Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL DIVORCIO SIN CAUSA ROMPE LA ORGANIZACIÓN DE LA FAMILIA Y DESPROTEGE A SUS MIEMBROS (ESTUDIO PROSPECTIVO)

María Leoba Castañeda Rivas*

Resumen: La autora realiza una breve introducción y reseña histórica sobre el divorcio sin causa; refiriendo a la legislación del divorcio sobre Egipto y Siria, el Código de Hammurabi y los hebreos, el Deuteronomio, el cristianismo, el derecho musulmán, el derecho romano, la Edad Media y el derecho canónico, a la vez del derecho francés (Código Civil de 1804), derecho mexicano (1859 a 1928) III. Estudia el concepto de divorcio y su naturaleza jurídica, a la vez que analiza el divorcio unilateral o sin causa y considera que éste rompe la estructura familiar y desprotege a la familia. Por último, comenta el mundo de los resultados cristalizados en estadísticas sobre el divorcio sin causa.

Abstract: The author presents a brief introduction and historical summary on divorce without cause; she makes reference to the divorce laws of Egypt and Syria, the Code of the Hammurabi and the Hebrews, Deuteronomy, Christianity, Moslem Law, Roman Law, the Middle Ages and Cannon Law, as well as to French Law (Civil Code of 1804), Mexican Law (1859 to 1928) III. She studies the idea of divorce and its legal nature, and in turn analyzes unilateral or divorce without cause and considers that it disrupts the family structure and makes the family vulnerable. Finally she comments on the world of the results derived from statistics on divorce without cause.

I. Introducción

La estabilidad familiar reposa en los principios fundamentales del orden público y el interés social, consignados en el artículo 138 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, y es perseguida por la sociedad y el Estado. Sin embargo, el legislador capitalino posiblemente no ha pensado en

* Doctora en derecho. Catedrática de carrera de tiempo completo, PRIDE "C", en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y en su División de Estudios de Posgrado. Directora del Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM. Ha sido profesora y asesora de tesis en diversas universidades, institutos y centros de educación superior de la República mexicana.

Revista de Derecho Privado, edición especial
2012, pp. 65-83

la pérdida de cohesión, respecto a los deberes derivados del matrimonio, originados con las actuales reformas y adiciones en materia de divorcio, a nuestro juicio, sin tomar en cuenta la realidad social mexicana, pues el legislador se conforma con hacer malas copias de las normas de otros países que muy poco tienen de común con nuestro medio, y al entrar en vigor, desorganizan a la familia.

Debe reflexionarse con seriedad y de manera equilibrada sobre la verdadera intención y objetivos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en relación con su empeño por legislar para ciudadanos de otras latitudes. Efectivamente, el legislador capitalino, a partir de 2000, "estrena" su flamante facultad derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de dictar normas en materia civil y penal. Dicho Poder Legislativo local ha sido prolífico y exagerado, tal vez, por estar en los medios de comunicación todos los días o para ser calificado como innovador, dictando normas ajenas a nuestro medio.

Así, abroga, deroga o adiciona leyes, y en ocasiones, llega al extremo de olvidarse de la técnica legislativa y de la hermenéutica jurídica y de algo elemental, revisar las normas correlacionadas con aquellas que deroga, modifica o adiciona. Igualmente, se abstiene de analizar la realidad social, para convertirla en norma jurídica, colmando en dichos supuestos, las expectativas ciudadanas.

Día a día apreciamos con desaliento y sorpresa, que el legislador carece de una técnica legislativa; es decir, no sistematiza metodológicamente el criterio para normar la vida de los habitantes de esta gran urbe. Pareciera que deseamos estar a la "vanguardia" —como si se tratara de modas— en cuestiones del orden familiar, así como de los problemas que verdaderamente aquejan a la sociedad mexicana.

El tema concreto de este estudio, se refiere al análisis de la sistemática tradicional del divorcio en nuestra legislación civil, para desentrañar los alcances y objetivos —escuetamente señalados por el legislador capitalino— del actual régimen del divorcio, institución sumamente apasionante, que puede analizarse desde el punto de vista familiar, moral, filosófico, social, religioso, psicológico, psiquiátrico, haciendo mediciones estadísticas, y por supuesto el ámbito jurídico, que es el interesante para nosotros, sin alejarnos del impacto social de la norma respectiva.

Siguiendo la prospectiva jurídica, y para entrar en materia, es trascendente recordar algunos antecedentes del divorcio, su concepto y carac-

terísticas, así como sus efectos integrales, y el cambio sistemático en el divorcio, a partir de la reforma del 3 de octubre de 2008.

II. Breve reseña histórica

1. *Egipto y Siria*

En Egipto y Siria, pueblos que dieron origen a la civilización occidental, se permitía el repudio del varón a su mujer por causa específica, como por ejemplo "el adulterio, la esterilidad, torpeza o impudicia de la mujer.[1]

2. *Código de Hammurabi y hebreos*

El Código de Hammurabi permitió el repudio unilateral del hombre sin causa justificada. Entre los judíos se requería la formalidad de que el hombre entregara un "libelo de repudio", término derivado del latín *libellus*, que significa librito.[2] En el caso concreto, se entiende como la escritura en que el varón repudiaba a su mujer. Dicha formalidad sometía o limitaba a los hebreos, porque requerían de un letrado que les hiciera el mencionado escrito. Igualmente, devolvía la dote a su mujer y en caso de haber procreado hijos, se requería darles tierras en usufructo. De esta circunstancia se infiere la existencia de pocos casos de repudio entre los judíos.

3. *Deuteronomio*

El Deuteronomio, considerado como el Libro de Leyes, permitió a Moisés dirigir a Israel el siguiente discurso:

> Si un hombre toma a una mujer casándose con ella, y resulta que luego no le agrada porque ha hallado en ella algo vergonzoso, le escribirá un libelo de repudio, y entregándoselo en la mano, la despedirá de su casa. Y salida

[1] Mata Pizaña, Felipe de la y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2004, pp. 161 y 162.

[2] *Diccionario Larousse ilustrado*, por Ramón García Pelayo y Gross, 17a. ed., México, ediciones Larousse, 1992, p. 625.

> de su casa, podrá casarse con otro marido. Si también el segundo marido concibe aversión a ella, y le escribe un libelo de repudio, y poniéndoselo en la mano la despide de su casa, o si muere el segundo marido que la tomó por su mujer; entonces su primer marido que la había despedido no podrá volver a tomarla por su mujer, después de haberse ella manchado; porque esto es abominable ante Yahvé…[3]

En efecto, el repudio hebreo puede considerarse una especie de divorcio, calificado como unilateral, potestativo y exclusivo para el hombre. También es discriminatorio, pues la mujer no tenía facultades para ejercitar esta manera de romper su matrimonio. Como puede apreciarse, en el repudio no existe la intervención de autoridad alguna, era únicamente la posibilidad de que el hombre le diera a su mujer la comunicación por escrito. Actualmente no basta esa manifestación unilateral para terminar la relación conyugal, sino que se requiere la declaración del divorcio, por un juez. De aquí, surge una diferencia entre divorcio y repudio; el primero deviene de la autoridad judicial del Estado; el segundo únicamente deriva de una manifestación unilateral de la voluntad, aplicada únicamente al varón.

4. *El cristianismo*

Prohíbe el repudio, pues al preguntar los fariseos a Jesús si es lícito repudiar o despedir a la propia mujer por cualquier causa, refiriéndose sin duda alguna al repudio de los hebreos, Jesús responde… "No leísteis que quien creó desde el principio varón y hembra los hizo", y dijo: "a causa de esto abandonará el hombre al padre y a la madre y serán los dos una sola carne…".[4]

De inmediato, los fariseos preguntaron, por qué entonces Moisés mandó dar libelo de repudio a la mujer y despedirla. La respuesta expresa fue: "Moisés, por vuestra dureza de corazón, os concedió el repudio a vuestras mujeres, más en el principio no fue así…".[5]

[3] Santa Biblia Reina-Valera actualizada, Ed. Mundo Hispano, 1989, Deuteronomio 24:15, p. 175.

[4] *Ibidem*, Génesis 2:4, p. 2.

[5] *Op. cit.*

Es decir, originalmente el matrimonio era indisoluble, pero en un momento dado, se convirtió en un acto disoluble, al permitir su terminación por un acto volitivo del varón.

En conclusión, los judíos estuvieron abiertos y anuentes al repudio, y por su parte, el cristianismo lo consideraba ilícito.

5. *Derecho musulmán*

Se permitía la disolución del vínculo en vida de los cónyuges por las razones siguientes: "repudio del hombre, divorcio obligatorio para ambos, el mutuo consentimiento y el consensual retribuido".[6]

6. *Derecho romano*

Siguiendo esta evolución, y como fuente originaria del derecho, para los países con tradición legislativa escrita, encontramos al derecho romano. En esa cultura, el matrimonio podía disolverse por muerte de uno de los cónyuges o bien, por *capitis diminutio* (muerte civil; privación de los derechos de ciudad, familia o libertad)[7] máxima o media. Igualmente se podía autorizar el divorcio, por causas que hicieran inestable y problemática la unión matrimonial.

El *repudium* era una declaración unilateral "en el sentido de no querer continuar unido en matrimonio".[8] La sola manifestación de uno de los esposos, en el sentido de concluir con su matrimonio, era razón suficiente, para disolver el vínculo. Según Marta Morineau y Román Iglesias, esta forma de terminar el matrimonio fue frecuentemente utilizada, a partir de la época del emperador Augusto, sobre todo si la pareja no tenía hijos.[9]

Para Guillermo Floris Margadant, el matrimonio podía terminarse, según los romanos,

[6] *Diccionario jurídico mexicano*, 13a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 1185.

[7] Cabanellas, Guillermo, *Repertorio jurídico. Locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1972, p. 118.

[8] Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 4a. ed., Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, Oxford University Press, 2006, p. 57.

[9] *Ibidem*, p. 58.

> si una de las partes se daba cuenta de que la "*affectio maritalis*" había desaparecido. No tenía validez, siquiera, un convenio de no divorciarse. Augusto, con su política de fomentar la frecuencia de uniones fértiles, no tomaba medidas en contra del "*repudium*", propiciando con ello, nuevas uniones que quizá darían hijos a la patria. Con este objetivo, rodeó la notificación de la repudiación, de ciertas formalidades (presencia de siete testigos). De otra manera, después de una violenta discusión conyugal, no podía la esposa saber exactamente si estaba repudiada o no.[10]

También podía disolverse el matrimonio por mutuo consentimiento, partiendo del criterio de que el matrimonio es un acto voluntario, siempre y cuando existieran causales limitativamente establecidas. Justiniano prohíbe la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento sin causa justa (nov. 134, 11).[11]

Margadant relata en su obra que a la llegada de Justiniano al poder, vislumbra cuatro posibilidades de terminar el vínculo conyugal. Ninguna de ellas necesitaba la existencia de una sentencia judicial o una declaración expresa de autoridad. Dichas hipótesis son las siguientes:

a) "Por mutuo consentimiento.
b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
c) Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, en cuyo caso el divor cio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiere insistido en el divorcio (típica ilustración de una disposición legal *minus quam perfecta).*
d) "Bona gratia", es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí basado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada) o inmoral (voto de castidad)".[12]

Las causas antes mencionadas para solicitar el divorcio no requerían de la declaración de autoridad o de sentencia dictada por órgano jurisdiccional, circunstancia que ubica prácticamente a estas formas de diso-

[10] Margadant Spanjaerdt, Guillermo Floris, *Derecho romano*, 26a. ed., corregida y aumentada, México, Ed. Esfinge, 2006, pp. 211 y 212.

[11] Bialotosky, Sara, *Panorama del derecho romano*, 7a. ed., 2a. ed. en Porrúa, México, 2005, p. 58.

[12] Margadant S., Guillermo Floris, *op. cit*., p. 212.

lución en especies de repudio o específicamente de una separación que dejaba vigente y vivo el vínculo matrimonial.

Justiniano inicia una lucha frontal contra la disolución del vínculo matrimonial o el mal llamado divorcio; sin embargo, es su sucesor quien deroga las causales antes citadas.

7. *Edad Media y derecho canónico*

En la Edad Media, el derecho canónico declara indisoluble por naturaleza al matrimonio. Permite como remedio "para situaciones inaguantables el *divortium quod forum et mensam, non quoad vinculum* (divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo), la declaración de nulidad, las dispensas por no haberse consumado el matrimonio y el Privilegio Paulino".[13]

Efectivamente, en esta época sólo existía la separación de cuerpos, no la ruptura del vínculo. El repudio también era una especie de separación o "divorcio unilateral", de hecho, sin intervención de juez o autoridad.

8. *Derecho francés (Código Civil de 1804)*

Dentro del siglo del liberalismo, el 21 de marzo de 1804, Napoleón Bonaparte, instituyó para los franceses, el primer Código Civil del mundo, inspirado en las compilaciones del *ius comune* romanista, con la amalgama de las costumbres y usos de las diversas regiones de Francia. Su sistemática ha servido de base, primero en Europa y después en países de familia jurídica escrita, para generar legislaciones civiles.

Para comprender la trascendencia del divorcio en el Código Napoleón, es fundamental entender la naturaleza jurídica del matrimonio.

Por ser Francia una sociedad eminentemente católica, el derecho antiguo, y la iglesia católica, daban al matrimonio el carácter de sacramento, estableciendo su indisolubilidad. El derecho de la Iglesia regía en toda la cristiandad. En el matrimonio, la autoridad de la Iglesia era incuestionable. La filiación, los testamentos y los contratos eran actos otorgados bajo juramento, y por tanto, inquebrantables. Los canonistas, por su lado, abrevaron del derecho romano para edificar su régimen jurídico.

[13] *Ibidem*, p. 213.

Los bienes protegidos por el matrimonio, en general, son los siguientes:

— La estabilidad, paz y seguridad personal, familiar y social. La seguridad de amor y afecto en la vejez.
— La educación, crecimiento armónico y estabilidad afectiva de los hijos. A veces, hasta su alimentación.
— La dignidad del cuerpo humano, para evitar convertirla en objeto de intercambio.
— El matrimonio protege incluso el amor, la comprensión y ayuda mutua entre los esposos. Así, la indisolubilidad del acto propicia la necesidad de esforzar a los cónyuges, poniéndose de acuerdo en cualquier malentendido, para lograr una mejor convivencia en su familia.[14]

Más aún, si el matrimonio es indisoluble se preservan los intereses antes mencionados, de manera firme. Posteriormente, las ideas de la Revolución francesa, derivadas de doctrinas sociales y políticas, modifican esos criterios, trastocando algunas materias del derecho privado, por ejemplo, en el plano social, desaparecieron privilegios y clases, cuya fuente era el individualismo.

> La Revolución francesa resucita la institución del divorcio. Lo considera consecuencia natural y necesaria de la Declaración de los Derechos del Hombre. El texto de la Constitución adoptada en agosto de 1791, reconoce al matrimonio como un contrato civil, disoluble; por tanto no fue dudoso que incluso algunos ciudadanos franceses, se divorciaran ante notario, para volverse a casar en otra Municipalidad...[15]

Las ideas de la Revolución inspiraron a la comisión encargada de crear el Código Napoleón. La organización familiar fue "quebrantada por la institución del divorcio, la separación de cuerpos fue suprimida, a fin de obligar a los católicos al divorcio...".[16] La etapa intermedia del derecho

[14] *http//www.edunet.es/ideas/divorcio.htm*.

[15] *Droit de la famille*, en Jacqueline Rubellin-Devichi (dir.), París, Éditions Dalloz, 1996, p. 98 (traducción hecha por la investigadora).

[16] Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de derecho civil. Parte primera*, vol. I, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 56.

francés, amalgama las ideas de la Revolución y trastoca el orden canónico. Después de varios debates, la Ley del 20 de septiembre de 1792 admite el principio de disolubilidad del matrimonio, originando el divorcio. Se permite por consentimiento mutuo o por incompatibilidad de carácter. Este cambio se debe no sólo a la naturaleza contractual e individual dominante en la época, sino a una reformulación del matrimonio, entendido de un modo afectivo y amoroso.[17] En este contexto surge la regulación del divorcio en el Código Napoleón.

El Código Civil Francés ha establecido igualmente la separación de cuerpos existente en el régimen antiguo y abolido en el derecho intermedio. Constituía un derecho para los ciudadanos cuyas convicciones morales o religiosas no se acomodaban a una disolución del lazo marital; mas si la vida común no se puede tolerar, no debe mantenerse la cohabitación.[18]

En Francia surge otra especie de divorcio, el administrativo, cuando el Directorio de la Revolución francesa pretende resolver el problema de los ciudadanos franceses que habían partido a la Revolución. Era pronunciado por una autoridad no jurisdiccional, sino administrativa, disolviendo el matrimonio de los franceses, que no hubieren regresado del campo de batalla, para dar seguridad jurídica a los miembros de sus familias.

La idea de la disolución del matrimonio, se plasma en el Código Napoleón de 1804. Posteriormente, en 1816, el legislador suprimió el divorcio, con la intención de dar estabilidad al matrimonio. Después de esto, la actividad legislativa se queda estancada, excepto porque en 1884, el legislador restablece el divorcio, en una reforma desarrollada con tal rapidez "que atenta gravemente contra la solidez de la familia. Esa solidez, por otra parte, se halla quebrantada por la debilitación del principio de autoridad marital y paterna".[19]

En la actualidad, el vocablo *demariage*, "descasarse" (traducción literal); es decir, separar, apartar a quienes estando unidos legítimamente no viven como tales, o declarar nulo un matrimonio, es admitido por Jean Carbonnier, para tratar las maneras en que se puede salir del matrimonio. Este vocablo presenta la ventaja de permitir agrupar bajo el mismo título,

[17] *Droit de la famille, cit*., p. 99.

[18] Benábent, Alain, *Droit civil. La famille*, 3a. ed., París, Ed. Litec, 1998, p. 169.

[19] Mazeaud, Henri, León y Jean, *op. cit*., p. 82.

al divorcio, a la separación de cuerpos o cualquier otra circunstancia que ponga fin al lazo conyugal,[20] cuando lo hubiere.

El Título V del Código Napoleón, relativo al matrimonio, en su capítulo VII, regula como formas de disolución, la muerte de uno de los esposos, el divorcio legalmente pronunciado o la condena definitiva de uno de los esposos, a una pena que importe la muerte civil.[21] Esta tercera forma de disolución del matrimonio fue abrogada por la ley del 31 de mayo de 1854.[22]

Puede apreciarse en esa regulación, la ausencia de una definición de divorcio. El código en comento se refiere a las formas de disolver el matrimonio, sin la idea de un divorcio vincular, como ruptura de la unión matrimonial para dejar a los divorciados en aptitud y libertad de contraer una nueva unión. Incluso en la actualidad, no se establece en el Código Civil Francés, un concepto de divorcio. Se infiere de las causas de disolución del matrimonio.

La primera causal de divorcio instituida por el Código Napoleón se refiere al adulterio, que podía ser demandado por el esposo en contra de la esposa. Ésta, únicamente, podía invocarla si su marido tuviera a la adúltera en la casa común.[23] Se aprecia en este caso una discriminación hacia la esposa, al crear cierto condicionamiento para que pudiera demandar el adulterio de su marido.

Otras causales son la sevicia o injurias graves de un cónyuge para el otro, que pueden ser demandadas recíprocamente, la condena de uno de los esposos a una pena infamante y el consentimiento mutuo, generado por la forma, sobre las condiciones y pruebas ordenadas por la ley, para probar que la vida en común es insoportable.[24]

El procedimiento, en el Código Civil de los franceses, es complejo, largo y tedioso, dejando plazos prolongados para propiciar la reflexión entre la pareja. Incluso, para ratificar la solicitud, después de haberla diferido, la pareja debía estar acompañada por una persona en la que ambos tuvieran confianza, y si no existía esta circunstancia, el divorcio no proseguía. Más aún, al decretarse un divorcio, las sanciones pecuniarias

[20] *Droit de la Famille*, *op. cit.*, p. 95.

[21] *Code Civil des Francais*, París, Edition originale et seule officielle. L'imprimerie de la Republique, año XII 1804, p. 43.

[22] *Code Civil*, 87a. ed., París, Éditions Dalloz, 1997-1998, p. 227.

[23] *Op. cit.*

[24] *Op. cit.*

eran sumamente fuertes, razón por la cual, normalmente los franceses desistían de divorciarse. Por tanto, en el espíritu del legislador, prevalece la idea del matrimonio indisoluble, por las razones antes explicadas.

9. *Derecho mexicano (1859 a 1928)*

Un primer antecedente valioso en cuanto al divorcio en México se refiere a la existencia de la Ley del Matrimonio Civil de 1859, debida a la inspiración de Ignacio Comonfort, en el marco de las Leyes de Reforma, expedidas por Benito Juárez en el periodo de 1857-1859. Este movimiento pretendía sustraer de la esfera de la Iglesia católica, los actos del estado civil, entre ellos al matrimonio. Se trataba de quitarle el carácter sacramental a esta institución.

La Ley del Matrimonio Civil lo considera indisoluble; es decir, sólo podía disolverse por muerte de alguno de los cónyuges. Igualmente podía solicitarse una separación de cuerpos, temporal, es decir de lecho, techo y mesa, sin que ello implicara la ruptura del vínculo, es decir, no podían los separados, volver a unirse en matrimonio.

Los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1870 y 1884, ratifican el principio de la indisolubilidad del matrimonio. Establecieron casuísticamente supuestos para solicitar el divorcio, e incluso vale la pena destacar que el artículo 247 del Código Civil de 1870, expresaba: "El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad".

México es un país con una gran trayectoria en materia de divorcio; es decir, doctrinaria y legislativamente se ha creado una verdadera sistemática que ha permitido acumular experiencia en la materia. Cabe resaltar en este caso, el reconocimiento de México, como precursor en el divorcio vincular con la ley expedida por Venustiano Carranza, en 1914.

En efecto, el 29 de diciembre de 1914 se expide un decreto que modifica la fracción IX de la Ley del 14 de diciembre de 1874, donde se establecía que el matrimonio podía disolverse por la muerte de uno de los consortes, y durante la vida de los cónyuges, podía disolverse por mutuo

y libre consentimiento de las partes o por las causas graves que determinaren los consortes.[25]

Para hacer congruente esta regla de permitir a los divorciados contraer otra unión matrimonial, se consideró indispensable modificar el Código Civil de 1884. Igualmente advirtió Carranza que para evitar cualquier mala inteligencia en los preceptos de la ley, al hablar de divorcio debe entenderse no sólo la separación de lecho y de habitación, y que no disolvía el vínculo; hoy, debe entenderse que dicho vínculo queda roto y deja a lo consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima.

En consecuencia, el 29 de enero de 1915, Venustiano Carranza expidió un nuevo decreto que modifica entre otros, el artículo 266, para expresar lo siguiente: "El divorcio es la disolución legal del vínculo del matrimonio, y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".[26]

Posteriormente, el 9 de abril de 1917 se expide también por Carranza, la Ley sobre Relaciones Familiares, y en la materia que nos ocupa, repite el criterio de la citada Ley del divorcio vincular. El artículo 75 de la Ley sobre Relaciones Familiares disponía: "…El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".[27]

En conclusión, es en 1914 y 1917 cuando en nuestro país se habla de divorcio vincular; antes, únicamente se consideraba el divorcio-separación, pero sin romper el vínculo marital. A partir de esta época, México ha desarrollado una gran experiencia y sistemática adecuada para el tratamiento del divorcio. Más de noventa y tres años; mientras que otros países llegaron tarde al divorcio vincular, modificando la organización y desarrollo de sus familias.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, sigue el sistema de los Decretos de 1914, 1915 y de la Ley de 1917, en materia de divorcio. Dicho código reguló al divorcio, en el artículo 266, diciendo: "…El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En dicho ordenamiento, el espíritu del legislador continúa con el criterio de considerar al divorcio como remedio o sanción, derivada de una conducta que ha resquebrajado la mutua consideración entre los cónyuges. En realidad, el legislador mexicano, a nuestro juicio, no ha definido ni

[25] Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, t. III: Derecho de familia, México, Porrúa, 1988, pp. 374 y 375.

[26] *Ibidem*, p. 375.

[27] *Ibidem*, p. 376.

naturalizado al divorcio, pues únicamente lo concibe como el medio para romper el vínculo matrimonial, para dejar a los divorciados en aptitud y libertad de contraer otra nueva unión conyugal. Se omite explicar que es mediante una sentencia ejecutoriada, es decir, la voluntad de los divorciantes no es suficiente para concluir con su vínculo marital. Se requiere la intervención del juez. En cambio, en el repudio no existía la determinación de ninguna autoridad u órgano. En la separación de lecho, techo y mesa, existía una declaración de parte del juez, para su procedencia.

III. Concepto de divorcio y su naturaleza jurídica

Acepción etimológica: La palabra divorcio proviene del latín *divertere*. Dicho término entraña que cada cual se va por su lado;[28] divergen sus caminos. Quienes tenían vida en común, cambian su ruta. Originalmente iban juntos.

En el *Diccionario jurídico mexicano* se encuentra otra definición etimológica que expresa: la palabra divorcio proviene de las voces "divortium y divortere, que quiere decir separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes".[29]

Gramaticalmente es "m. Acción o efecto de divorciar o divorciarse".[30] A su vez, divorciarse significa, conforme a la Real Academia Española, "…dicho de un juez competente. Disolver o separar, por sentencia el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal. 2. Separar, apartar personas que vivían en estrecha relación o cosas que estaban o debían estar juntas. 3. Dicho de una persona: obtener el divorcio legal de su cónyuge".

Jurídica y legislativamente el Código Civil para el Distrito Federal del año 2000 considera, en el artículo 266, lo siguiente: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".[31]

[28] Planiol, Marcel, *Tratado elemental de derecho civil. Divorcio, filiación, incapacidades*, trad. de la 12a. edición francesa por José M Cajica, Jr., Puebla, 1946. p. 13.

[29] *Diccionario jurídico mexicano*, t: D-H, 13a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 1184.

[30] *Diccionario de la lengua española*, t. 4 (coscarse engaratusar), 22a. ed., Madrid, Real Academia Española, 2001, p. 569.

[31] Codigo Civil para el Distrito Federal, México, Sista, octubre de 2005, p. 50.

En la disposición antes citada, el legislador no dio una definición del divorcio, sino que únicamente se ocupa de ubicarlo como vincular, es decir, el medio para romper el matrimonio y dejar a los cónyuges —que seguramente ya no lo son, sino que se convierten en divorciados— en aptitud de contraer otro. Está mencionando el objetivo del divorcio, su utilidad, para qué sirve, pero no contempla sistemáticamente una definición. Veamos porqué:

a) No se expresa que debe existir la intervención de un órgano jurisdiccional para que decrete el divorcio.
b) Se excluye el elemento relativo a la intervención de un órgano competente para dictar la resolución que decreta el divorcio.
c) Se omite expresar que se refiere a una forma de disolución del matrimonio en vida de los cónyuges.
d) Se abstiene de manifestar que deben existir causas o razones por las cuales se solicita el divorcio o bien que dicha situación se da por el mutuo acuerdo entre los sujetos de dicha unión conyugal.

Es importante recordar que la naturaleza jurídica del divorcio, en la legislación anterior al 2008, concretamente en el Código Civil para el Distrito Federal, estaba bien definida, es decir, existía el divorcio necesario (o contencioso, debiendo probarse las causales); el mutuo consentimiento (ante juez familiar y mediante un convenio) y también se definía al administrativo (como mutuo consentimiento ante juez del Registro Civil). Por supuesto en cada modalidad de divorcio se generaban las medidas provisionales y definitivas, a fin de atender a los efectos del matrimonio, los cuales no cesan por la ruptura del vínculo, sino, por el contrario, se traspasan y convierten en efectos del divorcio, como son en relación con los divorciados, los hijos, la familia como institución y los bienes. En esto radica nuestra postura, en el sentido de sostener que el divorcio actual, mal llamado "incausado", que más bien debería ser "acausal", rompe la mencionada sistemática, como lo veremos a continuación.

IV. El divorcio unilateral, o sin causa, rompe la estructura familiar y desprotege a la familia

El legislador capitalino ha puesto en la opinión pública y en la preocupación de los estudiosos y estudiantes del derecho, un tema por demás

importante, el relativo al divorcio sin causa, o "express" como los medios de comunicaron masiva le han denominado, unilateral, acausal, entre otras denominaciones semejantes. Si bien es cierto que no puede obligarse a persona alguna a continuar en una relación conyugal *a fortiori*, es también una necesidad responsabilizar a quien ha contraído matrimonio, a cumplir con los efectos de dicha relación jurídica frente a la sociedad, a los hijos, respecto a sus bienes, y en general, hacerse cargo de los deberes derivados de esa unión.

Es en efecto importante tomar en consideración la calidad de vida y el ejemplo dado a los hijos, cuando los cónyuges por hacerse daño uno a otro, perjudican los intereses de los menores, incluso desde el punto de vista psicoemocional, pues a los niños y niñas que viven ese proceso, les afecta en grado superlativo la mala relación entre sus progenitores; en ello, radica el valor de una solución "de tajo" a la problemática conyugal, en atención a los intereses superiores de los menores. Sin embargo, en la actualidad, a nuestro juicio, se ha perdido la sistemática del divorcio, en el sentido de no tener un elemento objetivo para definir quién de los progenitores, debe hacerse cargo de los efectos entre padres e hijos, e incluso, cómo evitar el síndrome de alineación parental, conocido como SAP, que tanto perjudica los intereses de los niños, y contraviene, por supuesto, las normas internacionales, protectoras de los intereses de los niños y las niñas.

Como quedó establecido en los antecedentes de este artículo, México ha tenido un reconocimiento por propios y extraños, incluida la comunidad internacional, por la forma de proyectar el divorcio. Basta recordar la Ley del divorcio vincular, de 1914, en la cual se marca por primera vez en el mundo, la ruptura del vinculo matrimonial, con la gran ventaja de propiciar una sistemática, un orden lógico en relación con la culpabilidad de esa ruptura, y por lo tanto, los deberes y obligaciones derivados del matrimonio, se siguen atendiendo, a pesar de disolver la unión.

Hablar de divorcio como ruptura del vínculo, efectivamente, deja a la pareja en aptitud de contraer una nueva unión, es decir, les da la libertad de elegir; pero esa circunstancia no los releva de los deberes, responsabilidades, obligaciones, y en general, de los efectos originados en su unión marital. Así, era frecuente en el medio jurisdiccional, de la imparticion de justicia, identificar en el expediente y en los hechos, un culpable y otro inocente, y esto por supuesto daba pauta para el cumplimiento de

las medidas trascendentes para la familia, como es el caso de la relación paterno y materno-filial, la cuestión relativa a los alimentos, el ejercicio de la patria potestad, su pérdida, limitación o suspensión, así como las cuestiones tendientes a las convivencias entre padres e hijos.

Por lo que toca a los cónyuges, ya divorciados, también deben encontrar las reglas para dividir los bienes generados durante la vigencia del vínculo matrimonial, y por supuesto, la manera de asegurar una equidad y respeto a cada uno de ellos, en dicha división de bienes. Ésta había sido la tradición, y a partir de 2008, concretamente en el mes de octubre, la situación ha dado un giro que a nuestro juicio, en algunos supuestos, crea un entorno injusto para los miembros de la familia.

En efecto, hoy, con el divorcio incausado o acausal del Distrito Federal, muy parecido al repudio consagrado en la Biblia, en el Código de Manù y en otras leyes mosaicas, uno de los cónyuges —el hombre o la mujer— *unilateralmente* puede solicitar al juez el divorcio, presentando incluso un proyecto de convenio, que se somete a la consideración de la otra parte. Es intrascendente la aceptación o no de dicho proyecto, pues en un plazo de entre 15 y 30 días, el juez decretará indefectiblemente la terminación del vinculo matrimonial, y las cuestiones relativas a alimentos, guarda y custodia, división de bienes comunes, en su caso, se dejan para otra etapa, en controversias de orden familiar o en un juicio ordinario civil; en una palabra, en la vía incidental.

Esto, según nuestro criterio, deja a los miembros de la familia —el cónyuge que no promovió y los hijos— en cierta posición de desventaja, los hace vulnerables, aun cuando se dicten medidas provisionales, porque no existen reglas objetivas para la definición de los efectos del matrimonio, dejando al juez esa gran responsabilidad, sin tener elementos sobre quién es culpable o inocente de la conclusión de ese vínculo jurídico conyugal.

Si se pretende hacer pronta y expedita la justicia familiar, en materia de divorcio, con esta medida encontramos que efectivamente de manera breve se procede a decretar el divorcio, pero se deja para nuevas etapas, que pueden durar seis meses, un año o más, la definición de los efectos de ese divorcio, en relación a los hijos, su alimentación, adecuada formación y encauzamiento, la manera como se cumplirá la guarda y custodia, así como las visitas y convivencias con el progenitor que no viva con ellos, y esto, creemos, continúa siendo un obstáculo para alcanzar el

interés superior del menor, plasmado en instrumentos internacionales de lo que México es parte, y han sido ratificados por el Senado, y sobre todo son norma suprema de nuestra Unión.

Desafortunadamente el legislador capitalino generó un sistema divorcista, en base a una solicitud, por lo cual, quienes enseñamos esta materia, nos preguntamos ¿Cuál es la naturaleza jurídica del divorcio actual? ¿Será un acto unilateral? ¿Un repudio iniciado por el hombre o la mujer? ¿Podría ser bilateral, cuando ambos lo promueven, o bien, uno de ellos lo solicita y el otro, acepta la propuesta de acuerdo? Efectivamente existe una nebulosa para definir la naturaleza jurídica del mal llamado divorcio "express" o "incausado" o "unilateral".

Por otro lado, los ya divorciados entran en conflicto, en los incidentes; en sentido figurado, se ponen "los guantes de box", al iniciar el ordinario civil para dividir los bienes comunes, con estas hipótesis se ve perturbada la rapidez y prontitud plasmada en la norma constitucional, para administrar, procurar o impartir la justicia familiar.

En este sentido, es recomendable revisar la regulación del divorcio en el Código Civil para el Distrito Federal para hacer expedito el trámite de los incidentes, o más bien, a mi juicio, deberían primeramente asegurarse los efectos del matrimonio y del divorcio, que son exactamente los mismos, para garantizar el interés de la familia. Dichos efectos son:

a) En relación con los cónyuges, ahora divorciados.
b) Respecto de los hijos habidos en el matrimonio, que seguirán produciéndose para después del divorcio.
c) En cuanto a los bienes generados durante la unión matrimonial, y una vez decretado el divorcio.

Extraoficialmente, se vive en tribunales el grave conflicto de que en la mayoría de los casos de divorcio, el solicitante de ninguna manera está dispuesto a promover los incidentes o las acciones antes mencionadas, para asegurar que todos los rubros del matrimonio seguirán produciéndose. Así, queda suspendida la posibilidad de proteger a los hijos, liquidar los bienes o asegurar los intereses de los menores para el futuro.

El problema recurrente del legislador capitalino consiste en no ejecutar la correlación congruente entre las disposiciones. Así, como corolario de este artículo, podríamos categóricamente sostener que la actual regulación del divorcio violenta lo dispuesto por el artículo 138 Ter y demás

relativos a los principios rectores de las cuestiones familiares, en nuestra gran ciudad-capital.

V. El mundo de los resultados, cristalizados en estadísticas sobre el divorcio sin causa

Estadísticas del divorcio. Número total de divorcios, valores absolutos (diciembre de 2008-noviembre de 2009)[32]

Diciembre de 2008	1,608
Enero de 2009	3,265
Febrero de 2009	3,038
Marzo de 2009	2,826
Abril de 2009	3,423
Mayo de 2009	3,096
Junio de 2009	2,639
Julio de 2009	2,109
Agosto de 2009	3,300
Septiembre de 2009	2,875
Octubre de 2009	2,657
Noviembre de 2009	1,392

Porcentaje de divorcios tramitados por hombres, mujeres y ambos (diciembre de 2008-noviembre de 2009)[33]

Ambos (hombres y mujeres) → 17%

hombres → 32%

mujeres → 51%

Como se aprecia en la estadística antes descrita, efectivamente, el número de divorcios por mes contiene una media aritmética, pero generalmente

[32] Fuente: Dirección de Estadística de la Presidencia, con información de los juzgados familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, febrero de 2010.

[33] *Op. cit.*

los derechos de los miembros de la familia, sobre todo los más vulnerables como los menores, no tienen una respuesta adecuada en la ley.

Es trascendente, desde el punto de vista sociológico, la iniciativa de la mujer para generar la solicitud del divorcio. En el periodo de diciembre de 2008 a noviembre de 2009 ha sido superior a la actuación de los hombres, seguramente por la circunstancia de que en muchas ocasiones la mujer se convierte en jefa de familia, y posiblemente no le interesa continuar unida en el matrimonio, pero en atención al orden público, el Estado debería garantizar los intereses y protección de los menores, parte más delicada y vulnerable de la organización familia. Seguramente el legislador continuará perfeccionando esta iniciativa, cuyo interés inmediato consiste en evitar "largos conflictos" entre las partes, y por ello se fijó una medida expedita, pero se dejaron demasiados elementos sin resolver, como es el caso de los efectos de dicho divorcio, como lo hemos reiterado en este trabajo.