

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

ESPECIALIDAD EN DERECHO CIVIL

**TEMA: EL PAGO DE ALIMENTOS PARA EL CÓNYUGE
INOCENTE EN EL DIVORCIO NECESARIO: ¿DEBER
JURÍDICO O SANCIÓN?**

ASESOR: LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA

ALUMNA: LIC. EMILIA FALFÁN REYES



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.

ÍNDICE

Introducción

Capítulo 1. ¿Qué son los alimentos? -----	1
1.1. Concepto vulgar y jurídico de la palabra alimentos. -----	2
1.2. Características de los alimentos. -----	7
1.3. Contenido de los alimentos. -----	14
1.4. Forma de pago de los alimentos. -----	16
1.4.1. Orden prelativo para el pago de alimentos. -----	20
1.5. Aseguramiento de los alimentos. -----	24
1.6. Personas legitimadas para solicitar que se garantice el pago de alimentos. -----	25
1.7. Suspensión y cesación del deber de dar alimentos. -----	28
Capítulo 2. Generalidades sobre el divorcio. -----	33
2.1. Concepto de divorcio. -----	35
2.2. Especies de divorcio. -----	36
2.2.1. Divorcio voluntario administrativo. -----	37
2.2.2. Divorcio voluntario judicial. -----	40
2.2.3. Divorcio necesario o contencioso. -----	45
2.2.3.1. Breve estudio analítico y sistemático de las causales de divorcio. -----	48
2.4. Efectos del divorcio. -----	64
2.4.1. Efectos del divorcio en cuanto a los cónyuges. -----	65
2.4.2. Efectos del divorcio respecto de los hijos. -----	65
2.4.3. Efectos del divorcio con relación a los bienes. -----	67
Capítulo 3. El pago de alimentos al cónyuge inocente en caso de divorcio necesario. -----	70
3.1. Teoría del deber jurídico. -----	72
3.2. Aplicación de la teoría del deber jurídico en relación al pago de alimentos a cargo del cónyuge culpable. -----	85
3.3. Los alimentos como sanción para el cónyuge culpable en el divorcio necesario. -----	89
Conclusiones -----	97
Bibliografía -----	98

Introducción

La solidaridad humana supone ayudar a quien sufre necesidades, tanto más si se trata de un allegado, sin embargo, no siempre surge esta solidaridad entre los seres humanos. Moralmente es reprobable moralmente que si un padre padece miseria su hijo rico no le asista, lo mismo ocurre en el caso de los cónyuges o de otros parientes cercanos. De allí, que la norma jurídica imponga entre parientes, determinados por la misma, el deber de ministrar ciertos satisfactores tomando en cuenta las posibilidades las posibilidades de uno y las necesidades del otro. A esto es lo que nosotros llamamos alimentos.

Dentro de este concepto están comprendidos los recursos indispensables para la subsistencia de una persona, teniendo presente no sólo sus necesidades orgánicas elementales, sino también aquellos que le permitan una existencia digna.

Dicho esto, abordaremos la temática que nos convoca, consistente en contestar la interrogante planteada en el título de este trabajo.

Esta investigación se desarrolla en tres capítulos, en los cuales iremos presentando argumentos que nos permitan concluir si el pago de alimentos al cónyuge inocente en el divorcio necesario es un deber jurídico o una sanción.

Es importante mencionar que en el desarrollo del presente trabajo se tomó en cuenta únicamente el contenido de la legislación vigente en el Distrito Federal,

por lo que no se pretende hacer una generalización del tema, y mucho menos intentar que las conclusiones vertidas sean válidas para todos los demás estados del país.

En el primer capítulo versa sobre lo que se entiende por alimentos tanto vulgar como jurídicamente, mencionando sus características, mismas, que los hacen ser diferentes a las demás obligaciones; se explicará su contenido y la forma de pagarlos, se señalará a las personas legitimadas para solicitar que se garantice su pago, así como, la suspensión y cesación del deber de proporcionarlos.

En un segundo capítulo se hablará de las generalidades del divorcio, tratando de manera muy breve y concreta las especies de divorcio, haciendo énfasis en el divorcio necesario o contencioso y en las causales del mismo pues son relevantes para el tema de estudio de este trabajo, pues poco a poco nos iremos acercando a la respuesta de la pregunta formulada.

Finalmente, en el último capítulo se refiere a lo por deber jurídico se entiende, pues no es un concepto tan claro y preciso, ya que al consultar la literatura jurídica relacionada con el tema nos encontramos con ideas muy distintas y algunas veces hasta contrarias, por ello fue necesario adentrarnos un poco en el tema para posteriormente llegar a la Teoría del Deber Jurídico que resulta más acorde con nuestra idea del deber jurídico en esta investigación y se ajusta más para llegar a dilucidar si el pago de alimentos al cónyuge inocente el divorcio necesario es un deber jurídico o una sanción impuesta por el legislador al cónyuge que en un en el divorcio necesario se declara culpable.

Capítulo 1. ¿Qué son los alimentos?

La familia cumple diversas funciones asociadas a los sentimientos que surgen entre sus miembros y a la transmisión de pautas de conductas de los padres hacia los hijos. También se le agrega una función directamente económica, que consiste en transferir recursos de los padres a los hijos, para que estos últimos crezcan y se desarrollen. Aspectos como la vivienda, la salud, el vestuario, la educación y el esparcimiento forman parte de los alimentos.

El pago de los alimentos es un deber que se cumple muchas veces de forma espontánea, pero al asociarlo con las rupturas de pareja se deja a veces de cumplirlo espontáneamente y es necesario hacerlo cumplir.

Tanto la sociedad como los individuos esperan que en las relaciones entre sus miembros exista la generosidad y el altruismo, por lo que surge una expectativa de que los padres se ocupen de la crianza y educación de sus hijos, y de que estos últimos se preocupen de los padres cuando estén viejos e imposibilitados de servirse por su propio esfuerzo, por lo que en materia de alimentos se hace hincapié en el principio de solidaridad. Así, dentro de una sociedad los alimentos se entienden como un pacto que se establece entre los padres y los hijos, los cónyuges y los concubinos, de manera recíproca.

Por lo mismo, dentro de las sociedades tradicionales las familias se ligan a sus miembros por varias generaciones; esto obedece al hecho de que pertenecer a

una familia es una forma de facilitar la subsistencia, porque en muchos casos es la familia, la que en mayor o menor medida puede contribuir en los momentos en que alguno de sus miembros no pueda sostenerse por sí mismo.

Los alimentos debieran ser de carácter natural, surgir de un deber moral de cada uno de los miembros de una familia, pero como a lo largo de la historia no ha sido así, ha sido necesario dotarlos de obligatoriedad considerándolos un deber civil. Fue el legislador quien realizó esta transformación, dándole a ese hecho natural de alimentar, la eficacia necesaria para exigirlo por la vía judicial en el caso de que se desconozca o rechace su cumplimiento, pues los alimentos se prestan, normalmente, de manera voluntaria y espontánea.

1.1. Concepto vulgar y jurídico de la palabra alimentos.

El concepto de alimentos tiene varias acepciones. En este primer punto nos concretaremos a puntualizar su significado tanto vulgar como jurídico. En el primero, la palabra alimentos se identifica con la noción de comida, con el suministro de todo lo que necesita un organismo para nutrirse.

El Diccionario de la Lengua Española, señala que la palabra alimento proviene "del latín *alimentum*, de *alĕre*, alimentar, que significa: **1** Conjunto de cosas que el hombre y los animales comen o beben para subsistir. **2**. Cada una de las sustancias que un ser vivo toma o recibe para su nutrición. **3**. Cosa que sirve para mantener la existencia de algo que, como el fuego, necesita de pábulo. **4**.

Sostén, fomento, pábulo de cosas incorpóreas, como virtudes, vicios, pasiones, sentimientos y afectos del alma. **5.** Prestación debida entre parientes próximos cuando quien la recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades”.¹

La palabra alimentos como podemos apreciar, en el lenguaje común se refiere al conjunto de cosas que el hombre y los animales comen o beben para subsistir, o a cada una de las sustancias que un ser vivo toma o recibe para la nutrición, o la cosa que sirve para mantener la existencia de algo, lo que un ser humano necesita para su nutrición, etc.

Por otro lado, el concepto jurídico también varía dependiendo del autor consultado, pues encontramos conceptos que refieren a los alimentos ya sea como un conjunto de elementos para la subsistencia, una obligación, un derecho o un deber jurídico.

Así, encontramos conceptos como el de Rafael de Pina, quien nos dice que los alimentos son “las asistencias que se prestan para el sustento adecuado de una persona en virtud de disposición legal”.²

Rafael Rojina Villegas, asevera que “los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco y abarcan de acuerdo con el artículo 308, la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte u

¹ *Diccionario de la Lengua Española*, 19ª ed., Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1970, p. 134.

² Rafael de Pina, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Porrúa, México, Vol. I, 1972, p. 304.

profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales”.³ Cabe aclarar que este concepto de alimentos resultaba perfectamente acorde con la legislación vigente cuando fue externado.

Para Julián Guitrón Fuentevilla, los alimentos jurídicamente significan: “comida, ropa, habitación, asistencia en casos de enfermedad, gastos necesarios para sufragar la educación primaria, proporcionar algún oficio, arte o profesión honestos y, en general, los gastos que no sean de lujo –suntuarios-, para sostener a una familia”.⁴

Ernesto Gutiérrez y González por su parte, dice que los “alimentos son los elementos que una persona requiere para su subsistencia, desarrollo moral, físico y mental, y para su vida dentro de la comunidad en la que habita”.⁵

María de Montserrat Pérez Contreras entiende a los “alimentos como el derecho que, en este caso concreto, tiene el menor para obtener de sus ascendientes u otros parientes obligados, conforme a la ley, aquello que es indispensable no sólo para sobrevivir sino para desarrollarse y vivir con dignidad y calidad de vida.”⁶ Esta concepción de los alimentos se restringe a los que corresponden al menor de edad.

En el derecho español los alimentos se pueden entender en un sentido amplio, refiriéndose a ellos como una deuda u obligación alimenticia; quedan aquí

³ Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil, T. I. Introducción, personas y familia*, 30ª ed., Porrúa, México, 2001, pp. 265, 265.

⁴ Julián Guitrón Fuentevilla, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, 3ª ed., Promociones jurídicas y culturales S.C., México, 1987, p. 128.

⁵ Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho Civil para la familia*, Porrúa, México, 2004, p. 446.

comprendidos todos los casos en que el alimentante debe prestar lo que requiere el alimentista, quien tiene derecho a exigirlos ⁷; y en un sentido estricto, los comprende como todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, comprendiendo la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor, incluyéndose los gastos de embarazo y parto cuando no se cubran de otro modo. ⁸

Por otra parte, los alimentos también son vistos como una obligación, señalando entonces que se trata de una "relación jurídica de interés público que existe entre un acreedor alimentario y un deudor alimentario, donde el segundo se obliga a darle al primero todo lo necesario para su subsistencia en términos de ley". ⁹

Dentro de los que consideran que los alimentos constituyen un deber encontramos a Ignacio Galindo Garfias, quien nos dice que se definen como "un deber que corre a cargo de los miembros de una familia, de proporcionarse entre sí, los elementos necesarios para la vida, la salud y en su caso, la educación". ¹⁰

⁶ María de Montserrat Pérez Contreras, "La legislación vigente en materia de obligaciones alimentarias en el marco de la familia para el caso de menores en el Distrito Federal", *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, año I, no. 1, enero-abril 2002, p. 128.

⁷ Cf. Oscar Balmaseda Monje (Coord.), *Sistema de Derecho Civil, Familia*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 369.

⁸ Cf. José Puig Brutau, *Compendio de Derecho Civil*, Vol. IV, Bosch, Barcelona, 1991, p. 195.

⁹ Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, Porrúa, México 2004, p. 53.

¹⁰ Ignacio Galindo Garfias, *Derecho Civil*, 13ª ed., Porrúa, México, 1994, p. 479.

Benjamín Flores Barroeta, nos dice que “son un deber jurídico a cargo de un familiar que está en posibilidad, de proporcionar a otro que está en necesidad, lo necesario para su subsistencia”.¹¹

Finalmente, el Código Civil no ofrece un concepto de alimentos, pero en su artículo 308 establece cuál es su contenido, señalando que: “Los alimentos comprenden:

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

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

III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

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

Consideramos que los alimentos son un deber jurídico de gran importancia, pues son precisamente los elementos o satisfactores que le permitirán a un individuo subsistir y tener, en la medida de las posibilidades de quien se los proporcione y de sus propias necesidades, una vida digna. El contenido de los alimentos se puede resumir en lo que cotidianamente llamamos

¹¹ Benjamín Flores Barroeta, *Lecciones de primer curso de Derecho Civil*, Saber, México, 1960, p. 234.

casa, vestido y sustento, incluyendo atención médica y la educación tratándose de menores de edad.

1.2. Características de los alimentos.

El Código Civil reconoce y regula tanto el derecho como el deber que tienen los miembros de la familia de proporcionarse alimentos, con base en principios como los de proteger a la institución de la familia y los valores sobre los cuales descansa ésta, como son la unidad, la solidaridad y la asistencia, que nacen del parentesco, el matrimonio o el concubinato.

A continuación mencionaremos las características de los alimentos, aclarando que se enumeran las que a nuestro juicio son las que realmente caracterizan a los alimentos y que los diferencian del resto de las obligaciones.

★ **Reciprocidad.** Esta primera característica se refiere al hecho de quien da los alimentos tiene, en su caso derecho a recibirlos cuando se reúnen los elementos de necesidad en el acreedor y la capacidad económica del deudor. Es esta característica la que diferencia a los alimentos de las demás obligaciones,

pues en ellas no hay reciprocidad; existen las calidades de deudor y acreedor pero no de manera recíproca respecto de una misma prestación.

Este carácter recíproco es señalado en el Código Civil en el artículo 301: "La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez derecho de pedirlos".

Asimismo, confirman la reciprocidad los siguientes preceptos del Código Civil:

"Artículo 302.- Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos..."

"Artículo 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos..."

"Artículo 304. Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres..."

"Artículo 307. El adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en que la tienen los padres y los hijos."

★ **Intransmisibilidad.** El pago de los alimentos está determinado por las circunstancias particulares y únicas del acreedor y del deudor. Se confieren exclusivamente a una persona determinada en razón de sus necesidades y se imponen, también, a otra persona determinada, tomando en cuenta su carácter de pariente, cónyuge o concubinario y sus posibilidades económicas.

El derecho de recibir y el deber de dar los alimentos se da entre sujetos perfectamente determinados por la ley, los cuales para ejercitar este derecho o el

cumplir con ese deber, deben tener las características de acreedor o deudor alimentario establecidas por la legislación civil.¹²

★ **Subsidiariedad.** Siempre existe una persona quien tiene a su cargo el deber de proporcionar los alimentos, a pero a falta de éste otro cumplirá con el deber, pues se desplaza de un pariente a otro en el orden que la ley establece. Primeramente existe el deber, según el caso, entre los cónyuges y los concubinarios; en línea recta, los padres están obligados a darlos a los hijos; a falta de los padres, cumplirán los abuelos o los ascendientes en ambas líneas más próximos en grado. Los hijos deben darlos a los padres; a falta de éstos lo harán los descendientes más próximos en grado. Cuando faltan o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, en línea colateral deberán proporcionarlos los hermanos de padre y madre, o en los que fueren solamente de madre o padre; si faltaren los parientes antes referidos, deben ministrarlos los parientes colaterales dentro del cuarto grado. Los hermanos y parientes colaterales referidos, tienen que proporcionar alimentos a los menores o discapacitados; este último supuesto incluye a los parientes adultos mayores, hasta el cuarto grado. Finalmente, el adoptante y el adoptado, se deben dar alimentos en los mismos casos en que los padres y los hijos.

Esta característica de subsidiariedad se desprende del contenido de los artículos 302 al 307 de nuestro Código Civil.

¹² Cf. María de Montserrat Pérez Contreras, *Op. Cit.*, p. 137.

Es importante destacar que esta característica no es aplicable en el caso de que el deudor no cumpla pudiendo hacerlo, pues la ley señala la posibilidad de que un cumplimiento subsidiario se aplique sólo en caso de ausencia o imposibilidad (que puede entenderse como insolvencia).

* **Proporcionalidad.** Esta característica es la nota más distintiva en los alimentos. Los alimentos se darán de acuerdo a las posibilidades del deudor y a las necesidades del acreedor. Los alimentos deben tener una justa proporción entre la posibilidad entendida como la capacidad económica y la necesidad entendida como hecho de requerir determinados satisfactores.

El artículo 311 del Código Civil, al respecto establece que “Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente”.

Por su parte, el artículo 312 del citado ordenamiento señala que “Si fueren varios los que deben dar los alimentos y todos tuvieren posibilidad para hacerlo, el juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus haberes”. Y el artículo

313, añade: "Si sólo algunos tuvieran posibilidad, entre ellos se repartirá el importe de los alimentos; y si uno sólo la tuviere, él cumplirá únicamente la obligación".

Los convenios y las sentencias relacionados con la ministración de alimentos, tienen una validez que varía en el tiempo, toda vez que por su naturaleza deben ajustarse a las diversas circunstancias que se vayan presentando, entre ellas los cambios que sufra la posibilidad del que debe de darlos y la necesidad del que debe recibirlos, pudiendo así presentarse situaciones en que nazca o cese la obligación de dar alimentos, o bien debe aumentarse o disminuirse el monto de los mismos.¹³

Recordemos el contenido del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece que "Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria, o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

* **Irrenunciabilidad.** Esta característica es una protección para el acreedor, quien no puede remitirla en modo alguno. El carácter de irrenunciable

¹³ *Idem*, p. 135.

está expresamente señalado en la ley, en el numeral 321 del Código Civil, el cual señala que “el derecho de recibir alimentos no es renunciable...”

★ **Intransigibilidad.** Primeramente debemos tener presente que la transacción es un contrato civil previsto en el artículo 2944 del Código Civil, que a la letra dice: “La transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura”.

Si los alimentos tienen como una de sus características la de ser irrenunciables, es lógico pensar que si se llegase a pactar alguna transacción, al hacerse alguna concesión, ésta podría generar una renuncia; sin embargo, existe sólo una excepción que posibilita el llevar a cabo transacción en materia de alimentos, misma que se encuentra señalada en el artículo 2951.

Es importante subrayar que la ley no permite transigir el derecho de recibir alimentos. Lo que el artículo 2951 permite es realizar transacción únicamente sobre las cantidades debidas por concepto de los alimentos.

Al respecto, el artículo 321 nos dice que “el derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción”. Asimismo, el artículo 2950, fracción V, señala que será nula la transacción que verse sobre el derecho de recibir alimentos y finalmente, el artículo 2951, establece que “podrá haber transacción sobre las cantidades que ya sean debidas por alimentos”.

El legislador en el artículo 321 del Código Civil para el Distrito Federal, consideró que el derecho a recibir alimentos es irrenunciable y no puede ser objeto

de transacción, precisamente para proteger a los acreedores alimentarios y no permitir que con base en convenios, puedan aceptar recibir del deudor alimentario, prestaciones inferiores a las mínimas contenidas en la legislación o aceptar no recibir los alimentos que les corresponden. De esta forma, el deber de dar alimentos está protegido, incluso en contra de la voluntad del propio titular, ya que tal protección surge por la necesidad insoslayable que tiene el acreedor alimentista de subvenir a sus necesidades más elementales para su subsistencia.¹⁴

★ **Imprescriptibilidad.** Esta característica se refiere a que no se pierde el derecho de recibir alimentos por no haberlo ejercitado o por abandonarlo temporalmente. Se debe entender que el derecho a exigir alimentos no puede extinguirse por el simple transcurso del tiempo mientras subsistan las causas que motivan la prestación de los mismos. El pago de los alimentos es imprescriptible mientras subsista la necesidad y la posibilidad para su prestación.

Es muy importante establecer una distinción entre el deber de dar alimentos y el derecho a recibirlos, de las pensiones ya vencidas. El derecho mismo de recibir alimentos se considera imprescriptible, sin embargo, tratándose de pensiones ya vencidas, son aplicables las reglas generales de la prescripción.

Así, el Código Civil en su artículo 1160 establece que “La obligación de dar alimentos es imprescriptible”.

¹⁴ Cf. Hilda Pérez Carvajal y Campuzano, “Comentarios sobre la forma en que debe fijarse el monto de la pensión alimenticia, de acuerdo con las diversas tesis jurisprudenciales”, Revista de Derecho Privado, México, nueva época, año 1, no. 2, mayo-agosto 2002, p. 184.

Por lo que hace a las pensiones alimenticias que no fueron cobradas en su momento, el artículo 1162 señala que: "Las pensiones, las rentas, los alquileres y cualesquiera otras prestaciones periódicas no cobradas a su vencimiento, quedarán prescritas en cinco años, contados desde el vencimiento de cada una de ellas, ya se haga el cobro en virtud de acción real o de acción personal".

* **Incompensabilidad.** La compensación tiene lugar cuando dos personas reúnen recíprocamente y por su propio derecho, las calidades de acreedor y deudor, produciéndose el efecto de que se extingan ambas deudas hasta la cantidad que importe la menor (artículo 2183).

Sin embargo, en materia de alimentos, el deudor alimentario no puede negarse a prestarlos si el acreedor que tiene derecho a recibirlos, es a su vez deudor del primero respecto de otras prestaciones, tal como lo establece el artículo 2192, fracción III del Código Civil, señalando que la compensación no tendrá lugar si una de las deudas fuere por alimentos.

1.3. Contenido de los alimentos.

El contenido de los alimentos de manera general comprende la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad; las variantes en su contenido se presentarán dependiendo de las circunstancias personales del acreedor (si se trata de un mayor de edad, de un menor de edad, de un

discapacitado o de alguien declarado en estado de interdicción o de un adulto mayor).

El artículo 308 del Código Civil, establece cuál es el contenido de los alimentos en cuatro supuestos:

La fracción I de este artículo señala que tratándose de mayores de edad, los alimentos consistirán en la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto.

Respecto de los menores de edad, la fracción II señala que además de lo enunciado en la fracción I, los alimentos comprenden los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

Sin embargo, el artículo 314 del Código Civil señala que no forma parte del contenido de los alimentos el deber de proveer de capital para que el acreedor alimentario ejerza el oficio, arte o profesión a que se hubiere dedicado.

La fracción III se ocupa de las personas con algún tipo de discapacidad o los que han sido declarados en estado de interdicción; en estos casos los alimentos además de lo señalado en la fracción I, incluirán también necesario para lograr en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo.

La fracción IV se refiere a los adultos mayores que carecen de capacidad económica; para ellos, los alimentos incluyen lo enumerado por la fracción I y todo lo necesario para su atención geriátrica, procurando que los alimentos se les proporcionen integrándolos a la familia.

En esta última fracción, consideramos que la integración debe hacerse en la familia del pariente que de conformidad con la ley le corresponda proporcionar los alimentos, atendiendo al parentesco que tenga con éste el adulto mayor al que deben ministrársele, es decir, dependiendo la hipótesis, será integrado en la familia de alguno de sus hijos, o de sus nietos, o de sus hermanos, etcétera.

1.4. Forma de pago de los alimentos.

Existen dos formas de cumplir con el deber de dar alimentos; la primera es incorporando al acreedor alimentario a la casa del deudor y la segunda, es pagando una pensión, consistente en una suma de dinero que se ministra periódicamente.

Es decir, la persona que debe cubrir alimentos, lo puede hacer a través del pago de una pensión, que puede fijarse mediante convenio o en virtud de una sentencia judicial que los determine, o puede cumplir con ese deber mediante la incorporación al seno de la familia al acreedor alimentario, cuando sea posible esta situación.

A estas dos formas del pago de los alimentos, la doctrina las ha distinguido como propia e impropia.

El pago de alimentos de manera propia se realiza mediante la incorporación familiar, que es la forma más común, la que se vive a diario en las

familias y en la cual en realidad no se piensa que se esté cumpliendo con el deber de dar alimentos, pues forma parte de la vida diaria; por ejemplo, al nacimiento de un bebé, a quien desde el momento del alumbramiento se le proporciona todo lo necesario para su subsistencia.

El Código Civil en el artículo 309 señala ambas formas para cumplir con el pago de los alimentos y establece que “El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación, asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia...”

Normalmente, corresponde al deudor alimentario optar por la forma de pago de los alimentos que sea menos gravosa para él, siempre que no exista impedimento legal para ello.

Sin embargo, el acreedor alimentario puede oponerse a ser incorporado a la familia del deudor, si existe causa fundada para ello; en este caso es aplicable la segunda parte del artículo 309, que establece que “En caso de conflicto para la integración, corresponderá al Juez de lo Familiar fijar la manera de ministrar los alimentos, según las circunstancias”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el derecho de incorporar a un acreedor alimentista a la familia del deudor, se encuentra subordinado a una doble condición: a) que el deudor tenga una casa o domicilio apropiados y, b) que no exista impedimento legal o moral para tal incorporación.¹⁵

¹⁵ Cf. Ignacio Galindo Garfias, *Op. Cit.* p. 486.

Si el deudor alimentario está cumpliendo con el deber de dar alimentos mediante la incorporación familiar sin que exista oposición del acreedor o sin que el juez competente haya declarado la existencia de algún impedimento para la incorporación, el acreedor alimentario no podrá abandonar la casa del deudor que lo ha incorporado a su familia, sin el consentimiento de éste o sin la existencia de una causa que lo justifique. Cuando exista una causa justificada para el abandono de la casa por parte de quien recibe los alimentos, ésta deberá probarse y, será el Juez quien tiene que autorizar que se modifique la forma en que se van a seguir prestando los alimentos.

Asimismo, el artículo 310 del citado ordenamiento señala que "El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro o cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación". Dicha disposición es lógica, ya que sería absurdo que entre cónyuges divorciados se pudiese cumplir con el deber de pagar los alimentos mediante la incorporación familiar.

Otro caso en el que generalmente resulta inconveniente cumplir con el deber de pagar los alimentos de manera propia, es en el del reconocimiento de un hijo habido antes o fuera del matrimonio, pues el mismo Código Civil en su artículo 372 establece que "El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste".

En esta disposición lo que se busca, es preservar la armonía matrimonial y familiar, pues si se trata de un hijo que no pertenece a ese matrimonio, pero que es reconocido por el cónyuge no es lógico pensar que el otro cónyuge tenga el deber de aceptarlo dentro del seno familiar como si se tratará de un hijo nacido de ese matrimonio.

Por otra parte, la manera impropia de cumplir con el pago de los alimentos, se traduce en el pago periódico de una pensión competente, es decir, suficiente para cubrir las necesidades del acreedor alimentario.

Para cuantificar el pago de los alimentos es deseable que en el juzgador prevalezca un espíritu de equidad, razón por la cual, lo ideal sería contar con fórmulas que permitieran establecer los parámetros para fijar o cuantificar el pago de alimentos.

Lo anterior, tomando como base la interpretación del artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que establece que los alimentos deben ser proporcionados de acuerdo con las posibilidades de quien debe darlos y de las necesidades de quien debe recibirlos. En este precepto legal establece el principio de proporcionalidad que debe existir para fijar el monto de una pensión alimenticia, existiendo un equilibrio entre los recursos del deudor y las correlativas necesidades del acreedor alimentista, para determinar en forma justa y equitativa una condena de alimentos, razón por la que el juzgador tomará en cuenta no sólo los bienes y las posibilidades económicas con que cuenta el deudor, sino también

las necesidades de los acreedores con el propósito de que estas necesidades sean cubiertas en sus aspectos biológico, intelectual y social.¹⁶

Es precisamente a estos aspectos fundamentales a los cuales debe atender este principio de proporcionalidad, cuya observancia es obligatoria en toda controversia de carácter alimentario.

Si su cuantía consiste en una cantidad líquida, ésta deberá ser fijada por el Juez, tomando en cuenta las circunstancias personales del acreedor, ajustándose a lo que éste necesite para subsistir decorosamente y de acuerdo con la capacidad económica del deudor.

La cuantía de la deuda de alimentos será diferente en cada caso, aunque su contenido sea el mismo (habitación, vestido, comida, asistencia en caso de enfermedad).

Al cuantificar el monto de los alimentos, debe existir la debida proporción entre la posibilidad y la capacidad de la persona a la que la ley le impone el deber de pagarlos, y a las necesidades del que debe recibirlos, según la forma y comodidades que correspondan al tipo de vida familiar y social a la que el deudor alimentario estuviere habituado.¹⁷

1.4.1. Orden prelativo para el pago de alimentos.

¹⁶ *Idem*, p. 185

¹⁷ Cf. Ernesto Gutiérrez y González, *Op. Cit.*, p. 448.

El deber de dar alimentos encuentra su origen en la solidaridad que debería existir entre los miembros de una familia, pues hay entre ellos una comunidad de afectos e intereses de todo tipo, que se traduce en la necesidad de proporcionar el sustento a quien no lo puede ganar mediante su trabajo.¹⁸

El Código Civil del Distrito Federal se refiere a las personas que tienen derecho a recibir alimentos, y lo establece en los artículos 302 al 307.

De estos artículos se desprende que el orden prelativo para el pago de alimentos es el siguiente:

1. Los cónyuges deben proporcionarse alimentos, y en casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio será el Juez de lo Familiar quien los determine.

En el caso de los cónyuges, el deber de darse alimentos va más allá del vínculo matrimonial pues se prolonga aún después de concluido éste, ya que aún cuando la unión conyugal ya no exista, subsiste el deber dar alimentos.

2. Los concubinos se deben alimentos de manera recíproca.

Entre los concubenarios se establece una vida en común; en su relación se encuentran las mismas necesidades afectivas y solidarias que en el matrimonio, y es por eso que el legislador tomó en cuenta al concubinato en materia del pago de alimentos, adecuando la norma jurídica a la realidad social.

3. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos.

4. A falta o por imposibilidad de los padres, el deber de pagar los alimentos recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

5. Los descendientes también tiene el deber de dar alimentos a sus ascendientes, pero a falta o por imposibilidad de los descendientes, les corresponde ese deber a los descendientes más próximos en grado.

6. A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, el deber recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueren solamente de madre o padre.

En el orden prelativo señalado en los números 3 al 6, el elemento común entre los que tienen el deber de pagar los alimentos encontramos al parentesco consanguíneo.

Los progenitores deber asistir a sus descendientes hasta que sean mayores o capaces de valerse por sí mismos; y éstos a su vez tienen el deber con quienes les dieron la vida y les proporcionaron lo necesario para su subsistencia cuando estos últimos lo necesiten. De tal manera que no sólo se trata de una relación moral, sino de un deber jurídico recíproco.¹⁹

7. Faltando los parientes a que se refieren los puntos anteriores, les corresponde ministrar alimentos a los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

¹⁸ Cf. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, *La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral*, 2ª ed., Porrúa, México, 1998, p.54.

¹⁹ *Idem*, pp. 65, 66.

8. Los hermanos y parientes colaterales a que se refiere el supuesto anterior, tienen el deber de proporcionar alimentos a los menores o discapacitados; este último supuesto incluye a los parientes adultos mayores, hasta el cuarto grado.

En el caso del deber de dar alimentos entre los parientes colaterales, este deber tiene su fundamento en la solidaridad familiar y en los nexos afectivo-familiares que surgen de manera más palpable entre hermanos, que junto con los parientes colaterales hasta el cuarto grado generalmente buscan el fortalecimiento del núcleo familiar.

9. El adoptante y el adoptado tienen el deber de darse alimentos en los casos en que lo tienen los padres y los hijos.

En el caso de la adopción, el nexo afectivo que existe entre adoptante y adoptado es equiparable al que existe entre una madre o un padre con sus hijos, y es atendiendo a esta circunstancia, en donde el vínculo de la adopción se equipara al hecho jurídico de la maternidad y la paternidad, que se establece el deber de darse alimentos.

En materia federal donde aún subsiste la adopción simple, el deber de dar alimentos se limita al adoptante y adoptado, porque se considera que la decisión del adoptante no debe trascender al resto de su familia.²⁰

²⁰ *Idem*, p. 71.

Para el Distrito Federal con la adopción plena, el adoptado ingresa a la familia como un hijo consanguíneo, con los mismos derechos y deberes que aquel.

21

Cabe aclarar que actualmente en la legislación sólo subsiste la adopción antes llamada plena y, sin embargo, el artículo 307 del Código Civil continúa disponiendo que la obligación de proporcionarse alimentos se agota entre adoptante y adoptado, sin trascender a los familiares del primero. Creando esta situación una confusión.

1.5. Aseguramiento de los alimentos.

Para pedir y obtener el aseguramiento del pago de alimentos no se requiere, como ocurre en el caso de otro tipo de obligaciones, que el deudor alimentario haya dejado de cumplir con el deber de dar alimentos, pues la ley provee a quien necesita de los alimentos de una medida cautelar de aseguramiento para garantizar de modo fehaciente el pago puntual de los alimentos.

El aseguramiento del pago de alimentos debe hacerse de conformidad con el artículo 317 del Código Civil, pudiendo asegurarse mediante hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualquier otra forma de garantía suficiente a juicio del juez.

²¹ *Ibidem.*

El artículo 318 del citado ordenamiento señala que "El tutor interino dará garantía por el importe anual de los alimentos. Si administrare algún fondo destinado a ese objeto, por él dará la garantía legal".

1.6. Personas legitimadas para solicitar que se garantice el pago de alimentos.

Si bien es cierto que quien tiene el deber de dar alimentos debe hacerlo en forma voluntaria, también es cierto que hay personas que incumplen con este deber, y es entonces cuando la ley confiere al quien debe recibir los alimentos, el derecho a que formule una demanda ante el Juez de lo Familiar, con el objeto de que se le paguen los alimentos vencidos, y se asegure de alguna manera el pago de alimentos como lo establece el Código Civil en su artículo 317 para el futuro.

De esta forma, se puede iniciar el procedimiento de aseguramiento, y obtener por parte del juez de lo familiar que se condene al pago de alimentos al deudor alimentario.

El Código Civil en su artículo 315 enumera a las personas que tienen la acción para solicitar el aseguramiento de los alimentos:

En la fracción I, se le concede la acción para solicitar que se garantice el pago de alimentos al acreedor alimentario, pues es éste quien directamente

resiente la falta de cumplimiento del deber de proporcionarlos por parte del deudor alimentario.

La fracción II del citado artículo concede acción al que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor; en este caso se le concede la acción pues se trata del representante del menor y es quien puede acudir ante la autoridad judicial a solicitarlo.

Se considera que la protección que se debe dar al menor en este caso concreto, surge de su condición de inmadurez en la que se encuentra para valerse por sí mismo, ya que no ha alcanzado su pleno desarrollo físico y psíquico, lo que jurídicamente lo coloca en un estado de incapacidad, haciéndose necesaria la existencia de normas dirigidas a preservar y proteger sus derechos, ya no sólo como parte de una sociedad sino también como integrante de un núcleo familiar, y que éstas se encaminen a los objetivos de tutelar y de orientar sus disposiciones hacia una cultura de respeto sus derechos.²²

En el caso de la obtención de alimentos para los menores, el juez de lo familiar que resuelva, deberá procurar atender a lo más benéfico, conveniente y justo para el menor, de tal forma que se garantice que ambos progenitores, o en su caso a quien corresponda de acuerdo con la ley, procuren lo necesario para que éste se pueda desarrollar integral y armónicamente tanto al interior de la familia

²² Cf. María de Montserrat Pérez Contreras, *Op. Cit.*, p. 146.

como en sociedad; esto es, se deberá velar por la integridad física, psicológica y material del menor, en tanto no sea capaz de valerse por sí mismo.²³

Tenemos al tutor en la fracción III. Es éste quien representa al menor si no hay quien ejerza sobre él la patria potestad o si se trata de una persona declarada en estado de interdicción.

La fracción IV señala a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, como ya se mencionó anteriormente; al tener un parentesco consanguíneo con el acreedor alimentario, el legislador les concede esta acción para solicitar que se garantice el pago de los alimentos.

La fracción V, concede la acción para solicitar se garantice el pago de los alimentos, a la persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario.

Finalmente, la fracción VI establece que es el Ministerio Público quien tiene esta acción, ya que en última instancia es el representante de la sociedad y debe velar por los intereses de la misma.

El artículo 315 que señala a los legitimados para solicitar que se garantice el pago de los alimentos, tiene un carácter meramente enunciativo, pues en el artículo 315 Bis se establece que "Toda persona que tenga conocimiento sobre la necesidad de otro de recibir alimentos y pueda aportar los datos de quienes estén obligados a proporcionarlos, podrá acudir ante el Ministerio Público o Juez de lo Familiar indistintamente, a denunciar dicha situación".

²³ *Idem*, p. 148.

Consecuentemente, es por conducto del Ministerio Público que cualquiera que actúe en interés del acreedor alimentario puede denunciar y solicitar el pago de alimentos, así como que le sean garantizados los alimentos.

De manera complementaria, el artículo 316 señala que "si las personas a que se refieren las fracciones II, III, IV y V del artículo 315 no pueden representar al acreedor alimentario en el juicio en que se pida el aseguramiento de alimentos, se nombrará por el Juez de lo Familiar un tutor interino" (sic).

1.7. Suspensión y cesación del deber de dar alimentos.

En atención al principio de proporcionalidad de los alimentos, se debe tomar en cuenta que su cuantía no puede fijarse de manera invariable en el ámbito temporal, pues los alimentos se deben ir ajustando a las circunstancias que se van presentando, como lo es el hecho de que existan cambios en la posibilidad de quien debe de darlos y la necesidad de quien debe recibirlos, de tal modo que ciertas situaciones pueden hacer que cese el deber de dar alimentos.

En principio, se puede decir que el deber de dar alimentos no es vitalicio ya que generalmente este deber termina cuando se extingue la necesidad de recibirlos.²⁴

²⁴ Cf. Ernesto Gutiérrez y González, *Op. Cit.* p. 458.

Existen diversas hipótesis para la suspensión o cesación del deber de proporcionar alimentos: cuando la persona que tiene dicho deber no tiene medios para cubrir el importe de los mismos, cuando quien debe recibirlos deja de necesitarlos, cuando quien debe recibir los alimentos cometa actos de injuria, faltas o daños graves contra el que debe proporcionarlos, cuando la necesidad de los alimentos provenga de las conductas viciosas o de la falta de aplicación al trabajo de quien deba recibirlos, pudiéndolo hacer. En estos dos últimos casos, la causal termina cuando tales conductas desaparezcan. Y como último supuesto tenemos el caso de que quien debe recibir los alimentos abandone la casa de la persona que se los provee, sin su consentimiento y por causa injustificable.

El artículo 320 del Código Civil es el que establece los casos de suspensión o cesación del deber de dar alimentos.

La fracción I señala, que el deber de dar alimentos se suspende o cesa cuando el que lo tiene carece de medios para cumplirlo; esta hipótesis descansa en el principio de proporcionalidad que rige en materia de alimentos.

Como segunda causa de cesación del deber de dar alimentos tenemos la que se presenta cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos, que también atiende al principio de proporcionalidad.

Aquí, es conveniente señalar algunas consideraciones al respecto, ya que en una primera lectura de esta fracción II del artículo 320 del Código Civil, podría parecer que una de las posibilidades que señala esta fracción es la cesación de dicho deber cuando el hijo menor llega a la mayor edad, sin embargo, la Suprema

Corte de Justicia de la Nación en diversos criterios jurisprudenciales ha establecido que la sola llegada de la mayor edad de los hijos no es una causa para que cese el deber de sus padres de darles alimentos, pues la legislación civil no la ha señalado expresamente como tal, ya que la necesidad de alimentos por parte de los hijos no se satisface por el simple hecho de la llegada de la mayor edad; no obstante, en contraposición a estas tesis jurisprudenciales e incluso a la misma legislación encontramos el artículo 287 del Código Civil que a la letra dice: "En la sentencia que decreta el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad".

Aquí existe una clara incongruencia y a nuestro parecer muy injusta distinción, pues mientras a los hijos mayores se les sigue otorgando el derecho de recibir alimentos, a los hijos menores de padres divorciados que lleguen a la mayor edad se les priva del derecho a recibir los alimentos en virtud del divorcio de sus padres, lo que a toda luces es contrario a la proporcionalidad y reciprocidad que deben caracterizar a los alimentos; pues el hecho de ser hijos de padres divorciados que lleguen a la mayoría de edad, no extingue su necesidad de recibir los alimentos,; pues es una situación en la cual los hijos deberían ser protegidos;

sin embargo, pareciera ser una sanción para los hijos que lleguen a la mayor edad el hecho de que sus padres hayan tomado la decisión de divorciarse, pues por ese simple hecho la ley considera que los padres ya no tiene el deber de dar alimentos a sus hijos.

La fracción III, señala el caso de la violencia familiar o de las injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos. En este caso, la suspensión o cesación se da en virtud de la conducta ilícita del acreedor mayor de edad, como una sanción por su conducta.

La fracción IV, establece que habrá suspensión o cesación del deber de dar alimentos cuando la necesidad de recibirlos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad; aquí también se sanciona la "mala" conducta del acreedor.

En la fracción V, tenemos que si el alimentista sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables se suspenderá o cesará el deber de dar alimentos. Relacionado con este supuesto, tenemos el contenido del artículo 421 del ordenamiento civil, que nos dice que "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente".

En atención a la redacción de la primera parte del artículo 320, es posible pensar que el legislador consideró que en las cinco hipótesis señaladas, se puede presentar la suspensión o la cesación del deber de dar alimentos, pues al presentarse cualquiera de los supuestos, se puede tratar de una suspensión o de

una cesación, dependiendo de que las circunstancias del deudor o acreedor cambien o que quien deba recibirlos modifica su conducta.

Finalmente, este artículo deja abiertas las posibilidades a otras causas de suspensión o cesación en materia de alimentos, que no estén enumeradas dentro de este artículo, pues señala que también lo serán las demás que señale el Código Civil u otras leyes.

Capítulo 2. Generalidades sobre el divorcio.

Una de las formas para poner fin al matrimonio es el divorcio. Esta figura como actualmente se establece en el Código Civil es relativamente nueva, pues antiguamente no existía como ahora se le conoce.

El Código Civil de 1884 en su artículo 155 indicaba que: "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

En el precepto transcrito, especialmente en la parte que alude a que el vínculo del matrimonio era indisoluble, es notable la expresión de la voluntad del legislador para dar a la institución del matrimonio como característica su no extinción, a no ser por la muerte de los cónyuges.

El deseo de indisolubilidad matrimonial es manifestación de diversos intereses en juego como son: un hogar tranquilo, la educación y el ejemplo a los hijos, la paz y tranquilidad sociales, etcétera; pero por diversas razones se ha tenido que dar cabida al divorcio.

El divorcio puede considerarse como una solución para un matrimonio que se ha convertido en dañino para los esposos y para su familia.

Jorge Mario Magallón Ibarra respecto al divorcio nos dice que "si la comunión espiritual del matrimonio ha dejado de existir, el divorcio es una medida necesaria para evitar inmoralidades de mayor alcance, para detener un torrente de inmoralidad que de otra manera el derecho está permitiendo".²⁵

El legislador consideró necesaria la creación del divorcio pues hay ocasiones en las que ya no es posible el sostenimiento de un matrimonio ideal, pues han dejado de existir entre los cónyuges los caracteres del amor, del respeto, la igualdad, la colaboración mutua, así como la disposición de éstos para resolver los problemas cotidianos, lo que vuelve imposible en muchos casos la permanencia de la unión conyugal.

La muerte de alguno de los cónyuges es otra forma para extinguir el matrimonio.

También se dice que la nulidad del matrimonio es otra forma de disolverlo, sin embargo, son cosas distintas; la nulidad del matrimonio implica que el matrimonio no fue válido desde un principio y la declaración de nulidad únicamente constata tal circunstancia.

El divorcio supone la existencia de un matrimonio válido que después por alguna de las circunstancias establecidas en la ley se disuelve.

²⁵ Jorge Mario Magallón Ibarra, *Instituciones de Derecho Civil*, T. III, Porrúa, México, 1988, p. 425.

2.1. Concepto de divorcio.

La voz latina *divortium*, evoca la idea de separación de algo que está unido, esta palabra "encuentra su etimología en el verbo latino *divertere*, que entraña que cada cual se va por su lado".²⁶

La palabra divorcio en el lenguaje común nos remite a la idea de separación; pero en sentido jurídico además nos indica la extinción de la vida conyugal, declarada por la autoridad competente en un procedimiento.²⁷

Para Benjamín Flores Barroeta, el divorcio "es la disolución del vínculo del matrimonio, en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio".²⁸

En palabras de Ignacio Galindo Garfias, el divorcio "es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley".²⁹

La resolución que decreta la disolución del vínculo matrimonial, se debe pronunciar cuando no existe duda de que es imposible que los cónyuges continúen unidos en matrimonio, ya sea que se haya probado cualquiera de las causales que

²⁶ *Idem*, p. 356

²⁷ Rafael de Pina, *Op. Cit.*, p. 340.

²⁸ Benjamín Flores Barroeta, *Op. Cit.*, p. 362.

²⁹ Ignacio Galindo Garfias, *Op. Cit.*, p.597.

la ley señala o porque los consortes estén de acuerdo en terminar su vida matrimonial.

2.2. Especies de divorcio.

El divorcio, al disolver el matrimonio, produce que la mayoría de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges dejen de existir, pues la ley dispone los casos en que el deber de dar alimentos subsistirá entre los excónyuges aún después del divorcio; asimismo, les permite recobrar su capacidad para contraer nuevamente matrimonio.

El Código Civil establece en el artículo 266 que "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro..."

El divorcio puede ser solicitado por el acuerdo de ambos cónyuges o bien, puede ser uno de ellos el que demande la disolución del vínculo matrimonial en un juicio ordinario civil planteado en contra de su cónyuge. En el primer caso al divorcio se le denomina de mutuo consentimiento o voluntario, que a su vez puede ser administrativo o judicial; y en el segundo caso, se le llama divorcio necesario o contencioso.

Asimismo, este precepto nos dice que el divorcio "Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la

autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código”.

2.2.1. Divorcio voluntario administrativo.

El divorcio voluntario administrativo es declarado por el Estado por conducto de un funcionario administrativo, llamado Juez del Registro Civil.

Esta clase de divorcio se estableció desde 1928 con la creación del Código Civil, se buscó establecer una forma expedita para obtener el divorcio por mutuo consentimiento, para que en los casos de que cónyuges reunieran ciertos requisitos no necesitaran acudir ante la autoridad judicial para acreditar el divorcio, sino que personalmente se acreditaran ante el Juez del Registro Civil y éste los declarará divorciados.³⁰

En este caso, el divorcio sólo afecta a los cónyuges y por ello no es necesario que para decretarlo se llenen todas las formalidades de un juicio, de tal manera que no se dificulte innecesariamente la disolución del matrimonio cuando los cónyuges manifiesten su voluntad de no permanecer unidos.³¹

Este tipo de divorcio es muy rápido y sencillo, pues resulta suficiente que el Juez del Registro Civil declare la disolución del vínculo matrimonial, sin necesidad de un juicio, basta que el Juez del Registro Civil constate que los

³⁰ Cf. Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, *Op. Cit.*, pp. 171,172.

³¹ *Ibidem.*

cónyuges reúnen los requisitos que exige el artículo 372 del Código Civil, que se resumen en los siguientes puntos:

- * Que haya transcurrido un año o más desde la celebración del matrimonio.

- * Que los cónyuges convengan en divorciarse.

- * Que ambos cónyuges sean mayores de edad.

- * Que se hallen casados bajo el régimen de separación de bienes o que la sociedad conyugal haya sido liquidada, si se encontraban casados bajo ese régimen.

- * Que la mujer no esté embarazada.

- * Que no tengan descendientes en común, o que si los tienen éstos sean mayores de edad.

- * Que ni los hijos mayores o alguno de los cónyuges requieran el pago de alimentos.

Esta clase de divorcio se seguirá ante el Juez del Registro Civil del domicilio de los cónyuges, ante el cual deberán comprobar con las copias certificadas de sus actas de nacimiento, que son mayores de edad, manifestarán que la cónyuge no está embarazada, que no tienen hijos en común, o teniéndolos, son mayores de edad, y que éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges, en caso de estar casados bajo el régimen de sociedad conyugal, presentarán un convenio de disolución de la misma. Deberán acudir ante el Juez del Registro Civil para que éste conozca de su solicitud.

El Juez del Registro Civil procederá a identificar a los cónyuges, hará constar que existe una solicitud de divorcio en un acta que levantará al efecto y citará a los cónyuges para que en el término de quince días se presenten a ratificar su solicitud de divorcio.

Transcurridos los quince días, si los solicitantes se presentan a ratificar la solicitud presentada, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta correspondiente, y se mandará hacer la anotación correspondiente en el acta de matrimonio.

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

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

Por otra parte, el artículo 115 del citado ordenamiento nos dice cual debe ser el contenido del acta de divorcio administrativo, señalando que se levantará en los términos prescritos por el artículo 272, previa solicitud por escrito que presenten los cónyuges, expresándose en ella el nombre y apellidos, edad, ocupación y domicilio de los solicitantes, la fecha y lugar de la oficina en que celebraron su matrimonio y el número de partida del acta correspondiente.

Asimismo, el artículo 116 señala que “Extendida el acta de divorcio administrativo, se mandará anotar en la de matrimonio de los divorciados.

Si el divorcio administrativo se hiciere en oficina distinta de aquella en que se levantó el acta de matrimonio de los divorciados, el Juez del Registro Civil que autorice el acta de divorcio administrativo, remitirá copia de ésta al encargado de la oficina que haya registrado el matrimonio, para que haga la anotación en el acta respectiva”.

2.2.2. Divorcio voluntario judicial.

La disolución del matrimonio mediante el divorcio voluntario judicial debe ser declarada por un órgano jurisdiccional, luego de haberse comprobado la

ruptura de la convivencia, y tiene lugar cuando ambos cónyuges la solicitan sin necesidad de alegar una causa legal.³²

La vía judicial para el divorcio voluntario sólo tendrá lugar en los casos de que los cónyuges sean menores de edad, que existan hijos en común, si éstos son menores o siendo mayores requieran alimentos, así como si el matrimonio está bajo el régimen de sociedad conyugal y aún no se ha disuelto dicha sociedad.

Según lo establece el artículo 273, este tipo de divorcio necesariamente se debe de tramitar ante un Juez de lo Familiar, y se opta por esta clase de disolución cuando no se reúnen los requisitos que menciona el artículo 272 relativo al divorcio voluntario administrativo, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberán presentar junto con la demanda del divorcio, dicho convenio debe contener las siguientes cláusulas:

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

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

³² *Idem*, p. 171.

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

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

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

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

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

El procedimiento se rige por lo dispuesto en los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse pero no cumplen los requisitos señalados por el artículo 272 del Código Civil, deberán acudir al Tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273, así como una

copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores, en su caso.

Hecha la solicitud, se citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente ante el Juez, dicha junta se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, si asisten los interesados se les exhortará para procurar su reconciliación. Si no se logra avenirlos, se aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativo a la situación de los hijos menores o incapacitado, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento.

Cuando los cónyuges insistan en su propósito de divorciarse, se citará a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; en la que se les volverá a exhortar a que se reconcilien. Si tampoco se logrará la reconciliación y en el convenio han quedado garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el Juez, oyendo al representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial, y decidirá sobre el convenio presentado.

Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reconciliarse en cualquier tiempo, mientras el divorcio no se haya decretado pero no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación. La reconciliación de los cónyuges pone

término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. Para tal efecto, los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar.

El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento.

En las juntas de aveniencia, los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador, deben comparecer personalmente y, en su caso, acompañados del tutor especial.

En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, se declarará sin efecto la solicitud y se mandará archivar el expediente.

Si el Ministerio Público se opone a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el Juez lo hará saber a los cónyuges para que, dentro de los tres días manifiesten si aceptan las modificaciones.

En caso de que no se acepten las modificaciones, el Juez resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando que queden debidamente garantizados los derechos de los hijos. Cuando el convenio no se apruebe, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.

La sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento, es apelable en el efecto devolutivo; la que lo niegue es apelable en ambos efectos.

Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el Juez mandará remitir copia de ella al Juez del Registro Civil de su jurisdicción para que levante el acta de divorcio; al del lugar en que el matrimonio se efectuó para que realice la anotación en el acta de matrimonio correspondiente, y además, para que publique un extracto de la resolución durante quince días, en las tablas destinadas al efecto.

2.2.3. Divorcio necesario o contencioso.

El divorcio necesario es la disolución del vínculo matrimonial decretada por la autoridad judicial, a solicitud de uno solo de los cónyuges y sólo procede en las hipótesis que limitativamente establece la ley.

Se distingue del divorcio voluntario porque en éste no existe una controversia respecto a la causa que motivó a solicitar la disolución del vínculo matrimonial, lo que si acontece en el divorcio necesario en el que se plantea a la autoridad judicial una cuestión litigiosa.

La acción para solicitar el divorcio necesario es un derecho unilateral de uno de los cónyuges y debe estar fundado en una causal mencionada por la ley, pues para que opere esta clase de divorcio es necesario que un cónyuge impute al otro la realización de alguna de las conductas descritas por la ley como causales.

Este tipo de divorcio tiene dos consecuencias, la primera es la de disolver el vínculo matrimonial, y la segunda consistente en determinar en su caso, la culpabilidad o inocencia de cada uno de los cónyuges.³³

Agusto César Belluscio comenta que las causas de separación fundadas en la culpa de uno de los cónyuges, son hechos que implican violaciones a los deberes matrimoniales, tales hechos que pueden dar lugar a la separación tienen como características comunes:

a) "Gravedad. Estos hechos o conductas deben de ser de tal gravedad que hagan imposible la vida en común de los esposos.

b) Imputabilidad. Se supone una conducta culpable del cónyuge al cual se atribuyen, pues sólo se puede justificar como causa de la separación una conducta si se traduce por parte de su autor en un comportamiento consciente y voluntario.

c) Invocabilidad. Los hechos que dan lugar a la separación culpable pueden ser invocados únicamente por el cónyuge agraviado, y no por el que los cometió.

d) Posterioridad al matrimonio. Los hechos invocados como causales deben ser posteriores a la celebración del matrimonio, sin perjuicio de

³³ *Idem*, p. 176

que se tome en cuenta los anteriores al matrimonio, que bien podrían configurar alguna causa de nulidad”³⁴.

En opinión de Eduardo A. Zannoni ³⁵, las causales para solicitar el divorcio necesario tienen como común denominador la antijuridicidad de las conductas descritas por la ley, pues contradicen a los deberes derivados del matrimonio, constituyendo, algunas de las causales, por sí mismas transgresiones normativas, *v. g.* la tentativa de homicidio de un cónyuge contra el otro. El hecho de que el cónyuge realiza la conducta ilícita considerada como causal de divorcio, se considera el factor para determinar la culpabilidad y por ello aparece el divorcio como una sanción a su conducta.

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

El artículo 281 de este ordenamiento dispone que “El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; mas en este caso, no

³⁴ Augusto César Belluscio citado por Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, *Op. Cit.*, pp. 177, 178.

³⁵ Cf. Eduardo A. Zannoni citado por Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, *Op. Cit.*, p. 178.

puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio”.

2.2.3.1. Breve estudio analítico y sistemático de las causales de divorcio.

Planiol ³⁶ distingue entre el **divorcio remedio** para los casos que el divorcio se funde en la enfermedad padecida por alguno de los cónyuges, y el **divorcio sanción** cuando se fundamente en cualquiera de las otras causales.

Para el cónyuge culpable siempre habrá una sanción, como puede ser la pérdida, suspensión o limitación en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos dentro del matrimonio, la condena al pago de alimentos para el cónyuge inocente, así como el pago de daños y perjuicios causados al cónyuge inocente.

Esta clase de divorcio está concebido como una sanción, resultante de una conducta que ha roto el vínculo de mutua consideración entre los cónyuges y que provoca una situación de imposible regeneración. ³⁷

Sin embargo, dentro de esta misma circunstancia, encontramos dos tipos diversos de causales. El primer tipo, se refiere a la conducta que lastima, que destruye, que ofende, a uno de los cónyuges, ya sea, en sus sentimientos, su honor, su patrimonio, su moral o su dignidad. Las causales del segundo tipo, son

en las que el legislador se refiere a la salud, es decir, aquellas que entrañan un padecimiento físico o psíquico, que afectan de tal modo el matrimonio que son causa justificante para su disolución.³⁸

Al primer tipo de causales señalado, se les conoce como **causales sanción**, al segundo tipo se le llama **causales remedio**.³⁹

A continuación veremos cada una de las causales que enumera el Código Civil, haciendo breves consideraciones en cada una y señalando de qué tipo de causal se trata.

Artículo 277. Son causales de divorcio:

I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. (causal sanción)

No tiene que existir una sentencia que declare la existencia del adulterio, pues el adulterio como delito en materia penal ya fue derogado. En materia civil se puede probar tanto de manera directa como indirecta, esto último, en razón de que el probar la relación sexual sería casi imposible en muchos casos; por este motivo la Suprema Corte de Justicia ha aceptado como prueba indirecta de esta causal, por ejemplo, el acta de nacimiento del hijo extramatrimonial estando subsistente el matrimonio, pues en este hecho es evidente que hubo adulterio.

³⁶ Cf. Planiol citado por Ignacio Galindo Garfias, *Op. Cit.*, p. 605.

³⁷ Cf. Jorge Mario Magallón Ibarra, *Op. Cit.*, p. 378.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Nota. Esta clasificación también es mencionada por Benjamín Flores Barroeta en su obra ya citada.

El adulterio es suficiente para que el cónyuge ofendido demande su divorcio, porque en sociedades como la nuestra, esa conducta se considera ofensiva, pues hiere los sentimientos y la dignidad del otro cónyuge.

Por otra parte, la fidelidad adquiere relevancia cuando hay hijos en el matrimonio, pues se procura que exista certeza en cuanto a la paternidad.

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

Es totalmente razonable que si el esposo descubre que la mujer le ocultó un embarazo producto de una relación con persona distinta a él, solicite el divorcio. De igual forma si la mujer descubre que el esposo le ocultó que engendró un hijo con otra mujer, antes de la celebración del matrimonio y nace durante el transcurso del mismo, podrá solicitar el divorcio con fundamento en esta causal.

Sin embargo, es importante que el artículo 324 del ordenamiento civil señala que "se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio..."

Es decir, que para el caso del esposo que demande el divorcio con fundamento en esta causal, será necesario que desconozca al hijo; y de acuerdo con el artículo 330 "En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la

paternidad, debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento”.

Para el caso que sea la mujer quien demande el divorcio, obviamente no son aplicable dichas disposiciones.

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

Esta conducta se considera inmoral porque rompe con el principio de respeto mutuo que debe existir entre los cónyuges y puede llegar a configurar el delito de lenocinio.

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito. **(causal sanción)**

El matrimonio en donde uno de los esposos incita no necesariamente de manera pública, al otro a la comisión de actos ilícitos no puede subsistir, pues viola evidentemente los principios de igualdad, respeto y de ayuda mutua del matrimonio, que lo convertiría en fuente de delitos, situación que no se puede permitir, pues no puede tolerarse la existencia de un matrimonio que únicamente sirva para la comisión de ilícitos, ya que esta causal podría llegar a configurar el delito de provocación del delito y apología de éste o de algún vicio.

V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción. **(causal sanción)**

En esta causal, los directamente ofendidos no son los cónyuges sino los hijos y teniendo los padres la obligación de educar a los hijos, dándoles un entre otras cosas un buen ejemplo, resulta contrario que éstos induzcan a sus descendientes a la comisión de conductas de corrupción, o las toleren, ya que procrearlos trae aparejado el deber de educarlos.

Los padres están obligados a conducir a sus hijos por el camino de la honestidad, por esta razón es causa suficiente para uno de los cónyuges el solicitar el divorcio cuando el otro ha incurrido en conductas encaminadas a la corrupción de los hijos.

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

Parece evidente que tales enfermedades, o impiden la convivencia de los esposos, o ponen en peligro la salud del cónyuge sano, o bien impiden la procreación, parte importante de la unión matrimonial, por lo que no es discutible esta causal de divorcio.

Por lo que se refiere a la impotencia sexual, si ésta ya existía desde antes de la celebración del matrimonio, lo procedente sería solicitar la nulidad del matrimonio por tratarse de un impedimento para su celebración según lo establece

el artículo 156 fracción VIII, si es que no fue conocida y aceptada por la contrayente, pues se trata de un impedimento dispensable pero únicamente se tienen los sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio como lo dispone el artículo 246.

VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo. **(causal remedio)**

Si uno de los cónyuges padece enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción, es evidente que tal circunstancia impide la unión de los casados pues si uno de los cónyuges ha sido declarado en estado de interdicción es obvio que la vida en común característica del matrimonio, se vuelve imposible.

VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses. **(causal sanción)**

Para que opere esta causal, según los criterios de la Suprema Corte de la Nación se requiere comprobar la existencia matrimonio, la existencia del domicilio conyugal, y la prueba de abandono del cónyuge por más de seis meses.

El primer requisito se prueba con el acta de matrimonio, con relación al segundo, no se considera que exista abandono del hogar conyugal si viven en calidad de arrimados ⁴⁰ pues carecen de independencia. El abandono debe ser por

⁴⁰ Nota. **DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL CUANDO LOS CÓNYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS.** Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio. *Semanario Judicial de la Federación*, 1917-1988, 2ª parte, p. 1114.

seis meses como mínimo para que se configure la causal, que es de tracto sucesivo o realización continúa, debiendo acreditarla.

En estos casos, la prueba que comúnmente se presenta son las llamadas actas de barandilla ⁴¹, sin embargo, nuestro máximo tribunal mediante criterio jurisprudencial les ha restado eficacia probatoria, toda vez que considera que sólo se trata de un indicio que se debe administrar con otras pruebas como son la confesional y testimonial.

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

Es evidente que la causal aludida se justifica, pues al no estar juntos los cónyuges no es posible realizar la comunidad de vida que con el matrimonio se persigue, y lo que se busca es resolver la situación del abandono, pues resulta ser anómala e incierta para el otro cónyuge.

⁴¹ Nota. **DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE INEFICACIA PROBATORIA DE LAS ACTAS DE BARANDILLA.** Las actas de barandilla no son pruebas idóneas en un juicio de divorcio, en virtud de que sólo contienen la declaración unilateral de la persona a cuya solicitud se levantaron.

Semanario Judicial de la Federación, T. 56, 4ª Parte, p. 20.

DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL. INEFICACIA PROBATORIA DE LAS ACTAS DE BARANDILLA. Las constancias levantadas ante los Tribunales Calificadores carecen de eficacia probatoria, porque para su asentamiento no requiere la autoridad el cumplimiento de ningún requisito previo, sino que actúa a simple instancia del interesado, asentándose los datos que ministra, de donde resulta que la constancia sólo es una mera información que hace el interesado a la autoridad que interviene, sin ningún valor legal probatorio, pues atribuírselo, sin haberse oído a la persona a quien se alude en la constancia, equivaldría a negarle el derecho de audiencia que preconiza el artículo 14 constitucional.

Semanario Judicial de la Federación, T. 205-216, 4ª Parte, p. 201.

En este caso, no es necesario acreditar la causa de la separación, solamente se debe probar que la separación ha sido por más de un año, la separación se probará en los términos señalados para la fracción anterior.

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

En los casos de ausencia podemos afirmar que se rompe con la vida en común, resultando obvia la imposibilidad de continuar con los fines naturales del matrimonio, como lo son la ayuda mutua y la solidaridad entre los cónyuges.

Los casos de excepción en los que no se requiere para la presunción de muerte hacer de la declaración de ausencia, son los señalados en el artículo 705 del Código Civil: "... Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia... Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el Juez de lo Familiar declare la presunción de muerte..."

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos. **(causal sanción)**

Los esposos se deben respeto y deben respeto a sus hijos, por sí y por el hogar que han formado.

En esta causal se encuentran comprendidos los malos tratos de palabra y de conducta de uno de los cónyuges hacia el otro, que provoquen la ruptura del mutuo respeto y recíproca consideración.

Vale la pena comentar el calificativo de "graves" a las injurias que alude la fracción, pues algunas veces se profieren injurias entre los cónyuges o hacia los hijos que no resultan graves, que son fácilmente perdonables. Lo ideal es que ninguna especie de injurias se dé en el hogar, pero las que se consideran leves, no por ello dejarán de tenerse presentes por el ofendido, ya que con ellas se puede crear un ambiente que provoque otras ofensas, que sí pueden calificarse de graves y convertir esta situación en insoportable.

El Juez de lo Familiar es quien calificará la gravedad de la sevicia, las amenazas o las injurias, por lo que éstas se le deben dar a conocer de manera precisa, expresando las palabras concretas y relatando los actos con la mayor precisión.

La Suprema Corte de Justicia ha señalado que tratándose de injurias, la intención de ofender es esencial y consiste en actitudes que tienen el ánimo de

menospreciar, asimismo son las que dañan la dignidad y las que van en contra del respeto que deben tenerse los cónyuges.

En los casos de sevicia, se debe tener el propósito de hacer sufrir, teniendo como característica inherente la idea de crueldad excesiva que hace imposible la vida en común, no se trata de un simple altercado o un golpe aislado.

Las amenazas, deben ser tales que constriñan el ánimo del otro cónyuge, creándole un estado de inseguridad que suponga la posibilidad de agresión a su persona, su familia, sus bienes, su honor, etcétera.

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

De acuerdo con el artículo 164 del Código Civil, los cónyuges deben colaborar económicamente para el sostenimiento del hogar y para la educación de sus hijos, por lo que si quien estando en la posibilidad de hacerlo omite tal colaboración, con apoyo en esta fracción, podrá ser demandado en divorcio necesario.

El artículo 168 se refiere que los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la

administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

Se debe recordar que los derechos y deberes de toda índole son iguales en el matrimonio para los consortes; derechos y deberes que hay que exigir y cumplir con ajuste a la razón.

El mismo artículo 164 es claro en relación con lo que se acaba de indicar, pues condiciona los deberes apuntados a las posibilidades de los consortes. Corresponderá al juzgador determinar en cada caso si existe o no tal posibilidad.

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. **(causal sanción)**

Nótese que la acusación debe ser "calumniosa", y nos preguntamos, ¿podría sostenerse el matrimonio en el cual uno de los cónyuges ha calumniado a su consorte?, seguramente después de ello resultaría insoportable la vida en común de esta pareja.

La jurisprudencia nos dice que no es necesario que para la existencia de esta causal se lleve a cabo un proceso y exista una sentencia absolutoria respecto del hecho que se imputó a alguno de los cónyuges, pues es posible que tal calumnia no prospere en el ámbito penal, sin embargo, en el ámbito civil se toma en cuenta el hecho de a sabiendas de que tal calumnia es inoperante, el propósito del cónyuge, es dañar la reputación del cónyuge calumniado, haciéndose evidente

la falta de consideración que debe existir entre los cónyuges haciendo imposible la vida en común.⁴²

Cabe apuntar que, la calumnia cuenta con tres elementos distintivos: que se trate de una comunicación a otra de un hecho imputado a una tercera, se debe tratar de un hecho determinado y falso y que este hecho sea considerado por la ley como delito.⁴³

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada. **(causal sanción)**

Aquí se considera que si el cónyuge es culpable por un delito doloso, es porque actuó de manera consciente y voluntaria sabiendo que se trataba de un delito y aún así lo cometió, razón que el legislador consideró suficiente para solicitar el divorcio.

XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia. **(causal sanción)**

Se considera perfectamente justificada causa de demanda de divorcio el hecho de que se dé alguna o algunas de las conductas aludidas, pues ello pone en evidente peligro la seguridad del hogar y la dignidad de la familia del responsable.

El alcoholismo nos da la idea de un acto habitual, pues no es un acto aislado o una borrachera esporádica. El alcoholismo en uno de los cónyuges pone

⁴² Cf. Ignacio Galindo Garfias, *Op. Cit.*, p. 626.

⁴³ Cf. Jorge Mario Magallón Ibarra, *Op. Cit.*, p.403.

en riesgo las relaciones interpersonales y el adecuado funcionamiento económico y social del matrimonio, pues provoca la ruptura de la convivencia marital y de familia.⁴⁴ De igual manera, el hábito al juego debe ser reiterado de tal manera, que amenace con causar inestabilidad familiar y sea una amenaza de ruina económica y moral para la familia, y no un acto aislado.

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

(causal sanción)

Aquí encontramos que a diferencia de la causal de la fracción XIV, en donde se establece la comisión de un delito doloso por parte de alguno de los cónyuges (donde el sujeto pasivo podría ser cualquier persona) el sujeto pasivo es alguno de los cónyuges o los hijos.

Esta causal está inspirada en leyes penales que ya no son vigentes, pues anteriormente el Código Penal señalaba hipótesis de conductas que siendo punibles entre extraños, no lo eran entre cónyuges.

De tal manera, esta fracción ya no tiene razón de ser, pues si en la fracción XIV ya está establecido que es causal divorcio la comisión de un delito doloso por parte de alguno de los cónyuges por el que haya sido condenado por sentencia ejecutoriada, sin hacer distinción sobre el sujetos pasivo del delito, entonces en este supuesto quedan comprendidos tanto el otro cónyuge como los hijos.

⁴⁴ Cf. Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, *Op. Cit.*, pp. 191,192.

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos.

(causal sanción)

En esta fracción se dice que por violencia familiar debe entenderse lo descrito por los artículos 323 Quáter y 323 Quintus del Código Civil; el primero señala que "Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones". Este artículo nos aclara que la educación del menor no es justificación para ninguna forma de maltrato.

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

Si bien es cierto que la conducta de violencia familiar pone en grave peligro la paz de la familia y no debe permitirse; consideramos que las conductas que describen la violencia familiar bien podrían quedar incluidas en las hipótesis de sevicia, injurias y amenazas pues éstas abarcan las hipótesis propuestas por los

dos artículos arriba transcritos, por lo que la inclusión de esta causal nos parece innecesaria.

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

Esta causal es consecuencia de la fracción anterior, pues el artículo 323 Ter nos dice que cuando se presentan casos de violencia familiar, para tal efecto los integrantes de la familia contarán con la asistencia y protección de instituciones públicas creadas ex profeso. Por lo que si hay incumplimiento de las decisiones emitidas por estas instituciones se configura esta causal.

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

Como ya es conocido, el uso de ese tipo de sustancias no sólo perjudica a quien las usa o consume, sino al ambiente familiar y social en que vive, pues provoca la ruptura de la convivencia familiar, sin embargo, en este caso también consideramos innecesaria esta causal, pues podría haber quedado incluida en la fracción XV, pues se trata del mismo tipo de conductas habituales que provocan desavenencia familiar y vuelven imposible la vida en común de los cónyuges.

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge. **(causal sanción)**

Será causal de divorcio sólo en el caso de que no se haya contado con el consentimiento del otro cónyuge, que puede ser tácito o expreso, por lo que puede presumirse tal consentimiento si ha participado en los tratamientos médicos que se realicen encaminados a la fecundación asistida.

Esta hipótesis encuentra su razón de ser en el artículo 162 del ordenamiento civil relativa a los deberes y derechos que nacen del matrimonio que a la letra nos dice: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Es la parte final del citado precepto la que señala que en los casos en que los cónyuges decidan utilizar algunos de los métodos de reproducción asistida, deberá haber acuerdo de ambos y de aquí surge esta causal; sin embargo, es muy discutible, pues es posible que se haga uso de alguno de estos métodos y no se obtenga el resultado esperado por lo que no se afectaría la voluntad del otro cónyuge, y no nos parece suficiente el hecho de utilizar estos métodos sin el consentimiento de la pareja para solicitar el divorcio, en todo caso, sería a nuestro

juicio más válido si se agregará a esta hipótesis el hecho de que se logró la fecundación.

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 del Código Civil. **(causal sanción)**

El artículo 169 nos dice que “Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita...”

Esta causal resulta discutible, pues consideramos que es muy difícil que realmente pueda impedirse a una persona el realizar una actividad lícita, porque una cosa es que exista oposición y desacuerdo con el desempeño de alguna actividad, pero la palabra impedir nos hace pensar en que tal impedimento se realiza mediante conductas ilícitas como lo son la violencia física, las amenazas u otro tipo de conductas como el no permitir que la persona salga del hogar conyugal; pudiendo éstas conductas encuadrarse en otras causales como las señaladas en fracciones XI y XVII.

2.4. Efectos del divorcio.

El divorcio tiene como efecto esencial la disolución del vínculo creado en virtud del matrimonio; sin embargo, además de este efecto principal produce otros efectos, que pueden ser en relación a los cónyuges, sus hijos y sus bienes, mismo que a continuación veremos.

2.4.1. Efectos del divorcio en cuanto a los cónyuges.

El efecto principal del divorcio en relación a los cónyuges es que ambos recuperan su capacidad para contraer nuevamente matrimonio, pues el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio dejando en aptitud de contraer otro tal como lo señalan los artículos 266 y 289 del Código Civil, sin que sea necesario dejar transcurrir algún plazo.

Antes de la reforma a nuestro código en el año 2000, si se establecían plazos para poder contraer matrimonio nuevamente, pero al ser frecuentemente violadas, tales disposiciones fueron derogadas.

2.4.2. Efectos del divorcio respecto de los hijos.

Los efectos del divorcio respecto a los hijos se relacionan con la patria potestad, la custodia de éstos y el deber de proporcionarles alimentos.

Por lo que hace a la patria potestad, el párrafo primero del artículo 283 nos dice: "La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso".

Es criticable la redacción de este primer párrafo, porque la patria potestad no puede ser limitada, pues se tiene o no, es confundida con la custodia que se refiere a la tenencia material del hijo.

Continúa el artículo 283 diciendo que "Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo".

Finalmente, este artículo 283 establece que "La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicho deber, observándose lo mismo para la custodia".

Es cuanto a la patria potestad y custodia el Juez de lo Familiar tienen la facultad de fijar las circunstancias en que deben quedar establecidas estas cuestiones; incluso, el artículo 284 señala que el Juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces.

Es importante señalar que el artículo 285, establece que aunque el padre y la madre, pierdan la patria potestad quedan sujetos cumplir con todos los deberes que tienen para con sus hijos.

Por otra parte, por lo que se refiere al deber proporcionar alimentos a los hijos, el artículo 287 en su segunda parte establece que los excónyuges tendrán el deber de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad. Con relación a esta disposición ya se formuló la crítica correspondiente en el capítulo uno en el punto referente a la suspensión y cesación del deber de dar alimentos.

2.4.3. Efectos del divorcio con relación a los bienes.

En la sentencia de divorcio se fijará lo relativo a la división de los bienes tomándose las precauciones necesarias para garantizar el cumplimiento de los deberes que queden pendientes entre los cónyuges y con relación a los hijos.

En el divorcio por mutuo consentimiento, la sentencia tendrá como efecto en relación a los bienes, dotar de eficacia el convenio sobre la liquidación del régimen patrimonial.

Por lo que respecta al divorcio necesario, el artículo 286 dispone que "El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o

prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho”.

Asimismo, con relación al pago de alimentos de los hijos su cumplimiento se regulará conforme a lo establecido en el capítulo uno del presente trabajo, en los puntos en los que se trató el contenido, forma de pago y el orden prelativo al pago de los alimentos.

Por lo que se refiere al deber de proporcionar alimentos en el caso de divorcio será el Juez de lo Familiar quien los determine.

Este deber está regulado por el artículo 288, que señala que el Juez de lo Familiar, en los casos de divorcio necesario, sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso y las personales de los cónyuges.

Para todos los casos, este artículo nos dice que el cónyuge inocente que no tenga bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente al hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.

El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Asimismo, se le otorga al cónyuge inocente no sólo derecho al pago de alimentos, sino que también a que el cónyuge culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado.

Tratándose de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; sin ser procedente la indemnización por daños y perjuicios.

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

Adicionalmente, el artículo 289 Bis establece que en la demanda de divorcio los cónyuges podrán demandar del otro, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, concurriendo las siguientes circunstancias:

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

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

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

El Juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio, resolverá tomando en cuenta las circunstancias de cada caso.

Capítulo 3. El pago de alimentos al cónyuge inocente en caso de divorcio necesario.

De acuerdo con diversas disposiciones contenidas en nuestro Código Civil, el divorcio necesario trae consecuencias para el cónyuge culpable, como pueden ser: pérdida o suspensión de la patria potestad, pago alimentos al cónyuge inocente, pago de daños y perjuicios al cónyuge inocente, pérdida de todo lo que le hubiere dado o prometido el cónyuge inocente u otra persona en consideración a éste, etcétera.

El fundamento para que un cónyuge reclame alimentos al otro, lo encontramos en el artículo 302 del Código Civil, mismo que dispone: “Los cónyuges deben darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente ésta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale...”, es decir, la fuente jurídica de la exigencia del pago de alimentos entre los cónyuges, es el matrimonio y cuando se disuelve éste, la ley determinará cuándo prevalece dicho deber.

En materia de alimentos, encontramos una tesis aislada del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en la que se advierte una distinción entre los alimentos que se deben los cónyuges cuando están casados y los que deben pagarse en los casos de divorcio; diciendo lo siguiente:

“ALIMENTOS, SON DE NATURALEZA JURÍDICA DIVERSA LOS QUE SE RECLAMAN COMO CONSECUENCIA DEL MATRIMONIO, DE LOS QUE SE RECLAMAN COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO, AUN CUANDO EN ESTE NO EXISTA DECLARACIÓN DEL CÓNYUGE CULPABLE.

Menester es no confundir los alimentos reclamados como consecuencia directa del matrimonio, de aquellos que se pueden reclamar como consecuencia de la disolución conyugal. Los primeros reconocen como fuente jurídica del derecho al vínculo matrimonial vivo, en los términos del artículo 302 del Código Civil, en tanto que los otros ya no dependen de ese, puesto que jurídicamente ya no existe, sino que pueden sobrevenir como consecuencia de la propia disolución conyugal, según se desprende de los artículos 302, segunda parte, y 288 del citado Código. Por ello, si se demanda una pensión alimenticia por incumplimiento de uno de los cónyuges y antes de sentencia, se decreta, en otro juicio, la disolución del vínculo matrimonial, es evidente que la fuente del derecho ejercitado desaparece y la acción correspondiente se torna improcedente cuando en la aludida resolución no se condena a tal prestación. No es óbice para la conclusión arribada, lo considerado en la Jurisprudencia 17/90 sustentada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el Tomo V, Primera Parte, página 221 del Semanario Judicial de la Federación Octava Época, bajo el RUBRO: ALIMENTOS SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRARLOS EN LOS DIVORCIOS EN QUE NO HAY CÓNYUGE CULPABLE, COMO OCURRE EN LA CAUSAL RELATIVA A LA SEPARACIÓN POR MAS DE DOS AÑOS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN XVIII, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, pues si bien en ella se establece que el derecho a los alimentos subsiste después de la disolución matrimonial, se entiende que tal derecho sobreviene por virtud del divorcio mismo, como una condena impuesta al que tiene la posibilidad de dar los alimentos a favor del que los necesita y no como consecuencia directa del matrimonio.”⁴⁵

Esta diferencia se establece de la siguiente manera: cuando el matrimonio subsiste, el deber de los cónyuges de darse alimentos tiene su fundamento en la primera parte del artículo 302 del Código Civil. Cuando el matrimonio termina, en

⁴⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, T. XIII, p. 512

virtud del divorcio, el deber de dar alimentos tiene su fundamento en la segunda parte del artículo 302 y el artículo 288 del mencionado código. Es decir, en el primer caso, el deber de dar alimentos tiene como fuente el matrimonio, en el segundo caso, su fuente es el divorcio.

Sin embargo, es importante señalar que para los casos de divorcio contencioso no es necesario que se demande el pago de alimentos al mismo tiempo de demandar el divorcio, toda vez que, el artículo 288 del ordenamiento legal antes citado, establece que: "En los casos de divorcio necesario, el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente..."

Es decir, que el juez de lo familiar independientemente de que exista una demanda sobre el pago de alimentos en el caso de divorcio necesario, sentenciará al culpable a pagárselos al inocente.

3.1. Teoría del Deber Jurídico.

Con la finalidad de determinar si el pago de alimentos al cónyuge inocente tratándose de un divorcio necesario, es un deber jurídico como en los demás casos en que hay necesidad de pagarlos o, es una sanción que el legislador

consideró adecuada para el divorcio contencioso, cuando exista un cónyuge culpable, que con su conducta dio origen a la causal de divorcio; haremos una breve referencia a lo que por deber jurídico se entiende; así como, a la Teoría del Deber Jurídico elaborada por Ernesto Gutiérrez y González.

Como primer paso, veremos la opinión al respecto de algunos autores que se han dedicado al estudio del deber jurídico, para formarnos una idea del concepto y posteriormente abordar la Teoría del Deber Jurídico.

Entre los autores que se han referido al tema, es posible encontrar dos tendencias. La primera, es la que identifica al deber jurídico con el deber moral; y la segunda, es la que señala que existe independencia entre ambas nociones.

La tendencia que identifica al deber jurídico con el deber moral, tiene como fuente de su inspiración a la doctrina ética de Kant manifestada en su obra la *Fundamentación metafísica de las costumbres*.

Dentro de esta primera tendencia, la legislación positiva, como conjunto de reglas dadas por el legislador, no es por sí misma fuente de deberes, pues para que estos deberes posean obligatoriedad, deben derivar de la voluntad de quien tenga que cumplirlos, teniendo a la vez, valor universal. Dicho de otra forma, para que una norma jurídica obligue, debe ser autónoma, es decir, tener origen en la voluntad de quien la va a cumplir. Si no deriva de esa voluntad, sino de otra ajena, la norma es heterónoma y, en consecuencia no es obligatoria. Pero como el hombre puede en uso de su autonomía, aceptar las órdenes del legislador,

convencido de su validez universal, la observancia de la ley llega de este modo a convertirse en contenido de un deber. Los súbditos, procediendo autónomamente, están capacitados para transformar los mandatos legales en normas verdaderas. Esto ocurre cuando les reconocen validez y se someten voluntariamente a ellos. Solo que en este caso, el individuo, más que cumplir con el derecho, cumple con la moral, o de manera más precisa, acata la ley por razones morales.⁴⁶

A esta teoría, Nicolai Hartmann formuló una crítica en el sentido de que la relación entre deber y querer resulta invertida, pues el deber no determina ya a la voluntad, sino que ésta es la que determina el deber, revelándose como algo subordinado.

La segunda tendencia la constituye la tesis de Rodolfo Laun contenida en el discurso titulado *Moral y Derecho*, pronunciado el 10 de noviembre de 1924, en el que sostiene que el orden positivo es un conjunto de normas heterónomas.

La heteronomía del derecho consiste en que los preceptos jurídicos no derivan de la voluntad de quienes han cumplirlos, sino de un sujeto distinto, llamado legislador. Por lo que si la teoría de Kant se aceptara, se admitiría que una voluntad ajena no puede obligarnos.⁴⁷

De igual forma, esta tesis también fue criticada, pues se dice que del hecho que se considere que algo se debe de hacer, no necesariamente se desprende que

⁴⁶ Kant citado por Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho*, 45ª ed., Porrúa, México, 1993, p. 260.

⁴⁷ Cf. Eduardo García Máynez, *Op. Cit.*, p. 261.

deba hacerse; pues lo que se deba hacer, para tener verdaderamente el carácter de obligatorio, debe ser incondicionado, es decir, ser válido aun en contra de la voluntad.

Kelsen en relación con el deber jurídico nos dice que éste "no es una vinculación psíquica real, sino jurídica. Esto comprueba el hecho de que la existencia del deber jurídico es en todo independiente de que en cada caso concreto exista o no un vínculo psíquico en aquella dirección en que radica la conducta constitutiva del contenido del deber".⁴⁸

"El deber jurídico y la facultad son la norma jurídica concreta, individual, con referencia a dos distintos contenidos o hechos por ella regulados".⁴⁹

Para Gustavo Radbruch el deber jurídico se caracteriza por su exigibilidad. La referencia a cada uno de los sujetos cuya conducta se regula implica una referencia correlativa al otro, puesto que al imponer a uno el deber supone el otorgar, al otro, el derecho de exigir el cumplimiento, del mismo modo que el atribuir a uno un derecho implica el imponer a otro (u otros), el deber de observar la conducta exigida para la satisfacción de las facultades del pretensor.⁵⁰

Eduardo García Máynez por su parte nos dice: "Para que una conducta constituya la realización de un deber jurídico, la norma que lo establece ha de

⁴⁸ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1979, p. 41

⁴⁹ Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1959, p. 80.

⁵⁰ Cf. Eduardo García Máynez, *Op. Cit.*, p. 26.

derivar de la voluntad de los obligados. Cuando el sujeto convierte en máxima de sus actos determinada regla, convencido de su validez universal, sí puede hablarse de un auténtico deber jurídico. Con gran frecuencia, los particulares acatan voluntariamente, sin pensar siquiera en las sanciones y castigos, los preceptos que el legislador fórmula. Y, al acatarlos, seguros de que expresan un deber, transforman la exigencia ajena (que como tal no puede obligarles), en norma autónoma, es decir, en verdadero derecho".⁵¹

Asimismo, señala que "el supuesto jurídico es la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma, revelándose así, el carácter necesario del nexo entre la realización de la hipótesis y los deberes y derechos que el precepto respectivamente impone y otorga".⁵²

Al realizarse los supuestos que las normas jurídicas contienen, se producen determinadas consecuencias de derecho, que pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades o deberes. De lo que se infiere que las formas esenciales de tales consecuencias son el deber jurídico.⁵³

El deber jurídico se pretende dar en forma objetiva, teniendo su centro de gravitación en la manifestación externa de la conducta humana pues el orden que se pretende con el deber jurídico es el social, el de las relaciones objetivas entre

⁵¹ *Idem*, p. 262.

⁵² *Idem*, p. 172.

⁵³ *Idem*, p. 259.

los miembros de una comunidad cuyas conductas se enlazan y condicionan unas con otras.⁵⁴

Para Luis Recaséns Siches, la norma jurídica rige la actividad externa de la persona, precisando tanto el condicionamiento de las acciones individuales como de las colectivas, surgiendo así el deber jurídico, al encontrarse la persona en el supuesto establecido por la norma por lo que tendrá que actuar según el contenido de ésta, de lo contrario será sujeto a una sanción.⁵⁵

El derecho y los deberes jurídicos que de él emanan, tienen como fundamento el orden moral cimentado en la naturaleza humana, que atiende a la sociedad en un momento determinado.⁵⁶

Cuando un deber jurídico nace a cargo de un sujeto, éste pierde al mismo tiempo, ya el derecho de omitir lo que se le ordena, ya de hacer lo que prohíbe, pues tendrá que realizar lo previsto por la norma para no ser sancionado.⁵⁷

En relación con la conducta prohibida de un mandato, el obligado no es, jurídicamente libre. Tratándose de una conducta prohibida, el sujeto debe abstenerse de hacerla; por el contrario, si se trata de una conducta ordenada, debe ejecutarla y abstenerse de omitirla.

⁵⁴ Cf. Luis Recaséns Siches, *Introducción al estudio del Derecho*, 10ª ed., Porrúa, México, 1993, p.90.

⁵⁵ *Idem*, p. 179.

⁵⁶ Cf. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, *Op. Cit.*, p. 10.

⁵⁷ Cf. Eduardo García Máynez, *Op. Cit.*, p. 268.

El deber jurídico es en palabras de García Máynez, "la restricción a la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa".⁵⁸

Para este autor, es posible hablar de obligación y deber jurídico, como sinónimos. Tomando a la primera en su sentido lato y no en el estricto que le dan los civilistas cuando hablan de los deberes correlativos a los derechos de crédito.

59

No obstante, es importante destacar que sea cual fuere la materia, los deberes jurídicos se dividen en dos grupos: los que corresponden a sujetos individualmente determinados y, los que corresponden a todas las demás personas de manera indeterminada frente al titular de la facultad correlativa.

Genaro R. Carrió comenta, que el uso de las expresiones "obligación jurídica" y "deber jurídico" abarca todos los campos del derecho, pues se hace un uso indiferenciado de ellos. Sin embargo, algunos juristas y los jueces utilizan la palabra "obligación" como un resabio de la *obligatio* romana como un *vinculum juris* entre personas determinadas.⁶⁰

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cf. Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, 11ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 399.

⁶⁰ Cf. Genaro R. Carrió, *Sobre el concepto del deber jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p.13.

En opinión de Eduardo Morón Alcaín, entre ambos términos cabe hacer una distinción, el deber jurídico tiene un carácter más genérico, la obligación uno más puntual.⁶¹

Este autor hace la comparación de la obligación con los rayos de una rueda y el eje de la misma resulta ser el deber. El deber genera obligaciones.

Los deberes ordenan que se realicen algunas conductas y prohíben otras, surgiendo éstos en cualquier sector del derecho, y siendo que algunos de ellos rigen de para toda una colectividad sin excepción; existiendo otros que sólo rigen para los que se encuentren en determinada hipótesis y no para los demás.

Para Manuel Chávez Asencio, los deberes jurídicos derivan de actos jurídicos extra-patrimoniales (personales) que no son valorables económicamente, mismos que comparten ciertas características que los hacen diferentes de los derechos y obligaciones que sí derivan de actos jurídicos patrimoniales (pecuniarios).⁶²

Dentro de las características que este autor señala para los deberes jurídicos, encontramos que éstos carecen de contenido económico, pues se trata de deberes conyugales y derecho familiar; como segunda característica menciona la influencia de la moral y la religión, pues afirma que los deberes morales y religiosos son reconocidos por la norma jurídica para convertirlos en deberes

⁶¹ Cf. Eduardo Morón Alcaín, *Filosofía del deber moral y jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p.19.

⁶² Cf. Manuel F. Chávez Asencio, *Convenios conyugales y familiares*, Porrúa, México, 1999, p. 16.

jurídicos; otra característica es que no son coercibles y difícilmente exigibles y; como última distinción es que el carácter de acreedor en el deber jurídico tiene un carácter distinto, pues éste cumple sólo por razones morales o afectivas.

Por lo antes expuesto, es posible apreciar que en palabras de Chávez Asencio, el deber jurídico se identifica con el deber moral, por lo que carece de contenido económico; idea con la que no coincidimos, pues desde nuestro punto de vista, el deber jurídico sí puede tener un contenido patrimonial, sea pecuniario o moral.

Alejándonos un poco de la concepción filosófica de deber jurídico, y enfocándonos a la materia civil, continuaremos con las ideas de Ernesto Gutiérrez y González plasmadas en su tesis para obtener el grado de doctor, en que elaboró una teoría que trata de una manera distinta el tema del deber jurídico, a la que nos referiremos de manera breve, señalando únicamente los conceptos esenciales para su comprensión.

Esta teoría parte de la idea de que el deber jurídico en su sentido amplio es un género, que tiene especies: el deber jurídico en sentido estricto, la obligación en sentido amplio y el derecho de crédito indemnizatorio.

Como primer concepto de esta teoría encontramos al **deber jurídico lato sensu**, como "la necesidad de observar voluntariamente una conducta conforme a lo que prescribe una norma de derecho".⁶³

Estableciendo que el deber jurídico *lato sensu* es el género, tenemos como primera especie al **deber jurídico stricto sensu**, que se refiere a "la necesidad de observar voluntariamente una conducta, conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya a favor de una colectividad, ya de persona determinada".⁶⁴

Para el autor de esta teoría, mientras se cumpla voluntariamente con lo que dispone la ley, no hay quien pueda exigir tal cumplimiento, pues no tendría sentido exigir lo que se está cumpliendo.

En esta primera especie se pueden distinguir dos variantes: la primera, cuando la conducta que se debe observar voluntariamente es a favor de una persona o personas determinadas y; la segunda, cuando esta conducta es a favor de los miembros de una colectividad. Es decir, que hay deberes jurídicos *stricto sensu* a favor de persona o personas determinadas y deberes jurídicos a favor de la colectividad.

Como segunda especie del deber jurídico *lato sensu* tenemos a la **obligación lato sensu**, que se concibe como "la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), a

⁶³ Ernesto Gutiérrez y González, *Personales teorías del "deber jurídico" y "unitaria de la responsabilidad civil"*, Porrúa, México, 199, p 2.

⁶⁴ *Idem*, p. 4.

favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o a favor de un sujeto que ya existe".⁶⁵

Esta obligación *lato sensu* a su vez es género de dos especies: la obligación *stricto sensu* y el derecho de crédito convencional o derecho personal.

La **obligación *stricto sensu*** es "la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, y si existe, aceptar".⁶⁶

Este tipo de obligación se identifica con la declaración unilateral de voluntad.

Por su parte, se entiende que el **derecho de crédito convencional o derecho personal**, es "la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral)".⁶⁷

En el derecho de crédito convencional surgen las figuras de deudor y acreedor.

⁶⁵ *Idem*, p. 9.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Idem*, p. 11.

El derecho de crédito convencional a su vez tiene como especie al **convenio *lato sensu*** que es el que crea, modifica, transmite, extingue y conserva derechos y obligaciones, mismo que a su vez tiene dos especies más; la primera es el **contrato** que es el que crea y transmite derechos y obligaciones y la segunda, el **convenio *stricto sensu***, que es aquel que modifica, extingue y conserva derechos y obligaciones.

La tercera especie del deber jurídico *lato sensu* es el **derecho de crédito indemnizatorio**, consistente en "la necesidad de jurídica que tiene una persona llamada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía antes de producirse:

A) La violación ilícita de un deber jurídico *stricto sensu*, o de una obligación *lato sensu* que causa un detrimento patrimonial imputable al deudor, o

B) Un hecho lícito que causa un detrimento patrimonial, originado sin culpa, por:

a) una conducta o un hecho previsto por la ley, como objetivamente dañoso, o

b) por el empleo de un objeto que la ley considera en sí mismo peligroso,

c) bien finalmente, por la realización de una conducta errónea realizada de buena fe".⁶⁸

El derecho de crédito indemnizatorio, según las hipótesis señaladas puede provenir de una responsabilidad objetiva originada por una conducta lícita o de una responsabilidad subjetiva resultado de una conducta ilícita.

Entre el derecho de crédito convencional y el derecho de crédito indemnizatorio existen claras diferencias según lo expuesto por esta teoría, entre las que se encuentran las siguientes:

- * La primera diferencia la encontramos en el nombre, es decir, a uno se le denomina "convencional" y al otro "indemnizatorio."

- * Como segunda distinción tenemos que el derecho de crédito personal convencional siempre surge de un acuerdo de voluntades, mientras que el derecho de crédito indemnizatorio nace de una responsabilidad objetiva o de una responsabilidad subjetiva.

- * El carácter de acreedor y obligado-deudor se da de manera recíproca en el derecho de crédito convencional; en el derecho de crédito indemnizatorio no se presenta la característica de la reciprocidad.

- * En cuanto a su fuente, el derecho de crédito convencional surge de un acto jurídico, mientras que el derecho de crédito indemnizatorio surge de un hecho jurídico.

⁶⁸ *Idem*, p.12.

3.2. Aplicación de la teoría del deber jurídico en relación al pago de alimentos a cargo del cónyuge culpable.

Una vez que hemos visto lo que por deber jurídico debemos entender y con la breve exposición de la Teoría del Deber Jurídico, es posible afirmar que los alimentos no constituyen una obligación sino un deber jurídico, pues la necesidad de pagarlos no surge de un acuerdo de voluntades, sino de la misma norma jurídica.

Tal como Genaro R. Carrió apunta en su obra *Sobre el concepto del deber jurídico*, las palabras deber y obligación se han utilizado de manera indistinta, sin embargo, como él mismo señala, la voz obligación conserva su connotación romana de vínculo, siendo un término más restringido que el de deber.

Como un primer paso podemos decir que en efecto, el deber es el género y la obligación es una de sus especies.

Por otra parte, tomando en cuenta las explicaciones sobre la Teoría del Deber Jurídico que Ernesto Gutiérrez y González nos da en su obras *Derecho de las obligaciones* y *Personales teorías del "deber jurídico" y "unitaria de la responsabilidad civil"*, es posible darnos cuenta de que los alimentos son en efecto un deber jurídico prescrito por una norma de derecho a favor de una persona o personas determinadas. No tienen como fuente un acuerdo de voluntades, sino el

hecho del que derivan sus características de proporcionalidad, irrenunciabilidad e intransigibilidad, pues si surgieran por un común acuerdo de voluntades no existiría prohibición para renunciar a ellos o para que fueran el objeto de una transacción. En cuanto a la proporcionalidad, ésta no sería la nota más característica de los mismos si su fuente fuera el acuerdo de voluntades, pues no existiría la necesidad de atender a las necesidades del acreedor ni a las posibilidades del deudor para su pago.

Aplicando esta teoría, diríamos entonces que el legislador nunca puede establecer una obligación en una ley; lo que se establecen son sólo deberes jurídicos, aun y cuando en muchas disposiciones encontremos la palabra obligación siendo en realidad que se está estableciendo un deber, pues para que surja una obligación *stricto sensu* será necesario el acuerdo de voluntades.⁶⁹

Continuando con la idea de que los alimentos constituyen un deber jurídico y aplicando la Teoría del Deber Jurídico diríamos que los alimentos son un deber jurídico *stricto sensu*, pues dicho deber está establecido por la norma jurídica a favor de determinada o determinadas personas (artículos 302 al 307 del Código Civil para el Distrito Federal).

Sin embargo, tratándose de divorcio necesario la naturaleza de los alimentos se transforma, es decir, dejan de ser un deber jurídico para convertirse en una sanción, tal como lo señala el artículo 288 del citado ordenamiento.

⁶⁹ Cf. Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho civil para la familia*, Porrúa, México, 2004, p. 50.

Según la teoría en comento, el pago de alimentos al cónyuge inocente en el caso de divorcio necesario sería un derecho de crédito indemnizatorio, toda vez que el cónyuge culpable con su conducta dio origen a la causal de divorcio.

En los casos de divorcio necesario, la conducta de uno de los cónyuges viola un deber jurídico inherente al matrimonio causando al otro cónyuge un detrimento patrimonial ⁷⁰, por lo que el legislador consideró como una sanción el pago de alimentos al cónyuge que resulte inocente.

El cónyuge culpable tendrá entonces por su conducta ilícita la necesidad de cumplir a favor del cónyuge inocente con la restitución de una situación jurídica al estado que se encontraba antes de la violación al deber jurídico matrimonial que le causó un detrimento patrimonial (pecuniario o moral).

En la afirmación anterior, es necesario aclarar que la esencia del derecho de crédito indemnizatorio en la expuesta Teoría del Deber Jurídico, es la de exigir la restitución de una situación jurídica al estado que tenía antes de producirse la conducta ya sea lícita o ilícita que causó el detrimento patrimonial; sin embargo, cuando esa restitución no es posible, tal indemnización consistirá en realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio, en su caso, si lo hubo.

En el caso del divorcio necesario, una vez que se ha solicitado con fundamento en algunas de las causales enumeradas en el artículo 277 del Código

⁷⁰ Recordemos que en el concepto de derecho de crédito indemnizatorio se hace referencia al detrimento patrimonial que puede ser pecuniario o moral; pudiéndose en caso del matrimonio causar detrimento patrimonial en cualquiera de estos dos aspectos.

Civil y el matrimonio ha sido disuelto en virtud de un proceso judicial, en este caso es evidente que no sería posible restituir al cónyuge inocente, a la situación jurídica en que se encontraba antes de la violación ilícita de alguno de los deberes inherentes al matrimonio, pues tal restitución supondría entonces un nuevo matrimonio con el mismo cónyuge en el que sí cumpliera con los deberes matrimoniales.

Por esta razón, al no ser posible la restitución de las cosas al estado que tenían antes de la violación ilícita de un deber jurídico, se deberá indemnizar al cónyuge inocente.

Para el autor de esta teoría, la indemnización es "la necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya un derecho ajeno que sufre un detrimento al estado que guardaba, antes de la realización de un hecho culpable o no, que le es imputable a éste, y de no ser ello posible, debe realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio, si lo hubo".⁷¹

Asimismo, distingue dos clases de indemnización:

* **Indemnización retributiva**, surge con la violación de un deber jurídico y/o cuando la obligación ya no es susceptible de cumplirse.

* **Indemnización moratoria**, tiene su origen cuando la obligación aún es susceptible de cumplirse aunque con retraso, es decir, con mora.

Tomando las ideas de Gutiérrez y González en relación a su multicitada teoría, podemos decir que los alimentos constituyen un deber jurídico pero

⁷¹ Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de la obligaciones*, Porrúa, México, 2003, p. 638.

tratándose de los cónyuges, cuando alguno de ellos con su conducta dé origen a una de las causales señaladas en el artículo 267 del Código Civil, surgirá entonces un derecho de crédito indemnizatorio a favor del cónyuge inocente consistente en el pago de alimentos aún después de la disolución del matrimonio.

Trasladando el concepto de derecho de crédito indemnizatorio fuera de la referida teoría, el pago de alimentos a favor del cónyuge inocente se traduce en una sanción que el legislador consideró para el caso de divorcio necesario en razón de que el cónyuge inocente incumplió con algunos de los deberes que deben subsistir durante el matrimonio.

3.3. Los alimentos como sanción para el cónyuge culpable en el divorcio necesario.

De lo dispuesto en los artículos 302, 308, 309, 311, 311 Ter, 311 Quáter y 314 del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que el legislador estableció las bases para determinar el monto de los alimentos, las cuales obedecen fundamentalmente a los principios de proporcionalidad y equidad que debe revestir toda resolución judicial, sea ésta provisional o definitiva, lo que significa que para fijar el monto de este deber alimentario debe atenderse al estado de necesidad del acreedor y a las posibilidades reales del deudor para cumplirla, pero además, debe tomarse en consideración el entorno social en que

éstos se desenvuelven, sus costumbres y demás particularidades de la familia a la que pertenecen, pues los alimentos no sólo abarcan el poder cubrir las necesidades vitales del acreedor, sino el solventarle una vida decorosa, sin lujos, pero suficiente para desenvolverse en el *status* aludido.

Sin embargo, cuando se trata de los alimentos a que tiene derecho el cónyuge inocente en los casos de divorcio necesario, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, ya no tienen aplicación estricta los preceptos relativos a alimentos que se establecen para los casos en que subsiste el matrimonio, pues los alimentos del cónyuge inocente en el divorcio se imponen aun cuando tenga bienes y esté en condiciones de trabajar, pues la razón de ser de los alimentos a cargo del cónyuge culpable es una sanción, resultando intrascendente para otorgarlos o no, si el cónyuge inocente trabaja o tiene bienes propios, pues estos antecedentes deben ser tomados en consideración únicamente para determinar el monto de los mismos, pero no para otorgarlos o negarlos, ya que la única limitación que la ley establece al respecto es la de que el cónyuge inocente no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Los cónyuges durante en matrimonio tienen la obligación recíproca de proporcionarse alimentos, de ayudarse mutuamente según sus necesidades y posibilidades; en el caso de divorcio contencioso, aun cuando deben observarse las circunstancias del caso, los alimentos tienen el carácter de sanción, de una

pena que se impone al cónyuge culpable por un hecho que le es directamente imputable: el haber dado lugar a la disolución del matrimonio.

Tratándose del divorcio voluntario judicial, el último párrafo del artículo 288 señala que la mujer tendrá derecho a que se le paguen alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, cuando no tenga ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato, sin que esta disposición tenga el carácter de una sanción, pues la misma redacción establece que se trata de un derecho si no tiene medios suficientes.

El hecho de que la conducta de alguno de los cónyuges se encuadre dentro de alguna de las causas de divorcio que establece el artículo 267 del Código Civil, que se consideran violaciones a los deberes, genera un acto ilícito, ya que es contrario a las normas de que regulan el matrimonio.

Para que se declare el divorcio, la causal de éste debe estar probada y ser imputable a un cónyuge, el cual será el responsable o culpable del mismo.

Es el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: "En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos en favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

I) La edad y el estado de salud de los cónyuges.

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

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

IV) Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge.

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

VI) Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor”.

En el pago de alimentos resultante del divorcio, basta con que se declare fundada la acción de divorcio que se hubiere ejercitado y que resulte condenado como culpable alguno de los cónyuges, para que como consecuencia, se resuelva lo relativo.

Si esta disposición no existiera, el deber de proporcionar alimentos cesaría después de que se declarará la disolución del matrimonio por una sentencia ejecutoriada; el cónyuge inocente, es decir aquel que no dio motivo para la disolución del matrimonio, carecería de legitimación para reclamar alimentos, precisamente por haber desaparecido la fuente de su derecho, es decir, como consecuencia del cambio de situación jurídica de casado a divorciado, por lo que el legislador consideró que el pago de alimentos se estableciera como una sanción para el cónyuge culpable y se condenara a su pago, aun oficiosamente por parte del juzgador en la sentencia de divorcio, incluso cuando de no contar con los suficientes elementos al dictarse la sentencia, es posible dejar su cuantificación para el periodo de ejecución.

Es importante destacar que el numeral citado dispone que en la resolución (sentencia condenatoria) deben fijarse las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad, pero no precisa si el monto de la pensión impuesta como sanción puede ser modificado al cambiar las circunstancias que llevaron a su determinación. Asimismo, establece que el derecho a recibir alimentos con motivo del divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contrae nuevas nupcias o se une en concubinato, situación que por supuesto es lo más correcto pues sería ilógico prolongar el pago de alimentos cuando el que fue cónyuge inocente contraiga nuevamente matrimonio o se una en concubinato pues en ese momento surge el deber de proporcionarse los alimentos con su nueva pareja.

Aun y cuando este precepto no señale si el monto por concepto de alimentos puede modificarse, consideramos que en cuanto a la modificación de la cuantía de los alimentos se aplicaría la regla general en materia de alimentos de la proporcionalidad, por lo que si existen cambios en las posibilidades de quien los dé o en las necesidades de quien los reciba, sería procedente solicitar la modificación del monto a pagar, pues son aplicables las disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El artículo 311 del Código Civil en materia de alimentos establece que “Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor

publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente". Asimismo, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en el párrafo segundo del artículo 94 señala que: "Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

Es claro que el pago de los alimentos al cónyuge inocente en los casos de divorcio necesario constituyen una sanción y no un deber jurídico como el los demás casos en los que se deben pagar. Dicha afirmación la podemos deducir de la redacción del artículo 288 del Código Civil, pues en su primer párrafo establece que "En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar **sentenciará** al cónyuge culpable al pago de alimentos en favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso..." La palabra sentenciará en este caso se interpreta como condena; sin embargo, lo más adecuado sería que en lugar de la palabra "sentenciará" la redacción de este artículo utilizara la palabra "condenará".

Sentenciará se refiere a la acción de dictar una sentencia, es decir, a la emisión de una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente, mediante la cual se decide la cuestión planteada por las partes. La sentencia es el

pronunciamiento del Juez para resolver el conflicto y poner fin proceso. Por ello, consideramos que lo más correcto sería utilizar la palabra condenará porque nos remite a la idea de que se ha pronunciado una sentencia de condena cuyo efecto es el de cumplir con una determinada prestación, en este caso, el pago de alimentos al cónyuge inocente. Asimismo, la palabra condenará es más adecuada tratándose de una sanción derivada de la realización de cierta conducta, como es que el cónyuge culpable realice alguna de las conductas previstas en el artículo 267 del Código Civil, dando lugar al pago de alimentos al cónyuge inocente como sanción por su conducta.

Por otra parte, en cuanto al pago de los alimentos en el caso de divorcio necesario, podría pensarse que el deber del cónyuge culpable de proporcionar alimentos al inocente debe de cumplirse de la misma manera en que se venía cumpliendo dentro del matrimonio, es decir, atendiendo al principio de proporcionalidad. De tal manera que, para el cónyuge culpable subsistiera el deber de proporcionarlos al cónyuge inocente, debiéndose cumplir dicho deber de la manera en que se haría en el caso de continuar casados, es decir, atendiendo a las posibilidades económicas del cónyuge culpable y a las necesidades del inocente.

El deber de dar alimentos es un vínculo jurídico recíproco para los miembros de una familia, por lo que tratándose de los cónyuges, este deber surge del matrimonio; pero que el legislador, pese a la disolución del vínculo matrimonial, consideró conveniente que en algunos casos subsista el deber de

proporcionar a alimentos (a cargo del cónyuge culpable), dejando de ser de carácter recíproco.

Sin embargo, la legislación civil vigente para el Distrito Federal en el artículo 288 del Código señala la forma de cuantificar los alimentos en el caso de divorcio, estableciendo reglas especiales y dejando de lado el principio de proporcionalidad que de manera general rige para los alimentos en los demás casos en que se deben de pagar; si no existiera esta disposición, el deber subsistiría en los términos en que se venía cumpliendo, rigiéndose por el principio de proporcionalidad, partiendo del hecho de que deberán proporcionarse de acuerdo a las posibilidades del que debe darlos y a la necesidad del que los recibe.

Del texto de este precepto se aprecia que el legislador estableció, a cargo del cónyuge culpable del divorcio, el deber de cubrir una pensión alimenticia a favor del inocente, misma que tiene el carácter de sanción, precisamente por un hecho que le es imputable al cónyuge culpable, pues ha dado lugar a la ruptura del vínculo matrimonial, y en tal razón el órgano jurisdiccional forzosamente tiene que condenarlo a sufragar los gastos por ese concepto, independientemente de que el cónyuge inocente tenga bienes o los medios económicos suficientes para subsistir de manera decorosa, desvinculándose del principio de proporcionalidad que rige en materia de alimentos, situación que confirma que se trata de una sanción y no de un deber jurídico.

Conclusiones

PRIMERA. Los alimentos constituyen un deber jurídico que tiene a cargo una persona determinada, denominada acreedor alimentario, de proporcionar a otra, llamada deudor alimentario, lo necesario para subsistir de manera decorosa.

SEGUNDA. Los alimentos pueden surgir legalmente como consecuencia del parentesco, del matrimonio o del concubinato.

TERCERA. Lo que caracteriza principalmente a los alimentos y los hace distintos a otras obligaciones, es el principio de proporcionalidad, que consiste en que los alimentos se van a ministrar según las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor.

CUARTA. De manera general, el contenido de los alimentos comprende la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad; sus variantes se presentarán dependiendo las circunstancias personales del acreedor.

QUINTA. El pago de los alimentos se puede hacer mediante la incorporación del acreedor alimentario a la casa del deudor o mediante el pago periódico de una pensión.

SEXTA. Durante el matrimonio los cónyuges tienen el deber de proporcionarse alimentos, subsistiendo éste aún después de declarado el divorcio, en lo casos señalados por la ley.

SÉPTIMA. El divorcio necesario tiene como consecuencia el disolver el matrimonio y determinar en su caso, la culpabilidad o la inocencia de cada uno de los cónyuges.

OCTAVA. En el divorcio necesario o contencioso, el cónyuge culpable será quien deberá quedar obligado a pagar alimentos al cónyuge inocente.

NOVENA Consideramos que el pago de alimentos al cónyuge inocente en los casos de divorcio necesario, deja de tener la naturaleza de deber jurídico para adquirir la de sanción que la ley impone al cónyuge culpable.

DÉCIMA. La sanción anotada en la conclusión anterior, tiene su origen en la indebida conducta del cónyuge culpable que dio origen a la ruptura del vínculo matrimonial, por lo cual tendrá que pagar alimentos al inocente independientemente del principio de proporcionalidad que suele regir a éstos.

Bibliografía

BALMASEDA MONJE, Oscar (Coord.), *Sistema de Derecho Civil, Familia*, Dykinson, Madrid, 2002.

CARRIÓ, Genaro R., *Sobre el concepto del deber jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *Convenios conyugales y familiares*, 4ª ed., Porrúa, México, 1999.

DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, Porrúa, México 2004.

DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Vol. I, Porrúa, México, 1972.

FLORES BARROETA, Benjamín, *Lecciones de primer curso de Derecho Civil*, Saber, México, 1960.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 13ª ed., Porrúa, México, 1994.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 11ª ed., Porrúa, México, 1999.

_____, *Introducción al estudio del Derecho*, 45ª ed., Porrúa, México, 1993.

GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, 3ª ed., Promociones jurídicas y culturales S.C., México, 1987.

GUTIÉRREZ Y GÓNZALEZ, Ernesto, *Derecho Civil para la familia*, Porrúa, México, 2004.

_____, *Derecho de las obligaciones*, 15ª ed., Porrúa, México, 2003.

- _____, *Personales teorías del "deber jurídico" y "unitaria de la responsabilidad civil"*, Porrúa, México, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1979.
- _____, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1958.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, T. III, Porrúa, México, 1988.
- MORÓN ALCAIN. Eduardo, *Filosofía del deber moral y jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- PEÑA BERNARDO DE QUIROS, Manuel, *Derecho de familia*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1989.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral*, 2ª ed., Porrúa, México, 1998.
- PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, Vol. IV, Bosch, Barcelona, 1991.
- QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel, *Lecciones de Derecho Civil*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2003.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 10ª ed., Porrúa, México, 1993.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, T. I. Introducción, personas y familia*, 30ª ed., Porrúa, México, 2001.

Revistas

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "La legislación vigente en materia de obligaciones alimentarias en el marco de la familia para el caso de menores en el Distrito Federal", *Revista de Derecho Privado, México, nueva época, año I, no. 1, enero-abril 2002.*

PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, Hilda, "Comentarios sobre la forma en que debe fijarse el monto de la pensión alimenticia, de acuerdo con las diversas tesis jurisprudenciales", *Revista de Derecho Privado, México, nueva época, año 1, no. 2, mayo-agosto 2002.*

Legislación

Código Civil para el Distrito Federal, Ed. ISEF, México, Abril del 2005.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Ed. ISEF, México, Abril del 2005.

Otras fuentes

CD ROM IUS 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.