



**UNIVERSIDAD LASALLISTA  
BENAVENTE**



FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la  
Universidad Nacional Autónoma de México  
CLAVE: 879309

***“EL DEPOSITO DE LA MUJER EN EL DIVORCIO,  
COMO VIOLACIÓN A LA GARANTÍA  
DE IGUALDAD”***

**TESIS**

Que para obtener el título de:  
**LICENCIADA EN DERECHO**

Presenta:

*Patricia Lorena Ramírez Rodríguez*

Asesor:

*Lic. Juan José Muñoz Ledo Rábago*

*Celaya, Gto.*

*Marzo de 2005*



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

*A Dios y a todas las personas que hasta hoy, han estado apoyándome para que concluya mi carrera profesional.*

*Gracias.*

## INTRODUCCIÓN

IV

## CAPÍTULO I EL MATRIMONIO

1.1. Concepto	1
1.2. Naturaleza jurídica del matrimonio	2
1.3. Elementos esenciales y de validez del matrimonio	5
1.3.1. Elementos de existencia	7
1.3.2. Elementos de validez	9
1.4. Efectos del matrimonio	11
1.4.1. Efectos entre consortes	12
1.4.2. Efectos en relación a los hijos	14
1.4.3. Efectos en relación a los bienes de los cónyuges	15
1.5. Concubinato	17
1.5.1 Naturaleza jurídica del concubinato	18
1.5.2. Características del concubinato	20
1.5.3. Prueba del concubinato	22

## CAPÍTULO II EL PARENTESCO

2.1. Parentesco en general	24
2.2. Parentesco de consanguinidad	25
2.3. Parentesco por afinidad	28
2.4. Parentesco por adopción	29
2.5. Consecuencias jurídicas del parentesco	32

## CAPÍTULO III EL DIVORCIO

3.1. Concepto	38
3.2. Clases de divorcio	40
3.2.1. Divorcio voluntario administrativo	40
3.2.2. Divorcio voluntario por vía judicial	42
3.2.3. Separación de lecho y habitación	45
3.2.4. Divorcio necesario	47
3.2.4.1. El divorcio como excepción	47
3.2.4.2. Limitación de las causas	48
3.2.4.3. Conducta ilícita	49
3.2.4.4. Privacía del proceso	50

3.2.4.5. Partes	50
3.2.4.6 Acción	52
3.2.4.7. Las causales deben probarse plenamente	52
3.2.4.8. Pruebas	53
3.2.4.9. Caducidad de la acción	54
3.2.4.10. Juez competente	54
3.2.4.11. Sentencia	54
3.2.4.12. Sanciones	55
3.2.4.13. Terminación del juicio	55
3.3. Causales de divorcio	55

## **CAPÍTULO IV**

### **MEDIDAS PROVISIONALES EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO**

4.1. Generalidades	73
4.2. Medida provisional en relación a los alimentos	74
4.3. Medida provisional en relación a los bienes de los consortes	78
4.4. Medida provisional en relación a la mujer que quede encinta	79
4.5. Medida provisional en relación a los hijos	80
4.5.1. Interés superior de los menores	82
4.5.2. Convención Internacional sobre los derechos del niño (1989)	83
4.5.3. Ley para la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes	84
4.6. Medidas provisionales en relación a los cónyuges	86
4.6.1. Procedimiento en el Distrito Federal para la separación de los cónyuges	86
4.6.2. Medidas provisionales en el Estado de Guanajuato con relación a los cónyuges	89

## **CAPÍTULO V**

### **LA GARANTÍA DE IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER Y EL DEPÓSITO DE ÉSTA EN EL DIVORCIO**

5.1. Concepto de igualdad	92
5.2. Antecedentes históricos de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer	92
5.3. Antecedentes constitucionales de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer	95
5.4. Naturaleza teórica del artículo 4 Constitucional	97
5.5. Igualdad del varón y la mujer ante la ley	99
5.6. Análisis pormenorizado de la medida provisional de depósito de la mujer en el divorcio y la garantía de igualdad	102
5.6.1. ¿Qué se considera como domicilio de familia honorable?	105
5.6.2. ¿Puede considerarse como domicilio de familia honorable el domici-	

cilio del hogar conyugal	107
5.6.3. ¿Puede ordenarse el depósito de la mujer o de los hijos en el domicilio conyugal	107
5.6.4. En este último caso ¿Puede ordenarse al cónyuge varón que desaloje el domicilio conyugal y se abstenga de entrar en él?	108
5.6.5. ¿Qué puede hacer el Juez en caso de que no exista una institución de beneficencia o domicilio de familia honorable que no quiera acoger a la mujer o a los hijos del matrimonio depositados?	109
5.6.6. En caso de que la mujer se vea en la necesidad de dejar el hogar conyugal por su depósito ¿los menores bajo cuyo cuidado queden, deben seguir la suerte de su madre, es decir, deben desalojar su hogar?	111

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

El estudio de toda disciplina normativa, implica el estudio del hombre. La insuficiencia o el error en el análisis de la persona tendrán que reflejarse en el contenido de las normas que pretenden regir su conducta. Asignar deberes al hombre sin tomar en cuenta sus características y tendencias, es tarea vana. Por ello, en este trabajo abordaremos, por un lado, el estudio de la norma jurídica que contiene el depósito de la mujer en el divorcio y, por otro lado, lo conveniente de su depósito fuera del hogar conyugal, vinculando ambos temas, a la garantía de igualdad que tanto para el hombre, como para la mujer, contempla el artículo 4 de nuestra Carta Magna y a las condiciones físicas, psicológicas y económicas de éstos.

Al prever el artículo 408 del código de procedimientos civiles del Estado, la medida de depósito para la mujer en una institución de beneficencia pública o en un domicilio de familia honorable, surgió la inquietud de saber, en primer lugar, si como domicilio de familia honorable, podría considerarse el propio hogar conyugal, para que ahí fuera depositada la mujer, en el entendido de que si se concluyera que sí se le puede depositar en el hogar conyugal entonces, en segundo lugar, cabría preguntarnos si puede ser posible obligar al varón (como se obliga a la mujer de no considerar el hogar conyugal como domicilio de familia honorable) a desalojar el hogar conyugal. Temas, ambos que necesariamente tienen que vincularse a la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer, para determinar si los términos en que se contempla la medida de depósito, es o no violatoria de dicha garantía.

A efecto de lo anterior, en este estudio comentaremos la institución del

matrimonio, en el que, por ser de orden público, la sociedad en general tiene interés en su mantenimiento y que en el caso importa por ser la institución que da origen al vínculo conyugal de los consortes y al parentesco, cuyo estudio detallado también se abordará. Con posterioridad se estudiará el entorno del divorcio, que en esencia, es la institución que permite el depósito de la mujer en una institución de beneficencia o en domicilio de familia honorable, como medida provisional. Media provisional, que se estudiará junto con las demás medidas provisionales que, en el divorcio, prevén los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, ambos del Estado, tal es el caso del depósito de los menores hijos habidos en matrimonio, la administración de los bienes comunes de los cónyuges, entre otras y, por último, estudiaremos la garantía de igualdad con relación a la medida de depósito de la mujer, para determinar, finalmente, si los términos en los que se concede, son o no violatorios de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer.

## 1. CONCEPTO.

El matrimonio, dentro del marco social, es considerado como la base de la familia y, ésta última, como la clave para la perpetuidad de la especie y la célula de la organización social. Es una de las instituciones fundamentales de la religión y de la vida en todos sus aspectos.

En el campo del derecho, concretamente dentro del Derecho Civil, también es considerado como una de las figuras jurídicas más importantes, dado que de él se desprenden vínculos jurídicos como el parentesco, o derechos y obligaciones, entre los que destacan, entre otros, los alimentos, el socorro mutuo entre los cónyuges, la administración y disposición de bienes comunes, tratándose de sociedad conyugal, etc.

El matrimonio es la forma regular de la constitución de la familia. Puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista civil. La Iglesia Católica considera al matrimonio como un sacramento. En el aspecto civil el matrimonio puede definirse como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes. La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer.

El maestro Rafael Rojina Villegas, al hacer un estudio sobre la evolución y concepto de matrimonio, concluye que el matrimonio moderno es **“una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen**

## **para construir un estado permanente de vida y perpetuar la especie”**

No obstante que varios estudiosos del derecho se han pronunciado sobre el concepto de matrimonio, nuestro Código Civil es omiso en definir esta figura jurídica, a pesar de encontrarse normada en él. Omisión que también es de observarse en el Código Civil Federal, en donde hasta la actualidad se contempla la figura de “Los esponsales” que se constriñe a un acuerdo de voluntades, hecho por escrito, por dos personas de diferente sexo, para realizar un matrimonio en el futuro, figura esta última que está totalmente en desuso. Los vocablos esposo y esposa con que se designa a los que han contraído matrimonio se derivan de la citada figura de “los esponsales”, cuyo antecedente romano, es el *sponsio*, que era una institución jurídico-religiosa a través de la cual se le daba valor jurídico a la palabra.

Finalmente, se estima pertinente citar que la Ley sobre Relaciones Familiares, que rigió hasta el 15 de julio de 1967 en que entró en vigor nuestro Código Civil, prescribía que “El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida” Definición esta última que, como se verá más adelante, contribuye a determinar, como muchos autores lo hacen, la naturaleza jurídica del matrimonio.

### **1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO**

En torno a la naturaleza jurídica del matrimonio existen diferentes posiciones doctrinales, a saber:

**a) Como institución.-** Es el conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. En el caso concreto,

las reglas de derecho unidas por un fin común: la perpetuidad de la especie y la ayuda mutua. Reglas a las que se someten los esposos cuando externalizan su voluntad en el acto de celebración del matrimonio. Esta tesis es sostenida por Hauriou y Bonecasse.

**b) Como acto jurídico condición.-** León Duguit, citado por Rafael de Pina, encuadra al matrimonio dentro de la esfera de los actos que él definía como actos jurídicos condición, afirmando que estos contratos son los que tienen 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. 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 situaciones jurídicas permanentes. Más claro: el estado de las personas casadas es determinado y regulado por la ley, pero no nace sino después del matrimonio.

**c) Como acto jurídico mixto.** Partiendo de que existen actos jurídicos privados, en los que intervienen sólo los particulares; públicos, en los que intervienen únicamente los órganos estatales y mixtos, en los que intervienen ambos, se ha sostenido que el matrimonio es un acto mixto en razón de que en él intervienen no solo los cónyuges, sino también el Estado, por conducto del Oficial del Registro Civil, quien desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues el matrimonio legítimo no existiría si se omitiese en el acta

respectiva la declaración del Oficial de declarar a los consortes unidos en matrimonio.

**d) Como contrato ordinario.-** El matrimonio desde el punto de vista doctrinario, se ha considerado como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de ese acto jurídico. Se le considera como un contrato solemne, en virtud del cual un varón y una mujer se unen válidamente para el mutuo auxilio, para la procreación y la educación de la prole, de acuerdo con las leyes.

**e) Como contrato de adhesión.-** Se ha sostenido también que el matrimonio es un contrato de adhesión porque los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Derechos y obligaciones que impone de antemano el Estado por razones de interés público.

**f) Como estado jurídico.-** El matrimonio constituye fehacientemente un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación de la normatividad respectiva a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial.

**g) Como acto de poder estatal.** Esta tesis es sostenida por Antonio Cicu y sostiene que la constitución del matrimonio se realiza por el acto de

pronunciamiento que realiza el Estado por conducto del Oficial del Registro Civil. Aduce que la intervención de este funcionario es activa y no meramente certificativa, puesto que el Oficial está facultado para examinar si existe o no obstáculo para la celebración del matrimonio y, por ende, carece de valor legal jurídico cualquier otra declaración o contrato realizado entre los esposos.

Ante estas posturas, solo resta decir que el Código Civil para el Estado de Guanajuato, al igual que el Código Civil Federal, tienen regulada la institución jurídica del matrimonio, en cuanto a la forma y solemnidades que deben observarse para su celebración, así como los derechos y obligaciones a los que deben constreñirse los consortes, circunstancias todas que de una u otra forma, con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya al matrimonio, ponen en evidencia una sola cosa: que esta institución es un acto fundamental para el derecho, dado que su fin es producir un efecto jurídico en el ámbito del derecho privado, esto es, una modificación en las relaciones jurídicas entre los particulares.

### **1.3 ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO**

Para establecer los elementos esenciales y de validez del matrimonio, recurriremos a la teoría del acto jurídico, independientemente de la naturaleza jurídica del matrimonio, dado que no existe impedimento para tomar en consideración las disposiciones que prevé el Código Civil para el Estado, en cuanto a los contratos, toda vez que al ser un acto jurídico el matrimonio, pueden serle aplicables "Las disposiciones legales sobre contratos... en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos"

según reza el artículo 1357 del Código Civil del Estado.

Partiendo de esta premisa, se han definido como elementos esenciales o de existencia, aquellos que se requieren como indispensables para que se produzcan los efectos jurídicos del acto, es decir aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir. Los elementos de validez, en cambio, son aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley.

Ahora bien, de acuerdo a los artículos 1715 y 1281, del Código Civil del Estado, los elementos de existencia de un acto jurídico son:

- a) La manifestación de la voluntad
- b) La existencia de un objeto física y jurídicamente posible.

Por lo que hace a los elementos de validez, de acuerdo a los artículos 1282, 1286, 1300 a 1321 del citado Código Sustantivo, son los siguientes:

- a) La capacidad
- b) Ausencia de vicios en la voluntad
- c) Licitud en el objeto, fin o condición del acto y
- d) La forma, cuando la ley la requiera.

Una vez establecido lo anterior se debe precisar que si el matrimonio es un acto jurídico también tiene elementos de existencia y validez, a saber:

### 1.3.1 Elementos de existencia:

**1)** Uno de los requisitos de existencia del matrimonio, evidentemente que es la **manifestación de voluntad de los consortes**, que se concreta a que éstos expresen de manera contundente ante el Oficial del Registro Civil en el sentido de estar de acuerdo en unirse en matrimonio. Esa voluntad queda plasmada en la solicitud inicial que los pretendientes deben presentar ante el citado Oficial del domicilio de cualquiera de ellos, quien hará que los pretendientes reconozcan ante él sus firmas (artículos 101-III y 103 del Código Civil). Asimismo, por disposición del artículo 106-VI, esa manifestación de voluntad debe constar en el acta de matrimonio que levante el Oficial del Registro Civil.

**2)** En cuanto al objeto del matrimonio, según se deduce de los artículos 144 y 159 a 175 del Código Civil para Guanajuato, es crear, entre un hombre y una mujer, derechos y obligaciones, que se concretan a hacer vida en común, a ayudarse y socorrerse mutuamente, a perpetuar la especie y a guardarse fidelidad recíproca. De esos derechos y obligaciones principales se desprenden específicamente la obligación que tiene el hombre de dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, con la salvedad de que si la mujer tuviere bienes propios o desempeñare algún trabajo o ejerce alguna profesión, oficio o comercio, ésta también deberá contribuir a los gastos de familia, siempre y cuando la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos. De igual manera, la mujer tiene derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos para la alimentación de ella y de los hijos habidos en el matrimonio. Ese mismo derecho lo tiene el hombre en los casos en que la mujer tenga obligación de contribuir en todo o en

parte para los gastos de la familia y del hogar. Ambos cónyuges además, tienen en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto deben arreglar todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan, amén de que la mujer tiene a su cargo la dirección y cuidado de los trabajos del hogar.

**3)** En el matrimonio existe además un tercer elemento esencial: **la solemnidad**, que está prevista por el artículo 105 del Código Civil del Estado, que prescribe que “En el lugar día y hora designados para la celebración del matrimonio, deberán estar presentes, ante el Oficial del Registro Civil, los pretendientes, o su apoderado especial... y dos testigos por cada uno de ellos que acrediten su identidad.- Acto continuo, el Oficial del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad”

Cabe decir, finalmente, por lo que ve a los requisitos esenciales del matrimonio, que la falta o ausencia de alguno de estos elementos, acarrea desde luego la inexistencia o nulidad absoluta del matrimonio.

### **1.3.2 Elementos de validez:**

**1)** El primer elemento de validez es la **capacidad de los pretendientes**, para contraer matrimonio. Dentro de esa capacidad, encontramos la de goce y la de ejercicio. Por lo que hace a la de goce, entendida como la facultad que tienen las personas para ser titulares de derechos y obligaciones, se necesita que los contrayentes hayan llegado a la edad núbil y, en esa tesitura, los artículos 102-I y 145 del Código Civil del Estado, señalan que para contraer nupcias, el hombre necesita haber cumplido 16 años y la mujer 14. Por lo que toca a la capacidad de ejercicio (facultad de las personas de ejercer los derechos y obligaciones de los que son titulares) según se desprende del artículo 146, los futuros cónyuges necesitan haber cumplido 18 años para contraer matrimonio por sí mismos, dado que de no ser así, no pueden contraerlo al menos que tengan el consentimiento de su padre y de su madre, si vivieren ambos o del que sobreviva y, a falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, se requiere el consentimiento de los maternos, si los dos existieren o del que sobreviva. Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores y, faltando éstos el Presidente Municipal del domicilio del menor, suplirá el consentimiento y, ante la negativa de éste, los interesados podrán ocurrir al Gobernador del Estado para que resuelva en definitiva. Ahí pues, que se necesite haber cumplido la mayoría de edad, para contraer matrimonio, por lo que hace a la capacidad de ejercicio.

**2)** Otro elemento de validez es la ausencia de **vicios en el consentimiento**, que no son otros que la ausencia de error, dolo y violencia. **Error**, en cuanto a la persona con quien se contrae matrimonio, esto es, cuando un cónyuge entendiendo celebrar el matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra (artículo 291-I) Los autores Henri y León Mazeaud y Jean

Mazeaud hablan de que “Pothier (Contrat de mariage, II, cap. I, ns. 307 y sigtes.) distingue tres clases de errores sobre la persona. El primero (el único, según él que es susceptible de viciar el consentimiento) es el error sobre la identidad física: “Proponiéndome casarme con María, y creyendo contratar con María y casarme con María, prometo fe de matrimonio a Juana, que se hace pasar por María”; es una hipótesis de novela. En segundo lugar, el error sobre el estado civil o sobre el nombre, que Bonaparte denominaría “error sobre la familia”, y que no recae sobre la persona física, sino sobre la identidad civil de la persona. Por último, el error en las cualidades: “Si me he casado con María, creyéndola noble, aunque sea de la más baja plebeyez; o creyéndola virtuosa, cuando está prostituida; o creyéndola de buena fama, aunque esté mancillada por la justicia”.

Ahora bien, las sugerencias o artificios que emplee uno de los contrayentes para inducir a error o mantener en él al otro consorte, es el **dolo**, de conformidad con el numeral 1303 del Código Civil, de tal suerte que cuando surja el dolo, va a surgir el error, y por ende, la nulidad del matrimonio. Por último, en cuanto a la **violencia**, el artículo 301, aduce que el miedo y la violencia son causa de nulidad del matrimonio, si concurren las circunstancias siguientes: 1) Que uno u otro importe el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes. 2) Que el miedo haya sido causado o la violencia haya sido hecha al cónyuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio y 3) Que uno u otra hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

**3)** El tercer elemento de validez del matrimonio es la **licitud en el objeto**. Objeto que es, como ya se mencionó, la “perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges” como lo prescribe el artículo 144. Cualquier condición contraria a ese objeto, de conformidad con el citado precepto, se tendrá por no puesta, esto es, solo trae como consecuencia la nulidad de esos objetos o

condiciones, pero no del matrimonio.

**4)** Finalmente, tenemos la forma como el último elemento de validez. Partiendo de que los actos jurídicos, se clasifican en **consensuales**, que son los que no requieren de formalidad alguna para su celebración; en **formales**, que son los que requieren de ser otorgados con observancia de formalidades por escrito y en **solemnes**, que son los que necesitan para su estructura de una serie de formalidades esenciales que por serles indispensables suelen clasificarse como solemnidades; el matrimonio, según nuestro derecho positivo, encaja dentro de esta última clasificación, esto es, dentro de los actos jurídicos solemnes. Solemnidades que ya fueron enunciadas con anterioridad, en el apartado de "elementos de existencia" del matrimonio, cuya inobservancia, como también ya se dijo, acarrearán la inexistencia de dicho acto.

## **4 EFECTOS DEL MATRIMONIO**

Ya tenemos mencionado que el matrimonio genera derechos y obligaciones entre los cónyuges, los cuales se hacen extensivos a los bienes de éstos y a los hijos habidos en matrimonio. Dicho esto, ahora se abordará el estudio de estos tres temas.

### **1.4.1. Efectos entre consortes.**

Antes que nada es preciso decir que los derechos y deberes que el matrimonio genera entre los cónyuges son permanentes y recíprocos, dado que mientras no se disuelva el vínculo matrimonial éstos subsisten. Esos deberes y derechos pueden clasificarse así:

- a) Deber de cohabitación.
- b) Deber de fidelidad.
- c) Deber de asistencia
- d) Deber de socorro.

El deber de cohabitación, esto es, la vida en común entre los consortes, es esencial para el matrimonio y ese deber permite a su vez el cumplimiento de los deberes de fidelidad, de asistencia y socorro mutuos que se deben los cónyuges. Deberes con los que deben cumplir de manera obligada según lo dispone el artículo 159 del Código Civil del Estado. El deber de cohabitación, debe hacerse en el domicilio que de común acuerdo convengan los cónyuges, de tal suerte que de no cumplir alguno de los consortes con dicho deber, podría dar lugar a la disolución del vínculo matrimonial, en términos de las fracciones VIII y XVIII, del artículo 323, que señalan como causales de divorcio, respectivamente “La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada” y “La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado.”

En cuanto al deber de fidelidad, se ha dicho que es un deber moral, ético, pero constituye además, una obligación legal, puesto que la ley civil contempla el adulterio como causal de divorcio.

Como consecuencia de la vida en común, surgen el derecho y la obligación correlativa de que se establezca entre los cónyuges el débito conyugal y, si bien es cierto la ley civil no consigna ninguna disposición al respecto, el deber existe

desde el momento en que solo mediante las relaciones de esa índole puede alcanzarse el fin del matrimonio consistente en la formación de una familia. El ilustre jurista Eugenio Trueba Olivares señala que "En el sexo radican notas características que constituyen a las personas como hombres y mujeres en el plano biológico, psicológico y espiritual. La unión es procreativa y vemos claramente que su finalidad natural no puede ser otra que la producción y conservación de la especie. Estimamos que el respeto a esta finalidad asegura la honestidad de la relación" Honestidad que, podría equipararse pues, al deber de fidelidad que se deben los cónyuges desde el momento en que contraen nupcias.

Por otro lado, es evidente que el deber de socorrerse mutuamente no se limita solo al aspecto emocional o moral, sino también en el aspecto económico. El artículo 161, impone al marido el deber de alimentar a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, pero la mujer, en caso de tener bienes propios o desempeñarse en algún trabajo, profesión, oficio o comercio, debe también contribuir a ellos, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad, salvo que el esposo esté imposibilitado para trabajar y carezca de bienes propios, pues entonces todos los gastos serán por cuenta de la mujer.

#### **1.4.2 Efectos en relación a los hijos.**

Una vez que los cónyuges han cumplido con el objeto del matrimonio, en cuanto a la procreación de la especie, se generan derechos y obligaciones, a virtud del matrimonio que celebraron, con relación a sus hijos, a saber:

**a) La calidad de hijos legítimos.** Uno de los efectos del matrimonio es que es un medio de prueba de la filiación de los hijos nacidos dentro de él, la cual se prueba, según el artículo 396, con la partida de nacimiento, en el entendido de que si se cuestiona la validez o existencia del matrimonio de los padres, debe presentarse entonces el acta de matrimonio de éstos.

**b) La legitimación de los hijos cuando el matrimonio se celebra después de su nacimiento.** De acuerdo al artículo 410 del Código Civil del Estado, la celebración del matrimonio con posterioridad a la celebración del matrimonio, hace que se tenga a los hijos nacidos antes del matrimonio como hijos legítimos. Para que el hijo goce de este derecho, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo el reconocimiento los padres, junta o separadamente.

**c) La certeza en cuanto a derechos y obligaciones de patria potestad.** Como el Código Civil del Estado en sus artículos 468 y 469, prevén el ejercicio de la patria potestad tanto de hijos de matrimonio como de hijos naturales. El matrimonio no genera esta figura, sino que sólo viene a dar certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad respecto de los hijos legítimos. No obstante, por virtud del matrimonio, el numeral 164 refiere que "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan"

**d) Los alimentos.** Por último, ambos cónyuges están obligados a dar alimentos a los hijos, sin que importe que sean legítimos o no, según lo establece el precepto 357 del Código Civil, con el derecho preferente, de la mujer, sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos por las cantidades que corresponden para la alimentación de ella y de sus hijos menores, con la facultad de aquella de pedir el aseguramiento de los bienes para hacer efectivo ese derecho de alimentos. Derecho que también tiene el marido, en los casos en que ésta tenga obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia y del hogar.

#### **1.4.3 Efectos en relación con los bienes de los cónyuges.**

Por último y por lo que ve a los efectos del matrimonio con relación a los bienes de los cónyuges, debe mencionarse que el marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad de administrar, contratar o disponer de sus bienes propios o ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondan, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta la autorización de aquél, salvo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre la administración de los bienes. En el caso de que los cónyuges sean menores de edad, tendrán la administración de sus bienes, en los términos indicados, con la salvedad de que se necesitará autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales (artículos 169 y 170)

Por otro lado, en relación a los efectos del matrimonio sobre los bienes de los

consortes, encontramos las donaciones antenupticiales, los regímenes matrimoniales y las donaciones entre consortes:

**A.-** Por lo que hace a las **donaciones antenupticiales**: son aquellas que antes del matrimonio hace un esposo al otro. En este caso no podrán exceder, reunidas, de la sexta parte de los bienes del donante, puesto que el exceso es inoficioso. Son también donaciones antenupticiales las que un extraño hace a alguno de los esposos o a ambos, en consideración al matrimonio. Es de decirse que las donaciones antenupticiales quedan sin efectos si el matrimonio dejare de efectuarse. Este tipo de donaciones se pueden revocar por adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario, cuando el donante fuere el otro cónyuge.

**B.- Regímenes matrimoniales:** El artículo 176 del Código Sustantivo señala que el matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, por lo que los contrayentes al momento de celebrar el matrimonio pueden optar por alguno de esos dos sistemas. De no haber convenio expreso en ese sentido por las partes, el matrimonio se entenderá celebrado bajo el régimen de separación de bienes, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 176 del Código Civil del Estado.

Para constituir una sociedad conyugal, o en su caso, la de separación de bienes, es necesario que los cónyuges formulen las capitulaciones que regirán en esas sociedades. Capitulaciones que, según el numeral 177 "son los pactos que se celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso". Esas capitulaciones pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante

él, y pueden comprender no solamente los bienes de los que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquieren después.

**C.- Donaciones entre consortes:** En cuanto a este punto, los artículos 288 a 290, señalan que los consortes pueden hacerse donaciones; pero sólo se confirman con la muerte del donante y siempre que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos. Estas donaciones pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes y no se anularán por la superveniencia de hijos, pero se reducirán cuando sean inoficiosas en los mismos términos que las comunes, esto es, cuando perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a aquellas personas a quienes los debe conforme a la ley (artículo 1843 del Código Civil)

## 5 CONCUBINATO.

Para definir al concubinato en los diccionarios se hace referencia siempre a la concubina, de tal forma que se requiere entender primero el término concubina para después pasar al concubinato. Concubina (del latín *concubina*) "manceba o mujer que vive o cohabita con un hombre como si éste fuera su marido." Concubinario, por lo tanto, según el mismo diccionario será "el que tiene concubinas" y, por último, concubinato (del latín *concubinatus*) "comunicación o trato de un hombre con su concubina" Es decir, se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada, sino también a la

relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizada por el matrimonio.

### **1.5.1 Naturaleza jurídica del concubinato.**

Por lo que hace a la naturaleza jurídica del concubinato, muchas teorías se han manejado, entre ellas, encontramos la de que **el concubinato es una institución**, entendida como un conjunto de normas que regulan un todo organizado y que es precisamente el concubinato. Otra teoría es que **es un contrato ordinario**, en el que intervienen dos voluntades (las del hombre y de la mujer) sin embargo esta teoría es ampliamente criticada por otros autores, al afirmar que no obstante que exista acuerdo de voluntades, el contrato se refiere a las relaciones jurídicas económicas y la unión del hombre y mujer se refiere principalmente a los aspectos personales y a los deberes jurídicos entre ellos los que no tienen contenido económico.

Una tercera teoría, expuesta por los autores, es que **el concubinato es un acto jurídico**, dado que para la existencia de éste, se requiere un acuerdo de voluntades y podría interpretarse que al acordar la concubina y el concubinario, unirse en concubinato, surge el acuerdo de voluntades, para de ahí derivar la existencia de un acto jurídico. Sin embargo, los que critican esta teoría, aducen que para que el acto jurídico sea válido, se requiere que su objeto, su fin o motivo, sean lícitos (artículo 1795-II del Código Civil Federal y 1315-II en el Estado) Por lícito se entiende el acto que es acorde a las leyes y las buenas costumbres, lo que se deriva del artículo 1830 del Código Civil federal y su correlativo 1318 del código civil del Estado, interpretados a contrario sensu. En el caso concreto del concubinato, los concubinarios no se comprometen pues no

desean hacerlo, ya que si desearan comprometerse, la unión sería conyugal, por ser ésta la única unión entre varón y mujer considerada como lícita y moral por la legislación. Aducen también, que el acto jurídico, una vez celebrado, no puede modificarse o terminarse a voluntad de alguna de las partes, como lo disponen los artículos 1797 del Código Federal y 1284 del Estado, es decir, desde que el acto jurídico se perfecciona por el consentimiento, obliga a los contratantes no solamente a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza sean conforme a la equidad, buena fe, costumbre, al uso o a la ley (artículo 1796 del Código Federal y 1283 del Estatal) Concluyen finalmente, que en el concubinato se observa que la unión entre el hombre y la mujer puede terminar a voluntad de cualquier de las partes, sin necesidad de previo acuerdo entre ambas, lo que contraría el principio general de los contratos en esta materia, es decir, la disolución de la unión sexual entre la concubina y el concubinario no requiere consentimiento de ambos, ni menos la participación de algún funcionario estatal, como en el matrimonio. Cualquiera, ella o él, puede abandonar al otro sin responsabilidad legal, lo que es un dato más para estimar que el concubinato no se trata de un acto jurídico, según los autores que critican esta teoría.

Finalmente, tenemos la teoría de que **el concubinato es una situación de hecho**. Para Galindo Garfias “la cohabitación entre hombre y mujer (si ambos son solteros), la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho lícito, que produce efectos jurídicos, pero requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que llevan vida en común sin estar casados entre sí, sean célibes. La unión sexual que exista entre un hombre y una mujer, cuando alguno de ellos o ambos son casados, constituye el delito de adulterio” Por su parte, Planiol y Ripert señalan que “su forma y su carácter obligatorio distinguen actualmente el matrimonio del concubinato. Este

es un mero hecho, no un contrato; carece de formas determinadas y no produce efectos jurídicos; se halla totalmente fuera del derecho” Posteriormente agregan que “la unión libre produce algunos efectos, porque la jurisprudencia y el legislador mismo han tenido que tomar en consideración la situación voluntariamente creada por quienes viven en estado de concubinato”

### **1.5.2 Características del concubinato.**

Las características principales del concubinato, establecidas por los civilistas, son siguientes:

**a) Temporalidad.** No es el concubinato la unión circunstancial o momentánea. Se requiere una comunidad de vida entre un hombre y una mujer, libres de matrimonio, que estén viviendo de común acuerdo en forma continua y permanente. Es decir que exista la voluntad de permanecer unidos, razón por la cual la legislación exige cierta temporalidad para que se produzcan algunos efectos jurídicos. Para que esta unión produzca los efectos, se requiere una convivencia de cinco años, a menos que antes tuvieran un hijo. Es un matrimonio aparente. “La comunidad de lecho debe ser constante y la continuidad del comercio sexual mantenida con la regularidad de un matrimonio legítimo”

**b) Publicidad.** Esto quiere decir que el concubinato debe ostentarse públicamente, pues el oculto no producirá efectos jurídicos.

**c) Singularidad.** Esto significa que son sólo un hombre y sólo una mujer. Específicamente, el artículo 291-Bis del Código Civil Federal, establece que si se

establecen varias uniones concubinarias, ninguna de ellas se podrá reputar concubinato.

**d) Libres de matrimonio.** Otra característica es que los concubinos estén libres de matrimonio. Dentro del concepto de concubinato que se tiene en nuestra legislación, se consideran concubinarios “siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato”

**e) Semejante al matrimonio.** Esto significa que la unión de los concubinarios debe ser “como si fueran cónyuges”. Este es un elemento de hecho consistente en la posesión del estado de concubinato. Es decir, viven como marido y mujer, imitando la unión matrimonial. Les falta la solemnidad y las formalidades del matrimonio, pero exteriormente viven como casados, y no se distinguen de otros matrimonios.

**f) Unión.** La unión es consecuencia de la comunidad de lecho y domicilio. Si vivieren como si fueran casados, debe haber la necesaria unión entre el hombre y la mujer, una comunidad de lecho, en un mismo domicilio.

**g) Capacidad.** Este elemento consiste en que los concubinarios deben ser capaces para lograr una unión sexual semejante al matrimonio, para lo cual deben tener la edad núbil necesaria (el hombre necesita haber cumplido 16 años y la mujer 14) También se exige que la unión no sea incestuosa, esto es, que no exista entre los grados de parentesco consanguíneo prohibidos.

**h) Fidelidad.** “En lo relativo a la fidelidad recíproca, la doctrina suele

calificarla de aparente. Se trata de una condición moral: las relaciones de los concubinos deberá caracterizarse a menudo por una cierta conducta en la mujer que manifieste el afecto hacia su amante o una aparente fidelidad”

### **1.5.3 Prueba del concubinato.**

A diferencia del matrimonio, el concubinato no puede probarse con documentos públicos, como podrían ser las actas del Registro Civil, pues no es un estado de derecho reconocido por la ley. Como se trata de una unión no reglamentada por la ley, pues solo se reglamentan algunos de sus efectos, no existe posible prueba por no haber actuación de funcionarios oficiales. Se tiene que recurrir, por tanto, a pruebas diversas.

No puede haber una prueba definitiva y cierta, debido a la peculiar situación de la pareja, y así lo reconoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al decir en una ejecutoria que “El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración, pero del que no puede obtenerse un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra al interior de la morada de los concubinos, para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia común”

No puede haber una prueba definitiva y cierta, debido a la peculiar situación de la pareja, y así lo reconoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al decir en una ejecutoria que “El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración, pero del que no puede obtenerse un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra al interior de la morada de los concubinos, para

cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia común” (Amparo directo 825/1968. Francisco García Koyoc. Junio 20 de 1969. 5 votos. Ponente: Mtro. Enrique Martínez Ulloa. 3ª. Sala. Séptima Época, Volumen 6, Cuarta Parte, Pág. 39)

## **1 PARENTESCO EN GENERAL**

La palabra parentesco designó en principio al vínculo de sangre creado por la generación humana entre padres e hijos únicamente. Pero esta acepción amplió su sentido, y hoy el parentesco comprende los vínculos originados por todas las relaciones del estado de familia. Tres son las clases de parentesco reconocidas por el Derecho civil y por el Código Civil Guanajuatense: si el vínculo dimana de la consanguinidad entre parientes, el parentesco es de sangre; si se produce por razón de las relaciones que el matrimonio introduce entre el estado de familia de uno y otro cónyuge, el parentesco es de afinidad; y, finalmente, si el vínculo se origina por relaciones que imitan al parentesco de sangre, como ocurre en la adopción, entonces el parentesco recibe el atributo de civil.

“El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho”

El legislador, según comentarios al artículo 292, del Código Civil Federal, de idéntico contenido al artículo 346 del Código Sustantivo del Estado, que prescriben que la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y civil, excluyó otro tipo de relaciones que, desde el punto de vista religioso eran consideradas como de parentesco, por ejemplo, el compadrazgo y el padrinazgo.

La determinación de la relación de parentesco es importante sobre todo por dos efectos: en la relación de la obligación alimenticia y en la sucesión legítima.

En ambos casos solo las personas a quienes la ley reconoce como parientes, tienen derechos y obligaciones entre sí.

Existen además, otros casos en los que la relación de parentesco es relevante, verbigracia la existencia de impedimentos para contraer nupcias entre ciertos parientes, pero las que se citan en el párrafo anterior, son, según muchos autores, las que tienen mayor relevancia tanto por lo que se refiere a la mera relación jurídica como por la problemática que encierra cada caso.

## 2 PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD

Siendo la sangre el vínculo de este parentesco, se comprende que haya de ser el parentesco natural por excelencia y aquél que primeramente haya de considerarse. El vínculo de sangre se manifiesta de dos maneras: por razón generatriz entre padres e hijos, y por razón de congeneración entre hermanos y descendientes de éstos. Cada generación forma un grado y, la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco (artículo 350 del Código Civil de Guanajuato)

**Líneas:** La línea es recta o transversal. La **línea recta** se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras. **La transversal** se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común (artículo 351)

La línea recta es ascendente o descendente: **ascendente** es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; **descendente** es la que liga al progenitor con los que de él procede. La misma línea es, pues, ascendente o

descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende (artículo 352)

La línea transversal no puede ser ascendente ni descendente, sino que por razón de su carácter de colateral sólo puede considerarse en razón de los grados que separan un pariente de otro.

Son parientes por línea recta ascendente el padre, el abuelo, el bisabuelo y así sucesivamente. Son parientes en línea recta descendente, el bisabuelo, el abuelo, el hijo y el nieto.

Por línea transversal o colateral, son parientes el hermano, el tío, el sobrino, los primos, según sea el grado en que cada uno se halle entre sí.

**Grados.** Como ya quedó dicho el parentesco se mide en grados. Las líneas rectas de parentesco de cada generación cuenta como un grado. Por ejemplo, entre padre e hijo hay un grado de separación; entre un abuelo y un nieto hay dos grados y entre bisabuelo y nieto hay tres grados. El Código Civil Federal, señala, en su artículo 299 que “**En la línea recta** los grados se cuentan por el número de generaciones o por el de las personas, excluyendo al progenitor” Esta disposición empero, no se encuentra contemplada en nuestro Código Civil, no obstante, muchos estudiosos del derecho han dicho que esta regla es la tradicional. Como vemos, se cuentan tantas personas menos una para establecer el grado en la línea recta.

**En la línea transversal o colateral,** los grados se cuentan, según disposición del artículo 353 del Código Sustantivo Guanajuatense, por el número de

generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno a otro extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común. En la línea colateral vemos que las generaciones se dan en varias direcciones, y no en una sola como acontece con la línea recta hasta llegar al ascendiente común, al cual no se le cuenta, y se desciende después por él hasta la persona cuyo parentesco se quiere graduar. Más claro, para contar el parentesco en línea transversal o colateral, se inicia por el extremo de una de ellas, se sube hasta el progenitor común y se baja hasta el otro pariente por la línea correspondiente. De tal manera, entre dos hermanos el grado de parentesco es el segundo, pues hay tres personas en la línea: primer hermano, padre y segundo hermano; al suprimir al progenitor común quedan solo dos personas, lo que indica el segundo grado. Lo mismo sucede entre tío y sobrino, en que el número de personas en la línea es de cuatro y las generaciones que los separan son tres, una en una línea y dos en la otra, el grado de parentesco es el tercero.

### **Representación gráfica.**

#### **a) Línea recta**

Padre

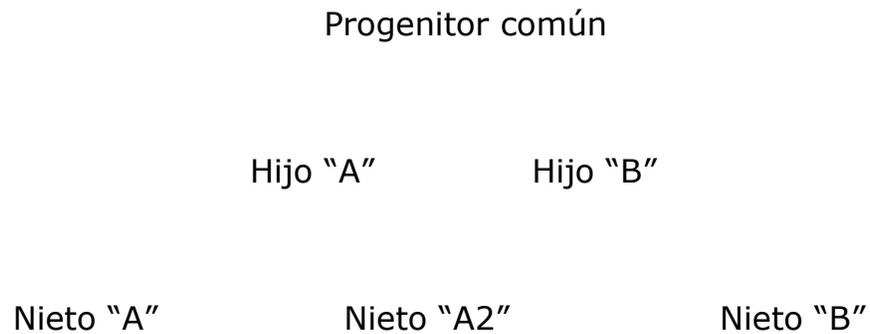
1ª. generación

Hijo

2ª. Generación.

Nieto

#### **b) Línea colateral**



Para contar el parentesco entre los nietos A y B se inicia por una línea y se desciende por la otra: Nieto A, Hijo A, progenitor común, Hijo B, Nieto B, cinco personas, cuatro generaciones, igual a cuarto grado.

### **3 PARENTESCO POR AFINIDAD.**

El motivo del vínculo de afinidad nace del hecho del matrimonio. Es la relación familiar y jurídica que existe entre el cónyuge y los parientes de su consorte, por lo que cada cónyuge es recíprocamente afín a los parientes del otro, sin que esa afinidad alcance a los parientes respectivos de los dos cónyuges. El parentesco de afinidad, según el artículo 348 del Código Civil Estatal, es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón (como ejemplo podemos citar a los suegros, yernos, nueras, cuñados, etc.)

Cabe aclarar que esta relación solo surge entre un cónyuge y los parientes del

otro y, las dos familias no guardan entre sí ningún tipo de parentesco, pues legalmente los consuegros y los concuños no son parientes, aunque se traten como familia. El marido y la mujer, tampoco están unidos por una relación de parentesco por afinidad.

Para regular los grados y líneas en esta especie de parentesco, se sigue el mismo sistema que en el parentesco consanguíneo.

Las consecuencias jurídicas del parentesco por afinidad, son en realidad limitadas, pues por ejemplo no existe el derecho de alimentos que se reconoce en algunas legislaciones como la francesa entre el yerno o nuera y sus suegros o derecho a heredar. La más importante de las consecuencias jurídicas, sin duda, es el impedimento que existe para contraer matrimonio entre parientes afines, particularmente en la línea recta ascendente.

#### **4 PARENTESCO POR ADOPCIÓN.**

Este parentesco, en nuestra legislación sustantiva llamado civil, es el que nace de la adopción plena o de la adopción simple. En la *adopción plena*, el parentesco confiere los mismos derechos y obligaciones que los derivados del parentesco consanguíneo, entre ellos, como ya vimos en el capítulo primero, los alimentos. En la *adopción simple*, el parentesco se limita única y exclusivamente entre adoptante y adoptado (artículo 349 del Código Civil Estatal)

En este orden de ideas, la adopción en general, es un acto jurídico por el cual se confiere a uno o varios menores o incapacitados, aún cuando éstos sean

mayores de edad, la posesión de estado de hijo del o de los adoptantes y a éstos los deberes inherentes a la relación de parentesco y sus efectos son:

- a) Darse alimentos recíprocamente, ente adoptante y adoptado.
- b) El adoptante adquiere la patria potestad del adoptado.
- c) En general, todos los derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos, respecto de la persona y bienes de éstos.

Ahora bien, las personas que tienen derecho a adoptar, son las personas solteras mayores de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos; los cónyuges de común acuerdo, aunque solo uno de ellos cumpla el requisito de edad y por último, un cónyuge puede adoptar al hijo de otro cónyuge habido fuera de matrimonio o en virtud de un vínculo matrimonial anterior, en este último caso los vínculos consanguíneos del hijo que se adopta, no se destruyen.

Otros supuestos de adopción son: **A)** la adopción del pupilo por parte de su tutor, siempre y cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela y **B)** la adopción de un menor expósito, por parte de la persona cuya custodia detenta o cualquier otra, pero con derecho preferente la primera.

Los requisitos para adoptar, en términos generales, son, por disposición del artículo 451 del Código Sustantivo Civil del Estado, los siguientes:

- I.-** Tener el adoptante diecisiete años más que el adoptado.
- II.-** Ser benéfica la adopción para el adoptado.

**III.-** Tener el adoptante medios bastantes para proveer la subsistencia, cuidado y educación del adoptado y

**IV.-** Que el adoptante tenga buenas costumbres y reconocida probidad.

Es necesario además, el consentimiento de los que ejerzan la patria potestad o los que en su caso ejerzan la tutela sobre el adoptado, amén de que si el menor tiene más de catorce años, también se requiere su consentimiento para la adopción. En el supuesto de que las personas que ejerzan la patria potestad o tutela, se nieguen a dar su consentimiento, deberán expresar las causas en que la fundan, las cuales el Juez calificará, tomando en cuenta los intereses del adoptado y del adoptante.

En la **adopción plena**, el adoptado se integra plenamente como miembro de la familia del adoptante, adquiriendo lazos de parentesco con todos los parientes de éste, como si hubiera filiación consanguínea. Correlativamente, se extinguen todos los vínculos consanguíneos con la familia del adoptado, subsistiendo los impedimentos para contraer matrimonio. En este tipo de adopción, el adoptado llevará los apellidos del o de los adoptantes y, **es irrevocable**, cuando cause ejecutoria la sentencia que se pronuncie.

En la **adopción simple**, los derechos y obligaciones, así como el parentesco, que nacen de ella, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción.

En la adopción simple, los derechos y obligaciones que resultan del parentesco

por consanguinidad no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad que es transferida al adoptante. El adoptado en esta adopción, puede llevar los apellidos del adoptante, quien tendrá derecho a cambiar el nombre del adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción, la cual queda consumada luego que cause ejecutoria la resolución judicial que se dicte autorizándola.

Contrariamente a la adopción plena, la simple puede revocarse, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad y, si no lo fuere o se tratare de un incapaz, se necesitará que consientan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento, para su otorgamiento.
- b) Por ingratitud del adoptante o del adoptado.

De ahí pues, que de la adopción, nazca el parentesco civil reconocido por nuestra legislación, dada su importancia

## **5 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL PARENTESCO.**

Como ya se ha mencionado, también el parentesco genera derechos y obligaciones entre los parientes. Derechos y obligaciones entre los que encontramos, de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes, que además,

son los más relevantes, a saber:

**A) Crea el derecho y la obligación de dar alimentos.**- En efecto, en el parentesco de consanguinidad y en el parentesco por adopción plena, existe la obligación de dar alimentos. No de otra forma se entiende que el artículo 357 del Código Civil del Estado, diga que "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos" y que "A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado" Asimismo, el artículo 358, obliga a los hijos a dar alimentos a los padres y, a falta o por imposibilidad de los hijos, deben darlos los descendientes más próximos en grado. De estos preceptos pues, se desprende que por el simple acto de existir parentesco consanguíneo, existe también, la obligación de dar alimentos. Obligación que se extiende también al parentesco por adopción plena y simple, dado que en la plena "el adoptado se integra plenamente como miembro de la familia del adoptante, adquiriendo lazos de parentesco con todos los parientes de éste, como si hubiera filiación consanguínea" (artículo 456 Código Civil de Guanajuato) y, en la adopción simple "los derechos y obligaciones que resultan del parentesco por consanguinidad no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante" (artículo 461 del Código Civil invocado)

**B) Origina el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria:**

En el primer supuesto, tenemos que el artículo 2841, del Código Sustantivo del Estado, otorga el derecho a heredar por sucesión legítima, a los descendientes, ascendientes o parientes colaterales dentro del sexto grado, por supuesto además del cónyuge, la concubina o el concubinario, por lo que ninguna duda cabe de

que, por el simple hecho de tener parentesco consanguíneo o existir, en su caso el parentesco por adopción, con el autor de la sucesión, existe la posibilidad de ser su heredero, en el entendido de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos. Cabe agregar, finalmente, que el parentesco por afinidad, no da derecho a heredar.

Ahora bien, cuando hablamos de la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, hablamos de los supuestos previstos en los artículos 2624 a 2633 del Código Civil del Estado. El primero de ellos obliga al testador a dejar alimentos, en tratándose de parentesco, a las personas siguientes:

- A los descendientes varones menores de veintiún años.
- A los descendientes varones que estén imposibilitados de trabajar y a las hijas que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otras aún cuando fueren mayores de veintiún años.
- A los ascendientes.
- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir sus necesidades.

No obstante, esta obligación del testador de dar alimentos, no existe sino a falta o imposibilidad de los parientes más próximos en grado a dar esos alimentos o, cuando las citadas personas tengan bienes, pero si teniéndolos, su produce no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla, en el entendido de que esta última obligación no subsiste,

si se demuestra que el acreedor alimenticio no hace producir sus bienes por actos u omisiones contrarios a tal finalidad (2625 y 2626)

Amén de lo anterior, es menester demostrar al Juez, para tener derecho a ser alimentado, que al tiempo de la muerte del testador se encontraba en alguno de los casos fijados por el artículo 2624, cesando ese derecho tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones a que se refiere el mismo artículo, observe mala conducta o adquiera bienes, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo 2626, en cuanto al produce de sus bienes.

En conclusión, es inoficioso el testamento en que no se deja pensión alimenticia, según lo establecido en los preceptos legales invocados, cuya inobservancia, genera la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria.

**C) Crea determinadas incapacidades en el matrimonio y en la tutela legítima constituye la base para el nombramiento de tutor.** En efecto, en el primer supuesto, podemos citar, los impedimentos que contemplan las fracciones III y IV del artículo 153: La fracción III, contempla como impedimento para contraer matrimonio, el parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta; 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 tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. La fracción IV, contempla el parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna.

Por lo que hace a que el parentesco, en la tutela legítima constituye la base para el nombramiento del tutor, tenemos verbigracia, que en tratándose de tutela legítima de menores, ésta le corresponde a los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas y, por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive (537) En la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de drogas enervantes, tenemos que los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos; el padre y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos no tengan hijos que puedan desempeñar tutela (artículos 540 y 543) Disposiciones todas, que ninguna duda dejan de que el parentesco es la base para el nombramiento del tutor, cuyas prescripciones no observadas por el Juez, además de las penas en que incurre conforme a la ley, será responsable de los daños y perjuicios que sufran los incapaces (523)

**D) Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen solo entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso.** Así lo prevé nuestro Código Civil en sus artículos 467 y 468, que disponen que la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos; que su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las leyes aplicables y que la patria potestad de los hijos de matrimonio se ejerce a) por el padre y la madre; b) por el abuelo y la abuela paternos y c) por el abuelo y abuela maternos, supuestos estos dos últimos que solo acontecen a falta o impedimento de los llamados preferentemente, que son sin duda los padres.

A estos preceptos legales se debe aunar el artículo 472 que impone que a falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido los abuelos

paternos y, a falta de éstos los maternos y, finalmente, el artículo 473, que prescribe que la patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercen únicamente las personas que lo adoptan, en la adopción simple y, en la adopción plena, la patria potestad se ejerce en los términos señalados en el Código para los hijos consanguíneos.

## 1 CONCEPTO

*Divortium*, en latín, de *Divertere*: separarse. “Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre el divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables”

Una forma de disolución del estado matrimonial y, por ende, de poner término a éste en la vida de los cónyuges, es el divorcio, entendido legalmente como “el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación”

El divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo solo en función de aquellos 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.

En nuestro derecho, tanto como institución jurídica, como al alcance de sus efectos, el divorcio ha variado a lo largo del tiempo. Así, en el siglo pasado nuestra legislación lo consideró como la separación temporal o definitiva de los cónyuges sin ruptura del vínculo matrimonial y, por lo tanto, sin autorización para contraer nuevas nupcias. A principios de este siglo, se adoptó el criterio del divorcio vincular que actualmente se maneja, como disolución absoluta del vínculo

matrimonial que, deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar un nuevo matrimonio.

Así lo explica Eduardo Pallares cuando, refiere que el artículo 226 del Código Civil de 1884 decía que “El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; solo suspende algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos a este Código” entre las que se encontraban, precisamente, la de autorizar el divorcio en cuanto al lecho y a la habitación, sin permitir a los divorciados contraer otro matrimonio. Refiere también que la primera Ley que estableció en México el divorcio en cuanto al vínculo, fue la expedida en el Puerto de Veracruz por Venustiano Carranza, el 12 de abril de 1917, denominada Ley sobre las relaciones familiares, en cuyo artículo 75 se decía que “El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”

Marcelo Planiol y Jorge Ripert en su Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, determinan que el divorcio es “la disolución, en vida de los esposos, de un matrimonio válido. La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos; difiere del matrimonio solamente en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida en común. El divorcio y la separación de cuerpos no puede obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas en la ley”

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad autónoma de México, señala que el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en la vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente y en base a causas específicamente señaladas por la ley. Disolución que, como el propio Instituto

afirma, permite a los cónyuges contraer con posterioridad un nuevo matrimonio.

## **2 CLASES DE DIVORCIO.**

Nuestra legislación civil sustantiva, solo admite dos clases de divorcio: el voluntario o por mutuo consentimiento y el necesario, ambos debiendo ser tramitados ante autoridad judicial.

En otras legislaciones (entre ellas la del Distrito Federal) se contempla el divorcio voluntario administrativo del que, previo a entrar al estudio de las clases que contempla nuestro Código Civil, abundaremos un poco.

### **3.2.1. Divorcio voluntario administrativo**

El artículo 272 del Código Civil del Distrito Federal, contiene las disposiciones relativas al divorcio ante el Juez del Registro Civil. Para proceder a este tipo de divorcio se requiere: que hubiere transcurrido un año o más desde la celebración del matrimonio; que ambos consortes convengan en el divorcio; que sean mayores de edad; que hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron; que no tengan hijos en común, o que teniéndolos sean mayores de edad y que éstos no requieran alimentos, o alguno de los cónyuges.

Satisfechos los presupuestos señalados "se presentarán personalmente ante el Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas

respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse”

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla en quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

De lo anterior se deriva que los consortes deben presentarse personalmente; es decir, no podrán actuar mediante representantes, por tratarse este caso de divorcio de un acto personalísimo que no admite representación alguna.

Eduardo Pallares considera que el papel del Juez del Registro civil, es pasivo porque se limita a comprobar que se presenten los documentos necesarios, identifica a los consortes, y levanta el acta con la solicitud del divorcio, citando a los cónyuges, para que la ratifiquen en a los quince días. Es decir, no hace esfuerzo alguno por avenirlos o buscar la permanencia del matrimonio. Dicho autor justifica su afirmación “porque, no habiendo hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista y consideran el divorcio como una rescisión de un contrato” Sin embargo, muchos autores, difieren de esta opinión, pues aducen que tanto los cónyuges como el Estado, deben esforzarse por la permanencia del matrimonio, independientemente de la presencia de hijos y que el Juez u Oficial del Registro Civil debería exhortar a los consortes a dialogar y buscar la manera de resolver sus problemas, procurando que la comunidad conyugal continúe.

Asimismo, Pallares al referirse a qué significa que el divorcio “no surta efectos legales” si se comprueba que los cónyuges tienen hijos o son menores, o no han liquidado la sociedad conyugal (como lo dispone el multicitado precepto legal) llega a la conclusión de que se trataría de un acto nulo de pleno derecho, pero no inexistente, toda vez que hubo el consentimiento de los cónyuges para su celebración.

Así pues, tenemos que esta clase de divorcio, no está contemplada en nuestra legislación, pues como ya quedó dicho ésta solo contempla el divorcio necesario y el divorcio por mutuo consentimiento o voluntario, de cuyo estudio nos ocuparemos a continuación:

## **2 Divorcio voluntario por vía judicial.**

El artículo 323 del Código Civil del Estado, en su fracción XVII contempla el divorcio que “por mutuo consentimiento” soliciten los cónyuges ante el juez civil en los términos señalados por el Código Procesal, siempre que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, con la posibilidad de que los cónyuges puedan reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado y, no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, sino pasado un año desde su reconciliación. Lo mismo ocurre para el caso de que, decretado el divorcio, los cónyuges quieran contraer nuevas nupcias, toda vez que también tienen que esperar un año, desde que obtuvieron el divorcio, para contraerlas.

En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, como tampoco tienen derecho a la indemnización prevista en el artículo 342, para el caso de que se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, en cuyo caso, el culpable debe responder de ellos como autor de un hecho ilícito.

Por lo que hace a los hijos o a la sociedad conyugal, en caso de existir, los cónyuges pueden también celebrar convenio al respecto, esto es, respecto a la custodia de sus hijos y respecto a la liquidación de esa comunidad de bienes.

El Código de Procedimientos Civiles Estatal contiene reglamentación especial para el divorcio por mutuo consentimiento, que se encuentra en el título tercero, capítulo único (artículos 696 a 701 inclusive) que está separado de la jurisdicción voluntaria, por lo que no debe considerarse como tal. Es un procedimiento especial para esta materia.

Es Juez competente el del domicilio conyugal (artículo 33, segundo párrafo del Código de Procedimientos Civiles del Estado)

Intervienen en el proceso como partes del mismo los cónyuges; el Ministerio Público que participa para velar los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores e interdictos y también para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

A su solicitud, los cónyuges deben acompañar copia certificada de su acta de matrimonio y de las de nacimiento de sus hijos menores de edad, si los hubiere.

Una vez presentada la solicitud, el Juez debe citar a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta, que se efectuará después de ocho días y antes de quince, contados a partir de la presentación de la demanda. Si no asisten los cónyuges a esta junta, se les considerará desistidos de sus pretensiones y se mandará archivar el juicio. Si asistieren, el Juez debe procurar reconciliarlos. Si logra la reconciliación, en el acta en que se haga constar se ordenará el archivo del expediente; si no la logra, con audiencia del Ministerio Público acordará provisionalmente lo relativo a la situación de los hijos menores o incapacitados y dictará las medidas necesarias para el aseguramiento de alimentos y citará además, a los cónyuges a una nueva junta, que se efectuará después de ocho y antes de quince días de verificada la primera. Si en esta junta tampoco se lograre la reconciliación, se resolverá en ella definitivamente sobre la situación de los hijos menores o incapacitados y sobre los alimentos definitivos, con audiencia del Ministerio Público y se dictará sentencia en que se ordene la disolución del vínculo matrimonial. Pero, para el caso de que los cónyuges no asistieren a esta nueva junta, se les considerará desistidos y se ordenará el archivo del juicio.

A ambas juntas, deben comparecer personalmente los cónyuges, sin ir acompañados de otras personas, pues se trata de un acto personalísimo.

En tratándose de cónyuge menor de edad, se necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento.

Muchos autores consideran que a diferencia del divorcio administrativo, contemplado por la Legislación del Distrito Federal, el papel del Juez civil o de lo familiar, es activo, pues hecha la solicitud, como ya quedó dicho, el Juez debe

citar a los cónyuges y al Ministerio Público a la junta en la que tratará de avenir a los cónyuges y, si éstos insisten en su propósito de divorciarse, los citará a una segunda junta, para exhortarlos de nueva cuenta a reconciliarse y, si no se logra y con el convenio que celebren los cónyuges en su caso, quedaren bien garantizados los derechos de sus hijos menores o incapacitados, el Juez, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público, dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo y decidirá sobre el convenio presentado, en el que, como también ya se dijo, puede convenirse sobre la administración de los bienes.

### **3 Separación de lecho y habitación.**

El artículo 332 del Código Civil guanajuatense, contiene los únicos casos en que se permite la separación de los cónyuges sin pedir el divorcio. El artículo dice "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio en las causas enumeradas en las fracciones VI yVII del Artículo 323 podrá sin embargo solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el Juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio"

Las causas a que se refieren las fracciones citadas son: 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) y padecer trastornos mentales incurables previa declaración de interdicción respecto del cónyuge enfermo.

En estos casos se requiere la intervención del Juez para que, mediante

sentencia judicial, se decrete la separación de cuerpos, autorizándose a los cónyuges a una vida separada. Como principales consecuencias de esta separación, podemos citar las siguientes: Serán relevados del cumplimiento de algunos de los deberes conyugales y en especial del débito conyugal. No trae como consecuencia sanción en contra del cónyuge enfermo, impotente o enajenado. Ambos cónyuges conservarán el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En relación a la sociedad conyugal, el cónyuge enfermo podrá seguir administrando los bienes de la misma, salvo que la separación obedeciera a enajenación mental, en cuyo caso, deberá ser declarado en estado de interdicción, de tal forma que el cónyuge sano sea quien administre los bienes de la sociedad conyugal. Se releva a los consortes de vivir en el domicilio conyugal.

Los cónyuges separados deben seguir comportándose de tal forma que cumplan con todos los deberes y obligaciones que no se excluyan por razón de la enfermedad, impotencia o enajenación, y cualquier violación a ellos, si se incurre en alguna de las causas de divorcio, podría originar un juicio de divorcio con el cual quedaría terminado el vínculo conyugal.

#### **4. Divorcio necesario.**

Antes de entrar al estudio de las causas de divorcio que señala el Código Civil, conviene sentar algunos principios que rigen en esta materia:

**3.2.4.1 El divorcio como excepción.-** El matrimonio es permanente en lo civil e indisoluble en lo religioso; la excepción es el divorcio que disuelve el matrimonio y la excepción confirma la regla. Las instituciones familiares son permanentes por naturaleza, a diferencia de lo transitorio de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial económico. Así lo observamos en la adopción, el reconocimiento de hijos, el matrimonio, etc. Suponer que el divorcio fuera lo que pretenden las parejas al casarse, sería tanto como convertir la excepción (el divorcio) en principio y el matrimonio en alto transitorio.

“La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se roma el vínculo matrimonial”

El acto jurídico que genera el estado jurídico matrimonial, que es la comunidad humana de la vida (matrimonio-estado) puede originarse por el amor que los novios se tienen, lo que constituye el motivo determinante de su voluntad; o bien, puede reconocer otros motivos como son: los económicos, los políticos y los sociales. Tiene el matrimonio como fines, según lo vimos, la promoción integral de los consortes, el amor conyugal y la paternidad responsable. Si estos fines no se logran plenamente o el amor termina, ya se creó una institución que trasciende a los consortes (con mayor razón si tienen hijos) respecto a la cual está interesada toda la sociedad.

Por lo tanto, siendo excepción el divorcio, deben regularse cuidadosamente las causales que permitan disolver el matrimonio, debiendo tratarse de causas de tal gravedad que hagan imposible la vida conyugal, bien sea como consecuencia de alguna enfermedad (divorcio remedio) o bien como un acto ilícito de un consorte

contra el otro (divorcio sanción) pero evitando que sean el egoísmo o el placer las causas generadoras del divorcio, porque afectaría seriamente la estabilidad familiar y la estructura de la sociedad.

**3.2.4.2. Limitación de las causas.-** Según este principio, sólo son causas de divorcio necesario las que limitativamente enuncia el artículo 323. Este principio se deriva de que la disolución del vínculo conyugal 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. “La conservación del vínculo matrimonial, es de interés público y solo excepcionalmente procede la disolución por causas de tal gravedad que hagan imposible la vida en común de los cónyuges”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la enumeración de las causales de divorcio que hacen el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, y los Códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones (entre ellos el de Guanajuato) es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas de otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón, es decir, las causas son de aplicación restrictiva “siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez lo es de la sociedad, el Estado preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, solo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De ahí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aquél solo por las causas específicamente enumeradas en la ley”

Debemos tomar en cuenta que no en todas las fracciones del artículo 323 se contiene sólo una causa de divorcio. Hay fracciones que contienen dos y hasta seis causas que pueden involucrarse aislada o conjuntamente, a las que nos referiremos con posterioridad.

**3.2.4.3. Conducta ilícita.** Algunos autores han dicho que el proceso de divorcio está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges y así lo previene el artículo 342, al señalar al consorte culpable responsable de los daños y perjuicios como autor de un hecho ilícito. Es ilícito por ser contrario a las leyes de orden público, como son las relativas al matrimonio y la familia, y las buenas costumbres, porque las causales de divorcio fundamentalmente van contra la moral y las buenas costumbres.

El hecho de que la conducta de algunos de los cónyuges encuadre dentro de alguna de las causas de divorcio previstas por la ley, que se consideran violaciones de los deberes y obligaciones conyugales, genera el acto ilícito. Por lo tanto, la causal prevista debe ser imputable al cónyuge culpable para proceder al divorcio.

Existen causales que implican una conducta ilícita de alguno de los cónyuges, como son la mayoría de las previstas en el artículo señalado. Sin embargo, existen otras, como son las relativas a la declaración de ausencia legalmente hecha, a la presunción de muerte, a las enfermedades y a la enajenación mental incurable, las cuales, indudablemente no significan una actitud ilícita o culpable de alguno de los consortes.

**3.2.4.4 Privacía del proceso.-** Esto significa que, a diferencia de los juicios en general en los que las audiencias son públicas, en los casos de divorcio existe una excepción que marca el artículo 280 del Código Procesal, que señala que las audiencias en los juicios de divorcio serán secretas.

**3.2.4.5. Partes.-** Son partes en el juicio los cónyuges; ambos tienen capacidad para participar en el juicio. El Ministerio Público no interviene a diferencia del divorcio voluntario judicial, sin embargo, no debe pasar desapercibido que el artículo 707 del Código Adjetivo Civil, señala que "Se oirá precisamente al Ministerio Público: ... II.- Cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados" De ahí que, en tratándose de divorcio necesario, cuando se afecten intereses de los menores hijos, deberá llamarse a la citada Institución Ministerial.

Debemos tener en cuenta el principio contenido en el artículo 333 del Código Civil que dice que el "divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él" Es un principio evidente que el culpable en caso de divorcio, no tenga derecho subjetivo para iniciar una acción judicial. Esto no impide que quien no tenga derecho alguno pueda incitar a la autoridad judicial mediante una demanda improcedente. No obstante, como una excepción a lo anterior, puede señalarse lo contenido en la fracción IX, del artículo 323 que presume que el cónyuge que se separó del hogar conyugal por causa bastante grave, podía pedir el divorcio, pero si la separación se prolonga más de un año sin que lo haya demandado, el que lo obligó a separarse del hogar, tiene derecho a demandarle el divorcio.

El cónyuge incapaz debe ser representado en juicio por quien ejerza la representación legal. El emancipado tiene libre de administración sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad "de un tutor para negocios judiciales" (artículo 691-II)

La acción de divorcio es una acción personalísima, lo que significa que es exclusiva de los esposos y ninguna otra persona puede ejercitar la acción de divorcio. Esto significa que los acreedores de los esposo no tienen acción, no obstante que tuvieran interés patrimonial sobre los bienes de los cónyuges. Tampoco los herederos de los esposos tienen acción alguna para continuar el divorcio que se hubiere iniciado, pues la muerte disuelve el matrimonio y, por lo tanto, la acción se extingue.

Distinto es el caso en que uno de los cónyuges estuviere sujeto a interdicción posterior a la celebración del matrimonio. Puede acontecer que se hubiera iniciado el juicio de divorcio antes de la interdicción, en cuyo caso el tutor debe continuar el juicio en representación del enajenado. Pero puede también acontecer que no habiendo causa alguna de divorcio, después de declarado interdicto uno de ellos, o el cónyuge sano diere causa de divorcio; en el tutor puede iniciar y tramitar el juicio de divorcio a nombre del cónyuge enfermo, pues puede causársele daños por la actitud ilícita del sano que, inclusive, puede repercutirle patrimonialmente.

**3.2.4.6. Acción.-** La vía es ordinaria civil. Cuando hubieren dos demandas principales, deben acumularse mediante la excepción de conexidad

(artículo 75 del Código Procesal Estatal)

Es frecuente que planteada la demanda de divorcio por uno de los cónyuges en la que se imputan ciertos y determinados hechos al otro, éste al contestar reconvenga también el divorcio por causa que atribuye al cónyuge actor. Puede suceder que ambos ofrezcan pruebas y cada uno llegue a probar su causa. Sobre este particular, hay un principio de incompatibilidad de las causales del divorcio. Es decir, por ejemplo, no puede excusarse o justificarse un cónyuge que injuria, argumentando malos tratos del otro y viceversa, lo que significa que no se autoriza a un cónyuge al otro porque éste con su actitud vicia los deberes y obligaciones conyugales.

#### **3.2.4.7. Las causales deben probarse plenamente.-**

Precisamente por ser de orden público el matrimonio y por estar la sociedad interesada, la Suprema corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia en este sentido: "La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento, y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por tanto, en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir antes de su caducidad"

**3.2.4.8 Pruebas.-** En relación a la testimonial, en esta materia se hace excepción en cuanto a los testigos, permitiendo que puedan declarar parientes, domésticos y amigos, por considerar que son los más aptos para conocer la realidad del matrimonio de los que contienden en un divorcio voluntario. Existe jurisprudencia de la Suprema corte de Justicia de la Nación que dice: "Conforme al sistema del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y

Territorios Federales y Códigos de los Estados, que tienen iguales disposiciones, no sólo los amigos, sino también los domésticos y parientes, son aptos para ser testigos, especialmente en los juicios de divorcio, porque ninguna persona como ellos puede estar más enterada de las desavenencias conyugales”

**3.2.4.9 Caducidad de la acción.** Precisamente por lo señalado en los puntos que preceden, si transcurre un determinado tiempo sin que el cónyuge inocente intente la acción de divorcio ésta caduca. La acción de divorcio debe ejercitarse “dentro de los seis meses al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda” excepto en el caso de la fracción XVIII, del artículo 323 del Código Civil del Estado, es decir en el caso de separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, dado que esa causal puede hacerse valer en cualquier tiempo.

**3.2.4.10 Juez competente.** En relación al Juez competente, el artículo 33 del Código Procesal Civil del Estado, señala que es juez competente para conocer de los negocios de divorcio, el Juez del domicilio del hogar conyugal y, tratándose de abandono de hogar, lo será el del domicilio del cónyuge abandonado.

Puede suceder que los divorciantes no tengan propiamente un domicilio conyugal y por tratarse del ejercicio de acciones del estado civil, será competente el Juez del domicilio del demandado,, de conformidad con el artículo 30-IV del Código Procesal Civil.

**3.2.4.11 Sentencia.-** No hay divorcio sin sentencia. Debe intervenir el Juez Civil y su sentencia tiene características de declaratoria y de condena.

Declara la culpabilidad de alguno de los cónyuges y, como consecuencia, la disolución del vínculo. Condena al culpable, en términos generales, a la pérdida de la patria potestad, al pago de pensión alimenticia, etc.

“Finalmente, según los procesalistas modernos es el tipo de los juicios constitutivos, porque mediante él se da fin a un estado de derecho por otro por completo diferente”

**3.2.4.12 Sanciones.-** El divorcio trae como consecuencia sanciones que se aplican al cónyuge culpable, lo que hay que tener en cuenta al entablar la demanda, a fin de comprenderlas en el mismo escrito, tomando en cuenta que las sanciones provienen de la misma causa de divorcio. Se señalan como sanciones previstas en nuestro Derecho las siguientes: a) pérdida o suspensión de la patria potestad (artículos 497 y 500 del Código Civil) alimentos al cónyuge inocente (artículo 342) alimentos a favor de los hijos (artículo 399) daños y perjuicios a pagar al cónyuge inocente (artículo 342) devolución de las donaciones hechas a favor del culpable y pérdida de lo prometido (artículo 340) espera de dos años para volver a casarse (artículo 343), entre otras.

**3.2.4.13 Terminación del juicio.-** El juicio de divorcio puede terminar por alguna de las siguientes circunstancias: perdón del cónyuge ofendido; reconciliación de los cónyuges; desistimiento del cónyuge que no ha dado causa de divorcio y, por último, muerte de alguno de los consortes.

## **2 CAUSALES DE DIVORCIO.**

Cada una de las causales de divorcio, son independientes unas de otras, lo que significa que no pueden involucrarse unas causas en otras, ni pueden aplicarse

por analogía ni por mayoría de razón. Algunas de ellas, son derivadas de delitos, bien en contra de un cónyuge o de un cónyuge contra los hijos, también por delitos contra terceros. Dichas causales son:

**I) El adulterio de uno de los cónyuges.** El adulterio, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, es el “ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados” Con el adulterio, se violan los deberes de fidelidad, débito carnal, respeto y singularidad que caracteriza al matrimonio.

Uno de los deberes fundamentales del matrimonio es la fidelidad que se viola con la relación génito-sexual con persona distinta al cónyuge; se viola el débito carnal, porque en el matrimonio solo se da moral y legalmente entre cónyuges. La característica de singularidad (exclusividad) exige que esta relación sea entre marido y mujer dentro de la relación conyugal. Involucra también una falta de respeto a la persona y dignidad del otro cónyuge, quien confiando en el compromiso habido entre ambos se ha entregado en forma total y permanente; el adulterio, en este aspecto significa una infidelidad al no haberse respondido con la misma entrega exclusiva, permanente y singular.

“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” según lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es necesario, por tanto, recurrir a las pruebas indirectas y a las presunciones que pueden ser suficientes y fundamentales en este caso. Por ejemplo, el hecho de que la esposa dé a luz a un hijo durante la ausencia del marido presume relaciones adulterinas. En esta

materia, el adulterio puede comprobarse utilizando cualquier medio de prueba, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos puede ofrecer, para determinar la maternidad o paternidad.

“Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del adulterio, basta la prueba presuntiva” según ha dicho la Corte.

Debemos tomar en cuenta que existe un plazo de seis meses para intentar la acción de divorcio. Sin embargo, se puede ejercitar en cualquier momento, mientras dure la relación de adulterio, pero si termina, la acción de divorcio debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a su conclusión; es decir, mientras no concluye se entiende que son actos de tracto sucesivo y continuamente se está cometiendo la ofensa.

**II) El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse aquél y que judicialmente sea declarado ilegítimo.** Diversos autores han considerado que en este caso, se viola la fidelidad y el respeto como valores y la legalidad como característica del matrimonio. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido antes de la celebración de éste, nos hace recurrir al artículo 381 del Código Civil, que establece una presunción juris tamtum, consistente en que se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario, los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio. Contra esta prueba, no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hayan precedido al nacimiento.

**III) La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera renumeración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.-**

Existe una evidente falta de respeto a la dignidad de los cónyuges. Estudiosos del derecho, han considerado que por virtud del compromiso conyugal ambos se entregan mutuamente en forma exclusiva para tener una vida en común, lo que significa una unidad en la convivencia conyugal. Sin embargo, afirman que, con esta causal de divorcio, se atenta severamente contra la libertad de la mujer, amén de que con la coacción física o moral, para que ésta tenga relaciones carnales fuera del matrimonio, se rompe la característica de singularidad, es decir, la exclusividad de las relaciones sexuales entre marido y mujer.

Se debe tomar en cuenta que en este caso no se trata solo de la tentativa, es decir, de la propuesta para prostituir, sino que comprende también la prostitución en sí misma. Es decir, que no solamente cuando el cónyuge proponga, sino también cuando se obtenga que la mujer tenga relaciones carnales con otros, bien sea por coacción física o moral, de tal forma que la mujer no consienta por propia voluntad, sino por temor a represalias.

**IV) La incitación o la violencia hecha por un cónyuge a otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.** Cada cónyuge debe respetar la personalidad del otro. La incitación a la violencia es alterar, mediante presión, la actitud del cónyuge en tal forma que llegue a manifestarse como agresor y cometa un delito, por lo cual, se le priva también de la libertad para decidir las situaciones que en la vida conyugal se presenten.

Independientemente del divorcio que obtenga el cónyuge provocado, puede haber casos en que ambos sean responsables penalmente y sufran las sanciones que imponga el Código Penal.

**V) Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.** En esta fracción se involucran dos causas, que son: la conducta de alguno de los cónyuges para corromper a los hijos, bien sean de ambos o de uno de ellos; y la tolerancia en la corrupción de éstos. Es de observarse que se refiere a los hijos, independientemente de su edad.

Dentro de la relación interpersonal y jurídica paterno-filial, tanto los padres como los hijos se deben mutuo respeto, de lo contrario, será imposible la relación filial. En el caso a estudio, resultan violados los propios principios de la patria potestad, que comprende la custodia, la educación y “la obligación de educarlos convenientemente” (artículo 476) La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que “Nuestro régimen legal, en relación con el matrimonio, que es de carácter monogámico, cimentándose además, en la permanencia la razón del ser y finalidad del matrimonio, se sustenta en la idea de un respeto y comprensión absoluta entre los cónyuges, para dar creación moral a la célula que constituye la familia dentro del conglomerado. En esa virtud, resulta obvio que cualquier actividad que se realice por parte de uno de los miembros del matrimonio, que pueda traer como consecuencia un cambio o desviación moral en la psiquis de los hijos, implica, necesariamente, corruptibilidad.”

**VI y VII) Enfermedades que son causa de divorcio.** Dentro de este punto, agrupamos las causas comprendidas en las fracciones VI y VII del artículo 323 del Código Civil, a saber:

“enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o que científicamente haga prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes de ese matrimonio o padecer impotencia incurable” en el entendido de que no es causa de divorcio la impotencia en uno de los cónyuges si sobrevino el matrimonio y como consecuencia natural de la edad y, por último “enajenación mental incurable”

Se debe tomar en cuenta que en estas causas no opera la caducidad de la acción por el transcurso de seis meses, pues se trata de situaciones permanentes de tal manera que mientras esté presente la enfermedad o la impotencia, el cónyuge sano puede invocarla en cualquier momento, pues “la causal de divorcio consistente en la enajenación mental incurable de uno de los cónyuges está constituida por actos de tracto sucesivo, que se manifiestan en una fecha precisa y se van renovando en cada instante... haciendo imposible la caducidad de la acción” Lo mismo ocurre para el caso de impotencia y para las enfermedades.

Lo característico de las enfermedades para que sean causa de divorcio, es que sean incurables y además contagiosas hereditarias.

En el caso concreto de la impotencia, puede afectar tanto al hombre como a la mujer “pues se incurre en un error cuando se expresa que la causal de impotencia sólo la concede la ley a la mujer, por no ser posible que ésta sea

impotente, puesto que la existencia de obstáculos vulvares o vaginales pueden ocasionar esta impotencia en el agente femenino de la cópula” según lo ha expresado la Suprema Corte de la Nación.

**VIII) La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada.** Esta fracción evidentemente viola los deberes de vida en común, es decir, la unidad que se deben los cónyuges, así como la permanencia, el diálogo, el socorro y la ayuda mutua y las obligaciones de alimentos, sostenimiento del hogar y servicios personales que entre cónyuges deben darse.

La separación debe ser de la casa conyugal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha preocupado por dar elementos necesarios para integrar un concepto de domicilio conyugal y entre otros señala que deben tener casa o lugar propio donde habitar los cónyuges y su familia y no estar de “arrimados” en domicilio de otros.

Sobre el significado del término separación se ha abundado bastante y existen diversas sentencias de la Suprema Corte. Algunas de ellas señalan que no es suficiente que el demandado hubiere abandonado el hogar conyugal, si no ha roto totalmente los lazos matrimoniales y suministra ayuda económica, esto es, se toma en consideración que no hay separación, si existe ayuda económica. Otras tesis señalan que aún cuando el demandado demuestre que cumplió con las obligaciones económicas para con su esposa y para con sus hijos, no puede ser demostrativo, en forma absoluta, que el mismo no se separó del hogar conyugal. La corte finalmente, se ha inclinado por este último criterio, porque ha considerado que solo basta probar a) la existencia del matrimonio b) la existencia del domicilio conyugal y c) la separación de uno de los cónyuges de la morada

conyugal por más de seis meses sin motivo justificado.

Por otro lado, surge el problema sobre qué debe entenderse por causa justificada en la separación de la casa conyugal por alguno de los cónyuges. Sobre el particular Eduardo Pallares se pregunta:

¿Qué debe entenderse por causa justificada?

¿La justificación será de naturaleza legal o inclusive moral o social?

¿Ha de ser causa grave?

¿Los jueces gozan de prudente arbitrio para considerar los hechos alegados por el cónyuge que se separa como causa justificada?

Establece, el citado autor que la causa justificada dependerá de la delicadeza de las personas, puesto que algunas la considerarán como un lenguaje grosero la justificación para separarse, en cambio para otras personas no tendría mayor importancia. Que la justificación no se refiere a aspectos legales solamente, sino también a los aspectos morales o sociales. Que la causa de separación debe ser grave, toda vez que el interés de la sociedad y el Estado está en que se conserve la permanencia y unidad entre los cónyuges y que el tribunal a su vez goza de prudente arbitrio para calificar y determinar cuándo son justificadas las causas.

Finalmente, es de considerar que esta causal no caduca dentro del término de seis meses que prevé el Código, pues la Corte ha estimado que se trata de una relación continua y de tracto sucesivo, sin embargo, la existencia de la causal prevista en la fracción XVIII como "la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado" nos indica que la que se estudia tiene un límite para su ejercicio, que es la invocación de la

consignada en la fracción XVIII.

**IX) La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante grave para pedir el divorcio, si no se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable demanda de divorcio.** En este supuesto, la acción concedida al cónyuge que dio causa a la separación del otro del domicilio conyugal, solamente tiene por objeto obtener la disolución del vínculo matrimonial; pero los efectos que por esto se produzcan en relación con la situación de los hijos y las obligaciones de suministrar alimentos, se resolverán teniendo como cónyuge culpable al que se compruebe que incurrió en alguna de las causas mencionadas en las demás fracciones de este artículo, según lo dispone el propio Código en esta fracción.

**X) La declaración de ausencia legalmente hecha o la de la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita, para que se haga, que proceda la declaración de ausencia.-** En esta causal no hay culpa del ausente o del presunto muerto. Sin embargo, esta situación hace imposible el cumplimiento de los deberes conyugales. “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 esta razón, con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro cónyuge la acción de divorcio”

La declaración de ausencia sólo procede “pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado representante” (Art. 717) En cuanto a la presunción de muerte, el artículo 753 nos previene que procede a instancia de parte interesada “cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia”

**XI) La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan imposible la vida en común.** En este artículo encontramos tres causales que son: la sevicia, las amenazas y las injurias graves, que pueden invocarse cada una aislada, o bien conjuntamente, cuando se presenten en un caso determinado. Debemos observar que en esta causal se refiere a las sevicias, amenazas o injurias “de un cónyuge para el otro” lo que quiere decir que se excluyen a los miembros de la familia.

En estas causales, hay culpa de alguno de los consortes que por su gravedad hace imposible o difícil la convivencia conyugal.

La injuria implica agravio, ultraje de obra o de palabra. Injuria “es toda acción proferida o toda acción ejecutada con el ánimo de manifestarle al otro desprecio, o con el fin de hacerles una ofensa” La injuria debe ser grave. La gravedad hace referencia a la vida conyugal, de tal manera que la injuria o injurias hagan imposible la vida conyugal.

Sobre el particular debemos tomar en consideración que en México existe un mosaico de culturas y que no es posible aceptar como injuria quizá en algunos matrimonios lo que en otros significa una verdadera injuria. El Juzgador debe valorar las pruebas para determinar si se ha roto el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial, esto es, que se provocó un profundo alejamiento entre los consortes.

La sevicia se refiere a la crueldad excesiva, malos tratos y golpes “La sevicia

la constituyen los tratamientos de obras que revelan crueldad en quien los ejecuta, sin que, sin embargo, impliquen un peligro para la vida de las personas” Para que haya sevicia debe haber crueldad excesiva, que haga imposible la vida en común y no un simple atentado.

“Las amenazas son actos en virtud de los cuales se hacen nacer en un individuo el temor de un mal inminente sobre su persona, sus bienes o sobre la persona o bienes de seres que le son queridos” Estudiosos del derecho afirman que debe ser grave, que no basta, por regla general, un solo acto, sino que debe haber una serie de amenazas, aun cuando los tribunales tienen amplias facultades para resolver el caso concreto.

**XII) La negativa de los cónyuges a darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 161, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 162 y 163.-** El incumplimiento de las obligaciones conyugales hace difícil la vida en común, pues ésta, al verse dentro del domicilio conyugal y no haber participación de alguno de los consortes en el sostenimiento del hogar, genera las consecuentes dificultades para el sostenimiento. Se afecta también el socorro y la ayuda mutua en su parte material.

Debe tomarse en consideración que esta causal de divorcio “requiere de una cuidadosa aplicación, porque se corre el riesgo de que, por confusión, se le dé el tratamiento que corresponde a la acción de petición de alimentos entre los cónyuges, confusión derivada de que ambas acciones tienen como causa aparente el mismo contenido, esto es, el incumplimiento del cónyuge demandado a la obligación de ayuda que le impone el matrimonio. Pero ambas acciones de

divorcio y de petición de alimentos entre los cónyuges, tienen procedimientos diversos y reglas propias de comprobación, diferencias que provienen fundamentalmente de que persiguen finalidades contrarias, pues mientras la primera destruye el matrimonio, la segunda tiende a conservarlo. El concepto objetivo de diferenciación radica en el grado, calidad o gravedad del incumplimiento. Así, cualquier falta, aunque sea mínima al deber de proporcionar alimentos, funda la acción de petición de alimentos o el aseguramiento en contra del cónyuge incumplido; en cambio, los elementos de la causal de divorcio especificada en la fracción de mérito, son en primer lugar la negativa injustificada a cumplir con las obligaciones que impone el artículo 161 del mismo ordenamiento y, en segundo que ese incumplimiento tenga la gravedad suficiente para poner de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a los hijos que haga imposible la vida en común” (Amparo directo 1194/85. Jaime Joel Torres Loyola. 24 de febrero de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Corrales González. Secretario: Arturo Ramírez Sánchez)

Por tratarse de acto de tracto sucesivo, toda vez que la alimentación debe darse permanentemente, esta causal no caduca, pues siempre podrá invocarse la negativa del cónyuge a cumplir sus obligaciones y, evidentemente, solo podrá ejercitarse cuando no se puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 163 y 163 del Código Civil, que disponen que “La mujer siempre tendrá derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios, emolumentos por las cantidades que corresponde para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tendrá derecho preferente sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos” (art. 162) y que “El marido tendrá el derecho que a la mujer concede el artículo anterior, en los casos en que ésta tenga obligación de contribuir en

todo o en parte para los gastos de la familia y del hogar” (art. 163)

**XIII) La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra otro por delito intencional, que merezca pena mayor de dos años de prisión.** La Corte ha establecido que “Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el Juez civil tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge a otro, de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges, que hace imposible la vida en común”

**XIV) Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que implique deshonra para el otro cónyuge o para sus hijos, por el que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años.** Las relaciones familiares y conyugales deben basarse en la conducta honesta y digna de los consortes y progenitores a la vez. No basta solamente que entre ellos se tenga una conducta sana y digna, sino que como toda persona que se estima debe tener cuidado en sus relaciones con los demás, a fin de evitar conductas delictivas que lo perjudiquen en lo personal y trasciendan a la relación conyugal y familiar. Evidentemente que un delito, cometido por uno de los cónyuges, produce un descrédito a la familia que afecta directamente al otro

cónyuge y a los hijos, lo cual hace desmerecer la imagen del delincuente en su familia y ante el otro cónyuge.

**XV) Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.** Se afectan la vida familiar y conyugal que debe ser en común dentro del hogar y en un ambiente de unidad. Se afecta también la obligación de dar alimentos, pues las situaciones planteadas en esta causal, no pocas veces, atentan contra la estructura económica conyugal o familiar, dejando muchas veces en ruina a la familia o dificultando gravemente el sostenimiento del hogar. Es sumamente difícil el diálogo conyugal o familiar con personas enfermas, en estado de embriaguez o adictos a drogas enervantes.

Debe observarse que los vicios a los que se refiere esta fracción por sí mismos no son causales de divorcio, sino "cuando amenazan causar ruina de la familia o constituyen un motivo continuo de desavenencia conyugal" Por tanto, esta causal comprende dos aspectos: el primero, la existencia del vicio, del juego, o la embriaguez; y el segundo, la amenaza de la ruina de la familia, o la continua desavenencia conyugal "Para que pueda probarse el hábito de la embriaguez como causal constitutiva del divorcio, es menester que la adicción del demandado al consumo de bebidas embriagantes sea de tal naturaleza que amenace causar la ruina familiar o constituya un continuo motivo de desavenencia conyugal, por lo que al no justificarse lo anterior, la causal de divorcio no puede prosperar" según ha dictaminado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**XVI) Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, acto**

**intencional que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.** Sobre esta causal específica, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que “Es verdad que la causal prevista por la fracción XVI del artículo 226 del Código Civil del Estado de San Luis Potosí -consistente en que uno de los cónyuges cometa contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de una persona extraña, siempre y cuando tenga señalada en la ley una pena superior a la de un año de prisión (como también se establece en el de Guanajuato)-, depende de la apreciación del juzgador sobre las pruebas que en el proceso civil rinda el actor, con miras a verificar, para los efectos del divorcio, si efectivamente el cónyuge demandado con actos de aquella naturaleza dio motivo al divorcio, con independencia absoluta de que haya o no existido una averiguación culminada por una sentencia estableciendo la responsabilidad penal del cónyuge imputado” (Amparo directo 4273/70. David Rodríguez López. 15 de marzo de 1971. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela)

**XVII) El mutuo consentimiento.-** Cuyo estudio en líneas anteriores ya quedaron precisadas y que, muchos autores Guanajuatenses, entre ellos Arturo G. Pacheco, dicen que “Si bien es cierto que en sentido estricto podría señalarse como causal (causa de divorcio simplemente) no tiene el mismo sentido que la causal da el legislador en todas las demás fracciones. En otras, la palabra causal tiene el sentido de acto que, cometido por el otro, da a éste el derecho de exigir de aquel la ruptura del vínculo jurídico y sus consecuencias conduce a lo que se llama divorcio necesario o forzoso. En esta fracción se toma la palabra con otro sentido y en otro nivel o grado lógico. Es por naturaleza contrario del otro. Conduce a lo que se llama divorcio voluntario o por mutuo consentimiento. Por esa razón, no corresponde estar en la clasificación del artículo sino quedar en otro diverso”

**XVIII) La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.** La frase “independientemente del motivo que la haya originado”, según autores civilistas, no puede interpretarse en el sentido de que en esta causal quepan, o puedan hacerse valer, situaciones conyugales o familiares previstas en otras causales.

Se pretende que con esa causal se resuelvan jurídicamente situaciones inciertas. Los Tribunales Federales han encausado esta fracción que se comenta delineando su procedencia, cuando dicen que esta causal de divorcio “surgió para ajustar la legislación a la realidad social a fin de regularizar la situación jurídica fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital, que estando casados sólo mantienen el vínculo jurídico formal, el que en la realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han podido conseguir el divorcio, por lo que es aplicable solo a quienes se encuentren en esta situación” el Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Primer circuito, que el motivo de esta causal es porque ya no se cumplen “con los fines del matrimonio y las obligaciones jurídicas que de él se derivan, como son, entre otras, la ayuda mutua entre los cónyuges, la obligación de proporcionar alimentos, la perpetuación de la especie, la educación de los hijos, etc.” Este criterio lo confirma Planiol, cuando dice que en estas causas se ve “en el divorcio un remedio para liberar a alguno de los esposos del lazo conyugal, tan pronto como no pueda alcanzar ya el fin del matrimonio, aunque no haya ninguna culpa por parte del otro cónyuge”

Cabe precisar que en tratándose de esta causal, cualquier cónyuge puede invocarla en cualquier tiempo y no tendrá más objeto que el de declarar la disolución del vínculo, pues en ella no se califica la culpabilidad o inocencia de los cónyuges. Finalmente, debe decirse que ambos consortes conservan la patria potestad de los hijos, quedando vigentes todas las obligaciones relativas a alimentos. La custodia de los menores, en este caso, la tendrá el cónyuge con el que hayan vivido, pero los menores que hubieren cumplido catorce años, podrán elegir a su custodio. El contrato de matrimonio con relación a los bienes terminará al declararse el divorcio y se procederá a la liquidación en los términos de la ley, sin perjuicio de lo que las partes convinieran al respecto.

## **1 GENERALIDADES.**

En el artículo 336 del Código Civil del Estado, se contienen las medidas provisionales que debe dictar el Juez como necesarias para la protección de las personas y bienes de los divorciantes y de sus hijos.

Las medidas provisionales son una manera de proteger a las partes del juicio, de una u otra forma, de las consecuencias inherentes a la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso. Esas medidas, que producen efectos durante el proceso, tienen como características las siguientes: pueden decretarse al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia; no se decretan como definitivas y tienen efectos "solo mientras dure el juicio", como expresamente lo refiere el artículo 336 invocado y no son de ejecución irreparable, pues se pueden combatir mediante el recurso de apelación que contempla el artículo 412 del Código Procesal Estatal o, en su caso, en la apelación contra la sentencia definitiva.

Estas medidas provisionales se dictan sin audiencia del otro consorte, según lo dispone el artículo 411 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, hecha la excepción del supuesto que prevé la fracción VI del precepto 336 del Código Sustantivo, que obliga a la audiencia del cónyuge demandado, en tratándose de la medida provisional de depósito de menores, en cuyo caso debe oírse al cónyuge demandado, para que, ambos contendientes, de común acuerdo decidan sobre la guarda y custodia de los hijos, en cuyo defecto, el Juez, con audiencia del otro cónyuge resolverá inmediatamente, designando a la persona en caso de no ser aceptada la propuesta. En los demás casos, el Juez tiene amplias facultades para decidir sobre las medidas provisionales, sin audiencia del consorte

que no las solicita.

Estudiaremos pues, a continuación, las medidas provisionales que prevé el artículo 336, del Código Civil, en relación con los artículos conducentes del Código de Procedimientos Civiles, en el entendido de que dejaremos al final, las fracciones I y II del citado 336, que prevén, respectivamente "La separación de los cónyuges en todo caso" y "El depósito o separación de los cónyuges en los términos del Código de Procedimientos Civiles del Estado" materia de esta tesis.

## **2 MEDIDA PROVISIONAL EN RELACIÓN A LOS ALIMENTOS.**

Como medida provisional, el Juez debe "señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos" (fracción III del artículo 336 del Código Civil)

Sobre este particular, Pallares decía que para que "esta medida precautoria no traiga consigo la violación al artículo 16 Constitucional es necesario, no sólo que esté fundada en la ley, sino también estar motivada, tal como lo exige el mencionado precepto de nuestra Constitución. La motivación consiste en la prueba de que el cónyuge que demanda el divorcio y sus hijos tienen necesidad de percibir la pensión alimenticia. Además, es igualmente indispensable la prueba de estos dos extremos: que el deudor alimentario se encuentre en condiciones económicas suficientes para pagar los alimentos y la prueba de la cantidad a que deban ascender estos últimos"

Cierto es, en términos generales, que si no se cumplen los extremos previstos por los artículos 14 y 16 Constitucionales, quien se viere forzado a cumplir una orden de autoridad sin haber el debido proceso legal, o sin que fuere fundada y

motivada la resolución judicial, puede demandar el amparo y protección de la Justicia Federal. Sin embargo, en materia de alimentos encontramos una excepción, la contenida en los artículos 401-I, 402 y 411 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, que contemplan el otorgamiento de la medida precautoria de embargo de bienes suficientes para garantizar el pago de alimentos provisionales, sin audiencia de la contraparte y sin notificación previa.

Estos preceptos legales podrían parecer inconstitucionales y combatirse mediante el amparo contra la ley, pero ya ha sido resuelto en varias sentencias de la Suprema corte de Justicia de la Nación: unas referentes a la legislación del Estado de Michoacán y una del Distrito Federal. Esta última dice:

“Al disponer el artículo 282 fracción III del Código Civil, que al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiera urgencia, se dictará provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, el señalamiento y aseguramiento de los alimentos que el deudor alimentario debe dar al cónyuge acreedor y a los hijos, quiere decir que la providencia respectiva puede dictarse sin audiencia previa del deudor, ya que se trata de una medida urgente para fijar una pensión alimenticia provisional, simplemente precautoria, sin que la resolución que la establezca sea definitiva ni de ejecución irreparable, puesto que si el deudor alimentario estima que se le afecta su patrimonio sin motivo legal, puede combatir esa afectación una vez que se integre la relación procesal mediante el respectivo incidente de reducción de la pensión, ya que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales, pueden modificarse en sentencia interlocutoria, lo que revela la procedencia del incidente mencionado; por otra parte, es de considerarse que, como la resolución que decreta la pensión de alimentos provisionales no puede

dictarse sino cuando quien la exige ha acreditado previamente el título, las actas de Registro Civil que demuestran el matrimonio, el nacimiento de los hijos, etcétera, es claro que se está frente a normas jurídicas análogas a las que regulan las providencias precautorias y aún las ejecutivas, en que para dictarlas no se oye previamente al deudor y que, no obstante esta circunstancia, no son inconstitucionales porque se le oye en el juicio; y por último, es de advertir que la petición de alimentos provisionales, en los casos de divorcio, se basa substancialmente en la necesidad ineludible e inaplazable de obtener alimentos, todo lo cual ha sido reconocido por la Tercera Sala de la Suprema corte de Justicia, en la ejecutoria pronunciada el 23 de octubre de 1957, en el amparo D-5827/54. Alfonso Salazar García. Volumen IV, cuarta Parte, pág. 34, Semanario Judicial de la Federación, Sexta época, intitulada: *Alimentos provisionales. El procedimiento para obtenerlos no es anticonstitucional.* (Chiapas y Jalisco) Y en tales condiciones, debe considerarse que la prueba testimonial rendida ante el Juez de conocimiento a fin de proporcionarle información sobre las posibilidades económicas del deudor alimentario, no requiere para su desahogo audiencia del deudor y no es necesario que la oferente anuncie con anticipación el nombre y domicilio de los testigos, por no ser aplicable para tales efectos el artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles, dado que de momento no se trata de resolver ninguna cuestión controvertida, sino sólo de establecer medidas provisionales atendiendo a la necesidad ineludible e inaplazable relativa a alimentos provisionales”

Otro tema a tratar hablando de alimentos es la fijación de su monto. Sobre el particular, debemos tomar en cuenta siempre lo que dice el artículo 365 del Código Civil del Estado, en el sentido de que “los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos” Para satisfacer estos extremos de justicia, deben rendirse las pruebas

conducentes que permitan al Juez, conociendo las circunstancias y las exigencias tanto del acreedor alimentario como las posibilidades del deudor, determinar provisionalmente su cuantía.

Por tratarse de medidas cautelares, es decir, que se dictan antes del juicio, o al iniciarse éste, y en ese momento no se está en posibilidad de desahogar todas las pruebas, deben buscarse y ofrecerse al Juez algunos elementos de juicio, es decir, debe acreditarse “el derecho con que se piden los alimentos” “la necesidad de los mismos y la posibilidad de quien deba darlos” como lo dispone expresamente el artículo 402 de nuestro Código Procesal Civil.

En esta materia, queda también el asunto relativo al aseguramiento de los alimentos. El artículo 371 del Código Civil, dice que el aseguramiento puede consistir en hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos. Como casos prácticos en este rubro, podemos citar lo siguiente: Si el deudor alimentista es empleado e informado de este hecho, el Juez puede fijar la pensión alimenticia provisional en un porcentaje del sueldo mensual que reciba el deudor, ordenando se gire oficio a la empresa para que deduzca sus prestaciones; si el deudor alimentista no es asalariado y sus percepciones derivan del libre ejercicio de su profesión, de actividades comerciales, etcétera, entonces deberá probarse, con los documentos o pruebas que se estimen conducentes, los ingresos del deudor alimentista, pero en este último caso, y supuesto que carezca de bienes inmueble, sólo quedaría la prenda sobre los muebles y las medidas de apremio que el Juez pueda decretar en caso de que el deudor no cumpla, lo cual hará necesaria una permanente actividad del acreedor alimentario para poner en conocimiento del juez las anomalías o incumplimiento del deudor, a quien se le puede incluso acusar penalmente.

Finalmente, cabe mencionar que el artículo 375 sustantivo, prescribe que la obligación de dar alimentos cesa en caso de injuria, falta o daño graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos y, según lo dispone el artículo 377, cuando el marido no estuviere presente, o estándolo rehusare entregar a la mujer lo necesario para los alimentos de ella o de los hijos, será responsable de las deudas que la esposa contraiga para cubrir esa exigencia; pero sólo en la cuantía estrictamente necesaria para ese objeto y siempre que no se trate de gastos de lujo.

### **3 MEDIDA PROVISIONAL EN RELACIÓN A LOS BIENES DE LOS CONSORTES.**

En estos supuestos, resulta aplicable la fracción II del artículo 401 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, que contempla la medida precautoria, dentro del juicio o antes de iniciarse éste, de depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles, sobre los que verse el pleito, esto es, la sociedad conyugal. Al efecto, debe acreditarse la existencia de un temor fundado o el peligro de que las cosas, libros, documentos o papeles puedan perderse o alterarse, como lo dispone el artículo 404 del Código invocado, amén de que el que solicite la medida otorgará previamente garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen, sin que la contraparte pueda otorgar garantía para que se levante la medida o para que no se lleve a cabo, en el entendido de que para fijar el importe de la garantía, el Juez, puede escuchar, cuando lo estime necesario, el parecer de un perito.

#### **4 MEDIDA PROVISIONAL EN RELACIÓN A LA MUJER QUE QUEDE ENCINTA.**

Estas medidas son las mismas que el mismo Código Civil previene para la viuda embarazada, que se aplican en lo conducente al caso de divorcio y que "tienen como finalidad establecer la certeza del parto, para con ella poder determinar la filiación del hijo por nacer"

La ley señala en los artículos 2876 a 2879, ciertas precauciones que deben tomarse cuando la mujer queda encinta y el marido muere. Las mismas medidas se aplican cuando la mujer que se divorcia se encuentra embarazada y, no son otras que las siguientes:

**1.-** La mujer que quede encinta, deberá ponerlo en conocimiento del Juez que conozca del divorcio, dentro del término de sesenta días.

**2.-** El marido puede pedir al Juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, la substitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo sea, cuidando el Juez que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni a la libertad de la esposa.

**3.-** Se haya o no dado el aviso de la esposa sobre el embarazo, ésta debe ponerlo en conocimiento del Juez, para que lo haga saber al esposo, quien tiene derecho a pedir que el juez nombre una persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento, debiendo recaer el nombramiento de un médico o en una partera.

4.- Si el marido reconoció en instrumento público o privado la certeza de la preñez de su consorte, estará dispensada ésta de dar el aviso precisado en el apartado 1, pero quedará sujeta a cumplir con el aviso de la época del parto, señalado en el apartado 3.

## **5 MEDIDA PROVISIONAL EN RELACIÓN A LOS HIJOS.**

También están las medidas previstas relativas a la custodia de los hijos habidos de los cónyuges. Nuestro Código parte de la conveniencia de que los padres se pongan de acuerdo sobre la persona que debe cuidar a los hijos (artículo 336-VI del Código Civil) en "defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos" lo que, según civilistas les parece razonable pues se presume que el que pide el divorcio es el cónyuge inocente y éste tiene más derechos que el demandado para designar persona para la custodia de los hijos, que, inclusive, puede ser el mismo cónyuge actor en el juicio.

Como no siempre es posible obtener el acuerdo de los cónyuges, el Juez, resolverá lo que conviene para los hijos, pero siempre observando las disposiciones que para tal efecto señala el Código de Procedimientos Civiles, en el que se prevé que el depósito de los menores debe hacerse en el domicilio de una familia honorable o institución de beneficencia en que deben permanecer, entre tanto se resuelve el negocio (artículo 408) Aquí cabe preguntarnos ¿qué considera la ley como domicilio de familia honorable? ¿Puede ser ese domicilio el propio hogar conyugal? Y de no considerarse así ¿los menores hijos del matrimonio deben abandonar su hogar, para irse a vivir a un domicilio de familia

honorable o a una institución de beneficencia? De estas interrogantes nos ocuparemos más adelante, cuando abordemos el tema central de esta tesis: el depósito de la mujer en el divorcio como violación a la garantía de igualdad, dada la íntima relación que tiene esa medida precautoria con la medida precautoria de depósito de menores.

Mientras tanto, debe decirse que el propio artículo 408 invocado, prescribe que el depósito de los menores puede ser solicitado por cualquiera de las partes o por el Ministerio Público, pero "Cuando se ordene el depósito de los menores, siempre quedarán en poder de la madre los que necesiten indispensablemente sus cuidados. Sólo que ésta se niegue a cuidarlos o se demuestre que no cumple con sus deberes, se proveerá al cuidado de los mismos" como reza el artículo 409 del Código Procesal invocado. No obstante lo anterior, esta última disposición debe aplicarse en forma moderada y no indiscriminadamente en todos los casos, porque resulta patente el deber del juzgador de tomar en cuenta, ante todo, el interés del menor o menores sobre cualquier otro aspecto, como más adelante se verá. Así, al tener importancia prioritaria lo que más beneficie a los infantes, sólo de manera secundaria prevalecería el interés de las personas con derecho a reclamar su custodia, a pesar de existir la presunción de ser la madre más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente "porque si bien ello tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto casi siempre corresponde a la madre su atención y cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del o de los citados menores involucrados al respecto" como lo asentó el Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Segundo Circuito en su tesis II.2º. C 397 C.

#### **4.5.1. Interés superior de los menores.**

Debe decirse pues, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha estimado que el interés de los menores está por encima del propio interés de los cónyuges y los jueces deben intervenir y velar siempre por ellos, protegiéndolos en su persona, alimentos y bienes. Tan es así que, sin importar la acción intentada, el Juzgador, aún de oficio, debe escuchar a los menores a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.

A mayor abundamiento, la Honorable Corte, ha dicho también que los Jueces Federales tienen el deber de suplir la deficiencia de los conceptos de violación o de los agravios respectivos, siempre que esté de por medio, directa o indirectamente, el bienestar de un menor de edad o de un incapaz, sin que para ello sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quien o quienes promuevan el juicio de amparo o el recurso de revisión, toda vez que el interés jurídico en las cuestiones que pueden afectar a la familia y principalmente en las concernientes a los menores y a los incapaces, no corresponde exclusivamente a los padres, ya que su voluntad no es

suficiente para determinar la situación de los hijos menores; por el contrario, es la sociedad, en su conjunto, la que tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor o del incapaz. Luego, dice la Corte “no hay excusa tocante a la materia ni limitante alguna para la intervención oficiosa y obligada de las autoridades jurisdiccionales en esta clase de asuntos, pues la sociedad y el Estado tienen interés en que los derechos de los menores de edad y de los incapaces queden protegidos supliendo la deficiencia de la queja, independientemente de quienes promuevan en su nombre o, incluso, cuando sin ser parte pudieran resultar afectados por la resolución que se dicte”

#### **4.5.2. Convención Internacional sobre los derechos del niño (1989)**

Todos estos criterios, surgieron a raíz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, decretada por el reconocimiento que hicieron los Estados partes, entre ellos nuestro país, de que la familia, como elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, aunado al reconocimiento que hicieron los firmantes de la citada convención, de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de una familia con un ambiente de felicidad, amor y comprensión y de que debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, amén de haber tenido presente, que como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, “el niño, por su falta de madurez física y

mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” México ratificó la citada Convención el 21 de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

En el artículo 9, la citada Convención señala que “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior de los niños. Tal determinación puede ser necesaria en caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño” Según el artículo invocado, en este procedimiento debe ofrecerse a todas las partes interesadas, la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. Los Estados partes deben velar para que los niños mantengan relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

#### **4.5.3. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.**

Fue así como en el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo de 2000, fue publicada la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria del párrafo sexto del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se dispone que “Los niños y

niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral” Sexto párrafo al que deben sumarse los párrafos séptimo y octavo, en los que se impone a los ascendientes, tutores y custodios el deber de preservar esos derechos y, al Estado, propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, amén de otorgar las facilidades de los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Por lo que toca a la medida de depósito de los menores, la citada ley, en su artículo 23, aduce que el Estado debe velar porque los menores solo sean separados de “sus padres y de sus madres” mediante sentencia u orden preventiva judicial que declare legalmente la separación y de conformidad con causas previamente dispuestas en las leyes, así como de procedimientos en los que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas incluidas niñas, niños y adolescentes. “Las leyes establecerán lo necesario, a fin de asegurar que no se juzguen como exposición ni estado de abandono, los casos de padres y madres que, por extrema pobreza o porque tengan necesidad de ganarse el sustento lejos de su lugar de residencia, tengan dificultades para atenderlos permanentemente, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, los traten sin violencia y provean a su subsistencia”

De ahí pues, la obligación del Juzgador de ver siempre, por encima de los propios intereses de los padres, por los intereses de sus menores hijos.

## **6 MEDIDAS PROVISIONALES EN RELACIÓN A LOS CÓNYUGES.**

Por último, abordaremos un tema fundamental en la elaboración de esta tesis: las medidas provisionales que pueden decretarse, en relación a los cónyuges.

Nuestra legislación sustantiva, al igual que la mayoría de las de otros Estados, coinciden en que previo a la demanda o al presentarse ésta, el Juez debe separar a los cónyuges. Esta separación puede provocar serios conflictos y dificultades, por ejemplo el lugar para que habite la mujer o que uno los cónyuges pretenda impedir la separación, porque en algunas de esas legislaciones aún no está reglamentado el procedimiento y los términos en que debe expedirse dicha medida.

Previo a entrar al estudio de nuestra legislación sobre el particular, consideramos pertinente citar a continuación el procedimiento, desde la petición de la medida hasta su ejecución, previsto en el Código Procesal Civil para el Distrito Federal, a saber:

#### **4.6.1. Procedimiento en el Distrito Federal para la separación de los cónyuges.**

Puede solicitarse al Juez de lo familiar la separación antes de iniciarse el juicio de divorcio (artículo 205 C.P.C.) como acto prejudicial, después del cual se requiere presentar la demanda, cuyo plazo podrá ser “hasta de quince días contados a partir del día siguiente de efectuar la separación” (artículo 211 C.P.C.) A juicio del juez podrá concederse, por una sola vez, una prórroga por igual

término.

Tanto el Código Civil como el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal antes de las reformas de 1975, hablaban del “depósito” de la mujer, lo que parecía a muchos autores, incorrecto e ilegal, pues aducían que se trababa de una persona humana con libertad, y el hecho de depositarla privaría al cónyuge que fuera depositado de las garantías constitucionales que permiten a toda persona libertad para transitar y vivir donde quiera. Actualmente se cambió el concepto de depósito por el de separación de los cónyuges como medida prejudicial, y hubo una modificación total en el Código de Procedimientos Civiles permitiendo al juez, en este caso, mayor libertad de acción para imponer las medidas de apremio necesarias.

En el Código de Procedimientos Civiles, antes de las citadas reformas, se obligaba al Juez a trasladarse al domicilio conyugal y sin la presencia del marido, se hacía comparecer a la mujer para que ratificara o no el escrito que había presentado solicitando la separación y el depósito. Si lo ratificaba, el Juez personalmente hacía los trámites del caso. En la versión actual del Código citado, el juez puede practicar las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución (artículo 208) y después al resolver “dictará las disposiciones pertinentes para que se efectúe materialmente la separación atendiendo las circunstancias de cada caso” (artículo 209) lo que permite al juez aplicar todo tipo de medidas que a su juicio sean más convenientes o necesarias para cada caso concreto.

En diciembre de 1997 se adicionó el artículo 209 con un párrafo que hace referencia a la violencia familiar, para que el Juez tome en cuenta los dictámenes,

informes y opiniones que hubieren realizado las instituciones públicas o privadas dedicadas a atender asuntos de esta índole, pero con o sin esos dictámenes o informes, el juez debe actuar en protección del solicitante.

Tomada la decisión por el Juez, debe notificarla al otro cónyuge “previniéndole de que se abstenga de impedir la separación o causar molestias a su cónyuge con el apercibimiento de procederse en su contra en los términos que hubiere lugar”

Si no se plantea la separación como acto previo al juicio, también podrá pedirse al presentarse la demanda y entonces el juez al admitir la demanda de divorcio deberá decretar la separación de los cónyuges y “ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar” (artículo 282 fracciones I y VII, inciso a)) Es decir, este artículo previene como necesaria la separación de los cónyuges, lo que evidentemente, no sólo es jurídico, sino se basa en la naturaleza misma de las personas y del matrimonio, porque al haberse roto la convivencia que debe existir, no es posible que los cónyuges permanezcan en el mismo domicilio conyugal durante el proceso de divorcio.

La fracción I del artículo 282 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal dice que “El Juez de lo familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los dos cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar”

Finalmente, el artículo 212 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, adicionado en mayo de 1996, da facultades al juez para que tomando “en cuenta las circunstancias del caso, decrete quién de los cónyuges

permanecerá en el domicilio conyugal”

#### **4.6.2. Medidas provisionales en el Estado de Guanajuato, con relación a los cónyuges.**

Ahora pues, por tener íntima relación entre ellas, estudiaremos conjuntamente las dos medidas que prevé nuestro Código Civil, con relación a los cónyuges: su separación **“en todo caso”** (fracción I del artículo 336) y su depósito o separación en los términos del Código de Procedimientos Civiles (fracción II del artículo invocado)

El procedimiento para ambas medidas provisionales se encuentra en el capítulo único, título cuarto denominado “Las medidas preparatorias de aseguramiento y precautorias”, del Código de Procedimientos Civiles del Estado. Título en el que se prevé, al igual que en el artículo 336 del Código Sustantivo, la posibilidad de que dentro del juicio o antes de iniciarse, puede decretarse, a solicitud de parte, la medida precautoria de depósito de personas (artículo 401-III), la cual procede únicamente en los asuntos de divorcio, cuando se refiera a la situación de los menores y **CUANDO LA SOLICITE PARA SÍ LA MUJER, YA SEA QUE ELLA HAYA ENTABLADO O PRETENDA ENTABLAR LA DEMANDA, O QUE SEA DEMANDADA** (artículo 407) El depósito además, debe ordenarlo el Juez, **SEÑALANDO DOMICILIO DE FAMILIA HONORABLE O INSTITUCIÓN DE BENEFICENCIA EN QUE LA MUJER** (o los hijos, cuando se pida el depósito de éstos, como se dijo en el capítulo respectivo) **DEBE PERMANECER, ENTRE TANTO SE RESUELVE EL NEGOCIO** (artículos 407 y 408 del Código Procesal)

Por disposición del artículo 411 del Código Procesal, esta medida se decreta sin audiencia de contraparte y se ejecuta sin notificación previa. En el supuesto de que se haya decretado antes de iniciarse el juicio, quedará insubsistente si no se interpone la demanda dentro de los cinco días de haberse practicado y se restituirán las cosas al estado que guardan antes de dictarse (artículo 413)

Es necesario recordar que en el apartado 4.5 de este capítulo, en el que tratamos el depósito de los menores, nos hicimos las siguientes cuestiones: “¿qué considera la ley como domicilio de familia honorable? ¿Puede ser ese domicilio el propio hogar conyugal? Y de no considerarse así ¿los menores hijos del matrimonio deben abandonar su hogar, para irse a vivir a un domicilio de familia honorable o a una institución de beneficencia?” Estas mismas cuestiones vuelven a surgir ahora, al tratar el depósito de la mujer, pues la misma disposición, en el sentido de que el lugar de depósito debe ser un domicilio de familia honorable o una institución de beneficencia pública, vuelve a aplicarse en esta medida provisional del depósito de la mujer.

Al respecto, habremos de decir que la cuestión principal de todos estos temas gira en torno a otra pregunta ¿cuál cónyuge deberá permanecer en el domicilio conyugal? Es evidente que esta interrogante, aunada a las anteriores y no resueltas en nuestro Código, genera conflictos para decidir las oposiciones habidas entre los divorciantes, es decir, existe un conflicto para que el Juzgador separe “a los cónyuges en todo caso” y proceda “en cuanto a su depósito o separación”

En el siguiente capítulo, haremos un estudio pormenorizado de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer, contemplada en el artículo 4 de la Carta

Magna, para después relacionarlo con los términos en que nuestro Código Adjetivo contempla la medida provisional de depósito o separación de los cónyuges en los casos de divorcio y, finalmente, determinar si el depósito de la mujer, previsto como medida precautoria de depósito, es o no violatoria de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer.

## **1. CONCEPTO DE IGUALDAD.**

“Jurídicamente la igualdad se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado. En otras palabras, igualdad desde el punto de vista jurídico, se manifiesta en la posibilidad y capacidad de que varias personas, numéricamente indeterminadas, adquieran los derechos y contraigan las obligaciones derivados de una cierta y determinada situación en que se encuentran” como lo afirma Ignacio Burgoa O.

En apoyo de este concepto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha mencionado en diversas ejecutorias que “desde un punto de vista jurídico, la igualdad radica en la posibilidad y capacidad de que un número indeterminado de personas adquieran derechos y contraigan obligaciones, que se deriven de la situación en que se encuentran.”

Partiendo de estos conceptos, expondremos ahora la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer, a saber:

## **2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER.**

La mujer, con excepción del matriarcado, tradicionalmente fue vista con el deseo de amarla, de poseerla o de conquistarla. Ciertamente tenemos algunos ejemplos de carácter excepcional en mujeres de la talla de Juana de Asbaje, Juana de Arco, Santa Teresa de Ávila, entre otras muchas, pero estas

excepciones vienen a confirmar la regla que se traduce en la idea de discriminación para asimilar a las mujeres a las actividades reservadas para los hombres.

El cambio se inició particularmente con el fenómeno histórico de la Revolución Industrial.

En Estados Unidos, por ejemplo, en alguna época del período colonial las mujeres podían votar, situación ésta derivada, más que de su reconocimiento de carácter sexual, por la circunstancia de que el voto se basaba en el derecho de propiedad que se pudiera ejercer.

Después de ser abolido el derecho del voto, en 1848, en el mismo país, se celebró una convención sobre los derechos de la mujer para reivindicar el derecho al sufragio. Como consecuencia de la convención, se levantó un acta firmada por 68 mujeres y 32 hombres, en la que se solicitaba igualdad de propiedad, de salario, de custodia de los hijos, de contratar, de ser actor o demandado en juicio, de prestar testimonio ante la Corte y de votar.

A partir de este momento la situación para la mujer fue cambiando lentamente, pero poco a poco fue conquistando la igualdad solicitada.

Muchos autores dedicados al estudio del tema, afirman que, aunque parezca increíble, es partir de 1960 cuando en Estados Unidos comienza a hacerse un mayor reconocimiento de la necesidad de que la mujer se integre a las actividades políticas, científicas, artísticas y otras.

A partir de la década mencionada en el párrafo anterior, el problema de la mujer adquiere importancia preponderante. En todos los países del mundo se manifiestan grupos de liberación de la mujer, con planes de acción y objetivos bien definidos.

“Esta corriente no podía ser ajena a nuestro país. De la misma manera que aconteció en el extranjero, en México surgió una fuerte asociación feminista que organizó, inclusive, convenciones de carácter internacional.”

La respuesta no se hizo esperar. El señor Presidente Luis Echeverría Álvarez puso a la consideración del Constituyente la reforma constitucional que comentamos. La reforma fue aceptada y dio origen a reformas a leyes secundarias, para que pudiera imperar un principio de congruencia. Es así como se reformó, entre otros, el Código Civil para el Distrito Federal, elevando a un nivel de igualdad a la mujer dentro del hogar.

A mayor abundamiento, el 18 de diciembre de 1979, fue adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la *“Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”* que entró en vigor a partir del 3 de septiembre de 1981.

Fue así como “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado

civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” según se dispuso en el artículo 1 de la referida Convención, la cual fue ratificada por nuestro país.

### **3 ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER.**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en 1917, como expresión de los principios rectores de la vida comunitaria del país tendientes a la justicia social, mantiene vigencia y permanente capacidad de actualización. El equilibrio inicial entre garantías individuales y sociales – que ha permitido afrontar la problemática social mexicana - se ha venido afinado, siempre en la idea de que la finalidad principal de la asociación política consagra el bienestar de los mexicanos.

La dinámica constitucional, expresada en la evolución que adecua el contenido de los preceptos a la siempre cambiante realidad social, es una de las características de nuestra Carta Magna, dada precisamente a partir de la complementariedad de los derechos individuales y sociales, pues unos y otros tienen referencias en los niveles opuestos. Así, los derechos individuales lo son en relación con la sociedad en general – incluyendo en ésta tanto a los individuos como a los grupos – y al Estado mismo; en tanto que los derechos sociales se concretan siempre en los individuos que integran los grupos. De ahí que la realidad sea llevada a nuestro máximo plano normativo y que a la vez éste incida directamente en ella. La actividad de nuestro constitucionalismo ha permitido incorporar y aclarar conceptos que le han fortalecido y tienden a la integridad y

organicidad de sus contenidos, siempre en fidelidad y concordancia con sus principios ideológicos originarios.

Con motivo de cinco reformas y adiciones que desde 1974 hasta 1992 se hicieron al texto del artículo 4 Constitucional, a iniciativa de Luis Echeverría Álvarez, Miguel de la Madrid Hurtado y Carlos Salinas de Gortari, se fueron introduciendo en su cuerpo normativo diversas garantías de naturaleza tanto social como individual, conformándose así un artículo de mixtura, en el que concurren normas de derecho personales, operativas, organizativas y programáticas.

Las reformas y adiciones al artículo 4 de la Constitución han estado orientadas hacia:

- a) La igualdad jurídica de los sexos, la protección y fomento del núcleo familiar y la paternidad responsable (Diario Oficial del 31 de diciembre de 1974)
- b) La responsabilidad de los padres y el apoyo institucional para la satisfacción de las necesidades y salvaguarda de los derechos fundamentales de la niñez (Diario oficial del 18 de marzo de 1980)
- c) A la protección de la salud y responsabilidad de la Federación y los Estados para la prestación de servicios en ese campo (Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1983)
- d) El derecho a vivienda y apoyo institucional para tal fin (Diario Oficial de la Federación del 7 de febrero de 1983) y
- e) La protección a las culturas y pueblos indígenas (Diario Oficial del 28 de

enero de 1992)

#### **4 NATURALEZA TEÓRICA DEL ARTÍCULO 4 CONSTITUCIONAL.**

Existe una controversia entre los diversos autores que se han ocupado del estudio de las garantías concretas que enuncia este artículo, ya que todavía no se ponen de acuerdo sobre la naturaleza de su espíritu dentro del ámbito de la división teórica constitucional aceptada comúnmente – dogmática, orgánica y social – ni sobre su ubicación metodológica, bien dentro del rubro de garantías individuales o bien en el correspondiente a garantías sociales.

Así, en tanto que algunos estudian el precepto a partir del rubro genérico de las garantías de igualdad, por estimar que el aspecto de la igualdad jurídica de los sexos, encuadraba en la parte dogmática o capítulo de garantías individuales reconocidas en los primeros 29 artículos, otros lo analizan a partir de las garantías sociales, al observar que en sus enunciados se destacan aspectos tutelares que implican obligaciones y acciones del Estado, cuyo propósito es otorgar cobertura a necesidades básicas de la familia como eje de la sociedad.

De acuerdo con la motivación expresada en las diversas iniciativas del Ejecutivo que han reformado este precepto, también se puede hacer un estudio a partir de los principios axiológicos que se sustentan en su texto, es decir, considerando sus tendencias y objetivos sociales, tanto en el espacio del Estado como en el ámbito internacional de las democracias occidentales, que reconocen su basamento en la libertad, en la justicia y la igualdad, elementos mínimos para la dignidad humana y el desarrollo.

En este sentido, las iniciativas dieron pauta a los enunciados que integran el artículo 4, recogen diversos ideales consignados por documentos reconocidos como legislación internacional, universal o regional, adoptados por nuestro país, así como las propuestas generadas en diversos foros en favor de los derechos humanos relacionados con la familia, la mujer, la niñez, la salud, la vivienda y los indígenas.

Por tanto, con relación al artículo 4 constitucional, algunos autores plantean el concepto de seguridad familiar como contenido básico del mismo, bordeado por conceptos relativos a: la igualdad jurídica de los sexos y de derechos de éstos en cuanto a la organización y desarrollo familiares; la planificación familiar libre e informada, base de la paternidad responsable; el derecho del menor a la subsistencia y a la salud física y mental; el derecho a la protección de la salud y a la vivienda.

Como puede observarse, este artículo, con sus reiteradas reformas, ha modelado elementos interrelacionados que, vistos en conjunto, repercuten directamente en el bienestar familiar.

La familia, como elemento básico del tejido social y espacio primario del desarrollo de los individuos, da cuerpo a un ordenamiento específico, de importancia capital para la vida social, ya que cualquier propósito de desarrollo económico, cultural y espiritual sin un sólido cimiento en lo familiar estará irremediablemente condenado al fracaso. La familia, como núcleo y grupo social básico, surge de manera natural a partir de las relaciones de las parejas, generando parentescos paternos, filiales, colaterales que establecen vínculos de

orden de intensidad diversos: morales, sentimentales, jurídicos, económicos y de solidaridad. Como ya se vio, la familia tiene gran relevancia en la socialización de los individuos que la forman – sobre todo los hijos – por diversas relaciones sociales (como las de trabajo y educación por ejemplo) encuentran en ella su realización. Por lo anterior, las relaciones y hechos familiares requieren de la atención constitucional para que, una vez consideradas a este nivel, las instituciones jurídicas solidifiquen, refirмен y consoliden los deberes y obligaciones de los miembros de los núcleos familiares.

La consagración constitucional de las garantías de la persona en su aspecto físico y social, constituye un elemento jurídico primario de la seguridad familiar; éstas se interrelacionan entre sí y con las sociales. Así por ejemplo, la voluntad de unirse en pareja y procrear, supone el ejercicio de una garantía individual de libertad, pero a la vez de la igualdad jurídica entre hombre y mujer, ya que ella permite asumir la decisión y un compromiso en condiciones semejantes de derechos y obligaciones. Por otra parte, en la interrelación de las garantías individuales con las sociales, el Estado, dentro de los límites establecidos que le imponen abstención en los ámbitos consustanciales de la persona humana, adquiere paralelamente obligaciones de hacer, como ente responsable de despegar acciones tendientes al aseguramiento de un nivel digno de vida para todo individuo.

## **5 IGUALDAD DEL VARÓN Y LA MUJER ANTE LA LEY.**

Bajo el enfoque apuntado, cabe comentar ahora el párrafo primero del artículo 4º Constitucional que, aunado al párrafo segundo, en idénticos términos fueron los únicos que formaron parte del cuerpo del precepto desde el 31 de diciembre

de 1974.

El citado primer párrafo establece: "El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia"

La declaración constitucional que consagra la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, es una concepción "que no debe ser interpretada como identidad legal o igualdad absoluta entre ambos sexos, toda vez que por razones de orden físico psicológico estructural y biológico en general, es inadmisibles que en la totalidad de los aspectos jurídicos y sociales se les impusieran las mismas obligaciones y derechos, sin distinción entre uno y otro". Se trata más bien de una declaración asociada con la participación indispensable e igualitaria de varones y mujeres, constituyendo un elemento fundamental de justicia ya que, si bien desde 1917 el artículo 1º de la nuestra Constitución estableció que "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución..." los contrastes entre hombres y mujeres en nuestra realidad nacional acusaban un desequilibrio respecto de la participación social de éstas, atribuible, entre otros factores, a leyes secundarias, federales y locales que incluían para mujeres "modos sutiles de discriminación, congruentes con las condiciones de desigualdad que éstas sufren en la vida familiar colectiva" (como se dijo en la exposición de motivos)

Por tanto, con propósito de superar esos contrastes, se estimó conveniente elevar al plano constitucional este principio de igualdad, en apariencia teóricamente redundante, pero que vino a enraizarse entre los principios rectores más importantes de nuestra vida social y que ha dado pauta a importantes

reformas en el derecho del trabajo, el derecho familiar, la naturalización mexicana, la adquisición de derechos agrarios, entre otros, pero particularmente ha permitido el abatimiento de injusticias y rasgos discriminatorios, en diversas disposiciones normativas y procedimientos jurídicos y administrativos, así como una mayor contribución de las mujeres al proceso de desarrollo.

El artículo 4, garantiza la igualdad de todas las personas, no en el aspecto físico o corporal, ni económico, ni intelectual, ni aún ante la sociedad, sino exclusivamente en el sentido jurídico y gubernativo, es decir, ante la ley y ante el Estado.

“En México todos los humanos somos iguales, en el sentido de que tenemos igual capacidad jurídica, iguales derechos al respecto de nuestras personas y nuestros bienes, e igual oportunidad teórica de subsistir, de actuar y de prosperar. Esto es: entre los habitantes de nuestro país no hay esclavos, tampoco nobles ni plebeyos, sometidos a otro hombre por razones de nacimiento; tampoco hay privilegios personales por razón de sangre o de servicios.”

La garantía de igualdad es, pues, en suma, aquella por cuya virtud todo individuo goza de los mismos derechos ante la ley.

Finalmente, concluiremos estas reflexiones con las siguientes palabras, expresadas en una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, evidencian la situación actual que guarda la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer, a saber:

“Es de sobra conocido que en la familia mexicana, por regla general, el hombre aporta los medios económicos para sufragar los gastos del hogar, en tanto que la mujer contribuye con los trabajos y el cuidado de la casa, la atención de los hijos y la administración doméstica. Esta situación se originó por las limitaciones que se han impuesto históricamente a la mujer para su desarrollo social, económico y cultural, cuyas consecuencias no pueden erradicarse en toda la sociedad sino con el transcurso del tiempo, a pesar de haberse elevado a rango constitucional el principio de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, es decir, mientras esa igualdad establecida formalmente en la ley no se traduzca en realidad generalizada”

## **6 ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LA MEDIDA PROVISIONAL DE DEPÓSITO DE LA MUJER EN EL DIVORCIO Y LA GARANTÍA DE IGUALDAD.**

Comenzaremos diciendo que, como en su momento quedó precisado, el artículo 401-III, del código de procedimientos civiles del Estado, contiene la posibilidad de que dentro del juicio o antes de iniciarse, pueda decretarse, a solicitud de parte, la medida precautoria de depósito de personas, la cual procede únicamente en los asuntos de divorcio, cuando se refiera a la situación de los menores y, concretamente y en lo que concierne a nuestro estudio, **CUANDO LA SOLICITE PARA SÍ LA MUJER, YA SEA QUE ELLA HAYA ENTABLADO O PRETENDA ENTABLAR LA DEMANDA, O QUE SEA DEMANDADA** (artículo 407) Aunado a lo anterior, el artículo 408, del citado cuerpo normativo prescribe que **“EL DEPÓSITO DE LA MUJER O DE LOS MENORES SE ORDENARÁ POR EL JUEZ, SEÑALANDO EL DOMICILIO DE FAMILIA HONORABLE O INSTITUCIÓN DE BENEFICENCIA EN QUE UNA** (la mujer) **U OTROS** (los

menores) **DEBAN PERMANECER, ENTRE TANTO SE RESUELVE EL NEGOCIO”**

Partiendo de lo anterior, de la redacción de los tres preceptos legales invocados del código procesal mencionado, puede advertirse que la intención del legislador fue proteger a los hijos menores de edad y a la mujer, al contemplar únicamente para éstos, la medida precautoria de depósito, pues es evidente que dicha medida no está contemplada para el varón. Se desprende también, que el legislador consideró necesario mantener separados a los cónyuges a partir de la fecha de presentación de la solicitud de la demanda de divorcio y hasta la fecha en que el juez deje sin efecto la providencia decretada, por la falta de presentación de la demanda (artículo 413) o bien hasta la conclusión del juicio correspondiente (artículo 336 del código civil) a fin de evitar consecuencias dañinas que derivarían de la cohabitación de quienes se ven en la necesidad de acudir a un procedimiento judicial par ventilar las diferencias surgidas durante su matrimonio.

No obstante y pasando por alto que el artículo 407 solo permite la medida provisional de depósito para cuando lo solicite para sí la cónyuge mujer (pues ahondar en el estudio de este tema, representaría entrar al estudio del porqué el legislador no previó esa medida también para el varón, cuyo fin no es esta tesis) debemos recordar que en el capítulo IV de este proyecto, se afirmó que el Juez estaba en un gran dilema para determinar el lugar de depósito de la mujer. En efecto, el Juez, por imposición del artículo 408, debe ordenar el depósito de la mujer o de los menores **SEÑALANDO EL DOMICILIO DE FAMILIA HONORABLE O INSTITUCIÓN DE BENEFICENCIA EN LOS QUE PUEDE HACERSE EL DEPÓSITO.**

Surgen pues, las siguientes cuestiones:

- ¿Qué se considera como domicilio de familia honorable?
- ¿Puede considerarse como domicilio de familia honorable el domicilio conyugal?
- ¿Puede ordenarse el depósito de la mujer o de los hijos en el domicilio conyugal?
- En este último caso, ¿puede ordenarse al cónyuge varón de que desaloje el domicilio conyugal y de que se abstenga de entrar en él?
- ¿Qué puede hacer el Juez en caso de que no exista una institución de beneficencia pública o domicilio de familia honorable que no quiera acoger a la mujer o a los hijos del matrimonio depositados?
- En caso de que la mujer se vea en la necesidad de dejar el hogar conyugal por su depósito ¿los menores bajo cuyo cuidado queden, deben seguir la suerte de su madre, es decir deben desalojar su hogar?

Evidentemente que resolviendo estas cuestiones, determinaremos si el depósito de la mujer en el divorcio, fuera del hogar conyugal es o no violatorio de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer, finalidad esta última de nuestro proyecto.

### **5.6.1. ¿Qué se considera como domicilio de familia honorable?**

Ni nuestra ley, ni la doctrina ni la jurisprudencia, han definido este término. Precisaremos pues los conceptos generalmente aceptados para las palabras domicilio, familia y honorable, para con posterioridad, deducir el concepto de

“domicilio de familia honorable”

**a) Domicilio.-** Según el artículo 28 del código civil el Estado, “El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halla.”

“El concepto de domicilio está integrado por dos elementos: la residencia y la permanencia en un lugar, y de ello predomina el ánimo de permanecer sobre la realidad de la habitación, puesto que ausencias y viajes no le hacen mudar a una persona de su domicilio, ni se gana el mismo por la simple presencia de una población o territorio. La Academia define al domicilio como: “la morada fija y permanente” y también cual “cada en que uno habita o se hospeda” Para los efectos legales, domicilio es el lugar (casa en el sentido estricto y población o radio de la misma en sentido más amplio) en que se halla establecida una persona para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos. Constituye pues, una relación de persona lugar, con ánimo de nexo duradero en los aspectos familiar, patrimonial, laboral, vecinal, etc.”

**b) Familia.-** “Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común y los cónyuges de los parientes casados. Con predominio de lo efectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica,

por familia se entiende, como dice la Academia la "gente vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella" Los hijos o la prole. Grupo o conjunto de individuos con alguna circunstancia importante común, profesional, ideológica, de otra índole."

**c) Honorable.-** "Digno de honra o acatamiento" La honorabilidad, con arreglo a las distintas acepciones del honor, este vocablo expresa honradez, honestidad, rectitud, dignidad. Honor, es la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes con acciones heroicas, virtuosas o notables.

Precisado lo anterior, el domicilio de familia honorable, es pues, la casa en la que habita una familia respetable, honorable, recta y digna y, en base a este concepto, el Juez debe determinar en qué "domicilio de familia honorable" debe quedar depositada la mujer o sus menores hijos.

### **5.6.2. ¿Puede considerarse como domicilio de familia honorable el domicilio conyugal?**

Evidentemente que sí. Existe el principio de que "donde la ley no distingue no se debe distinguir" Basándonos en ese principio, debe decirse que si el legislador no distinguió que dentro del concepto de "domicilio de familia honorable" no podía comprenderse al domicilio y a la familia del hogar conyugal, así lo hubiese

precisado. Sin embargo, al no haber hecho esa excepción, es temerario afirmar que en su mente haya estado el excluir al hogar conyugal como lugar de depósito de la cónyuge y de sus hijos y, como consecuencia, el depósito del varón en diverso lugar, ya que sólo mediante el depósito de alguno de los cónyuges, en lugar diverso al del hogar conyugal, es como puede lograrse su separación durante el trámite de divorcio.

### **5.6.3 ¿Puede ordenarse el depósito de la mujer o de los hijos en el domicilio conyugal?**

De la respuesta a la interrogante anterior y atendiendo al proteccionismo que el legislador dejó ver hacia la mujer y hacia los menores hijos de matrimonio, al conceder para éstos únicamente la medida precautoria de depósito en los asuntos de divorcio, debe decirse que sí. En efecto, las medidas de protección del legislador para la mujer y para los menores, en el caso específico, permiten deducir que pueden quedar depositados en el hogar conyugal, a virtud de su vulnerabilidad no sólo física, frente a la del varón, sino también, económica, para los casos en los que la mujer no cuente con trabajo, dependa económicamente del cónyuge varón y se haya dedicado a cumplir su obligación de atender su hogar.

### **5.6.4. En este último caso, ¿puede ordenarse al cónyuge varón de que desaloje el domicilio conyugal y que se abstenga de entrar en él?**

Si el Juez tomara la determinación de depositar a la mujer en el domicilio del hogar conyugal, necesariamente tendría que hacerle la notificación mencionada al

varón. No obstante, éste podría aducir que se violentaría la garantía de legalidad prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República, que en lo sustancial determina que "... Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones, derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las expedidas con anterioridad al hecho" Lo anterior, porque se obligaría al cónyuge varón a desalojar el inmueble que cohabita conjuntamente con la mujer y sus descendientes durante el tiempo que dure la medida precautoria, sin mediar procedimiento alguno para tomar esa determinación, sin embargo "no por ello violan lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, pues los actos de privación que este precepto condiciona al otorgamiento previo de la garantía de audiencia, son aquellos que tienen el carácter de definitivos e irreparables, pero en manera alguna prohíbe el que en un ordenamiento legal se establezcan medidas simplemente precautorias o de carácter provisional, encaminadas a satisfacer provisionalmente una necesidad que, por su naturaleza misma, es de inaplazable atención.

Aparte del argumento anterior, podría aducirse que se está privando ilegalmente de la posesión al divorciante varón que se ve desplazado del hogar conyugal. En este caso, ese argumento no sería procedente, pues aún cuando éste fuere propietario debe tomarse en cuenta que todos los miembros de la familia son poseedores de la casa habitación, y que como tales tienen derecho en calidad de poseedores derivados a habitarla.

A mayor abundamiento y contra estos argumentos, podría aducirse que la finalidad de la medida provisional es que los "depositados" vivan en un ambiente de tranquilidad y con personas a las que conocen, lo que facilitaría la tolerancia

de las dificultades (de cualquier índole) que esa circunstancia le ocasione.

De ahí pues que el Juez sí esté en posibilidades de notificar al cónyuge varón que se abstenga de seguir habitando el domicilio del hogar conyugal.

**5.6.5. ¿ Qué puede hacer el Juez en caso de que no exista una institución de beneficencia pública o domicilio de familia honorable que no quiera acoger a la mujer o a los hijos del matrimonio depositados?**

Definitivamente el Juez no puede eludir la obligación que el artículo 17 del código civil del Estado le impone, cuando dice que “Cuando no se pueda decidir una controversia judicial del orden civil, ni por el texto ni por la interpretación jurídica de la ley, deberá decidirse según los principios generales de Derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”

“En efecto, el artículo 14 de la Constitución Federal elevó a la categoría de garantía individual el mandato contenido en los artículos 20 del código civil de 1884 y 1324 del código de comercio, en el sentido de que cuando no haya ley en que fundarse para decidir una controversia, la resolución de ésta debe fundarse en los “principios generales del derecho” y la Constitución limita la aplicación de estos “principios” como garantía individual, a las sentencias definitivas, en tanto que la legislación común, así como las de diversos Estados de la República, y el artículo 19 del Código civil actualmente en vigor en el Distrito Federal, autoriza que se recurra a los “principios generales del derecho” como fuente supletoria de la ley, para resolver toda clase de controversias judiciales del orden civil. Universalmente se conviene en la absoluta necesidad que hay de resolver las contiendas judiciales sin aplazamiento alguno, aunque el legislador no haya

previsto todos los casos posibles de controversia; pues lo contrario, es decir, dejar sin solución esas contiendas judiciales, por falta de ley aplicable, sería desquiciador y monstruoso para el orden social, que no puede existir sin tener como base la justicia garantizada por el Estado, y por ello es que la constitución Federal, en su artículo 17, establece como garantía individual, la de que los tribunales estén expeditos para administrar justicia, en los plazos y términos que fija la ley, y los códigos procesales civiles, en consecuencia de ese mandato constitucional, preceptúan que los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito; pero las legislaciones de todos los países, al invocar los "principios generales del derecho" como fuente supletoria de la ley, no señalan cuáles sean dichos principios, qué características deben tener para ser considerados como tales, ni qué criterio debe seguirse en la fijación de los mismos; por lo que el problema de determinar lo que debe entenderse por "principios generales del derecho" siempre ha presentado serios escollos y dificultades, puesto que se trata de una expresión de sentido vago e impreciso, que ha dado motivo para que los autores de derecho civil hayan dedicado conjuntamente su atención al estudio del problema, tratando de definir o apreciar lo que debe constituir la esencia o índole de tales principios. *Los tratadistas más destacados del derecho civil, en su mayoría, admiten que los "principios generales del derecho" deben ser verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosófico-jurídicos de generalización, de tal manera que el Juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido, si hubiere previsto el caso; siendo condición también de los aludidos "principios", que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse aplicando aquellos; de lo que se*

concluye que no pueden constituir “principios generales del derecho”, las opiniones de los autores, en ellas mismas consideradas, por no tener el carácter de generalidad que exige la ley y porque muchas veces esos autores tratan de interpretar legislaciones extranjeras, que no contienen las mismas normas que la nuestra.” (Amparo civil directo 6187/31. Meza de Días Catalina y coag. 15 de marzo de 1938. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.- Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo LV, página 2642)

Es dable concluir que el Juez, en ningún caso, puede dejar de resolver en qué lugar debe depositar a la mujer y, en su caso, a los menores que queden bajo su cuidado, aún en aras de los principios generales de derecho, según lo expuesto.

**5.6.6. En caso de que la mujer se vea en la necesidad de dejar el hogar conyugal por su depósito ¿los menores bajo cuyo cuidado queden, deben seguir la suerte de su madre, es decir deben desalojar su hogar?**

Al parecer sí, pues, si la mujer es depositada en el domicilio del hogar conyugal (siempre y cuando se sostenga que es un domicilio de familia honorable) los hijos, que requieren del cuidado de su madre, quedarían depositados en su hogar y, si es depositada la mujer en otro domicilio, diverso al hogar conyugal, ya sea una institución de beneficencia pública u otro domicilio de una “familia honorable” los hijos que requieran los cuidados de su madre, también deberán de quedar bajo su cuidado en el lugar en que quede depositada.

Podría considerarse que el domicilio del hogar conyugal es el lugar idóneo para el depósito, porque de esa manera se evita a la mujer y al Juez andar buscando

familia honorable que la quiera acogerla y si la encontrasen, verse obligada aquella a vivir arrimada y aún en el supuesto de no encontrarla, tendría que recluirse en una institución de beneficencia, si la hubiera, con las implicaciones psicológicas negativas que representaría el tener que resignarse a perder su hábitat natural, como tendrían que resignarse también sus menores hijos.

Hasta aquí, expuestos los temas de la garantía de igualdad y de la medida provisional del depósito de la mujer en el divorcio, fuera y dentro del hogar conyugal. A merced de esa exposición, nos sigue quedando por resolver si es o no violatoria de la garantía de igualdad esa medida. Ciertos de que de la lectura de todo este estudio, se podrá deducir la respuesta, a continuación daremos nuestra conclusión.

## CONCLUSIONES

Si bien es cierto que de la redacción del artículo 408 del código adjetivo civil tuvo como intención proteger a la mujer y a los menores, ya que únicamente prevé el depósito de éstos y no lo contempla para los varones, también lo es que dicha norma transgrede la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer ante la ley, a que se refiere el artículo 4 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que al establecer que será únicamente la mujer la que deberá depositarse en un domicilio diverso al conyugal, esto es, en el de una familia honorable o institución de beneficencia, con ello se le deja en el desamparo, resultando así que el varón, sólo por razón de su sexo, siempre podrá permanecer en el domicilio común, mientras que la mujer quedará separada de un lugar, al que está arraigada y donde de ordinario cuenta con los elementos necesarios para el ritmo de vida normal (enseres domésticos, relación de vecindad, distancias respecto de las escuelas, etcétera) La lesión que sufre al ser expuesta a un ámbito extraño y aún con riesgo de ser hostil, es evidente, máxime si además, se le designa como la persona bajo cuyo cuidado deben quedar sus menores hijos (pues no debe pasar desapercibido que por regla general, la mujer es la persona idónea para el cuidado de sus menores hijos, como lo dispone el artículo 409 del código adjetivo invocado)

No obstante lo anterior, el artículo 408 también es violatorio de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer, pues si atendiéramos a la postura contraria sostenida en el párrafo inmediato anterior, es decir, que a la mujer sí se le deposite en el domicilio del hogar conyugal, entonces se estaría en el supuesto de que el varón tendría la obligación de dejar el hogar conyugal, lo cual implica una desigualdad a favor de la mujer, ya que se le deja en el domicilio conyugal, mientras que al varón se le conmina a abstenerse de concurrir a éste, no obstante

que ambos cónyuges tienen el mismo derecho a permanecer en él.

Tan es violatorio el artículo 408 del código de procedimientos civiles de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer, que en las últimas reformas que sufrió este cuerpo normativo, publicadas en el Periódico Oficial del Estado del 13 de agosto de 2004, vigentes a partir del 1 de noviembre de 2004, dicho precepto legal fue reformado (en él ahora se contemplan los términos en los que debe expedirse la medida de depósito de los menores) y se adicionó con el artículo 410-A, en el que se precisó con toda claridad, los términos en los que debe expedirse la medida precautoria de depósito, a saber:

“La separación puede promoverla cualquiera de los cónyuges cuando se vaya a intentar acción de divorcio, denuncia o querrela. Quien solicite la separación ante el Juez competente, expresará las causas de la misma y propondrá el domicilio en que deba el solicitante permanecer, especificando si hay o no menores. El juez podrá llevar a cabo las diligencias que estime convenientes para su mejor juicio y resolverá si concede o no la separación señalando claramente cuál de los cónyuges debe permanecer en el domicilio conyugal, para lo cual se notificará al otro cónyuge el contenido de la resolución y apercibiéndole de que debe abstenerse de impedirla, usándose, en su caso las medidas de apremio. En la propia resolución tomará las medidas adecuadas para la custodia de los hijos menores considerando las disposiciones del presente Código en la materia, así como las obligaciones señaladas en el Código Civil”

Esta nueva norma, viene a confirmar la tesis de que el contenido del artículo 408 del código de procedimientos, anterior a las reformas del 13 de agosto de 2004, sí era violatorio de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer, pues

no de otra forma se entiende que el Congresista haya precisado que el Juez debe decidir, atendiendo al resultado de las diligencias que estimare convenientes para su mejor juicio, cuál de los cónyuges debe permanecer en el domicilio conyugal, esto es, ahora sí puede decretarse el depósito en el hogar conyugal (y no en institución de beneficencia o domicilio de familia honorable) y, además, puede expedirse esa medida no solo para la mujer, sino también para el varón.

## BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y OTRA. **DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES.** Ed. Harla. México. 1990. p.p. 493.

BAZDRESH LUIS. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. **CURSO INTRODUCTORIO ACTUALIZADO.** Ed. Trillas. México. 1986. p.p. 178.

BURGOA O. IGNACIO. **LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.** Ed. Porrúa. México. 2002. p.p. 814.

DE PINA RAFAEL. **ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. INTRODUCCIÓN PERSONAS, FAMILIA.** Volumen Primero. 6ª ed. Ed. Porrúa. México. 1972. p.p. 407.

G. PACHECO ARTURO. **NUEVO CÓDIGO CIVIL COMENTADO CON JURISPRUDENCIA PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.** Tomo II. Ed. Orlando Cárdenas Editor. p.p. 750.

GALINDO GARFIAS. **DERECHO CIVIL.** Ed. Porrúa. México. 1980. p.p. 305.

GUIZA ALDAY FRANCISCO JAVIER. **DICCIONARIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CONCORDADO.** Ed. Orlando Cárdenas Editor. Irapuato, Gto. 1996. p.p. 823.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO. **CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL COMENTADO. DE LAS PERSONAS.** Tomo I. Ed. Miguel Ángel Porrúa Librero-Editor. México.

1987. p.p. 462.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA.** Tomo I. 10ª ed. Ed. Porrúa. México. 1997. p.p. 750.

MAZEAUD HENRY Y OTROS. **LECCIONES DE DERECHO CIVIL. PRIMERA PARTE. VOLUMEN III. LA FAMILIA. CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA.** Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. p.p. 572.

PALLARES EDUARDO. **EL DIVORCIO EN MÉXICO.** 5ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1987. p.p. 250.

PLANIOL MARCELO Y OTRO. **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL.** Ed. Cajica. Puebla, México. p.p. 581.

PLANIOL MARCELO Y OTRO. **TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS. LA FAMILIA, MATRIMONIO, DIVORCIO, FILIACIÓN.** Ed. Cultural. La Habana, Cuba. p.p. 862.

RAMÍREZ FONSECA FRANCISCO. **MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. COMENTADA ARTÍCULO POR ARTÍCULO.** Ed. Publicaciones Administrativas y Contables. México. 1983. p.p. 573.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. INTRODUCCIÓN, PERSONAS Y FAMILIA.** 4ª ed. Ed. Antigua Librería Robredo. México. 1968. p.p. 509.

TRUEBA OLIVARES EUGENIO. **EL HOMBRE, LA MORAL Y EL DERECHO.** Ed. Orlando Cárdenas Velasco. Irapuato, Gto. 1986. p.p. 310.

ZANNONI A. EDUARDO. **DERECHO CIVIL. DERECHO DE FAMILIA.** Tomo II. Ed. Astrea. Buenos Aires. p.p. 237.

## LEGISLACIÓN

DISTRITO FEDERAL. CÓDIGO CIVIL ADJETIVO.

DISTRITO FEDERAL. CÓDIGO CIVIL SUSTANTIVO.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

GUANAJUATO. CÓDIGO CIVIL ADJETIVO.

GUANAJUATO. CÓDIGO CIVIL SUSTANTIVO.

## OTRAS FUENTES

**DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Edición especial para: Ediciones culturales Internacionales. México.

**ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.** Tomo III.

**JURISPRUDENCIA.** Ediciones Mayo. Actualización I. Civil.

**JURISPRUDENCIA.** Ediciones Mayo. Actualización IV. Civil.

**SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA.** Materia común. Novena Época. Julio 2000.

**IUS 2004.** Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia y tesis aisladas.

