otorga a los cónyuges para terminar con el matrimonio, diciendo que

1 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Decima Edición. Editorial Porrúa México 1998. Págs. 1189 y 1190.

2 Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista México DF. 2002. Pág. 36.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

“Este tipo de divorcio, marca la cúspide en donde las facilidades para la obtención del mismo se han disminuido a tal grado, que la sola voluntad de las partes es suficiente para disolver el vínculo matrimonial, sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial, sino simplemente el Juez del Registro Civil, consignará la voluntad de los consortes, y mediante esa constancia hecha en el acta que levantará, después de haber sido ratificada a los quince días, será suficiente para considerarse disuelto el matrimonio. Así pues, partiendo de la serie de trabas, dificultades y obstáculos que interponía el Código de 1870 para la simple separación de cuerpos, esta forma de divorcio voluntario, denominado de tipo administrativo, por la no intervención de la autoridad judicial, representa la última etapa a la que se ha llegado en nuestro derecho.”³

El divorcio llevado a cabo por vía administrativa fue objeto, además de la comentada en el párrafo anterior, de innumerables críticas en el sentido de que él, por sí solo, era un factor decisivo de la disolución de la familia, al dar tan extremas facilidades a la pareja para terminar el vínculo matrimonial. Sin embargo es importante señalar que la comisión redactora del Código Civil, expuso los motivos por los que se había contemplado y regulado dentro de la legislación civil con las siguientes palabras:

“El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio: Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos.”⁴

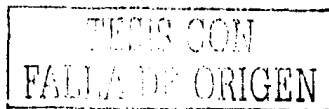
El maestro Manuel F. Chávez Asencio lo define como un Acto Jurídico del Derecho de Familia, el cual es “de contenido no económico. Quienes intervienen lo hacen ser un acto jurídico plurilateral y mixto, porque siempre interviene el Juez del Registro Civil”⁵

En resumen, para que proceda jurídicamente el divorcio voluntario administrativo, en la actualidad nuestra legislación requiere:

3. Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición. Editorial Porrúa México 1998. Págs. 396 y 397.

4. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Decima Edición. Editorial Porrúa México 1998. Pág. 1190.

5. Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición. Editorial Porrúa México 2001. Pág. 357.



- a) Que los consortes tengan por lo menos un año de casados.
- b) Que ambos convengan en divorciarse.
- c) Que ambos sean mayores de edad.
- d) Que no tengan hijos (o que no sean estos menores de edad).
- e) Que hayan liquidado la sociedad conyugal (si se casaron bajo éste régimen).

3.1.2 Divorcio Voluntario Judicial

El artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal contempla éste tipo de divorcio, y establece que procede el divorcio voluntario, por vía judicial, siempre y cuando los cónyuges, no se encuentren en la hipótesis prevista para el caso de divorcio administrativo, y si además "por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

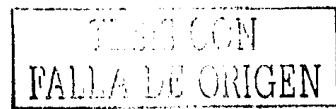
I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento,

III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV. La casa que servirá de habitación a cada conyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aun después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias,

V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II,



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

VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.”⁶

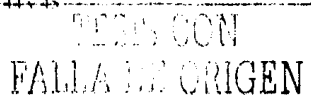
De la lectura del artículo anterior puede apreciarse que son muy específicos los requisitos necesarios para la procedencia de éste tipo de divorcio; sin embargo, el hecho de que el vínculo matrimonial pueda ser disuelto por la voluntad de las partes, no necesariamente debe de dar pauta para concebir que existan diferencias o conflictos de intereses entre los cónyuges, ya que existe entre ellos, un acuerdo de manera expresa a través del convenio aludido, el cual si es aprobado por la autoridad judicial, declarará disuelto el matrimonio.

El maestro Eduardo Pallares hace un comentario al respecto, manteniendo una postura en contra de la reflexión anterior; menciona el citado autor que para demostrar que efectivamente se trata de un verdadero juicio, se debe de tomar en cuenta y partir del principio “de que la jurisdicción voluntaria se caracteriza porque en ella no hay cuestión entre partes, según expresamente lo previene el Código. Ahora bien, en el divorcio voluntario no hay cuestión entre los dos esposos, porque presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y en lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial. Si no la obtienen, el Juez no puede decretar el divorcio, porque es condición de este punto, la validez del propio convenio declarada y reconocida por sentencia firme.

No obstante lo anterior, existe una cuestión entre partes porque, según ordena la ley, lo es también el Ministerio Público, que debe examinar la validez del convenio y dar su aprobación o negarla. Por tanto, la cuestión entre partes en el divorcio voluntario judicial, no es la disolución del vínculo conyugal, sino la validez del convenio que los dos esposos someten al dictamen del Ministerio Público y a la aprobación del Juez. Este punto contencioso, es la materia propia del dicho juicio, por lo cual el procedimiento no debe incluirse en la jurisdicción voluntaria, sino en la contenciosa. En realidad, la cuestión entre partes concierne a los intereses económicos, a la educación y ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos, intereses éstos, que afectan directa o indirectamente a la sociedad e incluso al Estado.”⁷

⁶ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico D.F. 2002. Págs. 32 y 33.

⁷ Pallares Eduardo. El divorcio en México - Editorial Porrúa Mexico 1991. Págs. 44 y 45.



Pudiera ocurrir que en el procedimiento de divorcio voluntario, alguno de los cónyuges sea menor de edad. En el caso de que se presentara este supuesto la ley ha previsto que el menor deberá comparecer acompañado de un tutor.

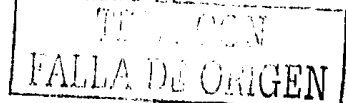
“El menor emancipado necesita de un tutor especial. Es por ésta razón que en el juicio de divorcio voluntario, como también en su caso, el juicio de divorcio necesario, o en general, en cualquier juicio, el emancipado por razón de su matrimonio, o por virtud de haber cumplido dieciocho años de edad, y habérsele concedido la emancipación, deberá estar asistido de un tutor en los negocios judiciales. Dice al efecto el artículo 641 del Código Civil vigente: El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor, no recaerá en la patria potestad; y el artículo 643, fracción II del mismo Código Civil, dispone: necesita durante su menor edad de un tutor para negocios judiciales. En relación con estos preceptos, el artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles, a su vez estatuye: El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial, para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento y, además como consecuencia necesaria, no sólo el tutor deberá firmar la solicitud de divorcio, sino comparecer a las dos juntas en las que el menor manifestará su voluntad de divorciarse, con la aprobación del tutor.”*

Las juntas a las que se ha hecho referencia en la parte final del párrafo anterior son las que previene el Código de Procedimientos Civiles, el cual regula el procedimiento por el que se lleva a cabo el divorcio voluntario judicial, y establece que una vez que se ha hecho la solicitud, “citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente ante el Juez, que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra averarlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento.”⁹

Es por su finalidad conciliatoria que en la práctica se les conozca como “juntas de avenencia”, en virtud de que su realización es la de tratar de convencer a los esposos de no continuar con su decisión de divorciarse, haciéndolos reflexionar sobre el papel tan importante que tienen dentro de la familia

8. Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano I. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 198.

9. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Sistema Mexicano D.F., 2002. Pág.



Como se puede observar, el ordenamiento legal deja a los interesados un razonable margen de libertad para fijar los términos y condiciones del convenio mencionado, pero no pueden decidir con plena autonomía de voluntad, pues deben tener siempre presentes las obligaciones contraídas al momento de haberse casado, como es la obligación de proporcionar alimentos.

Por lo expuesto anteriormente, me permito concluir que en este tipo de divorcio ambos cónyuges son *partes* del mismo, ya que ambos tienen un interés en común, pero no se debe olvidar que también adquiere esta designación por la función de vigilancia en beneficio de los menores, el Ministerio Público. Una vez que el convenio al que deciden someterse los esposos es aprobado, la autoridad judicial concede la disolución del vínculo matrimonial, en virtud de que ya existe un acuerdo previo entre los cónyuges de no continuar unidos en matrimonio.

3.1.3 Divorcio Necesario Judicial

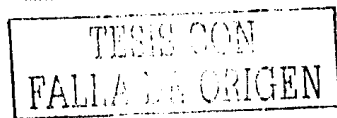
Ya ha quedado dicho que además del divorcio en cuanto al vínculo, existe la forma moderada de la separación en cuanto al lecho y la habitación. Nuestra legislación no proporciona una definición de lo que es el divorcio necesario, sin embargo, ya que hemos analizado que es el divorcio, y además se ha precisado sobre el divorcio voluntario de tipo administrativo, así como el divorcio voluntario judicial, será más fácil llegar a la comprensión del presente subtema.

El Diccionario Jurídico Mexicano define que el divorcio necesario judicial "es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad judicial competente y en base a causa específicamente señalada en la ley. Este divorcio se llama también contencioso por ser demandado por un esposo en contra del otro, en oposición al voluntario."¹⁰

El maestro Rafael Rojina Villegas le llama divorcio vincular necesario, y comenta que se puede diferenciar al divorcio sanción del divorcio remedio, el primero se motiva por las causas o causales establecidas en la propia ley, exceptuándose las enfermedades, siendo éstas motivo del divorcio remedio, el cual "se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos, cuando el otro consorte padece una enfermedad crónica e incurable que sea además, contagiosa o hereditaria"¹¹

10 Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Diccionario Jurídico Mexicano Decima Edición - Editorial Porrúa México 1998 Pag. 1187

11 Rojina Villegas Rafael Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998 Pag. 386



Ahora bien, tema principal del presente trabajo, es la propuesta de reforma al artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"Artículo 278.- El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como, con las demás salvedades que se desprenden de ese artículo."¹²

Con relación a lo establecido por el artículo 278 anteriormente transcrito, se requiere de *hechos*, obviamente de los que hayan tenido conocimiento los cónyuges, los cuales pueden ser invocados al motivar su demanda, pero por el momento solo se contemplará la procedencia de la Acción. La Caducidad y la Prescripción las abordaré en el capítulo siguiente.

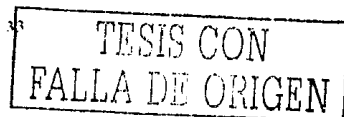
Nuestro Código Civil vigente es uno de los más casuísticos del mundo, es decir, enumera actualmente veintiún causales para que pueda demandarse el divorcio necesario. Este calificativo de casuístico lo apunto con base en la legislación comparada a que se hizo referencia en los capítulos anteriores, así como en el comentario que hace la maestra Sara Montero Duhalt en su obra titulada "Derecho de Familia" (Primera Edición, Editorial Porrúa México 1984, Página 220), en donde define al divorcio necesario como "la disolución de vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio y establecidas expresamente en la ley.

El Código no define el divorcio. Se limita a expresar sus efectos en el artículo 266: El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Cabe señalar que cada una de las causales establecidas tiene vida autónoma, es decir que de su redacción se desprenden los supuestos que deben de generarse para que puedan ser invocadas. Sin embargo no pueden involucrarse unas en otras.

A este respecto transcribo lo expuesto y sustentado por la Suprema Corte de Justicia en la siguiente tesis:

¹² Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista México D.F. 2002. Pág. 33



“DIVORCIO. AUTONOMIA DE LAS CAUSALES.

La enumeración de las causales de divorcio que hacen el Código Civil para el Distrito Federal, y los códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón.

Sexta Época:

Amparo directo 1271/59. María Concepción Taboada de Olvera. 4 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos.”¹³

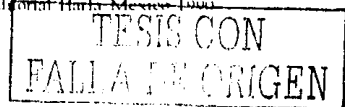
Ahora bien, para asimilar la procedencia del divorcio necesario, es importante comprender que es la Acción.

“La pretensión es uno de los elementos necesarios para la existencia del litigio. Si no hay pretensión, no puede haber litigio. Es Carnelutti quien nos da el concepto más aceptado dentro de la ciencia procesal, de la pretensión. Así, nos expone que la pretensión es *la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio*. Es entonces, la pretensión un querer, una voluntad, una intención exteriorizada para someter un interés ajeno al interés propio. Antes de continuar, es necesario que se precise la distinción entre la pretensión, el derecho subjetivo y la acción, pues aunque exista una íntima relación y una estrecha interdependencia entre ellos, los tres conceptos son diferentes y se encuentran en planos diversos. Así, el derecho subjetivo es algo que se tiene o que no se tiene y, en cambio, la pretensión es algo que se hace o no se hace, es decir, la pretensión es actividad, es conducta. Es claro que de la existencia de un derecho subjetivo, se puede derivar una pretensión y, de la existencia de la pretensión se puede llegar a la acción, como una de las formas de hacer valer la pretensión.”¹⁴

Tomando en consideración lo anterior, me permito decir que la pretensión no siempre presupone la existencia de un derecho, y además, por otra parte, también puede existir el derecho sin que exista la pretensión, sin embargo, a manera de conclusión y para fines prácticos, se podría entender a la acción como aquella potestad, facultad, posibilidad o actividad, mediante la cual una persona de derecho, provoca la actividad de juzgamiento de un órgano que, mediante una resolución proporciona la solución a los conflictos de intereses

13. IJS 2001. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia y Tesis Arsladas. Junio 1917- Mayo 2001

14. Gómez Lara Cipriano. Teoría General del Proceso. Octava Edición. Editorial Harla, México, 1990. Pag. 118



De acuerdo con esto, cualquiera de los cónyuges, con base en lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 267, puede invocar de acuerdo a su situación particular, la causal en la que se encuentre, para demandar del otro esposo el divorcio, generándose así el conflicto de intereses entre ellos, y sometiendo estas diferencias a la resolución emitida por el juez.

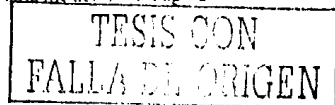
Resulta importante hacer mención que la legislación civil contempla una cuestión denominada acto prejudicial, y que "se trata de una cuestión que indudablemente pertenece al derecho procesal familiar, y ello queda en evidencia en el texto mismo de los artículos 205 y 206, pues se trata siempre de la separación de un cónyuge cuando intente demandar, denunciar o querellarse contra su cónyuge, y sólo los jueces de lo familiar son los que pueden decretar tales separaciones.

Se señala que la forma de la solicitud puede ser escrita o verbal y deben señalarse las causas en que se funde, el domicilio para la habitación, la existencia de hijos menores y las demás circunstancias del caso.

Es pertinente advertir que esta separación de personas sustituyó al anterior *depósito de persona* que generalmente solicitaba la esposa y, desde que se dictó un grupo de disposiciones que pretendieron igualar los derechos de la mujer a los del hombre, se suprimió aquel viejo depósito de la esposa para sustituirlo por la figura de la separación, que claramente se entiende que deben pedir el esposo o la esposa cuando en el supuesto, ya referido, de pretender demandar, denunciar o querellarse en contra de su cónyuge."¹⁵

Me permito considerar que esta medida que autoriza la separación, es acertada al ser de carácter estrictamente transitorio o provisional hasta que quede convalidada, ya que previene al solicitante para que demuestre que ha presentado la demanda, denuncia o querrela, estableciendo así en el artículo 211 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que se le concede al solicitante un plazo de hasta quince días hábiles, contados a partir del día siguiente de efectuada la separación, con la posibilidad de conceder una sola prórroga por igual término a juicio del juez, si así se le solicitare. Otra cuestión que debe destacarse respecto de esta medida, y es la que se refiere a que, si al vencimiento del plazo concedido, el solicitante no acredita que ha presentado la demanda, denuncia o querrela, cesarán los efectos de tal separación, quedando obligado el conyuge a regresar al domicilio dentro de las veinticuatro horas siguientes, como lo menciona el artículo 215 del Código citado.

¹⁵ Gomez Lara Cipriano. Derecho Procesal Civil. Quinta Edición. Editorial Huelga Mexico 1991. Págs. 29 y 30.



3.2 Obligaciones originadas de la disolución del vínculo matrimonial

3.2.1 Alimentos, Concepto y Características

“Del latín *alimentum*, comida, sustento, dicese también de la asistencia que se da para el sustento.”¹⁶

“Se puede decir que la historia de los alimentos comienza con la historia de la Humanidad.”¹⁷

El maestro Rafael Rojina Villegas define a los alimentos como “una de las consecuencias principales del parentesco.”¹⁸

El Maestro Manuel F. Chávez Asencio, define “al derecho de alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para vivir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos, y del concubinato.”¹⁹

Para poder obtener un concepto más preciso y abundante, a continuación transcribo el artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que establece que “los alimentos comprenden:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

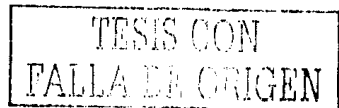
III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados

16. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Décima Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 139.

17. Barroila, Antonio de. Derecho de la Familia. Cuarta Edición - México Porrúa 1993. Pág. 88.

18. Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo. Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 165.

19. Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág. 481.



en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.”²⁰

Como se observa, en nuestro derecho vigente, el concepto de alimentos sobrepasa a la simple acepción de comida. Constituyen un elemento de tipo económico que permite al ser humano obtener su sustento en los aspectos biológico, social, moral y jurídico, y es por lo que me permito afirmar que los alimentos se presentan también como una consecuencia de la unión de dos personas en virtud del matrimonio o del concubinato, ya que deben proporcionarse entre los cónyuges o entre concubenarios. De la misma manera es una consecuencia del parentesco civil, es decir por adopción, toda vez que como se mencionó anteriormente, crea los mismos derechos y obligaciones que el parentesco legítimo consanguíneo entre padres e hijos.

El artículo 309 del Código Civil vigente en el Distrito Federal previene que la obligación de dar alimentos, se puede satisfacer de dos maneras:

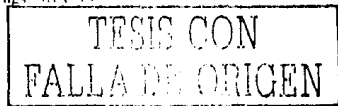
“El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación, asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia. En caso de conflicto para la integración, corresponde al Juez de lo Familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias.”²¹

Dentro de las características de la obligación alimentaria se encuentran las siguientes:

Reciprocidad de la obligación alimentaria. “La obligación de alimentos se caracteriza como recíproca y al efecto expresamente dispone el artículo 301: *La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos*. En las demás obligaciones no existe esa reciprocidad, pues un sujeto se caracteriza como pretensor y otro como obligado. Puede haber reciprocidad en el sentido de que la relación jurídica establezca derechos y obligaciones para cada una de las partes, como sucede con los contratos bilaterales, es decir, en ellos, cada contratante no sólo reporta

20. Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico DF, 2002, Págs. 38 y 39.

21. Ob. Cit. Pág. 39.



obligaciones, sino que también derechos. Tratándose de los alimentos, la reciprocidad consiste en que el mismo sujeto pasivo puede convertirse en activo, pues las prestaciones correspondientes dependen de la necesidad del que deba recibirlos y de la posibilidad económica del que deba darlos. El artículo 311 dice: *Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.* La característica de reciprocidad se explica tomando en cuenta que los alimentos tienen su fuente en el parentesco o en el matrimonio, por lo tanto, el mismo sujeto puede ser activo y pasivo, según esté en condiciones de dar las prestaciones correspondientes o carezca de los medios necesarios para subsistir. Para los cónyuges el artículo 302 establece la obligación recíproca que tienen de darse alimentos. Además, el artículo 164 estatuye: *Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.*

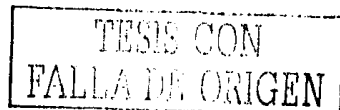
Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.”²²

Carácter Personalísimo. La obligación alimentaria es personalísima, porque depende exclusivamente de las circunstancias individuales del acreedor y del deudor. Los alimentos se otorgan exclusivamente a una determinada persona en razón a sus necesidades, y se imponen también a otra persona determinada tomando en cuenta su carácter de pariente, de cónyuge o concubino, así como sus posibilidades económicas.

“En nuestro Derecho el carácter personalísimo está definido en los artículos del 302 al 305 del Código Civil. En ellos se dice que los cónyuges deben darse alimentos, y también se consigna la obligación entre concubinos; existe la obligación de los padres de alimentar a sus hijos, y de éstos a los padres y, en ausencia o imposibilidad de algunos de los anteriores, los ascendientes, los descendientes y hasta los colaterales dentro del cuarto grado

No obstante el carácter personalísimo, la obligación de alimentos, recae sobre todos los que están en posibilidad de darlos (Artículo 312 del Código

²² Rojma Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano I. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 167.



Civil), lo que no excluye esta característica, al precisar quiénes deben darlos y quienes recibirlos. Por lo tanto, podrán enderezarse acciones en contra de parientes que estén obligados subsidiariamente.”²³

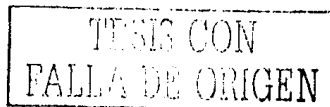
Naturaleza intransferible de los alimentos. “La obligación alimentaria es intransferible tanto por herencia como durante la vida del acreedor o del deudor alimentario. Se trata de una consecuencia relacionada con la característica anterior. Siendo la obligación de dar alimentos personalísima, evidentemente que se extingue con la muerte del deudor alimentario o con el fallecimiento del acreedor. No hay razón para extender esa obligación a los herederos del deudor o para conceder el derecho correlativo a los herederos del acreedor, pues los alimentos se refieren a necesidades propias e individuales del alimentista y, en el caso de muerte del deudor, se necesita causa legal para que aquél exija alimentos a otros parientes que serán los llamados por la ley para cumplir con ese deber jurídico. En otras palabras, la sucesión del deudor no tiene que reportar como tal. la obligación de alimentos, excepto cuando tratándose de una sucesión testamentaria se esté en los casos previstos por la ley en los artículos 1368 a 1377. Conforme al artículo 1368, el testador si tiene el deber de dejar alimentos a determinados descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite, concubina en ciertos casos y colaterales hasta el cuarto grado; pero esta obligación existe según el artículo 1369 a falta o por imposibilidad de que los parientes más próximos en grado puedan cumplirla. Por lo tanto, en los casos de muerte del deudor alimentario, en principio pasa la obligación a los parientes más próximos en grado según la jerarquía reconocida en la ley y a que ya nos hemos referido.”²⁴

Inembargabilidad de los alimentos. Se dice que los alimentos son inembargables debido a que “éstos tienen una función social, son de orden público y que tienen por objeto permitir que el alimentista pueda subsistir y satisfacer sus necesidades. Es de justicia que no se prive a nadie de lo fundamental para la vida. De aquí que el derecho a los alimentos es inembargable, pues de lo contrario sería tanto como privar a la persona de lo necesario para vivir.

En lo anterior se basa el Código Procesal para excluir de embargo ciertos bienes que son necesarios al deudor para la subsistencia o su trabajo (Artículo 544 del Código de Procedimientos Civiles). Aun cuando del artículo 544 del Código de Procedimientos Civiles no se desprende que los alimentos quedan exceptuados de embargo, la doctrina y el Código Civil nos dan los

23. Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Págs. 486 y 487.

24. Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 170.



elementos para llegar a esa conclusión tomando en cuenta que conforme al artículo 321 el derecho de recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción.”²⁵

Imprescriptibilidad de la obligación alimentaria. El maestro Chávez Asencio menciona que se debe distinguir entre la imprescriptibilidad de la obligación alimentaria, “del carácter prescriptible de las pensiones ya vencidas.

El derecho para exigir alimentos se considera imprescriptible. La ley señala el carácter imprescriptible del derecho, al prevenir el artículo 1160 del Código Civil que *la obligación de dar alimentos es imprescriptible*. Luego, si la obligación es imprescriptible, el derecho del acreedor de obtenerlos también lo será.

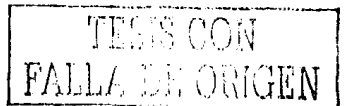
Sobre la posibilidad de la prescripción respecto de las pensiones alimenticias vencidas, deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 2950 y 2951 del Código Civil que tratan de la transacción, los que previenen que será nula la transacción que verse sobre el derecho de recibir alimentos, pero podrá hacerse transacción sobre las cantidades vencidas.”²⁶

Naturaleza intransigible de los alimentos. Los artículos 321, 2950 fracción V y 2951 del Código Civil del Distrito Federal, regulan esta cuestión en particular. El primer artículo citado señala que el derecho de recibir alimentos no puede ser objeto de transacción, y confirma lo expresado el artículo 2950 en su fracción V, que menciona que serán nulas las transacciones que versen sobre el derecho de recibir alimentos.

El citado artículo 2951 establece la posibilidad de que sólo podrá existir transacción sobre cantidades ya vencidas.

Proporcionalidad de los alimentos. El artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal establece el carácter proporcional que debe de haber, entre las posibilidades económicas del obligado a darlos, y la necesidad del que debe de recibirlos. Al respecto de la proporción, el maestro Rafael Rojina Villegas comenta la verdadera situación que se da en la práctica y en la actualidad en nuestro país, diciendo que

²⁵ Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág. 488.
²⁶ Ob. Cit. Pág. 488.



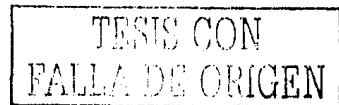
“El juez debe en caso concreto determinar esa proporción. Desgraciadamente en México los tribunales han procedido con entera ligereza violando los principios elementales de humanidad al restringir de manera indebida las pensiones generales de menores o de la esposa inocente en los casos de divorcio. La regla contenida en el artículo 311 se ha interpretado con un franco criterio de protección para el deudor alimentario, traicionando el fin noble que se propone la ley en esta institución. Es evidente que no puede exigirse al juez que proceda con un criterio matemático infalible al fijar la pensión alimenticia, pero en la mayoría de los casos se advierte que teniendo elementos para estimar los recursos del deudor, se calculan los alimentos de sus hijos y de su esposa en los casos de divorcio, en una proporción muy inferior a la mitad de los ingresos del padre. Es decir, deliberadamente se acepta que toda una familia que de acuerdo con la ley merece la debida protección jurídica, tenga que vivir con alimentos que corresponderían a una tercera o cuarta parte de los ingresos totales del deudor, dejándose a éste para su sola subsistencia la mayor parte de los mismos. El Código de Procedimientos Civiles ha tratado de proteger también los derechos de los acreedores alimentarios considerando que en esta materia las resoluciones no pueden ser definitivas. Expresamente el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles considera que se trata de resoluciones provisionales que pueden modificarse en sentencia interlocutoria o definitiva, agregando: *Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos... pueden alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan al ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.*”²⁷

Divisibilidad de los alimentos. La obligación de dar alimentos es divisible. Las obligaciones se consideran divisibles cuando “tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente...” (Artículo 2003 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por lo tanto, la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones, no depende del número de sujetos obligados sino de la naturaleza del objeto que debe satisfacerse. Es decir, un individuo puede tener obligaciones divisibles lo mismo que varios sujetos pueden tener una obligación indivisible, si así es la naturaleza a la prestación

Tratándose de alimentos, éstos pueden satisfacerse en forma divisible, es decir, mediante pagos periódicos (semanales, quincenales o mensuales), y también puede haber divisibilidad en relación a los sujetos obligados, toda vez que el artículo 312 del Código Civil nos da la posibilidad que varios fueren

27 Royma Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano I. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición. Editorial Porrúa México 1998. Pág. 176.



los que den los alimentos, y si todos tuvieren posibilidad de darlos el juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus haberes.”²⁸

Carácter preferente de los alimentos. Con relación a esta característica, el maestro Rafael Rojina Villegas acertadamente explica que existe un problema para determinar la preferencia de los acreedores alimentarios, y que “las únicas normas que nos permiten formular una solución jurídica al respecto son las contenidas en las fracciones III, IV y V del artículo 2994.”²⁹

A éste respecto el artículo 2994 del Código Civil para el Distrito Federal, establece en las fracciones mencionadas que una vez que se paguen los adeudos fiscales provenientes de impuestos; a los acreedores hipotecarios y pignoratícios, así como otros acreedores tales como el constructor de cualquier cosa mueble; el crédito del arrendador; el crédito por hospedaje; o los créditos anotados en el Registro Público de la Propiedad entre otros, además se pagarán:

“III. Los gastos de funerales del deudor, proporcionados a su posición social, y también los de su mujer e hijos que estén bajo su patria potestad y no tuviesen bienes propios;

IV. Los gastos de la última enfermedad de las personas mencionadas en la fracción anterior, hechos en los últimos seis meses que precedieron al día del fallecimiento:

V. El crédito por alimentos fiados al deudor para su subsistencia y la de su familia, en los seis meses anteriores a la formación del concurso...”³⁰

De acuerdo a lo anterior, se puede observar que se limita la preferencia del crédito por alimentos, solo a determinados gastos y se mencionan como acreedores alimentarios a la esposa y a los hijos.

Sin embargo, el maestro Manuel F. Chávez Ascencio menciona que existen tres preferencias al considerar lo establecido por el artículo 311, Quater del Código Civil para el Distrito Federal, el cual menciona que los acreedores alimentarios tendrán derecho preferente sobre ingresos y bienes de quien tenga dicha obligación, respecto de otra calidad de acreedores

28. Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág. 488.

29. Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 179.

30. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista. México D.F. 2002. Pág. 234.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El problema de la preferencia en esta materia se origina en el caso de concurso, pues existen acreedores privilegiados dentro de los cuales no se encuentran mencionados los acreedores alimenticios (Artículos 2980 a 2992 del Código Civil).

Surgen también los problemas respecto de la preferencia, en caso de los adeudos fiscales para liquidarse *con el valor de los bienes que los hayan causado* (Artículo 2980 del Código Civil). También la preferencia se cuestiona en relación a los créditos hipotecarios y pignoraticios que responden con bienes determinados.

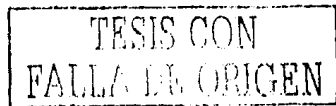
Los acreedores alimenticios no se encuentran comprendidos dentro del artículo 2993 del Código Civil, que habla de algunos acreedores preferentes sobre determinados bienes, y sólo son mencionados dentro de los acreedores de primera clase, al hablar el artículo 2994 del Código Civil de los gastos funerales del deudor o los de su familia (Fracción III); los gastos de la última enfermedad del deudor o sus familiares (Fracción IV); y los créditos por alimentos fiados al deudor para su subsistencia y la de su familia (Fracción V).³¹

Es entonces que existen, al decir del maestro Chávez Asencio tres preferencias, ¿cuál es primera? "En principio se puede señalar que son los alimentos y los trabajadores. Éstos requieren sus créditos para subsistir como una necesidad imperiosa; el fisco no se verá gravemente afectado, pues tiene otros causantes. De los dos mencionados inicialmente, se debe tomar en cuenta de quien es el patrimonio: de los alimentos responde la persona física obligada con su propio patrimonio, que puede estar confundido con el del patrón, en caso de tratarse de un negocio que gira sin personalidad jurídica propia, en cuyo supuesto deben privar los acreedores alimenticios, pues se trata de menores de edad o de personas incapacitadas o especialmente necesitadas, en caso de que el obligado alimentario tenga su patrimonio distinto del patrón, por ser éste persona jurídica, el familiar responderá sólo preferentemente con su propio patrimonio, y el patrón con el suyo a la preferencia de sus trabajadores."³²

Los alimentos no son compensables ni renunciables. No es posible que se deje a persona alguna en la situación de carecer de lo necesario para vivir. De la simple lectura de los artículos 2192, en su fracción III, y del artículo 321 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, se pueden comprender fácilmente éstas dos características, por lo que a continuación los transcribo:

31. Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Pág. 490.

32. Ob. Cit. Pág. 491.



“Artículo 2192.- La compensación no tendrá lugar...

III. Si una de las deudas fuere por alimentos...”³³

“Artículo 321.- El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.”³⁴

La obligación alimentaria no se extingue por su cumplimiento. “Las obligaciones en general se extinguen por su cumplimiento, pero respecto de los alimentos, como se trata de prestaciones de renovación continua en tanto subsiste la necesidad del acreedor y la posibilidad económica del deudor, es evidente que de manera ininterrumpida seguirá dicha obligación durante la vida del alimentista.”³⁵

Es entonces que esta característica califica a la obligación alimentaria como de tracto sucesivo, y no como otro tipo de obligaciones que por su sólo cumplimiento, se libera el deudor. Con el antecedente anterior se puede concluir que dicha obligación alimentaria se dará en todo el tiempo que el acreedor alimentario la necesite, así como también que el deudor esté en posibilidades de prestarla.

La pensión alimentaria es variable y actualizable. “No puede existir cosa juzgada en los juicios sobre alimentos, porque la fijación del monto de los mismos siempre es susceptible a aumento o disminución conforme sea la posibilidad económica del deudor y las necesidades del acreedor, que es la regla reguladora de la proporcionalidad de los alimentos”³⁶

Es por lo que la fijación del monto de los alimentos, es susceptible a aumento o disminución, de acuerdo a la posibilidad económica del deudor, y a las necesidades del acreedor. El artículo 311 del Código Civil en comento prevé que los alimentos *tendrán un incremento automático mínimo equivalente al anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción.*

³³ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico DE - 2002 Pags. 172 x 173

³⁴ Ob. Cit. Pág. 40

³⁵ Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa Mexico 1998. Pág. 181

³⁶ Chavez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa Mexico 2001. Pág. 492

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.3 Efectos del Divorcio

Algunos autores sostienen que se debe distinguir entre los efectos provisionales, que se producen durante la tramitación del juicio, y los efectos definitivos, que se originan en cuanto la sentencia que da fin al litigio es declarada ejecutoriada.

“Las legislaciones coinciden en que en el juicio de divorcio necesario, al presentarse la demanda, y en casos urgentes, antes de su presentación, puede el juez tomar providencias para separar a los cónyuges, depositar a la mujer, si se dice que dio causa al divorcio, confiar la custodia de los hijos a uno de los cónyuges, si se pusieren de acuerdo, o bien, si no lo hubiere, el juez podrá determinar si concede esa custodia durante el procedimiento a uno de los cónyuges o a tercera persona.”³⁷

Como se aprecia en el comentario anterior, ante todo se trata de procurar el bienestar de los hijos, y por otro lado se tiene un alto interés en la seguridad de los consortes, esto último al conferir a los jueces del conocimiento la facultad de decretar la separación de los esposos, lo que refleja la necesidad de evitar un daño mayor entre ellos e incluso, con consecuencias de imposible reparación.

“Por último, el juez debe acordar durante el trámite del juicio una pensión de alimentos suficiente, según las posibilidades de los padres para el sostenimiento de los hijos, y en su caso, para el cónyuge acreedor.”³⁸

Ahora bien, por lo que respecta a los que los autores llaman efectos definitivos del divorcio, éstos son “aquellos que se actualizan al dictarse la sentencia que decreta el divorcio y que, por consiguiente establecen: el nuevo estado de los cónyuges, la situación de los hijos y la repartición de los bienes para el futuro.”³⁹

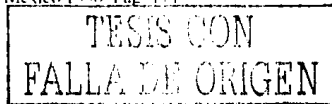
3.3.1 Con relación a los cónyuges

Como se ha hecho mención en temas anteriores, el Código Civil para el

37. Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 513.

38. Ob. Cit. Pág. 514.

39. Baquero Rojas Edgar. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla México 1990. Pág. 171.



Distrito Federal, en la parte primera de su artículo 266 establece que “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.”⁴⁰

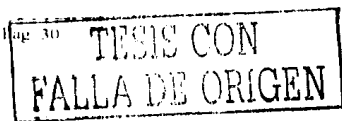
Es importante señalar en el artículo anterior se habla de divorcio, es decir, se refiere a la resolución dictada por un Juez de lo Familiar, por el que se decreta disuelto el vínculo matrimonial, y una vez que dicho vínculo se disuelve, los antiguos esposos recobran la capacidad jurídica de contraer nuevas nupcias, tal y como lo establece el artículo 289 del Código en comento, el cual cita que *en virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio.*

Otro efecto de la disolución del vínculo en relación a los cónyuges, en los casos de divorcio necesario, es el relativo a la facultad que tiene el juez para determinar alimentos en favor del cónyuge que no dio causa al divorcio, además de poder condenar “al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

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

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

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



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

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

En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato."⁴¹

Si se reflexiona en lo expuesto anteriormente, la disolución del vínculo matrimonial trae aparejados diversos derechos y obligaciones; en donde principalmente se devuelve la capacidad a los antiguos consortes para celebrar nuevamente matrimonio, es decir y para fines prácticos, el cónyuge divorciado goza de un estado civil de soltero de nueva cuenta.

Paralelamente a este derecho que la legislación les otorga a los que eran esposos, la misma ley les impone la obligación de proporcionar alimentos, de uno para el otro. Me permito calificar de oportuna esta medida contra el cónyuge que haya dado causa al divorcio, sin perjuicio de que además pueda ser condenado al pago de daños y perjuicios que cause al inocente en concepto de indemnización, tal y como se analizará posteriormente.

3.3.2 Con relación a los hijos

Con relación a los hijos el divorcio tiene dos consecuencias importantes, "una durante la tramitación del juicio, y la segunda después de disolverse el vínculo, para determinar a cargo de quien quedan los hijos. Una vez disuelto el vínculo matrimonial, la regla general que existía en el divorcio necesario de que el cónyuge culpable perdiera la patria potestad fue cambiada, dejando al juez la facultad de decidir sobre tan importante materia."⁴²

⁴¹ Ob. Cit. Pág. 35

⁴² Chavez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Sexta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Págs. 287 y 288

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Lo anterior se fundamenta en el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que “la sentencia de divorcio fijará de manera definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.”⁴³

Cabe señalar que dicho artículo ha evolucionado desde mi punto de vista para bien, preocupándose de la seguridad de los hijos menores, los que quedarán confiados para su guarda y custodia al padre que el Juez de lo Familiar considere más apto e idóneo, de acuerdo a los elementos de prueba que las partes hagan valer durante el litigio, e incluso, el mismo artículo cita que el juez para lograr la protección de los hijos, deberá de tomar las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas al cambio de las circunstancias.

Al respecto el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contempla la posible modificación de las resoluciones de carácter judicial y que se han pronunciado como provisionales, ya sea por medio de sentencia interlocutoria o por sentencia definitiva, sin embargo el segundo párrafo del artículo en cita merece un comentario especial, debido a que el legislador da importancia al cambio de circunstancias que pudiesen ocurrir, toda vez que establece que “las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente”⁴⁴

La legislación sustantiva vigente en el Distrito Federal también contempla la responsabilidad a que quedan sometidos los padres, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos

Considero necesario que definir que se entiende por Patria Potestad

⁴³ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico D.F. 2002. Pág. 35

⁴⁴ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico D.F. 2002. Pág. 19

El maestro Ignacio Galindo Garfias expresa que "es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados... no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad."⁴⁵

También es considerada como una "institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes."⁴⁶

La maestra Sara Montero Duhalt en su obra titulada *Derecho de Familia* (Primera Edición, Editorial Porrúa México 1984, Página 339), define a la Patria Potestad como "la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad."

"La doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza de la patria potestad. Algunos la definen como una institución, otros como una potestad y otros como una función. Lo importante, independientemente, de su naturaleza, es el objetivo de la misma: la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados. Es una institución que tiene su base u origen en la filiación, en la relación padres-hijos, ascendiente-descendiente."⁴⁷

Nuestro Código Civil no proporciona una definición de este concepto, simplemente establece en los artículos 412 y 413 que los hijos menores de edad están sujetos a ella mientras exista algún ascendiente que deba ejercerla, y que su ejercicio recae sobre la persona y los bienes de los hijos.

El maestro Manuel F. Chávez Ascencio menciona que "entre padres e hijos existe una relación jurídica y como parte de ella está lo que conocemos como patria potestad, que se compone con los deberes, obligaciones y derechos a cargo de los progenitores, y de la parte de los hijos está lo que llamo responsabilidad filial. Esta relación jurídica no es contractual, se genera de hechos del hombre que tiene consecuencias jurídicas, como son la concepción y el nacimiento. Es decir, tiene un origen natural y propio de la pareja humana que el Derecho asume y le da una dimensión jurídica. Consecuentemente todos los deberes obligaciones

45 Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso, Parte General. Personas-Familia. Decimo Septima Edición - Editorial Porrúa México 1991. Pag. 656

46 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Décima Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pag. 2351

47 Ob. Cit. Pag. 2352

y derechos son irrenunciables, intransmisibles, imprescriptibles...”⁴⁸

Como consecuencia de la patria potestad, las personas que la ejercen tienen obligación de *educar convenientemente* al menor sujeto a ella y de observar una conducta que le sirva de buen ejemplo. Asimismo tienen la facultad de corregirlos cuando sea necesario (Artículos 422 y 423 del Código Civil vigente en el Distrito Federal).

Aquellos que ejercen la patria potestad son representantes y administradores legales de los que están bajo de ella, y cuando sean dos personas las que la ejerzan, el administrador será nombrado de común acuerdo. La misma ley determina que “el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho...”⁴⁹

Sin embargo, existe la limitación para los que ejercen la patria potestad, toda vez que no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente (Artículo 436 del Código Civil para el Distrito Federal).

El ejercicio de la patria potestad puede terminarse, perderse, suspenderse o excusarse. Se termina en cualquiera de los siguientes casos:

- I.** Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.** Con la emancipación, derivada del matrimonio;
- III.** Por la mayor edad del hijo;
- IV.** Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.”⁵⁰

Principalmente la patria potestad se pierde por resolución judicial, porque así lo determine el juez, en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto

⁴⁸ Chávez Asencio Manuel F. *Convencios Conyugales y Familiares*. Cuarta Edición - Editorial Porrúa México 1999. Pág. 105

⁴⁹ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista México D.F. 2002. Pág. 51

⁵⁰ Ob. Cit. Pág. 52

por el artículo 283 del Código Civil citado; en el caso de violencia familiar en contra del menor; el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria; por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos; por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses; o bien por cometer contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave. Es así como lo previene el Artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los casos en que la patria potestad se suspende son:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor; y

IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.”⁵¹

Por último diremos que la patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse cuando tengan sesenta años cumplidos, o cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño, es así como lo estatuye el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal.

3.3.3 Con relación a los bienes

Como lo hemos expuesto con antelación, el rompimiento de la relación matrimonial trae aparejado una serie de efectos y situaciones especiales entre los mismos cónyuges, los hijos procreados y también los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio, sin embargo es menester aclarar que las consecuencias que se derivan de la disolución del vínculo matrimonial, con respecto de los bienes de los esposos, sólo los afectan si al momento de celebrar el matrimonio instituyeron como régimen de bienes a la Sociedad Conyugal.

A éste respecto, el maestro Rafael Rojina Villegas comenta que existen

consecuencias del divorcio de carácter patrimonial, las que subdivide en tres aspectos: "I. En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal. II. Respecto a la devolución de las donaciones, y III. Relativamente a la indemnización de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable cause al inocente, por virtud del divorcio."⁵²

La sociedad conyugal "constituye una persona moral distinta de las personalidades individuales de los cónyuges. Tiene por lo tanto un patrimonio autónomo, integrado por un activo, o sea por el conjunto de bienes que los consortes aporten, y estos bienes pueden comprender tanto los anteriores al matrimonio, como los que se adquieran durante este. Puede la sociedad conyugal referirse sólo a determinados bienes, por ejemplo, los que se adquieran a partir de la celebración del matrimonio, pactándose la separación en cuanto a los bienes anteriores, concretándose sólo a los bienes inmuebles de los consortes, para establecer la separación respecto de los bienes muebles. Como es una persona moral la sociedad conyugal, además de tener un activo, tendrá un pasivo. Es decir, se tendrá que precisar si estarán a cargo de la sociedad las deudas personales de los consortes, anteriores al matrimonio, y las deudas que contraigan durante el matrimonio. Esto integrará a través del activo y pasivo, el patrimonio que se define como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero, y que constituyen una universalidad jurídica. Es decir, una entidad que va a tener vida independiente; que para los efectos jurídicos ese activo y pasivo que integra el patrimonio, tendrá un tratamiento distinto del activo y pasivo personal de cada cónyuge. Por lo mismo, la sociedad conyugal debe tener una representación jurídica."⁵³

Es entonces que debe advertirse que toda liquidación supone que primero se paguen la deudas sociales, así como llegar a la determinación de saber si existen utilidades o pérdidas. También es importante aclarar que no siempre el divorcio da pauta a la liquidación de la sociedad conyugal, sino que aún sin disolver el vínculo matrimonial se puede terminar ésta, tal y como lo establece el artículo 187 del Código Civil para el Distrito Federal que estipula que la sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio, si así lo convienen los cónyuges; y a *contrario sensu*, pudiera disolverse el vínculo matrimonial, sin liquidar la Sociedad Conyugal existente.

El artículo 286 del Código Civil en comento establece que el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte, e incluso por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente

⁵² Rojas Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición - Editorial Porrúa Mexico 1998. Pág. 557

⁵³ Ob. Cit. Pág. 555

conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

“Se llaman donaciones prenupciales las que haga un tercero o uno de los futuros esposos al otro en consideración al matrimonio, y donaciones entre consortes las que lleve a cabo durante la vida matrimonial un cónyuge en favor de otro. Nuestro artículo 286 hace perder al cónyuge culpable no sólo las donaciones que le hubiese hecho el inocente, sino también las que recibiere de un tercero.

Se llaman antenupciales las donaciones que, antes de celebrarse el matrimonio realiza un esposo a otro, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado (Artículo 219). Son también donaciones antenupciales las que un tercero hace a alguno de los esposos o a ambos, en consideración a las futuras nupcias. Las donaciones antenupciales entre esposos aunque fueren varias, no podrán exceder reunidas de la sexta parte de los bienes del donante. En el exceso, la donación será inoficiosa. (Artículo 221). Las donaciones antenupciales quedarán sin efecto si el matrimonio dejare de efectuarse (Artículo 230).

En el divorcio, como ya la donación antenupcial que hizo un tercero o uno de los cónyuges quedó consumada, y por una causa posterior al matrimonio se disuelve el vínculo, ya no se devolverá la donación que hizo el tercero, sino que se aplicará al cónyuge inocente. Es decir, éste no sólo tiene derecho a recuperar lo que había dado en donación prenupcial, sino también a conservar lo que diere un tercero, aun en el caso de que éste hubiese hecho la donación en consideración al cónyuge culpable. Por ejemplo, es frecuente que las amistades, como ocurre en todos los matrimonios, hagan donaciones en consideración a un cónyuge y si después resulte culpable en el divorcio, las perderá en beneficio del inocente, como también las donaciones prenupciales que haga uno de los futuros esposos al otro. En este aspecto nuestro Código se distingue de la mayoría de los códigos civiles, por cuanto se extiende la sanción, incluso, a las donaciones prenupciales.”⁵⁴

El maestro Rojina Villegas se refiere al Código Civil vigente en el Distrito Federal. El artículo 228 del mismo Código establece la que “las donaciones antenupciales hechas entre los futuros cónyuges serán revocadas cuando, durante el matrimonio, el donatario realiza conductas de adulterio, violencia familiar, abandono de las obligaciones alimentarias u otras que sean graves a juicio del Juez de lo Familiar, cometidas en perjuicio del donante o sus hijos.”⁵⁵

⁵⁴ Ob. Cit. Págs. 561 y 562.

⁵⁵ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico DF, 2002. Pág. 27.

El artículo 288 del Código en cita, en su antepenúltimo párrafo establece como sanción en los casos de divorcio necesario, la posibilidad que tiene el Juez de lo Familiar para sentenciar al cónyuge culpable al pago de daños y perjuicios:

“Artículo 288. El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.”⁵⁶

Por lo anterior me permito decir que el cónyuge culpable deberá indemnizar al inocente de los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado por causa del divorcio, en virtud de que en nuestro Derecho se comprenden los daños y perjuicios de orden patrimonial, ya que se considera que en el divorcio necesario el cónyuge culpable comete un hecho ilícito, y como tal debe reparar el daño patrimonial. Resulta por lo tanto que en los casos de divorcio, el cónyuge culpable tendrá que indemnizar los daños patrimoniales, y responderá de ellos como autor de un hecho ilícito. Como se puede observar el legislador emplea la expresión *cónyuge culpable* para sancionarlo con el pago de todos los daños y perjuicios. Es importante comentar que son excluidos de ésta sanción todos aquellos cónyuges enfermos que dan causa al divorcio, tal y como lo establece el penúltimo párrafo del mencionado artículo 288 del Código Civil en comento.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 288, se puede decir que toda causa de divorcio que involucre culpabilidad del cónyuge, se convierte en hecho ilícito. El maestro Rafael Rojina Villegas menciona que “no tenemos que aplicar estrictamente la teoría del hecho ilícito que existe en general para considerar que es fuente de obligaciones, y que obliga al que se conduzca con dolo o culpa, a indemnizar el daño causado. Bastará que exista cualquier causa de divorcio que implique delito, hecho inmoral, acto contrario al estado matrimonial, vicios o incumplimiento de obligaciones matrimoniales, para que, aunque no encaje estrictamente en el concepto de hechos ilícitos, ejecutados con dolo o con culpa, se tenga que responder de los daños que causó el divorcio, haya o no intención de causarlos; exista o no culpa en su causación. En materia de hechos ilícitos, fuera del divorcio, siempre habrá que acreditar I. Que se ejecutó un hecho que causó daño a otro. II. Que ese hecho se ejecutó con la intención de causar el daño, es decir, con dolo, o sin esa intención, pero con imprudencia, falta de previsión, de cuidado o de reflexión, y III. Que existe una relación de causalidad entre el daño y el hecho doloso o culposo.”⁵⁷

⁵⁶ Ob. Cit. Pág. 36

⁵⁷ Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano T. Segundo, Derecho de Familia. Novena Edición. Editorial Porrúa México 1998. Pág. 569

Es por lo que si existiesen razones que motivaran la disolución del vínculo matrimonial de las cuales sea responsable alguno de los esposos, y por las que el otro tenga la posibilidad jurídica de demandar de su cónyuge el divorcio, en atención a esas causas que suponen hecho ilícito y que causaron daños, ni siquiera podrá el cónyuge culpable sostener que, si bien hubo conducta ilícita en la causa de divorcio, no hubo el propósito de que por esa causa se originaren daños al cónyuge inocente. Es así entonces que la propia legislación expresamente equipara al cónyuge culpable del divorcio con el autor del hecho ilícito.

Por último, es conveniente citar lo que establece el artículo 289 Bis del Código en consulta, que establece la posibilidad que tienen los cónyuges al demandar del otro el divorcio, también de demandar indemnización, en los casos en que hayan celebrado matrimonio bajo el régimen de separación de bienes:

“Artículo 289 Bis.- En la demanda de divorcio los cónyuges podrán demandar del otro, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, siempre que:

I. Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes;

II. El demandante se haya dedicado en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; y

III. Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte.

El Juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio, habrá de resolver atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.”⁵⁸

Así una vez más, se pueden apreciar las facultades que la legislación le otorga al juez para poder discernir y emitir sentencia, de acuerdo a las características de cada situación familiar en particular. Recordemos que con el divorcio cesan las obligaciones conyugales, pero es importante no olvidar que por lo que respecta a obligación alimentaria de los padres para con los hijos, la misma no se modifica por el cambio de estado civil de los progenitores, ya que éstos estarán obligados, en la medida de sus posibilidades, a proporcionar alimentos a sus hijos. De ésta manera una sentencia de divorcio no puede liberar al padre o a la madre de ésta obligación, aunque se tratara del conyuge que no haya dado causa al divorcio.

⁵⁸ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista México D.F. 2002. Pág. 36

**DISOLUCION DEL MATRIMONIO DE ACUERDO A LO
ESTABLECIDO EN LAS FRACCIONES XI, XVII Y XVIII
DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO
FEDERAL**

PARTE PRIMERA

4.1 Definición de Causal de Divorcio

Materia del tema principal y además título del presente trabajo de tesis, es precisamente el haberme permitido dar una opinión, así como también proponer una reforma al Código Civil, respecto de la posibilidad que tiene cualquiera de los cónyuges para invocar ante la autoridad judicial, uno o varios motivos por los que pueda obtener la disolución del vínculo matrimonial celebrado con anterioridad. Considero que antes de proseguir y entrar al análisis de las causas que la ley contempla que deben de existir para la procedencia del divorcio, que como se ha analizado con antelación sería de tipo necesario, es importante poder precisar que se puede entender por causal de divorcio.

El Código Civil para el Distrito Federal particularmente no define el significado de la expresión *causal de divorcio*, sin embargo es conveniente reflexionar en lo redactado por el artículo 266 del Código en comento, mismo que establece que "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro... Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código"¹

Como se expuso en el Capítulo 3 que antecede, existen dos tipos de divorcio de competencia judicial, la parte final del artículo citado anteriormente se refiere al divorcio necesario, ya que del mismo texto se desprende que cualquiera de los cónyuges lo reclama precisamente ante la autoridad judicial, y debe de fundamentarse en una o más causales, es decir, en causas o motivos para que el juez pueda declarar la disolución del matrimonio

El maestro Manuel F. Chávez Asencio comenta que el divorcio necesario

se rige por ciertos principios, entre los cuales se encuentran el de la limitación de causas, es decir, sólo son causas de divorcio necesario las que se enuncian de manera limitativa en el artículo 267 del Código Civil. Este principio se deriva de la disolución del vínculo conyugal, la cual "es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas de divorcio."²

El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española (Vigésima Octava Edición 1999, Editorial Espasa Calpe S.A. Página 169), define la palabra Causal como: "Del latín causalis. Que se refiere a la causa o se relaciona con ella. Razón y motivo de alguna cosa." Asimismo también define la palabra Causa como: "Del latín causa. Lo que se considera como fundamento u origen de algo. Motivo o razón para obrar."

Tomando en consideración lo anterior, me permito concluir que el término causal de divorcio se refiere precisamente a los motivos, las razones, fundamentos, o las circunstancias que se suscitan entre los cónyuges, las que sólo cuando se encuentren previstas en la ley como causas generadoras del divorcio, darían la posibilidad a cualquiera de los esposos de invocarlas, y una vez que sean demostradas, el juez de lo familiar mediante una resolución, declararía disuelto el vínculo matrimonial.

4.2 El tiempo y la Actividad

4.2.1 La Preclusión y la Caducidad

La palabra Preclusión proviene "del latín *praecluido praeclusi, praeclusum*, que quiere decir cerrar, atrancar, obstruir, impedir, caducar, extinguirse.). El profesor Couture afirmó que preclusión es un modernismo jurídico de este siglo, tomado del inglés, *preclusion* y este sustantivo, a su vez, del latín *praecluido-ere* compuesto de *prae* adelante de y *cluido-ere*, cerrar. En francés se dice *forclusion*, equivalente a decaimiento, extinción así *relevé de forclusion*, significa, exento de preclusión."³

Como quedó mencionado en el Capítulo 3 que precede, la pretensión es uno de los elementos necesarios para la existencia del litigio, es decir, de ese

² Chávez Asencio Manuel F. Convencios Conyugales y Familiares Cuarta Edición - Editorial Porrúa México 1999. Pág. 193

³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Décima Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 2479

conflicto de intereses entre dos partes; es entonces que la pretensión es actividad, es conducta, derivada de la existencia de un derecho subjetivo, y de la pretensión se puede llegar a la acción, potestad, facultad, posibilidad o actividad mediante la cual una persona de derecho, provoca actividad jurisdiccional o de juzgamiento.

Ahora bien, para poder llegar a solucionar todo litigio es necesario que exista un mecanismo por medio del cual se dirima la controversia, a la luz de la justicia. El maestro Cipriano Gómez Lara comenta que "las seis razones fundamentadoras de la unidad de lo procesal consisten en: a) el contenido de todo proceso es un litigio; b) la finalidad de todo proceso es la de dirimir o resolver un litigio; c) todo proceso presenta una estructura triangular en cuyo vértice superior está el órgano jurisdiccional y en los inferiores se encuentran las partes en contienda; ch) todo proceso presupone la existencia de una organización judicial con jerarquía y escalonamientos de autoridad; d) todo proceso está dividido en una serie de etapas o secuencias que se desenvuelven a su largo, desde su principio hasta su fin; y e) todo proceso tiene un principio general de impugnación mediante el cual se postula la necesidad de que las resoluciones del tribunal puedan ser reexaminadas o revisadas porque no estén apegadas a derecho, porque sean incorrectas, equivocadas o ilegales."⁴

Es entonces que, en atención a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 14 de nuestra Constitución, (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, editorial Sista, Edición 2002, Página 6) que a la letra dice: "... Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...", se puede observar que se encuentra consagrado el derecho que tiene cualquier persona, de poder demostrar ante los tribunales y con fundamento en las leyes vigentes en ese instante o anteriores al hecho de debate, el derecho que le asiste o tal vez la carencia de derecho que tiene su contraparte. Y precisamente dentro de la regulación del proceso, la propia legislación establece los momentos en que son o no posibles la ejercitación de sus derechos.

El maestro Cipriano Gómez Lara continúa diciendo que "entendemos por preclusión la pérdida de los derechos procesales por no haberlos ejercido en la oportunidad que la ley da para ello. Para que la preclusión se produzca, es menester que se haya consumido íntegramente el plazo dado por la ley para la realización del acto pendiente."⁵

⁴ Gómez Lara Cipriano. Derecho Procesal Civil. Quinta Edición - Editorial Harla México 1991. Pág. 4

⁵ Gómez Lara Cipriano. Teoría General del Proceso. Octava Edición - Editorial Harla México 1990. Pág. 295.

El artículo 1.215 del Código Procesal del Estado de México (Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, Editorial Sista, Edición 2002. Página 45), establece que la preclusión “es la pérdida de la facultad de las partes en juicio para realizar determinados actos procesales, después de que se han ejecutado otros o ha transcurrido cierto plazo legal. Tiene por objeto dar precisión y seguridad al procedimiento y atribuir firmeza a las resoluciones que, sin producir la excepción de cosa juzgada, tienen efectos que han de ser respetados en el procedimiento, cuando dichas resoluciones no ameriten recurso alguno.”

Otra institución interesante, dentro de los aspectos temporales del proceso, es la **caducidad procesal**. En el proceso es importante distinguir la diferencia entre la preclusión y la caducidad.

“La palabra caducidad implica la acción o el efecto de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho. Doctrinalmente se entiende como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho. El legislador subordina la adquisición de un derecho a una manifestación de voluntad en cierto plazo o bien permite una opción. Si esa manifestación no se produce en ese tiempo, se pierde el derecho o la opción.”⁶

Tanto la preclusión, como la caducidad “tienen la misma naturaleza y esencia, la única diferencia entre ellas es de grado, ya que la caducidad podría considerarse una preclusión máxima, es decir, si la preclusión es la pérdida de un derecho procesal, la caducidad es la pérdida de todos los derechos procesales, a causa de la inactividad de las partes, inactividad total y bilateral, y opera una vez que transcurra determinado plazo que la ley señala. Técnicamente se habla de caducidad de la instancia y los plazos para que esta caducidad se dé, varían según la ley y según el asunto de que se trate. La caducidad no produce la pérdida de los derechos de fondo, o sea, que la cuestión planteada puede replantearse en un proceso ulterior y distinto, sin perjuicio del transcurso de los plazos de prescripción. Generalmente, al decretarse la caducidad de un proceso, se tiene a la prescripción como no interrumpida, en otras palabras, como si no se hubiera presentado la demanda que inició el proceso en el cual ha sido declarada la caducidad.”⁷

Ahora bien, el término *caducidad de la instancia*, se refiere a la “extinción anticipada del proceso debido a la inactividad procesal de las dos partes, y en

⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Decima Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 371.

⁷ Gómez Lara Cipriano. Teoría General del Proceso. Octava Edición - Editorial Harla México 1990. Pág. 296.

ocasiones, de una de ellas, durante un periodo amplio, si se encuentra paralizada la tramitación. En la primera instancia quedan sin efecto los actos procesales y en segundo grado, se declaran firmes las resoluciones impugnadas.”⁸

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece en las fracciones II y III del artículo 137 Bis que “operará de pleno derecho la caducidad de la primera instancia cualquiera que sea el estado del juicio desde el emplazamiento hasta antes de que concluya la audiencia de pruebas, alegatos, y sentencia, si transcurridos ciento veinte días contados a partir de la notificación de la última determinación judicial no hubiere promoción de cualquiera de las partes.

Los efectos y formas de su declaración se sujetarán a las siguientes normas:

I. La caducidad de la instancia es de orden público, irrenunciable, y no puede ser materia de convenios entre las partes. El juez la declarará de oficio o a petición de cualquiera de las partes, cuando concurren las circunstancias a que se refiere el presente artículo.

II. La caducidad extingue el proceso, pero no la acción; en consecuencia se puede iniciar un nuevo juicio, sin perjuicio de lo dispuesto en la fracción V de este artículo.

III. La caducidad de la primera instancia convierte en ineficaces las actuaciones del juicio y las cosas deben volver al estado que tenían antes de la presentación de la demanda y se levantarán los embargos preventivos y cautelares...”⁹

Del mismo artículo mencionado se desprende que no tendrá lugar la declaración de caducidad: a) En los juicios universales de concursos y sucesiones, pero sí en los juicios con ellos relacionados que se tramiten independientemente, que de aquéllos surjan o por ellos se motive; b) En las actuaciones de jurisdicción voluntaria; c) En los juicios de alimentos y, d) En los juicios seguidos ante la justicia de paz.

Por lo anterior, la preclusión consiste en la pérdida de los derechos procesales que sufre una de las partes en conflicto, en virtud de no haberlos hecho valer en el momento que la ley le otorgaba para ello, es decir, pierde toda oportunidad de efectuarlos con posterioridad.

⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM Diccionario Jurídico Mexicano Decima Edición- Editorial Porrúa Mexico 1998. Pag. 372

⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico DF 2002 Pag. 31.

De la misma manera y como opinión personal, quiero manifestar que a la caducidad se le puede entender como la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el simple transcurso del tiempo que determine la ley, sin que se pueda evitar. La caducidad se caracteriza, por consiguiente, por la extinción inevitable de la acción, del derecho o de la obligación, por el solo transcurso del tiempo; de tal manera que para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad, no queda otra posibilidad que hacer valer respectivamente el derecho o la acción.

Como conclusión se puede decir que ambas son formas de extinción de derechos "pero se diferencian, fundamentalmente, en que la primera es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio, la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima."¹⁰

Ahora bien, toda vez que el tema principal del presente trabajo de tesis es el de proponer que sea reformado el artículo 278 de la legislación Civil vigente para el Distrito Federal, es importante considerar que el hecho de que opere caducidad, respecto de las causales de divorcio XI, XVII y XVIII del artículo 267 del Código Civil, y que se refieren a la sevicia, amenazas o injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos, así como la conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, e incluso el incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, para evitar o corregir la violencia familiar, puede ocasionar diversos problemas graves, pues los hechos pudieron haber acaecido muchos años antes de que se enterara el cónyuge inocente.

4.2.2 Términos y Plazos

"El tiempo que dura el proceso se mide fundamentalmente por medio de plazos y de términos."¹¹

Procesalmente término "es la fecha en que concluye un determinado plazo, no obstante lo cual, nuestros códigos procesales utilizan por regla general el vocablo término en el sentido de plazo, de acuerdo con la tradición del derecho español."¹²

10. Ibarrola, Antonio de - Derecho de la Familia - Cuarta Edición - Mexico Porrúa 1993 - Pág. 343

11. Gómez Lara Cipriano - Teoría General del Proceso - Octava Edición - Editorial Harla México 1990 - Pág. 294

12. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM - Diccionario Jurídico Mexicano - Décima Edición - Editorial Porrúa México 1998 - Pág. 2428

La palabra plazo proviene “del latín *placitum*, convenido, término o tiempo señalado para una cosa. Una de las modalidades a que puede estar sujeta una obligación es el plazo o término definido como un acontecimiento futuro de realización cierta al que está sujeta la eficacia o extinción de una obligación.

El legislador emplea ambos conceptos como sinónimos, sin embargo la doctrina los distingue. El término es el momento en que ha de cumplirse o extinguirse una obligación y el plazo es el lapso en el cual puede realizarse, en otras palabras, el término es el fin del plazo.”¹³

Es entonces que en cuanto a los conceptos de términos y plazo, existe gran confusión al respecto, no sólo en los códigos sino hasta en la práctica, debido al mal empleo de estos vocablos. Así se habla en muchos casos de términos, cuando en realidad la ley y los autores lo que quieren es referirse a plazos. Briseño Sierra, citando a Guasp menciona que “... término es el momento en que debe realizarse un determinado acto procesal; plazo en el espacio de tiempo en el que debe realizarse... lo importante en el concepto del término, es que haya conexión, que su unidad conceptual produzca instantaneidad jurídica ... el término es algo más que la coincidencia entre el tiempo astronómico y el acto. ... todo plazo tiene, pues, un momento *a quo* y otro *ad quem*, uno que marca el principio y otro que señala la meta”¹⁴

Es decir, de acuerdo a lo expuesto con antelación, al respecto de los conceptos de preclusión, caducidad, y ahora plazo y término, opino que el impulso procesal está dado en una relación de tiempo y no de espacio, pues la relación es de carácter temporal, es una relación de pasado, presente y futuro.

Ahora bien, si el proceso debe llevarse a cabo a lo largo del tiempo, los plazos son pues, los lapsos o periodos de tiempo concedidos para la realización de los actos procesales, durante ellos deben satisfacerse las cargas si no se desea soportar las consecuencias del incumplimiento

“En íntima relación con todo lo relativo a la medición o cómputo de plazos procesales y a la fijación de términos para la realización de actos procesales, está el concepto de los días y de las horas hábiles, reglamentados en los códigos procesales. Así, el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* establece que las actuaciones judiciales se practicarán en días y horas

13 Ob Cit Pág 2426

14 Gómez Lara Cipriano Teoría General del Proceso Octava Edición - Editorial Harla México 1990 Pág 295

hábiles y que son días hábiles todos los del año, menos sábados y domingos y aquellos que las leyes declaren festivos y que, por otra parte, se entienden horas hábiles las que median desde las siete hasta las diecinueve horas. Por su parte el *Código Federal de Procedimientos Civiles* establece que las actuaciones judiciales se practicarán en días y horas hábiles. Son días hábiles todos los del año, menos los domingos y aquellos que la ley declare festivos. Son horas hábiles las comprendidas entre las ocho y las diecinueve.”¹⁵

4.3 Causales de Divorcio establecidas en el Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal

4.3.1 Análisis general de las fracciones del artículo 267

El artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, en su **fracción I** establece:

“Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;”¹⁶

En ésta fracción I del artículo en comento, se requiere que el cónyuge inocente pruebe que el otro ha cometido adulterio. “En lenguaje común se entiende que es la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge”¹⁷

De la propia causa de divorcio se desprende que el adulterio debe probarse debidamente, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que para su demostración, sería casi imposible recurrir a la prueba directa; sin embargo para acreditarla se puede admitir la prueba indirecta, de acuerdo con los siguientes criterios jurisprudenciales:

“DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.

Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que, debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable

¹⁵ Ob. Cit. Pág. 297

¹⁶ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico DF 2002. Pág. 30

¹⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM - Diccionario Jurídico Mexicano - Décima Edición - Editorial Porrúa Mexico 1998. Pág. 2426.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 84/91. Antonieta Agueda Mateos Torres. 3 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Alvarez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo IX-Febrero. Tesis: Página: 179. Tesis Aislada.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE PRUEBAS.

El adulterio que se invoca como causal para demandar el divorcio, es susceptible de probarse por medio del acta de nacimiento de un hijo natural de la cónyuge demandada habido con persona distinta a su esposo legítimo, porque aun cuando se trata de un documento público que no constituye una prueba para demostrar directamente el adulterio, en cambio si hace prueba plena en cuanto al nacimiento del menor y a lo declarado por quienes lo presentaron y reconocieron, y quedando demostrado el hecho relativo al nacimiento del hijo natural, cuando aun subsistía el vínculo matrimonial, queda deducida la existencia del adulterio que es una consecuencia de aquel hecho, y establecida la presunción relativa a la existencia de la causal invocada.

Volumen 63, Pág. 19. Amparo directo 5839/71. Javier Valdez Rosas. 25 de marzo de 1974. 5 votos. Ponente: Ernesto Solís López.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 73 Cuarta Parte. Tesis: Página: 93. Tesis Aislada.¹⁸

La **fracción II** del artículo en comento establece que es causal de divorcio "el hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia."¹⁹

De la simple lectura de la fracción transcrita, se puede deducir que no es motivo para demandar el divorcio el hecho de que a la mujer le nazca un hijo a partir de la vigencia del matrimonio, y que haya sido concebido antes de que se celebrara el matrimonio, sino que dicho hijo sea engendrado por persona distinta

18. IUS 2001. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia y Tesis Aisladas. Junio 1917-Mayo 2001.

19. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista Mexico DF. 2002. Pág. 31.

del esposo, y para la procedencia de dicha causal además se requiere que el esposo hubiere ignorado que su cónyuge estaba encinta.

Me permito criticar la fracción en comento en cuanto a la redacción utilizada por el legislador, porque pudiera interpretarse de otra forma esta causal de divorcio, ya que podría entenderse que esta causal también se presentaría cuando la cónyuge se percatase, durante la vigencia del matrimonio, que su cónyuge procreó descendencia con persona distinta de ella antes de celebrar el matrimonio.

La **fracción III** del artículo 267 del Código Civil en comento, establece que también es causal de divorcio "la propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;"²⁰

Al respecto quiero hacer énfasis en que en nuestro país, actualmente es de todos conocida la tradición que aún sobrevive, y que sostiene que el hombre no se prostituye cuando tiene relaciones carnales con una mujer distinta de su cónyuge, sino que se identifica comúnmente como prostitución al comercio carnal de la mujer, e incluso para algunos sectores de la población sería sumamente grave la prostitución de la mujer, toda vez que puede llevar al matrimonio un hijo engendrado con persona distinta de su esposo.

Es importante mencionar que ni el propio Código Civil, ni la fracción citada prevén el caso de que se considere prostitución al hecho de que por lo menos uno de los esposos, sostenga relaciones con persona de su mismo sexo, aparte de tenerlas con su cónyuge. Tampoco define al adulterio

Sin embargo, para la procedencia de la causal, se requiere que se pruebe la propuesta que realice uno de los esposos para con el otro, con la finalidad de que otra persona distinta de su cónyuge, tenga relaciones íntimas con el o con ella, así como el hecho de que se demuestre que el cónyuge incitador haya recibido algún tipo de remuneración, derivada de permitir el acceso carnal de otra persona, hacia su cónyuge

La **fracción IV** del artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece como causa de divorcio "la incitación o la violencia hecha por

²⁰ Ob. Cit. Pág. 31

un cónyuge al otro para cometer algún delito;"²¹

De la simple lectura de ésta causal se puede deducir que la incitación pudiera significar tanto como provocarlo, sin embargo es menester aclarar que la causal solo se genera si la provocación tiene por objeto que se induzca al cónyuge a cometer algún delito.

El maestro Eduardo Pallares comenta que "es frecuente entre las personas pertenecientes a la clase humilde que la mujer provoque el valor del hombre, apelando a su honor, para que ejecute un acto violento. La conocida frase *no seas cobarde o no te dejes*, ha sido causa de que en México se hayan cometido y se comentan muchos delitos."²²

También puede apreciarse que la causal en comento podría generarse a partir de la violencia, tanto física como moral, ejercida por un cónyuge hacia el otro, para que cometiere delito; sin embargo es posible que se esté frente al supuesto de que el cónyuge provocado o violentado lleve a cabo el delito, y entonces el cónyuge incitador sea copartícipe en la realización de ese delito, resultando que ambos consortes sean causantes del divorcio, uno por haber incitado al otro cónyuge, y éste último por haber realizado el delito, pero siempre y cuando se esté a lo previsto por la fracción XIV del artículo 267 del Código Civil, que analizaremos con posterioridad.

Toca el turno ahora a la **fracción V** del artículo citado, la cual establece que es causa de divorcio "la conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;"²³

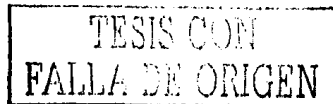
Al respecto opino que puede o no realizarse el resultado de lograr la corrupción del hijo, sin embargo la causal de divorcio estará presente por el sólo hecho de tratar de corromperlo, es decir, se traduce en un hacer, en una conducta o actos encaminados a éste propósito, se llegue a su fin o no, y no debe de pensarse en simples omisiones.

"La corrupción que menciona la norma, puede consistir en la prostitución, en la embriaguez, en el uso de sustancias estupefacientes, en la práctica del robo, e incluso en la mendicidad. El vocablo corrupción tiene un sentido tan

²¹ Ob Cit Pág 31

²² Pallares Eduardo. El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991. Pág. 72

²³ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista México D.F. 2002. Pág. 31



amplio, que dentro de él caben toda clase de miserias morales, aún las más diferentes entre sí.”²⁴

Con relación a la **fracción VI** del artículo materia de éste sencillo análisis, se requiere de la existencia de ciertos supuestos en particular, toda vez que establece que será causa de divorcio el “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;”²⁵

Para la procedencia de ésta causal, es necesario que uno de los cónyuges se encuentre enfermo, pero además que dicha enfermedad forzosamente sea incurable, contagiosa o tal vez hereditaria. Ahora bien, con respecto a la impotencia sexual irreversible que padezca uno de los cónyuges, se debe de entender que dicho supuesto se refiere únicamente a la impotencia para la cópula, para el acto carnal, sin que repunte como tal a la esterilidad, que en el hombre se traduce en la incapacidad para engendrar, y en la mujer incapacidad para concebir, de modo que no por ser estéril, se es impotente, ni se tiene impedimento legal para el matrimonio, ni se incurre en causa de nulidad de éste.

La **fracción VII** prevé como causa para demandar la disolución del vínculo matrimonial el que alguno de los consortes padezca “trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;”²⁶

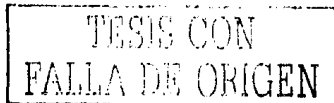
A éste respecto comento que, de una breve lectura de ésta causa de disolución del vínculo matrimonial, aunado a lo que prevé el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 23, con referencia a que la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia, se puede concluir que por motivo de ausencia de salud mental, y previa la declaración de interdicción que realice el Juez a uno de los cónyuges, es suficiente para que proceda el divorcio; sin embargo esta causal de divorcio para algunas personas sería tal vez injusta, pero para otras sería un remedio a una situación que muy probablemente complicaría la vida en común dentro del núcleo familiar.

La **fracción VIII** del artículo 267 del Código en cita establece como causa

24 Pallares Eduardo El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991. Pág. 72

25 Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista México D.F. 2002. Pág. 31

26 Ob. Cit. Pág. 31



de divorcio "la separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;"²⁷

Con referencia a ésta causal de divorcio, la separación "no sólo consiste en el acto de abandonar la mora conyugal, sino también en el rompimiento de las relaciones conyugales. Estos significados tienen importancia porque, según ellos, la separación no es el mero acto de separarse, sino una situación de *tracto sucesivo*, que puede prolongarse por años enteros, lo que trasciende al ejercicio de la acción de divorcio que subsiste mientras dura dicha situación. Si se considera como un mero acto y no como una situación, la acción caducaría a los seis meses del día en que se efectuó la separación."²⁸

Esta interpretación que aporta el maestro Eduardo Pallares es interesante, sin embargo habría que preguntarse que será lo que el legislador quiso decir con las palabras "causa justificada", y al respecto manifiesto que es un término poco preciso, ya que para algunas personas algún hecho podría ser grave y para otras no, o tal vez para algunos cierta situación es inmoral y para otros no. Vale la pena meditar en el hecho, motivo de disolución del vínculo matrimonial, consistente en que uno de los consortes se encuentre fuera de la proximidad del otro y de sus hijos. Independientemente de que el cónyuge que se separó cumpla o no con sus obligaciones, en especial con la alimentaria, si ésta se llegara a presentar, incurriría en el supuesto de la fracción XII del artículo 267 en cita, y que brevemente analizaremos con posterioridad.

La siguiente causal de divorcio y que corresponde a la **fracción IX**, es muy similar en lo sustancial a la inmediata anterior comentada, debido a que establece como motivo para la disolución del vínculo matrimonial "la separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos,"²⁹

Al respecto de lo previsto en esta causal es criticable la falta de precisión en la que incurrió el legislador, ya que claramente mencionaría una "separación de los cónyuges", y no una separación de la casa o del domicilio conyugal, aunque no es difícil percatarse de la esencia de lo que se quiso decir con ésta causal. Ahora bien, del mismo texto se desprende que la acción corresponderá a cualquiera de los cónyuges, tanto al abandonado como al que se separó. Es necesario señalar que el artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal, aporta un concepto de domicilio conyugal al citar que "es el lugar establecido

27. Ob. Cit. Pág. 31

28. Pallares Eduardo. El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991. Pág. 76

29. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista México DF. 2002. Pág. 31

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutaban de autoridad propia y consideraciones iguales”, y por lo tanto en consecuencia, para poder demandar el divorcio por ésta causal o por la anterior, es indispensable además que exista primeramente un domicilio conyugal.

La **fracción X** siguiente, establece como causa generadora de divorcio “la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia.”³⁰

“1. La declaración de ausencia es una de las modalidades del estado civil de las personas que, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge ausente cumpla las obligaciones que derivan del matrimonio. Por ésta razón, con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro cónyuge la acción de divorcio.

2. Dicha declaración está regida por los artículos 669 y 678 del Código Civil, y únicamente procede cuando han pasado dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante interino del ausente.

En cuanto a la presunción de muerte, está regida por el artículo 705 del Código Civil, que previene: *cuando hayan transcurrido seis años de la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.*”³¹

Considero importante reflexionar al respecto de la presunción de muerte de una persona, la que es declarada por un juez, pues surgiría la interrogante: ¿Puede un cónyuge divorciarse de su consorte fallecido?, lo cual suena absurdo, ya que con antelación ha quedado mas que claro que la muerte de uno de los esposos disuelve el vínculo matrimonial. Aún así el legislador ha ido más lejos, al ser omiso con relación a la posibilidad de que el cónyuge declarado ausente o presuntamente muerto, reaparezca nuevamente ante su núcleo familiar

Con relación a la **fracción XI** del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, así como las **XVII** y **XVIII** es imprescindible aclarar que en éste momento no realizaré ningún comentario, en virtud de que las citadas fracciones son el tema central del presente trabajo de tesis, por lo que les he

³⁰ Ob. Cit. Pág. 31

³¹ Pallares Eduardo. El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991. Pág. 81

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dedicado un apartado especial para analizarlas con detalle. De antemano agradezco la comprensión del lector.

El artículo 267 innumerablemente mencionado, en su **fracción XII** establece que también es causa de divorcio “la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;”³²

A este respecto, el artículo 164 mencionado prevé que “los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.”³³

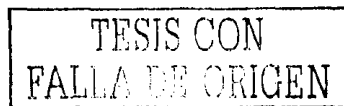
Y el artículo 168 del mismo Código expresa que “los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.”³⁴

Es entonces que la esencia de ésta fracción es la de otorgarle al cónyuge que sufre el descuido de las obligaciones alimentarias (y me permito decir que generalmente es la mujer), tiene acción para demandar de su consorte el divorcio. De acuerdo a las características de los alimentos que se analizaron en el Capítulo 3 anterior, es por lo que concluyo que es sumamente acertada esta causal, toda vez que el cónyuge culpable atenta dolosamente contra los derechos de su pareja, independientemente de los de sus hijos, y además como también lo señalamos en el Capítulo que precede, podrá ser sancionado con la pérdida de la Patria Potestad

32. Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico D.F. 2002. Pág. 31

33. Ob. Cit. Pág. 21

34. Ob. Cit. Pág. 21



La **fracción XIII** establece que es causa de divorcio "La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión."³⁵

La calumnia es la "acusación falsa, hecha maliciosamente para causar daño. Imputación falsa de un delito de los que dan lugar a un procedimiento de oficio. La calumnia significa penalísticamente imputar o acusar falsamente a otro de la comisión de un delito.

La calumnia, desde épocas pasadas siempre se ha equiparado con la mentira, siendo ésta la esencia propia de este delito."³⁶

De la simple lectura de esta causa generadora de divorcio, se desprende que la materia familiar se vuelve a relacionar con la materia penal, toda vez para la procedencia de ésta causal se necesita que cualquiera de los esposos acuse calumniosamente al otro, es decir, que mienta y le impute a su cónyuge un delito que sea castigado con pena privativa de libertad por más de dos años, cuando la verdad de las cosas sea que nunca cometió tal delito el cónyuge acusado, pero lo que considero importante, es que sea debidamente probado esto último para que pueda el inocente invocar ésta causal.

La **fracción XIV** del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal menciona que es causa de divorcio "haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada."³⁷

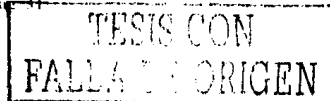
Lo establecido por esta causal relaciona nuevamente el Derecho Familiar con el Derecho Penal, ya que como se observa, sólo es necesario que uno de los cónyuges tenga conocimiento de que su consorte ha sido sujeto a un proceso penal, debido a que cometió un delito doloso, y que además sea condenado por sentencia que haya sido declarada ejecutoriada

La prueba idónea para demostrar esta causal será entonces la copia certificada de la sentencia dictada por el juez penal ante quien se consignó el cónyuge que delinquiró, ya que la causal no condiciona al cónyuge actor a tener que probar algún otro hecho

35 Pallares Eduardo El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991 Pág. 89

36 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM Diccionario Jurídico Mexicano Decima Edición - Editorial Porrúa México 1998 Pág. 382

37 Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista México D.F. 2002 Pá. 31



La fracción XV siguiente prevé como causa del divorcio "El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia." ³⁸

El maestro Eduardo Pallares realiza un análisis sencillo pero sustancial al respecto de ésta causal, al decir lo siguiente:

"1. El juego que menciona esta norma ha de ser de los llamados juegos de azar, porque son los que, por las pérdidas económicas que producen, causan la ruina de la familia. Tal era por lo menos la interpretación que durante muchos años se dio a ese vocablo, pero cabe observar que también los deportes, cuando dan nacimiento a un verdadero vicio, pueden ser causa tanto de los disgustos conyugales como de la ruina de la familia.

2. El vicio de la embriaguez degenera de tal modo al que lo tiene, que por sí solo convierte a su víctima en un ser inepto para cumplir sus obligaciones familiares. Además, el ejemplo que da el dipsómano a sus hijos, es funesto, porque con frecuencia se entregan también a dicho vicio. Agréguese a lo anterior la herencia patológica que reciben los hijos engendrados por los ebrios consuetudinarios, y se comprenderá la sabiduría de la norma que se analiza." ³⁹

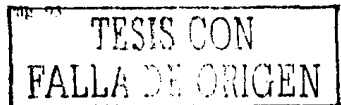
Considero interesante y acertada la reflexión anterior, sin embargo me permito criticar al legislador en lo que hace a la limitación formulada, respecto del hábito de juego y la embriaguez, y que consiste en que dicho uso únicamente será causa de divorcio cuando amenace producir la ruina de la familia u origine frecuentes disgustos conyugales.

En mi opinión es conveniente reconsiderar que el drogadicto no puede cumplir ni como esposo ni como padre, ya que constantemente su estado físico será por mucho inferior al de una persona que no se encuentre bajo el influjo de alguna droga. Lo mismo sucede con el alcohólico, toda vez que su habitual estado le impedirá estar al cuidado, tanto de la educación como de la corrección de sus hijos y de su cónyuge, sea el hombre o la mujer, lo que podría culminar por sí solo en la ruina y desintegración de la familia

La fracción XVI de nueva cuenta relaciona el ámbito familiar con el penal al establecer que es causa de divorcio el "cometer un cónyuge contra la persona o

³⁸ Ob. Cit. Pág. 31.

³⁹ Pallares Eduardo. El divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991



bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;”⁴⁰

A éste respecto me permito criticar una vez más al legislador, ya que esta causa de divorcio es muy similar a la que establece la fracción XIV del Código Civil para el Distrito Federal, con la diferencia de que el delito cometido por el cónyuge culpable, debe ser en agravio de su consorte o de los hijos, y no de un tercero. Por razón de economía el legislador ni siquiera debería de emplear el término ‘contra la persona o bienes del otro’, ya que penalmente se entiende que la conducta delictuosa se da contra el cónyuge inocente, ya sea en su patrimonio, en su integridad personal, en contra de libertad y normal desarrollo psicosexual, etcétera. Independientemente de qué persona sea la víctima del delito cometido, lo común en las fracciones XIV y XVI es que el delito haya sido comprobado, se hubiere cometido dolosamente y el cónyuge responsable del delito haya sido condenado en sentencia dictada por el juez penal.

La prueba idónea para demostrar esta causal es también entonces la copia certificada de la sentencia dictada por el juez de la causa que conoció de la comisión del delito.

Ahora bien, aclaro que por lo que respecta a las fracciones XVII y XVIII, y que constituyen el tema central del presente trabajo de tesis, serán analizadas con posterioridad, dentro de un apartado especial

La **fracción XIX** del Código Civil para el Distrito Federal previene que es causa de divorcio “el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;”⁴¹

En términos generales, esta causa de divorcio es muy similar a la que previene la fracción XV referida anteriormente, con la diferencia de que se requiere que el cónyuge culpable deba de consumir sustancias que le produzcan efectos psicotrópicos. En mi opinión, lo censurable vuelve a ser la condición impuesta para la procedencia de la causal, la cual debería suprimirse, y que consiste en que dicha conducta debe amenazar con causar la ruina de la familia, ya que cuando alguno de los cónyuges es adicto a las drogas, no solo causarían la ruina de la familia, sino además su propia desintegración

40. Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico DF, 2002, Pág. 31

41. Ob. Cit. Pág. 31.

Con relación a la siguiente causa de divorcio que previene la **fracción XX** del artículo 267 del Código en comento, considero que va acorde la visión del legislador al avance de la tecnología y de los descubrimientos científicos, ya que es motivo suficiente para demandar el divorcio "el empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge;"⁴²

Existen distintos posibilidades o formas de fecundación artificial, entre ellas el maestro Manuel F. Chávez Asencio señala las siguientes:

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

b) En relación al estado familiar de la mujer, podrá ser en matrimonio o fuera de matrimonio. La primera, a su vez, puede dividirse según se efectúe con elementos del matrimonio, es decir, con el óvulo de la esposa y espermatozoides del marido (inseminación homóloga), o con elementos extraños al matrimonio, bien sea con elemento masculino extraño, con elemento femenino extraño, o con ambos elementos extraños pero implantados en la esposa (diversos supuestos de inseminación heteróloga).

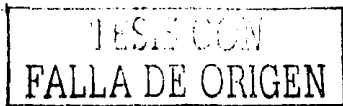
En relación a la mujer no casada, podemos distinguir según se trate de mujer soltera o concubina. También debe señalarse a la mujer que se preste para procrear un hijo que no tenga ningún elemento de ella, es decir, una mujer que facilite su útero en favor de un tercero, hombre o mujer.

c) Después de muerto un cónyuge pueden presentarse las siguientes situaciones: Inseminación homóloga practicada en la esposa con semen del marido, después de fallecido éste. Fecundación *in vitro* del óvulo de la esposa, adecuadamente conservado, después de su fallecimiento, con semen del marido.

Es conveniente precisar que la clasificación se hace con base en las posibilidades técnicas y biológicas, pero no para que necesariamente se incorporen en la legislación. No todo lo que se hace es moral y legal. Deben distinguirse y sólo replantar como lícito lo que no contraria las buenas costumbres, que significan la moral de un pueblo."⁴³

⁴² Ob. Cit. Pág. 32

⁴³ Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Cuarta Edición - Editorial Porrúa México 2001. Págs. 23 y 24.



Actualmente sólo la esposa puede encontrarse bajo el supuesto previsto en esta causal, en virtud de que es la persona que biológicamente cuenta con las posibilidades de engendrar una vida. Con lo mencionado anteriormente, desde mi punto de vista considero oportuna y acertada la causa de divorcio, ya que si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra la garantía de igualdad entre el varón y la mujer, así como que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número de sus hijos, en este caso la familia, que como se ha mencionado es resultado del matrimonio, el esposo también debe de contar con la posibilidad de decidir sobre el número de hijos, y en su caso, estar de común acuerdo con su consorte para elegir, si su situación lo amerita, algún método de reproducción asistida.

A mayor abundamiento, el segundo párrafo del artículo 162 del Código Civil aludido anteriormente, previene que los cónyuges tienen derecho a emplear cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, y que este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

La última causa de divorcio es la que establece la **fracción XXI** del Código Civil en estudio, la cual previene que es causa de divorcio el "impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código."⁴⁴

Ahora bien, los artículos 168 y 169 del Código Civil referido anteriormente, establecen respectivamente lo siguiente:

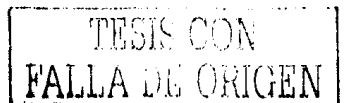
"Artículo 168. Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

Artículo 169. Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior."⁴⁵

La presente causa de divorcio es también de novísima creación, de manera que son pocas las interpretaciones y opiniones que actualmente se registran. Para poder vislumbrar parte de la intención del legislador, me permito transcribir la siguiente tesis de jurisprudencia de fecha reciente.

⁴⁴ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista Mexico DF, 2002, Pág. 32

⁴⁵ Ob. Cit. Pág. 21



“Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, Abril de 2002

Tesis: I.3o.C.305 C

Página: 1250

DIVORCIO. CAUSA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN XXI, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. PARA DECRETARLO NO BASTA QUE SE ACREDITE LA OPOSICIÓN DE ALGUNO DE LOS CÓNYUGES A DESEMPEÑAR UNA ACTIVIDAD, SINO QUE DEBE EXAMINARSE QUE ÉSTA SEA LÍCITA Y QUE NO PERJUDICA LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONSORTES. De la interpretación de los artículos 168, 169 y 267, fracción XXI, del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que el legislador consideró como causa notoria de insubsistencia del matrimonio que uno de los cónyuges impida al otro desempeñar una actividad lícita y que no perjudique los derechos y obligaciones del que por igual gozan en cuanto a la autoridad y manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. De ahí que en la medida que se manifieste y pruebe un impedimento a desempeñar cualquier actividad y en cualquier circunstancia, esto bastará para tener por actualizada la causa de divorcio, mientras que cuando la oposición se encuentre dirigida a determinada actividad o a que ésta se desarrolle de cierta forma o circunstancias, como podrían ser de tiempo, modo o lugar, es necesario realizar un examen de la idoneidad y demostración de la oposición circunstancial, por tanto, en este último caso no basta para decretar el divorcio que se encuentre acreditada la oposición del demandado a que la actora desempeñe una actividad, sino que debe examinar si se encuentran o no reunidos y probados los otros dos elementos para tener por actualizada la causa de divorcio, como es que la actividad sea lícita y que no perjudica el ejercicio y obligaciones que por igual gozan los consortes en cuanto a la autoridad y manejo del hogar, así como a la educación, formación y administración de los bienes de los hijos.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 6703/2001. Pablo Joaquín Espinoza González. 18 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Francisco Peñaloza Heras (IUS 2002, Suprema Corte de Justicia de la Nación Jurisprudencia y Tesis Aisladas Junio 1917-Abril de 2002).”

En virtud del análisis armónico de los artículos transcritos, interpretados en la tesis de jurisprudencia transcrita, opino al respecto que es una causal no

FALLA DE ORIGEN

grave, pero me permito reiterar que el Código Civil vigente en el Distrito Federal, es específico en la mayoría de las causas que originarían la disolución del vínculo matrimonial, sin embargo, se debe de tomar en cuenta el último párrafo del artículo 267 mencionado, el cual otorga la característica de autonomía a cada causal, por lo que con la presencia de una sola de las causas mencionadas, basta para poder demandar el divorcio, independientemente de que se pudieran generar sincrónicamente dos o mas causales. Queda de manifiesto que las causas son numerosas, motivo por lo que mencioné anteriormente que diversos autores le han dado la calificativa de casuístico.

El maestro Edgar Baqueiro Rojas, quien refiere que "la acción de divorcio es una acción personalísima que sólo puede ser intentada por el interesado, aunque ello no impide que se nombre representante para comparecer en el juicio."⁴⁶

4.3.2 Análisis de la fracción XI del artículo 267

La fracción XI del artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal establece como causal de divorcio:

"XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;"⁴⁷

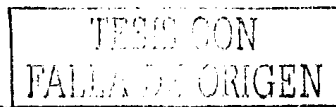
Considero importante aportar una definición de estas tres figuras jurídicas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a la sevicia como una palabra que "deriva del latín *saevitia*, forma sustantiva abstracta de *saevus*, cruel, duro, violento, los actos vejatorios realizados con crueldad. La intención de ofender esencial a la noción de injuria, es substituida por el propósito de hacer sufrir. La idea de crueldad aparece como inherente y característica del concepto de sevicia. Todo acto de sevicia incluye malos tratamientos, que sean crueles o despiadados, y es menester un estado de inferioridad física o jerárquica en la víctima para configurar la sevicia. Los hechos que pueden clasificarse como sevicia son muy diversos: todo atentado violento a la integridad física del cónyuge, a su lealtad y a su salud constituyen sevicia."⁴⁸

46. Baqueiro Rojas Edgar. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla México 1990. Pág. 169.

47. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista México DE 2002. Pág. 31.

48. IJCS 2001. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia y Tesis Atsladas. Junio 1917-Mayo 2001.



Al respecto opino que la sevicia se constituye no sólo con el ánimo de ofender, sino además de lastimar a la persona, por el trato desconsiderado y cruel que atenta contra la integridad física y/o moral del cónyuge o de los hijos.

La palabra amenaza proviene "Del latín *minaciense*, amenazas, dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer un mal a otro."⁴⁹

Considero que por amenaza también puede entenderse como la intimidación de realizar un daño futuro, el cual solo dependería de la voluntad del que amenaza, y esta conducta se realiza con la finalidad de producir temor hacia la persona que se dirige.

Con relación a las injurias, éstas se refieren a la existencia "de todo hecho contrario al derecho o la justicia (*quod iure et justitia caret*). En forma particular, y especialmente referida al derecho penal, injuria es todo acto realizado con el fin de ofender el honor, la reputación o el decoro de una persona."⁵⁰

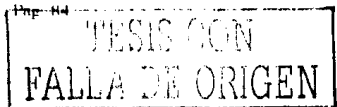
Las injurias pueden consistir "tanto en palabras como en hechos, en concepto del autor en omisiones, aunque sea discutible esta última afirmación. Cuando la injuria se hace verbalmente, hay que tener en cuenta para determinar su gravedad e incluso su existencia, la clase social de las personas de que se trate, sus costumbres y el lenguaje habitual que usen, ya que este último cambia mucho de acuerdo con la educación y el medio en que se vive. Determinadas palabras en personas de refinada educación pueden constituir una injuria, pero no tiene tal naturaleza en los medios sociales inferiores, donde con demasiada frecuencia en lenguaje se caracteriza por su procaacidad."⁵¹

Me permito decir si se llegara a presentar cualquiera de estas tres causas de divorcio, se podría estar frente a la posibilidad de invocarlas para obtenerlo. Sin embargo no cualquier amenaza, injuria o sevicia es motivo de divorcio, sino que es necesario que reúnan particularmente el requisito de importancia o gravedad que la ley exige. Por lo tanto, deben expresarse en la demanda los hechos acontecidos, es decir debe detallar el actor los hechos constitutivos de las injurias, de los malos tratos y de las amenazas, así como también debe de señalar las circunstancias de modo tiempo y lugar, para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad, y pueda determinar si se ha acreditado o no la causal

49. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Decima Edición - Editorial Porrúa México 1998. Pág. 149.

50. Ob. Cit. Pág. 1726.

51. Pallares Eduardo. El Divorcio en México - Editorial Porrúa México 1991. Pág. 84.



4.3.3 Análisis de la fracción XVII del artículo 267

La fracción XVII del artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal establece como causal de divorcio:

“XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código.”⁵²

Ahora bien, de acuerdo a lo que establece la fracción anterior, considero relevante comentar que precisamente el Capítulo III del Título Sexto del Código Civil para el Distrito Federal, lleva como título *De la Violencia Familiar*.

Con respecto a ella dispone en tres de sus artículos lo siguiente:

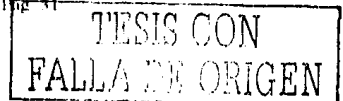
“Artículo 323 Quater. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.

Artículo 323 Quintus. También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

Artículo 323 Sextus. Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan.”⁵³

⁵² Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista México D.F. 2002, Pág. 51
⁵³ Ob. Cit. Pág. 41



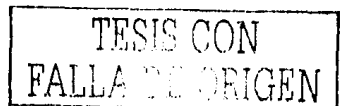
En virtud del interés social de proteger a los hijos, recientemente se han creado organismos de orientación y vigilancia en apoyo a los menores, tal es el caso de la centro de apoyo a las personas que sufren violencia familiar, llamada también violencia intrafamiliar. Sin embargo considero importante manifestar que con relación a la facultad de otorgar la guarda y custodia de los menores, ésta exclusivamente corresponde al Juez de lo Familiar, y no a los organismos legales citados anteriormente, basta reflexionar lo sustentado en la siguiente tesis de jurisprudencia:

“CUSTODIA PROVISIONAL DE UN MENOR. LA FACULTAD PARA DECRETARLA CORRESPONDE A UN JUEZ FAMILIAR Y NO A LA PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL MENOR, LA MUJER Y LA FAMILIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA).

En aquellos hechos de violencia intrafamiliar en donde los menores resultan víctimas de maltratos, física y psicológicamente, por alguno de sus progenitores que ejerzan la patria potestad, los abuelos maternos o paternos están en aptitud de promover diligencias de jurisdicción voluntaria ante un Juez Familiar, quien tiene la facultad de decretar el depósito y la custodia provisional del menor sin mayores formalidades, pues el artículo 930 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, dispone: “Podrá decretarse el resguardo de un menor o incapacitado, que se hallen sujetos a patria potestad o tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores o reciban de éstos ejemplos perniciosos a juicio del Juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes, y de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren”. Por tanto, en los casos en donde la Procuraduría de la Defensa del Menor, la Mujer y la Familia, acuerda la custodia provisional de un menor, su determinación carece de sustento legal, porque ni los artículos 1º, 2º, 3º, 12º, y demás relativos de la Convención sobre los Derechos del Niño, y menos conforme al numeral 46, fracción II, de la Ley del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado, el cual prevé “Los objetivos inmediatos de la procuraduría serán ... II Intervenir como conciliador y a petición de parte en los asuntos que se le planteen para lograr la integración familiar”, de donde dicha institución sólo tiene la facultad de “conciliar”, lo cual se traduce en proponer alternativas a las partes en conflicto y exhortarlas para que lleguen a alguna solución en los asuntos de esa naturaleza, pero no de resolver acerca de la custodia de un menor, pues de hacerlo así, con ello invade la esfera de competencia de la autoridad jurisdiccional

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO

XIII 2o 4 C



Amparo en revisión 224/2000.-Nice-te-ha Soto Martínez.-24 de agosto de 2000.- Unanimidad de votos.-Ponente: Roberto Gómez Argüello.-Secretario: Hernán Walther Carrera Mendoza.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo XII, Diciembre del 2000. Tesis: XIII.2o.4 C Página: 1380. Tesis Aislada.”⁵⁴

En resumen, la violencia familiar consiste en el uso de la fuerza física o moral, ejercida contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, o muy cercana a ella y que en estricto sentido carezca del lazo familiar. La legislación de Oaxaca considera violencia intrafamiliar el hecho de que los menores fueren maltratados por sus padres o tutores, o reciban de éstos ejemplos perniciosos a juicio del Juez, o tal vez que sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes.

De acuerdo con lo anterior, me permito calificar de impreciso dicho concepto, en virtud de que diversas conductas que realice alguno de los cónyuges en contra del otro o de los hijos, pueden ser invocadas como injurias, sevicia, amenazas, propuesta de prostitución, incitación o violencia para que se cometa algún delito, conductas de corrupción de los hijos, acusaciones calumniosas o tal vez comisión de delitos contra la persona o bienes del cónyuge o de los hijos. Es por lo que en lo personal, opino que la violencia familiar es una causal de divorcio que en el supuesto de que se presente, traería posiblemente aparejada otra u otras causales.

4.3.4 Análisis de la fracción XVIII del artículo 267

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal establece como causal de divorcio

“XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.”⁵⁵

El Código Penal vigente en el Distrito Federal previene que “el Ministerio

⁵⁴ IUS 2001, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia y Tesis Aisladas. Junio 1917-Mayo 2001.

⁵⁵ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista México DF. 2002. Pág. 31.

Público percibirá al inculpado para que se abstenga de cualquier conducta que pudiera resultar ofensiva para la víctima y solicitará a la autoridad administrativa o judicial según el caso, la aplicación de las medidas o sanciones necesarias para salvaguardar la integridad, física o psíquica de la misma, que no podrá exceder de veinticuatro horas, en los términos de la legislación respectiva, y el juez resolverá sin dilación.” (Artículo 202 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista México D.F. Enero 2003. Página 157).

Con relación al apercibimiento, se puede entender por éste como “la advertencia o conminación que la autoridad hace a determinada persona, de las consecuencias desfavorables que podrá acarrearle la realización de ciertos actos u omisiones.”⁵⁶

Ahora bien, el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal establece que “los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzguen eficaz:

- I. La multa hasta por las cantidades a que se refiere el artículo 61, la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia;
- II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario;
- III. El cateo por orden escrita;
- IV. El arresto hasta por treinta y seis horas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte a la autoridad competente.”⁵⁷

La legislación procesal establece los medios por los que el juez puede hacer cumplir sus determinaciones, sin embargo me permito criticar esta causal toda vez que pareciese que se encuentra en contradicción con lo previsto por el artículo 73 citado. En virtud de que ésta causa de divorcio es de reciente creación, me permito decir que lo importante es que el cónyuge que la invoque, acredite que su consorte ha incumplido sin justificación, con las determinaciones

⁵⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Decima Edición. Editorial Porrúa México 1998. Pág. 180.

⁵⁷ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista México D.F. 2002. Pág. 17.

de las autoridades administrativas o judiciales, ordenadas para corregir los actos de violencia familiar. En consecuencia, previamente debe de existir un procedimiento que haya ordenado tales medidas de protección y corrección, con motivo de actos de violencia familiar que se hayan generado, y que las autoridades competentes hayan decretado ciertas providencias con la intención de evitar que se sigan cometiendo dichos actos en agravio de la víctima.

4.4 Violencia Familiar como causal de Divorcio y como conducta delictuosa

En los dos subtemas anteriores hice referencia del concepto violencia familiar. Esta figura es muy similar a la que contempla el Código Penal vigente en el Distrito Federal, en el Capítulo Único de su Título Octavo, denominado *Delitos contra la Integridad Familiar* y que a continuación transcribo:

"Artículo 200.- Se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio y en su caso, a juicio del juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él, al cónyuge, concubina o concubinario, o el que tenga relación de pareja, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, al pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, al tutor, al curador, al adoptante o adoptado, que:

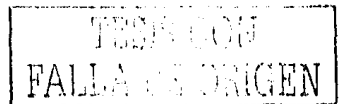
I. Haga uso de medios físicos o psicoemocionales contra la integridad de un miembro de la familia, independientemente de que se produzcan lesiones; o

II. Omita evitar el uso de los medios a que se refiere la fracción anterior.

Asimismo, al agente se le sujetará a tratamiento psicológico especializado, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de maltrato.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz.



Artículo 201.- Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con las mismas penas y medidas de seguridad, al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado." (Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista México D.F. Enero 2003. Página 157).

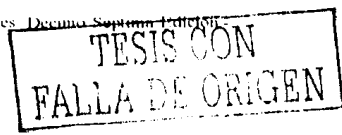
De acuerdo a lo anterior, existen grandes similitudes entre lo que previenen los Códigos Civil y Penal, ambos del Distrito Federal, por lo que se puede concluir que la violencia familiar tiene injerencia dentro de los ámbitos: el primero como causal para demandar el divorcio, y el segundo como delito.

Ahora bien, debido a ésta autonomía que existe, me permito decir que al presentarse estos actos de violencia dentro de la familia, el cónyuge que la sufre obtiene de la legislación, tanto la posibilidad de demandar la disolución del vínculo matrimonial como de querellarse ante el Agente del Ministerio Público.

Al respecto de lo que significa la querrela, el maestro Guillermo Colín Sánchez manifiesta que *"es el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del procurador de justicia o del agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los previstos en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente.*

En todo delito, en el que se requiera la anuencia del ofendido, para su investigación, no sólo el agraviado, sino también su legítimo representante, lo harán del conocimiento del agente del Ministerio Público, para que éste se avoque a la investigación; por ende, esta autoridad está impedida para proceder sin que medie la manifestación de voluntad del que tiene ese derecho." ⁵⁸

Es entonces la querrela, desde mi punto de vista, un derecho potestativo de la persona ofendida por el delito, que da su anuencia a la autoridad, para investigar y perseguir el delito, así como a su autor, por lo que en consecuencia, a falta de ésta manifestación le será imposible a la Representación Social, el inicio de la labor investigadora exclusiva del Ministerio Público



Considero importante aclarar la situación que prevalece cuando la víctima sea una persona menor de edad, o tal vez se trate de un incapaz; es decir, si es "mayor de dieciséis años, podrá querrellarse por sí mismo, o por quien esté legitimado para ello. Tratándose de menores de esta edad o de otros incapaces, la querrela se presentará por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela."⁵⁹

PARTE SEGUNDA

4.1 Propuesta de reforma

La finalidad del presente trabajo de tesis, es precisamente el permitirme dar una opinión y a la vez ofrecer una propuesta de reforma, para el artículo 278 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, en lo relativo al plazo para que opere la caducidad en las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 del mismo Código mencionado, ya que dicho plazo es de dos años; en consecuencia, planteo que las fracciones mencionadas no sean sujetas a plazo para que opere caducidad, es decir, propongo que dicho artículo quede redactado de la siguiente manera:

"Artículo 278.- El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 de este Código, en las cuales no operará caducidad, así como, con las demás salvedades que se desprenden de ese artículo."

Cabe aclarar que mi intención con el presente trabajo, en ningún momento es que los hechos que comprenden las fracciones mencionadas, sean excluidos de la excepción de cosa juzgada, pues si así fuera, se generarían innumerables conflictos procesales. A manera de ejemplo cito que en el supuesto de que el cónyuge inocente otorgara el perdón a su contraparte, o se desistiera de la acción, dicho cónyuge expresamente se colocaría en una equiparación a la renuncia definitiva de la posibilidad que le da el derecho, para demandar el divorcio de su consorte, pero exclusivamente por los mismos hechos en los que fundó su demanda, tal y como opera el perdón o el desistimiento de la acción actualmente en el Derecho Civil Mexicano.

4.2 Opinión personal

Nuestra legislación otorga al juzgador diversas facultades para conocer la verdad de los puntos controvertidos, es decir, puede el juez valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral, excepciones que no se presentan en la especie.

La apreciación de las pruebas en la sentencia responde al correcto uso de las facultades del juzgador y, por ende, no constituye violación de los preceptos que se citan del Código Procesal.

De la prueba confesional, los testimonios rendidos, documentos y presunciones humanas, conducen en mi opinión, a la conclusión que la autoridad emite, ante la que se acreditaron los hechos en los que el cónyuge motivó su acción. Es así que una sentencia se integra por los Resultandos, Considerandos y Puntos resolutivos, que son respectivamente:

“... la narración de las partes del proceso que se sucedieron en el asunto...

...el estudio del negocio a cargo del juzgador basándose en la demanda, contestación, pruebas, apoyándose en un análisis lógico-jurídico con apoyo en las leyes vigentes y las jurisprudencias aplicables...” (Cervantes Martínez, Lic. Jaime Daniel.- Sentencia Civil y Mercantil. D. R. 2000. Tecnología en sistemas y recursos ejecutivos S. A. de C.V.)

“Los puntos resolutivos de toda sentencia, es la parte final de la misma, o sea, en donde se precisa de forma muy concreta, si el sentido de la resolución es favorable al actor o al reo; si existe condena y de cuanto monto es ésta, se precisan los plazos para que se cumpla con la sentencia y, en resumen, se resuelve el asunto”⁶⁰

Ahora bien, en particular considero que la imposibilidad que tiene el cónyuge para aportar datos o pruebas que puedan determinar la fecha, a partir de la cual tuvo conocimiento de los hechos, para que el juez conozca el momento en

el que comienza a correr la caducidad, no debe de calificar como improcedente la acción que se ejercita, pues el acreditamiento de tal extremo en mi opinión no es un requisito de procedibilidad o presupuesto de su acción, ni mucho menos, un elemento de ésta.

Es entonces que en lo particular considero que si el actor no precisa la fecha en que fue cometido el hecho o hechos base de su acción, o cuándo tuvo conocimiento de tal hecho y ello impide realizar el cómputo del plazo para que opere la caducidad, no por esa razón debería de desecharse la demandada por ser improcedente la acción ejercitada, ni mucho menos cuando expresamente el actor declara que han pasado más de dos años de que se suscitaron los hechos, en virtud de que la litis no se ha integrado y no han sido conocidos dichos hechos por el juzgador, así como también el demandado no los ha negado ni confesado, y aún menos, se han ofrecido y desahogado las pruebas para acreditarlos.

Es por todo lo anterior que me he permitido dar una opinión acerca de la posibilidad de no limitar al plazo de dos años la acción que tuvieran los cónyuges, para demandar de su consorte el divorcio, cuando su acción la fundamentan en las hipótesis que disponen las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267, del Código Civil vigente en el Distrito Federal, sino que en el futuro pueda ser considerada la presente propuesta, para efectos de que se reforme el artículo 278 del mismo Código mencionado, en razón de que todos los hechos en los que el actor fundamenta su acción son sometidos a prueba, y valorados en su momento procesal oportuno por el juez del conocimiento, quien dentro de sus facultades pronunciará una resolución con la que se dirima la controversia, en otras palabras, precisamente por ser de orden público el matrimonio y por estar la sociedad interesada en su mantenimiento, sólo por excepción de la ley se permite la disolución de tan importante figura, y en consecuencia, en el caso del divorcio necesario es ineludible que la causal o causales invocadas, se demuestren plenamente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.3 Conclusiones

Primera.- La legitimación procesal es exclusiva de los cónyuges. La acción de divorcio es personalísima, sólo puede ser iniciada y continuada hasta la obtención de la sentencia por los propios interesados, o sus procuradores, no siendo siempre necesaria para algunas diligencias de su comparecencia personal.

Segunda.- La causal de divorcio que motive el divorcio, debe necesariamente ajustarse a alguna de las hipótesis previstas por el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, sin perjuicio de que pueden presentarse simultáneamente más de una de ellas.

Tercera.- Por lo que respecta al tiempo hábil, la disolución del vínculo matrimonial por vía necesaria sólo puede ser demandada por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya tenido conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, si y sólo si se motiva ésta en las causales previstas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, con excepción de las previstas en las fracciones XI, XVII y XVIII, analizadas en el presente tema.

Cuarta.- Si transcurren los seis meses mencionados anteriormente sin promover la demanda de divorcio, se presume perdón por parte del cónyuge ofendido, y caduca su derecho con respecto al hecho en que consistió la causal que pudo invocar. Sin embargo, podrá demandar el divorcio por nuevos hechos que constituyan causa suficiente de divorcio, aunque sean hechos similares, mas nunca por los mismos en virtud de haber sido perdonados.

Quinta.- La acción de divorcio no es transmisible en vida ni por causa de muerte, pues esta última pone fin a la controversia de divorcio, y los herederos del cónyuge fallecido tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si nunca se hubiera generado dicho litigio.

Sexta.- Los efectos de la sentencia de divorcio que cause ejecutoria son de tres categorías: en cuanto a los propios cónyuges, en cuanto a sus bienes, y en cuanto a los hijos. Entre los "excónyuges" se generan una serie de derechos y obligaciones. El efecto principal y directo es que devuelve la capacidad a los antiguos consortes, para que celebren nuevas nupcias.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Séptima.- Paralelamente a éste "derecho" de contraer nuevo matrimonio que la legislación les otorga a los que eran esposos, la misma ley les impone la obligación de proporcionar alimentos, es decir, esta no se modifica por el cambio de estado civil de los progenitores.

Octava.- Todos los hechos que motiven la demanda de divorcio son sujetos a prueba y valorados por el juzgador, de manera que el hecho de que las causales XI, XVII y XVIII, del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, se omita condicionar a un determinado tiempo su procedencia, es en mi opinión, con la finalidad de evitar mayores daños entre los cónyuges y sus hijos, toda vez que el simple transcurso del tiempo no borra las conductas antijurídicas previstas por nuestras leyes, cometidas entre miembros de la familia, así como tampoco se borran sus secuelas.

Novena.- El presente tema de tesis me permitió delimitarlo exclusivamente a los hechos en los que se cometan injurias, amenazas, sevicia y violencia familiar, así como también el injustificado incumplimiento por alguno de los cónyuges, de los actos y determinaciones de autoridades tendientes a evitar ésta última. Sin embargo quiero hacer hincapié al respecto que, cuando el cónyuge inocente otorgue el perdón a su consorte, trae como consecuencia que nunca podrán volverse a invocar los mismos hechos como causa de divorcio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFIA

1. Baqueiro Rojas Edgar. *Derecho de Familia y Sucesiones*. Editorial Harla México 1990.
2. Bonnecase Julián. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Segunda Edición.- Editorial Harla México 1993.
3. Chávez Asencio Manuel F y Ledesma. José de Jesús. *Convenios Conyugales y Familiares*. Tercera Edición actualizada. Editorial Porrúa 1997.
4. Chávez Asencio Manuel F. *La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. Editorial Porrúa México 2001.
5. Chávez Asencio Manuel F. *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*. Editorial Porrúa México 2001.
6. Colín Sánchez. Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa México 1998.
7. Gómez Lara Cipriano. *Derecho Procesal Civil*. Quinta Edición - Editorial Harla México 1991
8. Gómez Lara Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Octava Edición - Editorial Harla México 1990.
9. Galindo Garfías Ignacio. *Derecho Civil, Primer Curso. Parte General. Personas-Familia*. Décimo Séptima Edición - Editorial Porrúa México 1998.
10. Ibarrola. Antonio de. *Derecho de la Familia*. Cuarta Edición - México Porrúa 1993.
11. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Décima Edición - Editorial Porrúa México 1998.
12. Margadant Guillermo F. *Derecho Privado Romano*. Editorial Esfinge México 1995.
13. Morineau Idearte Marta *Derecho Romano* Editorial Harla México. 1993.
14. Pallares Eduardo. *El Divorcio en México* Editorial Porrúa Hermanos y Cia. México 1991.
15. Rojina Villegas Rafael *Derecho Civil Mexicano Tomo Segundo, Derecho de Familia*. Novena Edición - Editorial Porrúa México 1998.

Leyes y documentos de consulta

1. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Sista México D.F. 2002.
2. IUS 2001, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia y Tesis Aisladas. Junio 1917-Mayo 2001.
3. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista México D.F. 2002.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN