



OPINIÓN

QUE RINDE

EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES LEGISLATIVAS

**CON RELACIÓN A LA INICIATIVA DE REFORMA A LOS
ARTÍCULOS 342, PRIMER PÁRRAFO, Y 343 DEL CÓDIGO CIVIL
PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO**

**FORMULADO POR EL GRUPO PARLAMENTARIO DEL
PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL**

Guanajuato, Gto., a 18 de julio de 2017.

OPINIÓN QUE RINDE EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES LEGISLATIVAS CON RELACIÓN A LA INICIATIVA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 342, PRIMER PÁRRAFO, Y 343 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, FORMULADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL.

Por instrucciones de la Comisión de Justicia de la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado, se solicitó opinión y comparativo del contenido de la iniciativa citada con legislaciones de otras entidades federativas.

Por razón de método, el Instituto de Investigaciones Legislativas, en lo subsecuente el Inileg, considera conveniente establecer primeramente un marco contextual en relación a las consideraciones teóricas y de derecho internacional y nacional, en torno a los principios de igualdad y no discriminación, que conforman el pedestal que debe sostener el planteamiento; para con base en ello, realizar un análisis conclusivo sobre la iniciativa que propone reformar los artículos 342, primer párrafo, y 343 del Código Civil para el Estado de Guanajuato.

I. MARCO CONCEPTUAL. CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

La progresiva aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados se ha venido realizando a través de diversas fórmulas o cláusulas constitucionales.

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho internacional, lo constituye el otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En nuestra nación, de acuerdo a lo señalado por el artículo 133 constitucional¹, los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano forme parte, conforman norma interna

Sin embargo, a partir de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2011², se acogió en su artículo primero principalmente, además de otros preceptos, una perspectiva de los derechos humanos que no se constriñe a garantizar los derechos fundamentales hasta esa época desarrollados a lo largo del texto constitucional; sino que, a más de explicitar que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales integran el sistema jurídico interno, se introduce el «principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas».

También debe reconocerse que la aplicación progresiva del derecho internacional de los derechos humanos en México, se ha debido al dinamismo de la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, dentro de este catálogo de derechos humanos se encuentran tutelados los principios de igualdad y no discriminación, tanto en el artículo 1º.³

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

«**Artículo 133.** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.»

² Reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, en materia de juicio de amparo y derechos humanos. Para más información.

ver: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html>

³Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

«**Capítulo I**

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1º. ...

como en el artículo 4º.⁴ constitucionales, desarrollados por el *corpus iuris internacional* en materia de derechos humanos.

La «igualdad», de manera genérica y como idea guía, rectora de la convivencia humana, implica para los seres humanos pretensión de bienes y derechos, armonía y progreso social; encierra en sí misma una promesa de *libertad para todos* los miembros de la especie humana.⁵

Son cuatro los principales tipos mandatos de la igualdad, en general⁶, que contienen de normas jurídicas:

1. *El principio de igualdad en sentido estricto*, ya sea como valor o como principio; estipulado originalmente en la declaración francesa de derechos de 1789.⁷

[...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

[...].»

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

«Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

[...].»

⁵ Octavio Cantón J., (2001), *Igualdad, necesidades y derechos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, vol. 7, pág. 19. [En línea].

Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2312/6.pdf>

⁶ Ronald Dworkin, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003; citado en Miguel Carbonell (16/mayo/2012), *Igualdad*, Docencia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. [En línea]

Disponible en: <http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Igualdad.shtml>

⁷ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789)

2. *El mandato de no discriminación*; variable del principio general de igualdad, por medio de la cual se ordena a las autoridades y, con ciertas modalidades, a los particulares, dar un trato igual o paritario a las personas. Siendo éste el establecido en el citado párrafo quinto del numeral 1°. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
3. *La igualdad entre el hombre y la mujer*; contenido en el numeral 4° de la referida Constitución federal, donde registra que «El varón y la mujer son iguales ante la ley...».
4. *La igualdad sustancial*; implica un mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir la implementación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa. Para su aplicación conviene identificar previamente a los grupos que, dentro de cada sociedad, se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, respecto de los cuales se tendrán que tomar medidas de promoción y de especial protección. Son mandatos de este tipo los que permiten el establecimiento, entre otras medidas, de las llamadas cuotas electorales de género.

Para ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) ha manifestado que la igualdad, entendida como principio, es un lente interpretativo de todo el sistema jurídico, en especial de los demás derechos fundamentales, siendo que todas las personas deben tener los mismos derechos y deben tener el mismo acceso a ellos.

Artículo primero. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Esto implica que la igualdad es un concepto relacional, que sólo tiene sentido cuando se predica de dos o más sujetos y respecto de algo –que puede ser otro derecho fundamental o bien, un derecho subjetivo o un deber–. La SCJN señala también que la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación en dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente con relación con otro.⁸

Anteriormente, el derecho a la no discriminación era considerado como el aspecto negativo del derecho a la igualdad, de manera que cualquier infracción a este derecho era considerada como discriminatoria; sin embargo, actualmente la consagración constitucional de ambos derechos en nuestro orden jurídico evidencia claramente el carácter autónomo de esta prohibición y las consecuencias diversas que generan.⁹

De ese modo, para respetar dicho principio y no discriminar de manera directa, se requiere que las normas secundarias, como una ley o un reglamento, no hagan, en principio, ninguna distinción entre los sujetos a los que se dirigen –siempre y cuando éstos se encuentren en idénticas circunstancias–, estableciendo cargas o privilegios diferenciados; o que no igualen a sujetos que se encuentran en situaciones distintas, estableciéndoles los mismos privilegios o cargas.

Además, si el plexo normativo del artículo 1º. constitucional se compone por normas de derechos humanos cuya fuente de reconocimiento puede ser la Constitución o un tratado internacional ratificado por el Estado mexicano, con

⁸ Regina Larrea Maccise (30/sep/2010) *La Corte ante la igualdad y la no discriminación*, El juego de la Suprema Corte, Nexos. [En línea]

Disponible en: http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=757#_ftn2

⁹ Procuraduría de Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, *Principio de igualdad y o discriminación, Algunas reflexiones acerca de los, Criterios Relevantes*, Expediente de queja 77/08-SE. [En línea]

Disponible en:

http://www.derechoshumanosgto.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=269%3Aprincipios-de-igualdad-y-no-discriminacion&Itemid=19

independencia de la materia de éste, surge con ello la obligación de los jueces mexicanos de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en dicho catálogo de derechos humanos, mediante la realización de un control de constitucionalidad de manera difusa de aquella norma de la que se tenga una sospecha de resultar violatoria de un derecho humano.¹⁰

II. MARCO NORMATIVO

INTERNACIONAL

La **Declaración Universal de Derechos Humanos** indica sobre la igualdad de todos los seres humanos, en su artículo 1º., lo siguiente:

«Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.»

Además, establece una prohibición expresa a la utilización de *categorías sospechosas*, en su numeral 2:

«Artículo 2

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.»

¹⁰ De acuerdo a la Contradicción de tesis 293/2011 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, donde se estudiaron en los amparos directos sometidos a su consideración, la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos con relación a la Constitución, el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad. Para más información, ver:

<http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=129659&SeguimientoID=556>

El mismo ordenamiento jurídico internacional consigna el derecho de todas las personas a la protección contra toda discriminación por cualquier motivo, en su numeral 7:

«Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.»

Relativo a la protección a los derechos de los cónyuges, la Declaración establece en su numeral 16, punto 1, que:

«Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.»

Por su parte, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** también prohíbe la utilización de *categorías sospechosas* en las medidas adoptadas por los Estados Partes, en el contenido de su artículo 1º., punto 1; que a la letra dice:

«Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
[...].»

En su numeral 2, la misma Convención señala la obligación de los Estados Partes de adoptar disposiciones de derecho interno en caso de que el ejercicio de los derechos y libertades establecido en el primer artículo no estuviere ya garantizado por la legislación; lo que debe entenderse no de manera restrictiva, esto es, haciendo referencia únicamente a los ordenamientos jurídicos de jurisdicción nacional, sino también a todos aquellos de ulterior competencia, comprendiéndose

así los ordenamientos jurídicos locales; en aras de lograr una armonía y homologación de todo un sistema jurídico. La disposición en mención establece textualmente:

«Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.»

Además, señala en su artículo 17 lo relacionado con la protección a la familia e igualdad de derechos entre los cónyuges:

«Artículo 17. Protección a la Familia

[...]

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ellos por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

[...]

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección.»

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** también se pronuncia por la protección de los derechos de los cónyuges, en su artículo 23, puntos 2, 3 y 4:

«Artículo 23

[...]

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio,

durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.»

Por otro lado, el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** contempla la protección al derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, en su numeral 11, punto 1:

«Artículo 11

1.Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

[...].»

NACIONAL

Como ya se mencionó, los principios de igualdad y no discriminación se encuentran tutelados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los artículos 1º. y 4º.; y la SCJN se ha encargado de darle contenido a estos preceptos en diversas tesis.

Así, relacionando la aplicación normativa de éstos principios con las llamadas *categorías sospechosas*, la Primera Sala de la SCJN ha dicho:

«IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. NOTAS RELEVANTES QUE EL OPERADOR DE LA NORMA DEBE CONSIDERAR AL EXAMINAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA MEDIDA A LA LUZ DE DICHS PRINCIPIOS, FRENTE A LAS LLAMADAS "CATEGORÍAS SOSPECHOSAS", A FIN DE NO PROVOCAR UN TRATO DIFERENCIADO O UNA DISCRIMINACIÓN INSTITUCIONAL. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que las distinciones basadas en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. constitucional, también conocidas como "categorías sospechosas" (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o

cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas), requieren que el operador de la norma realice un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad. Al respecto, es de señalar que tanto la Constitución como los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Mexicano, prevén la posibilidad de otorgar un trato desigual a quienes no se encuentran en una paridad frente a los otros sujetos, si dicho trato implica una distinción justificada; pero si, por el contrario, la medida adoptada carece de razonabilidad, entonces será excluyente y, por ende, discriminatoria. Esto es, si bien la igualdad de trato implica la eliminación de distinciones o exclusiones arbitrarias prohibidas por la Constitución, lo cierto es que determinadas distinciones pueden ser favorecedoras y encontrarse justificadas, como ocurre con las acciones positivas, que buscan dar preferencia a sectores históricamente marginados y vulnerables para compensar las desventajas que sufren. De ahí que la interpretación directa del artículo 1o. constitucional, en torno al principio de igualdad, no sólo requiere una interpretación literal y extensiva, sino que, ante su lectura residual a partir del principio pro persona, como aquella interpretación que sea más favorable a la persona en su protección, subyace como elemento de aquél, el de apreciación del operador cuando el sujeto implicado forma parte de una categoría sospechosa, para precisamente hacer operativa y funcional la protección al sujeto desfavorecido con un trato diferenciado; de lo contrario, esto es, partir de una lectura neutra ante supuestos que implican una condición relevante, como la presencia de categorías sospechosas, constituiría un vaciamiento de tal protección, provocando incluso un trato discriminatorio institucional, producto de una inexacta aplicación de la ley.»¹¹

En segundo estrato normativo, específicamente en torno a la protección de las condiciones de igualdad entre los cónyuges una vez disuelto el vínculo matrimonial, en relación con la obtención de los alimentos, tenemos que el Pleno de la SCJN sostiene:

«IGUALDAD ENTRE CÓNYUGES. CONTENIDO Y ALCANCES. A partir del parámetro de constitucionalidad delimitado por el artículo 1o. de la Constitución Federal, es posible identificar la obligación del Estado mexicano de garantizar la igualdad entre cónyuges, no únicamente respecto de los derechos y responsabilidades durante el matrimonio, sino también una vez disuelto el mismo. Este imperativo está explícitamente contenido en los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto, además de reconocer el papel central de la familia en la existencia de una persona y en la sociedad en general, las disposiciones citadas proclaman la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges no solamente

¹¹ Época: Décima Época, Registro: 2007924, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCCLXXXIV/2014 (10a.), Página: 720

durante el vínculo matrimonial sino también en los arreglos relativos a una eventual separación legal. En este sentido, está prohibido todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, incluidos los gastos de manutención y la pensión alimenticia, lo que desemboca en el deber del Estado de velar por que el divorcio no constituya un factor de empobrecimiento ni un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente el derecho humano a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos.»¹²

Otro aspecto relevante vinculado con el matrimonio y el divorcio, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que es abordado por la SCJN en la siguiente tesis:

«DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.»¹³

Acerca de las consideraciones adoptadas por la Primera Sala relativas al divorcio sin expresión de causa y su relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tenemos la siguiente orientación:

¹² Época: Décima Época, Registro: 2011231, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 28, Marzo de 2016, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a. LXIII/2016 (10a., Página: 981

¹³ Época: Novena Época, Registro: 165822, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Diciembre de 2009, Materia(s): Civil, Constitucional, Tesis: P. LXVI/2009, Página: 7

«DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. CONSTITUYE UNA FORMA DE EJERCER EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. En el divorcio sin expresión de causa, es suficiente la solicitud unilateral de la disolución del matrimonio para que el juez la decrete aun sin causa para ello, donde incluso no importa la posible oposición del diverso consorte, pues la voluntad del individuo de no seguir vinculado con su cónyuge es preponderante, la cual no está supeditada a explicación alguna, sino simplemente a su deseo de ya no continuar casado, por lo que la sola manifestación de voluntad de no querer continuar con el matrimonio es suficiente. Así, dicha manifestación constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues decidir no continuar casado y cambiar de estado civil, constituye la forma en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida; es decir, el modo en que decide de manera libre y autónoma su proyecto de vida.»¹⁴

¹⁴ Época: Décima Época, Registro: 2008492, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. LIX/2015 (10a.), Página: 1392

III. ANÁLISIS DE LA INICIATIVA

OBJETO DE LA INICIATIVA

La iniciativa tiene como punto total la sincronización de los enunciados y propósitos de los artículos 342, primer párrafo, y 343 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, con las disposiciones y principios protectores de derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de superar cualquier anacronismo normativo en los mismos. Ello en atención a la inconstitucionalidad declarada a esas normas por la Primera Sala de la SCJN.

La Primera Sala, al resolver el amparo directo en revisión 1439/2016, contrastando el Código Civil para el Estado de Guanajuato y la Constitución federal, en sesión de 14 de junio de 2017, declaró inconstitucionales los artículos 342, primer párrafo, y 343 de la Ley sustantiva civil para el Estado de Guanajuato, por considera que resultan contrarios a los numerales 1º. y 4º. constitucionales.

Ante ese precedente, a través de la reforma de los artículos en mención, se pretende superar las diferencias y estereotipos de género que la SCJN consideró existentes en dichos numerales, que se traducen en desigualdad o motivo de discriminación.

Este planteamiento normativo se presenta, a manera de comparativa con la legislación vigente, en el siguiente cuadro.

CÓDIGO CIVIL	
TEXTO VIGENTE	INICIATIVA
<p>«LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS»</p> <p>«TÍTULO QUINTO DEL MATRIMONIO»</p>	
<p>«Capítulo Decimosegundo Del Divorcio»</p>	
<p>ARTÍCULO 342. En los casos de divorcio, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.</p> <p>En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización que concede este artículo.</p>	<p>ARTÍCULO 342. En los casos de divorcio, los cónyuges tendrán derecho a alimentos mientras no contraigan nuevas nupcias, estén imposibilitados para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a uno de ellos, se responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.</p> <p>En el divorcio...</p>
<p>ARTÍCULO 343. En virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. La mujer no podrá seguir usando el apellido del marido.</p> <p>El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio.</p> <p>Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el</p>	<p>ARTÍCULO 343. En virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, salvo en el caso lo previsto por el artículo 155 del presente Código. Los cónyuges mujer no podrá seguir usando el apellido del otro.</p>

divorcio.	
-----------	--

Por otro lado, si bien la sentencia de un amparo directo no tiene efectos *erga omnes*, esto es, sólo se limitan a producirse sobre aquellos quienes promovieron el amparo, por lo que no existe una obligación directa al Legislativo de modificar la norma considerada inconstitucional del ordenamiento jurídico; sin embargo, el Inileg encuentra en lo general positiva la orientación de la iniciativa de reforma a los numerales 342, primer párrafo, y 343 del Código Civil para el Estado, puesto que el análisis de inconstitucionalidad declarada por la Primera Sala de la SCJN constituye un estudio relevante que acoge las nuevas orientaciones sobre la temática y siempre es conveniente el adecuar la normativa local a los enunciados y propósitos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La recepción normativa de las conclusiones de los análisis de las disposiciones legislativas contenidas en las resoluciones de la SCJN, en los ordenamientos locales, genera no sólo seguridad jurídica para los particulares, sino, sobre todo, conduce hacia la efectividad del sistema jurídico local acorde con la protección progresiva de los derechos humanos.

CONSIDERACIONES EN TORNO AL ARTÍCULO 342 DEL CÓDIGO CIVIL

La Primera Sala de la SCJN estableció que el vigente numeral 342 del Código Civil resulta discriminatorio, al prever que en los juicios de divorcio haya declaración de cónyuge *culpable* y cónyuge *inocente*; y, además, establecer que la mujer *inocente* tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente, mientras que en el supuesto de que el *inocente* sea el hombre, únicamente tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir.

El basamento de esa conclusión es que el artículo en cuestión está construido sobre estereotipos de género, al fincar una diferenciación entre ambos cónyuges

respecto del derecho de alimentos, en los casos de divorcio, a partir de catalogar al hombre como proveedor y a la mujer como inferior o subordinada.

Recordemos que el Código Civil para el Estado de Guanajuato fue publicado a finales de la década de los 60¹⁵, por lo que las concepciones sobre estudios de género, en ese momento, eran prácticamente inexistentes en nuestro país.

En este supuesto es claro como el dinamismo social constriñe a los ordenamientos jurídicos a adaptarse para prevenir y resolver problemáticas que resultan apremiantes para cada contexto social, en determinada época y conforme al conocimiento que sobre las temáticas se tenga o que la ciencia aporte.

Es por ello que, hoy por hoy, particularmente a partir de la ya mencionada reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, es necesario revisar los ordenamientos a la luz de una nueva perspectiva igualitaria de los derechos fundamentales de mujeres y de hombres. Tal y como lo declara el artículo 4º. Constitucional: «el varón y la mujer son iguales ante la ley». Lo que en estricto se debe entender en el sentido de que ley debe ser igual para todos en igualdad de circunstancias.

Desde esa perspectiva, siempre es posible encontrar una diferencia fáctica entre personas o entre situaciones que éstas viven. Es por ello que resulta necesario establecer cuándo una distinción es relevante, desde un estándar de análisis de constitucionalidad, para que, al acogerse una norma o una medida, no obstante, la preferencia que implica *–prima facie–*, genere equilibrios o compensaciones que permiten alcanzar o acercar condiciones de paridad, en atención a las circunstancias de las personas o de los grupos sociales. De lo contrario, de

¹⁵ Publicado en el Periódico Oficial del Estado el 14 de mayo de 1967.

aceptarse cualquier justificación, podría vaciar de contenido el derecho de igualdad.¹⁶

Estas distinciones sin justificación han sido denominadas por la SCJN como *categorías sospechosas*, aludiendo específicamente a aquellas pretendidamente basadas en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º. constitucional –el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas–. La SCJN ha sostenido que cuando una ley contiene una distinción basada en una de estas *categorías sospechosas*, se debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad.¹⁷

El derecho internacional también se ha pronunciado en el tema. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado mexicano, establece como obligación de los Estados Partes el respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna que pudiera estar edificada so pretexto de aplicar aquellos criterios.

¹⁶ Everardo Pérez Pedraza (2014), *El control de constitucionalidad y las categorías sospechosas en el derecho de familia*, Poder Judicial de Michoacán, pág. 2. [En línea]

Disponible en:

<http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/reunionjueces2014/ponencias/Mesa%20I/Everardo%20Perez%20Pedraza.pdf>

¹⁷ Con base en la jurisprudencia de rubro «IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO», cuyos datos de identificación son: 2003284. 1a. XCIX/2013 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, abril de 2013, Pág. 961.

Con esta orientación fue que la Primera Sala de la SCJN analizó la norma local y consideró que establece una diferenciación en el ejercicio del derecho a la igualdad, basada en estereotipos de género, porque mujeres y hombres no se encuentran en igualdad de circunstancias en un divorcio; con lo que se contraría los artículos 1° y 4° constitucionales.

El argumento de la Primera Sala es inobjetable en virtud de que, en términos del artículo en cuestión, para definir la pensión establecido en el artículo 342 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, una vez disuelto el vínculo matrimonial, el parámetro para las obligaciones que surgen –o no– entre quienes fueron cónyuges, parte de la premisa estereotipada de que la mujer (en general) no puede subsistir por sí misma, a partir de la idea de que se dedicó únicamente al hogar y al cuidado de la familia. En cambio, concibe que el hombre, a diferencia de la mujer, se desarrolló profesionalmente de manera que puede subsistir por sí mismo y, en consecuencia, no tiene derecho a alimentos, salvo que esté imposibilitado.

A esto, se suma que la *adecuada equivalencia de responsabilidades entre cónyuges se debe asegurar aún disuelto el vínculo matrimonial* (véase el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la tesis citada con el rubro «IGUALDAD ENTRE CÓNYUGES. CONTENIDO Y ALCANCES»); de ahí que, se ha de garantizar que el divorcio no constituya un obstáculo para el ejercicio del derecho a un nivel de vida adecuado –el cual incluye alimentación, vestido y vivienda apropiados, y mejora continua de las condiciones de vida–.

La llamada *pensión alimenticia*, al formar parte de este derecho, tiene estricta vinculación con la dignidad humana; que es no sólo un concepto ético o filosófico, sino un bien jurídico circunstancial al ser humano. El derecho a un nivel de vida adecuado forma parte de los derechos humanos de todas las personas, que emanan como exigencias de la dignidad; fundamento básico de la teoría del origen de los derechos humanos.

En ese orden de ideas, la *pensión alimenticia* surge y conforma a un acreedor, debido a una situación de necesidad a consecuencia del desequilibrio que genera el divorcio –y no porque del divorcio nazca un derecho a alimentos o perdure ese efecto del matrimonio, no obstante que éste ya se extinguió–. Así, el fin de la misma consiste en evitar un desequilibrio económico *post marital* –a partir de que, más que un *derecho a alimentos*, su naturaleza corresponde al de una *pensión compensatoria*– y, por ello, la obligación se actualiza independientemente de una calificación de *culpable* o *inocente*.¹⁸

Obligación que, a su vez, está ligada al derecho al libre desarrollo de la personalidad –lo mismo que el matrimonio–; por tanto, también es incorrecto que se le configure como una sanción civil.

De igual manera –como también lo señaló adecuadamente la Primera Sala de la SCJN–, el primer párrafo del artículo 342 de la legislación civil vigente, limita la posibilidad de las mujeres a contraer matrimonio a partir de la consideración de que debe llevar una *vida honesta* –lo que no se pide para el varón–, pues sujeta el ejercicio del derecho a una *pensión alimenticia*, a la condición de honorabilidad en el modo de vida; esto, cuando se establece que: «la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente».

El concepto de *vida honesta* o *vivir honestamente* se remonta o encuentra un antecedente remoto en las enseñanzas de Ulpiano, como una de sus tres máximas, donde señalaba que los preceptos de contenido moral no dejan de ser también jurídicos. Indicaba que el *ius* sirve para garantizar la pública honestidad y las buenas costumbres y quien las viole será pasible de la sanción jurídica por ser su proceder contrario al *honeste vivere*¹⁹.

¹⁸Amparo directo en revisión 1439/2016. Para más información, ver: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-06/ADR-1439-2016-170606.pdf

¹⁹ Justiniano. Institutas I, 1, 3.

Pese a ello, aun cuando el derecho romano es el principal origen de nuestro derecho civil, lo cierto es que mantener ciertas instituciones y conceptos de aquel de forma rígida en la normativa vigente, resulta inadecuado, porque deben distinguirse las conductas necesarias para una convivencia social armónica y para la paz pública, de aquellas que están íntimamente ligadas al desarrollo de la personalidad, que para tal efecto requieren o tienen una naturaleza de individualidad y libertad.

Así, las ideas morales acerca de lo que pueda ser una vida virtuosa no debe traducirse en leyes o en políticas públicas, porque el Estado no puede imponer un modelo de vida personal que implique conducirse conforme a ciertos estándares. De lo contrario, se genera un menoscabo a los derechos a la igualdad y la no discriminación por razón de género, así como al derecho al libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación, recientemente explicitado por la SCJN²⁰.

A mayor abundamiento, en cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, en él confluyen factores extrajurídicos, tanto psicológicos como éticos, pero podemos entenderlo como *«aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a sus propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones»*²¹

²⁰ Desarrollado por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de la Primera Sala, en el Amparo en revisión 237/2014 relativo al uso recreativo de la marihuana, así como en la tesis aislada de rubro «DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE».

²¹ Kevin Villalobos Badilla. *El libre desarrollo de la personalidad como fundamento universal de la educación*, en: obra colectiva. Simposio 2009: La población joven de Costa Rica a partir de la I Encuesta Nacional de Juventud: Ponencias y Memoria, San José Costa Rica, CNPPPJ-UNFPA, 2011. Pág. 141 citado en Kevin Johan Villalobos Badilla (2012), *El Derecho Humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Sede Occidente, San Ramón Costa Rica, pág. 64. [En línea]

Este derecho incluye otros vinculados al mismo, tales como vestir, comer, la apariencia personal, profesión o actividad laboral, entre otros; los cuales forman parte de individualidad propia de cada ser humano.²²

En atención a lo expuesto, de inicio resulta positivo el planteamiento de modificar el artículo 342 de la legislación sustantiva civil, en tanto que se busca eliminar todo rastro de distinciones que carecen de una objetiva justificación, no dejando cabida a *categorías sospechosas* dentro de la disposición normativa.

Particularmente, cuando se propone, en primer lugar, que cualquiera de los cónyuges, hombre o mujer, sin catalogar a ninguno como *inocente* o *culpable*, pueda exigir alimentos del «otro» –aunque en estricto y por las mismas razones expuestas, su naturaleza es de *pensión compensatoria*–; lo que permite que esa exigencia se actualice sin realizar distinciones basadas en estereotipos de género.

En segundo lugar, en el mismo sentido, cuando la fórmula propuesta supera la exigencia o condición de que se lleve un *modo de vida honesto* –a fin de poder solicitar alimentos en los casos de divorcio–, al suprimir esa limitante del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación.

Sin embargo, al establecer las condiciones para acceder a «alimentos» por parte de los ex cónyuges con motivo del divorcio, se retoman las estipuladas en el artículo vigente para los varones –«el marido»– y se hacen extensivas para ambos cónyuges; situación a la que se suma que las condiciones receptadas se plantean de manera conjuntiva. Por ello, esa parte y manera de formulación obstaculizaría al precepto en su totalidad para alcanzar sus propósitos sustantivos, es decir, la protección de quienes fueron cónyuges contra el desequilibrio provocado por el divorcio.

²² Según lo señalado por la tesis de rubro «DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE»

Lo anterior resulta de esa manera, en virtud de que se plantea que las exigencias para quienes fueron cónyuges tengan «derecho a alimentos», son: a) mientras no hayan contraído nuevas nupcias; b) **estén imposibilitados para trabajar; «y»**, c) que no tengan bienes propios para subsistir.

En estos términos, de inicio destaca que, como ya se dijo, las limitantes referidas están planteadas de manera conjuntiva («y»), por tanto, para que se actualice el derecho a la *pensión compensatoria* es necesario que se actualicen las tres condiciones.

Por ello mismo, el planteamiento conjuntivo resulta discriminatorio, porque en estricto sólo tutela a quienes estén imposibilitados para trabajar; y, además, se rompe la finalidad que debe tener: reparar el desequilibrio. Esto en razón de que si quienes fueron cónyuges no tienen impedimentos para trabajar, no tendrán «derecho a alimentos», no obstante que el divorcio le haya provocado una situación de desequilibrio respecto su situación previa al divorcio y de desigualdad con relación a la situación que guarde la otra parte –por ejemplo, pese a que físicamente pueda trabajar de inicio en la nueva situación generada por el divorcio, no tengan bienes propios para subsistir y no se encuentre en condiciones reales y objetivas para acceder al mercado laboral de manera inmediata–.

De donde resulta claro que ese aspecto – estar «imposibilitados para trabajar»– no debe ser parámetro para definir si se tiene derecho o no a *pensión alimenticia*, o por lo menos, no debe serlo en los términos conjuntivos planteados.

Al respecto, no debemos olvidar que la discriminación es un fenómeno complejo, que puede presentarse de forma diferenciada a través de actos y medidas específicas o de situaciones y contextos estructurales o encubiertos que pueden generar afectaciones específicas y más graves en aquellas personas o grupos que se encuentren en condiciones de especial vulnerabilidad.

Así, en el derecho, la discriminación puede darse de forma directa o indirecta. De forma directa refiere a una segmentación específica de un grupo o una persona contenida en el texto normativo, lo cual resulta en un menoscabo a los principios de igualdad y no discriminación.

La discriminación indirecta en la aplicación de una norma o en la implementación de una determinada medida de política pública por parte del Estado, surge cuando existen condiciones o características fácticas o jurídicas consideradas como irrelevantes, que escapan del diseño y construcción de la norma, y, por tanto, al quedar fuera del análisis o consideración legislativa, terminan por generar un efecto perjudicial en contra de derechos o intereses de personas determinadas. Cuando se habla de discriminación indirecta, es necesario señalar que no resulta indispensable comprobar la existencia de un tratamiento benéfico o más favorable respecto de un sector de la población o personas, sino que basta con acreditar la **existencia de un tratamiento desfavorable o menos benéfico que afecte o pueda afectar los intereses y derechos de personas** y colectivos que por cuestiones fácticas o *de iure* se encuentren en condiciones de desventaja o subordinación social.²³

Desde esta perspectiva, la medida legislativa contenida en la propuesta de reforma constituiría una forma de discriminación indirecta. Esto es, al establecer las mismas limitantes para los cónyuges, resultaría equitativa en el caso hipotético en el que ambos se hayan dedicado preponderantemente a la vida profesional o contaran con actividades económicas remunerativas equilibradas o de niveles de ingresos semejantes, de modo que, al contar con un ingreso similar o con un cierto patrimonio construido para cada uno y no estar imposibilitados para trabajar, el desequilibrio provocado por el matrimonio en cuanto al nivel de vida, sería menor o por lo menos similar para ambas partes y el volver a empezar, luego de haber

²³ Según lo establecido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos del Distrito Federal en la acción de inconstitucionalidad 19/2014 presentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún pendiente de resolución; en donde, a su vez, se cita a la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria al Recurso de Replicación 112/2009, sentencia de fecha 25 de febrero de 2009.

concluido el matrimonio, no resultaría tan complicado (desde el punto de vista económico).

Sin embargo, ese escenario es un ideal, en razón de que la experiencia indica que en realidad no es lo común en las parejas que tengan ingresos y bienes similares. Lo ordinario es que uno de ellos es preponderantemente económico y que su contribución total o complementada con una menor aportación por parte del otro cónyuge, permite a ambos unas determinadas condiciones de vida. Las que, sin duda, con el divorcio se verán afectadas, al ya no conjuntar sus ingresos o bien, uno de ellos ya no contar con los ingresos del otro y a la vez carezca de ingresos propios. Esto se actualiza de manera patente cuando uno de los cónyuges se dedica preponderantemente al hogar, porque éste se verá en una clara situación de desventaja *post marital*, al no tener un patrimonio propio ni tener condiciones para acceder al mercado laboral.

Entonces, en tales casos no se cumpliría con «... el deber del Estado de velar por que el divorcio no constituya un factor de empobrecimiento ni un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente el derecho humano a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos» (véase la tesis citada, con el rubro «IGUALDAD ENTRE CÓNYUGES. CONTENIDO Y ALCANCES»).

Consecuentemente, ante la existencia de esas condiciones fácticas, es conveniente reconsiderar y replantear la configuración del contenido del artículo 342 que se pretende modificar, a fin de no generar una discriminación indirecta, es decir, dar paso a efectos adversos perjudiciales con motivo del acto jurídico del divorcio, al segmento de personas que se encuentren en esas condiciones de vulnerabilidad.

Así mismo, incluso para la posible reconfiguración del planteamiento normativo propuesto, debe tomarse en cuenta que actualmente está contemplado en el

artículo 342-A del Código Civil del Estado, la posibilidad de obtener una compensación para el cónyuge que se dedicó preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, en el caso de divorcio; cuando en su segunda fracción establece:

«ARTÍCULO 342-A. En la demanda de divorcio el cónyuge inocente podrá demandar al otro una compensación de hasta el cincuenta por ciento del valor de los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, siempre que ocurran las siguientes circunstancias:

(...)

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

(...)»

Con lo que, por una parte, la finalidad del planteamiento de reforma al citado artículo 342, en parte se encontraría atendida y, por ende, se presentaría una antinomia o bien, un esquema de doble pago.

De ahí que la reforma propuesta deba considerar esta situación y buscar las expresiones más adecuadas, a fin de evitar la necesidad de una interpretación jurisdiccional que armonice tales dispositivos, porque en tanto se alcanza ésta, se actualizarían situaciones inequitativas y desiguales para diversas personas a consecuencia del divorcio.

Por otra parte, para configurar un mecanismo íntegro de *pensión alimenticia* luego de la disolución del vínculo matrimonial –*pensión compensatoria*–, deben considerarse, además del desequilibrio económico generado al cónyuge que se dedicó preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, (al que alude el numeral 342-A de la legislación sustantiva civil), otros aspectos.

Así, para tratar en la medida de lo posible el evitar o atemperar un desequilibrio económico entre quienes fueron cónyuges, luego de la disolución del vínculo matrimonial, mediante el otorgamiento de *pensión alimenticia*, habrá de considerarse distintos aspectos patrimoniales y de posibilidades de percepciones

económicas, como son, entre otros: el ingreso del cónyuge deudor; las necesidades del cónyuge acreedor; nivel de vida que tuvieron como la pareja; los acuerdos a los que hubieran llegado; la edad y el estado de salud de ambos; su calificación profesional, experiencia laboral y posibilidad de acceso a un empleo; y la duración del matrimonio.

En este sentido encontramos orientaciones derivadas del concepto de *pensión compensatoria* desarrollado por el ordenamiento civil español²⁴ y la SCJN (abordadas previamente en el presente análisis), así como en la normativa de más de un tercio de las entidades federativas (Aguascalientes, Ciudad de México²⁵, Coahuila, Estado de México, Guerrero, Morelos, Nayarit, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Tamaulipas y Yucatán). En sus contenidos se acoge, a partir de la existencia de un desajuste económico que se genera entre los cónyuges derivado de la ruptura de la vida marital, el nacimiento de un derecho de respaldo económico al cónyuge con mayor afectación frente al que sufrió menos desequilibrio o no lo padece; aunque sólo en la normativa española, en la orientación de la SCJN y en las legislaciones de Morelos, Nayarit y el Estado de México, ese apoyo no está vinculado a la circunstancia de si alguno de los cónyuges tuvo como actividad principal el cuidado del hogar o de los hijos.

De esa manera, no siempre hay derecho a una *pensión compensatoria*, sólo hay derecho a ésta cuando la ruptura supone un desequilibrio económico para una de las partes, producido por la disolución del matrimonio.

Así, como esta pensión tiene su base en la necesidad real de uno de los ex cónyuges de percibir alimentos del otro en aras de estabilizar su situación

²⁴ Véase el artículo 97 del CAPÍTULO IX «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», TÍTULO IV «Del matrimonio», del Código Civil de España; publicado en el Real Decreto de 24 de julio de 1889.

²⁵ A manera de mero ejemplo, véase en el Código Civil para el Distrito Federal el artículo 288 del CAPÍTULO X «Del divorcio», TÍTULO QUINTO «Del Matrimonio», LIBRO PRIMERO «De las personas» del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

económica *post marital*; luego entonces, no se configura como una sanción civil, puesto que, como ya se ha venido refiriendo, la actualización de las obligaciones de pago de «alimentos» al otro cónyuge no se relaciona con la culpabilidad o inocencia de éstos.²⁶

En este orden de ideas, sería necesario armonizar ambos preceptos jurídicos (artículos 342 a 342-A) a fin de no dejar cabida a algún tipo de discriminación indirecta.

Por ejemplo, a partir del planteamiento de la iniciativa, en la parte que deja de catalogar a los cónyuges como «inocente» o como «culpable» y de tomar en cuenta el «modo honesto de vivir», se recepte que en los casos de divorcio, al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio, tenga derecho a una compensación, que puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio o en la sentencia. Para cuyo efecto, debe también tomarse en cuenta otras circunstancias, mediante parámetros que inciden o deban considerarse para superar el referido desequilibrio y orienten al juzgador para fijar el monto de la prestación, tales como: la imposibilidad para trabajar; la edad y el estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; se actualice o no lo previsto por el artículo 342-A del mismo

²⁶ Véase la tesis aislada de rubro PENSIÓN COMPENSATORIA. EL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO NO CONTRAVIENE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AL ESTABLECER LA OBLIGACIÓN DE PAGAR UNA PENSIÓN COMPENSATORIA CON INDEPENDENCIA DE LA CULPABILIDAD DE CUALQUIERA DE LOS CÓNUGES (10a.) Amparo directo en revisión 269/2014. 22 de octubre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

código; lo que se le hubiere dado por su consorte o por otra persona en consideración a éste; y cualquier otra circunstancia relevante.

Como ese mecanismo de compensación –*pensión compensatoria*– tenderá a ser temporal, aunque habrá casos que no sea de ese modo, porque es en tanto se restablece el equilibrio económico del afectado, el derecho al mismo debe extinguirse por el cese de la causa que lo motivó, así como por contraer el acreedor nuevas nupcias o por vivir en concubinato o por que transcurra un plazo igual a la duración del matrimonio.

Esto, sin menoscabo de que se siga reconociendo en la norma que cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a uno de ellos, se responderá de ellos como autor de un hecho ilícito –civil–.

Otro ejemplo u opción, sería derogar el artículo 342-A y acoger parte de su contenido en el 342, concretamente vincular con el cónyuge que tiene la necesidad de recibir la pensión, sólo lo relativo a que «se haya dedicado en el lapso en que duró el matrimonio preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos», así como el «tiempo que duró el matrimonio», los bienes con que cuenten y «las demás circunstancias especiales de cada caso».

Esto en razón de que, con la adecuación que se propone para el aludido artículo 342, tendría finalidades similares al también citado artículo 342-A, sólo que el primero sería más amplio y por ello abarca los fines específicos del 342-A (en la opción previa, se plantea la posibilidad de que subsistan ambos, pero que el precepto 342 tome en cuenta el supuesto de que se aplique o actualice lo previsto en el 342-A, para el efecto de cuantificar la *pensión compensatoria*, general o amplia).

Ahora bien, como el planteamiento en su parte medular busca eliminar la distinción entre cónyuge *culpable* e *inocente* –aspecto que se comparte por las

razones ya citadas—, en consecuencia, tampoco debe preservarse el segundo párrafo del artículo 342 que se comenta, porque de lo contrario se constituiría una situación discriminatoria frente a la situación que se acogería en la primera parte del mismo artículo (retomando la idea establecida en supralíneas acerca de que una disposición normativa sólo puede resultar discriminatoria en relación a otra disposición normativa). Esto es, si la propuesta fundamental es que el carácter de cónyuge culpable o inocente no oriente ni sea parámetro para otorgar el derecho a la *pensión alimenticia* y como en el divorcio por mutuo consentimiento su esencia es que no existe cónyuge *culpable* ni *inocente*, por tanto, no debe preservársele a este supuesto un tratamiento diferenciado.

A mayor abundamiento, resultan oportunos y atendibles los comentarios del Maestro Francisco Javier Zamora Rocha, cuando sostiene:

«Considero importante que se establezca en el Código Civil para el estado de Guanajuato la obligación de otorgar una pensión compensatoria, al menos en el caso del divorcio por mutuo consentimiento, a favor de la mujer cuando ésta no tenga ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias, por el mismo tiempo que duró el matrimonio o a favor del hombre cuando se encuentre en las mismas circunstancias; tal como lo prevé el Código Civil para el Distrito Federal, en el entendido de que dicha pensión deberá regularse de la misma forma en que se regulan los alimentos, es decir, que se sujete a los mismos términos y condiciones que se exigen para el otorgamiento de la pensión alimenticia.

Esto tal vez eliminaría la injusticia a la que se ven expuestas las mujeres que dedicaron su vida a las labores del hogar, y que al encontrarse ante el divorcio, se ven desamparadas y sería congruente con la disposición legal que reconoce valor económico, como aportación al hogar, a las labores domésticas.

Sería un primer paso, aún cuando queda a la reflexión la necesidad de ir más allá, pues en el caso de divorcio por conducta culpable de la mujer, ¿resultaría humano dejarla en el desamparo? cuando ella con su trabajo doméstico permitió el desarrollo laboral del marido.»²⁷

En el mismo sentido de que el planteamiento de la iniciativa pueda alcanzar una adecuada inserción, lo que implica que evite entrar en colisión o tensión con el

²⁷ Francisco Javier Zamora Rocha, *Pensión compensatoria para después del divorcio por mutuo consentimiento*, Poder Judicial del Estado de Guanajuato [en línea]

contenido de otros dispositivos de la legislación civil sustantiva del estado de Guanajuato, es importante considerar mencionar que la clasificación de cónyuges en «*inocente*» y «*culpable*» se observa en varias de sus disposiciones. Por tanto, en estas se presenta un detrimento injustificado al derecho al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a un nivel de vida digno, que la iniciativa busca superar. Como marcadamente son los siguientes:

«ARTÍCULO 323. Son causas de divorcio:

[...]

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante grave para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.

La acción concedida al cónyuge que dio causa a la separación del otro del domicilio conyugal, solamente tiene por objeto obtener la disolución del vínculo matrimonial; **pero los efectos que por esto se produzcan en relación con la situación de los hijos y las obligaciones de suministrar alimentos, se resolverán teniendo como cónyuge culpable al que se compruebe que incurrió en alguna de las causas mencionadas en las demás fracciones de este artículo;**

[...].» *[Lo destacado es propio]*

El artículo 323 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, que establece un listado de causales de divorcio, se encontraría en discordancia con el precepto que impulsa la iniciativa; a más de que actualmente es contrario con lo dispuesto por la SCJN en la jurisprudencia de rubro «DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. CONSTITUYE UNA FORMA DE EJERCER EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD».

«ARTÍCULO 340. 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.»

El artículo 340 del ordenamiento sustantivo civil también genera un menoscabo al derecho al libre desarrollo de la personalidad al clasificar a los cónyuges en «cónyuge que diere causa el divorcio» y «cónyuge inocente», que resultan similares a *cónyuge inocente* y *cónyuge culpable*, a consecuencia del divorcio. Y, sobre

todo, establece un efecto de sanción por incurrir en ese carácter. Empero, las orientaciones actuales sobre la materia, indican que aquello que los cónyuges se hubieren otorgado, suma a la conformación de su nivel de vida y precisamente se busca que el divorcio no lo menoscabe y si lo hace, se restablezca ese nivel en la medida de lo posible; por tanto, retirar los bienes otorgados por los cónyuges o por terceros resulta contrario a esa finalidad (en cuanto a las promesa, como cualquier obligación estaría sujeta a las reglas de los contratos civiles).

Por su parte, el artículo 337, además de limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, restringe el derecho de los menores a la convivencia con sus padres.

«ARTÍCULO 337. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

I. Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones III, V y XV del artículo 323, los hijos quedarán bajo la patria potestad del **cónyuge no culpable**. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda en los términos del artículo 468 de este código, y si lo hubiere se nombrará tutor.

II. En todos los demás casos se estará a lo convenido por los cónyuges, siempre que a juicio del juez, no se atente contra los intereses del menor; y si no hubiere pacto al respecto, el juez decidirá sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y a la custodia de los hijos menores de edad, determinando su conservación, pérdida o suspensión para uno o ambos cónyuges, independientemente del carácter de vencedor o perdedor en juicio, mirando sólo el beneficio de los menores. En su caso, y de conformidad con la fracción IV del artículo 468, llamará a quien legalmente corresponda el ejercicio de la patria potestad o designará tutor.

Cuando la causa de divorcio fuera por violencia intrafamiliar, el **cónyuge culpable** estará impedido para ejercer la guarda y custodia de los menores, así como restringido el régimen de visitas en los términos de la resolución judicial correspondiente, procurando que estas visitas sean supervisadas; y

III. En los casos de las fracciones VI y VII del artículo 323, los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos de la patria potestad.»

Por lo expuesto en el presente apartado, es evidente que la modificación de disposición del artículo 342 de código civil local, no resuelve la problemática

planteada en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma, esto es, evitar los anacronismos normativos sobre los efectos del divorcio. Por el contrario, se generaría un nuevo conflicto de omitirse una configuración sincronizada y homologada en el tratamiento que otorgan diversos preceptos a los efectos el divorcio; lo que a su vez provocará situaciones contradictorias o confusas, que en nada beneficia a los justiciables y en general al sistema de justicia local.

Es por ello que debiese considerarse la posible modificación de todos los citados numerales, a fin de lograr una mejor armonía entre los mismos, a partir de las orientaciones establecidas en torno a la propuesta de reforma al artículo 342 del código civil.

Aún más, existen otros dispositivos que aluden a cónyuge «culpable» e «inocente»; en los que pese a que contienen esas inadecuadas expresiones –que receptan, por las razones expuestas, un esquema de clasificación discriminatorio al menoscabar el derecho al libre desarrollo de la personalidad–, sus contenidos también prevén situaciones y efectos aun adecuados; por lo que basta para ajustarlos, que tales expresiones se sustituyan por aquellas que reflejen de manera pertinente la situación de los cónyuges entres sí, sin alusiones discriminatorias, como sería hacer referencia a cónyuge de «buen fe» y de «mala fe».

CONSIDERACIONES EN TORNO AL ARTÍCULO 343 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

La Primera Sala de la SCJN también estableció que el numeral 343 de la ley sustantiva civil vigente resulta discriminatorio, señalando que la medida legislativa restringe de manera injustificada, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la libre voluntad de las personas, al establecer la limitación para contraer nuevas nupcias para el cónyuge que dio causa al divorcio hasta por dos

años después de haberse decretado el divorcio y si fue voluntario hasta después de un año.

La SCJN ha reconocido que la decisión de permanecer o no casado encuentra cobertura y forma parte del núcleo esencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que se refiere a la determinación de su proyecto de vida; por lo que cualquier restricción sin un fin constitucionalmente válido constituye una intromisión injustificada.

De acuerdo con lo anterior, la Primera Sala de la SCJN considera que el impedimento para contraer matrimonio, una vez que éste ha sido extinguido por consecuencia del divorcio, es inconstitucional por tratarse de un condicionamiento que (como sucede con las causales de divorcio) limita de manera injustificada el mencionado derecho al libre desarrollo de la personalidad.²⁸

Es por ello que la iniciativa de reforma busca evitar esa afectación y para ello propone que el precepto se modifique, suprimiendo las limitaciones para contraer nuevas nupcias de dos años después de haberse decretado el divorcio, para el cónyuge que dio causa al divorcio, y de un año si fue voluntario, para ambos cónyuges. Planteamiento que, en estos aspectos, se orienta de manera positiva al respeto al derecho al libre desarrollo de la persona.

Pese a ello, como en la misma propuesta a la vez se introduce una excepción al ejercicio del libre desarrollo de la persona, al plantearse que, del derecho de los cónyuges para contraer nuevo matrimonio, a partir del divorcio, se salva «lo previsto por el artículo 155 del presente Código», tenemos dos cuestiones que deben ser valoradas.

²⁸ De acuerdo a la jurisprudencia de rubro «DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. CONSTITUYE UNA FORMA DE EJERCER EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD»

Primero, al precepto al que se hace reenvío, contiene una limitante para que los cónyuges puedan recobrar su entera capacidad para contraer matrimonio después del divorcio, cuando este numeral 155 de la legislación sustantiva civil señala:

«ARTÍCULO 155. La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.»

De este modo, la modificación planteada por la iniciativa de reforma no elimina por completo la sujeción a una temporalidad para contraer nuevo matrimonio, después de la disolución vínculo matrimonial, sino que la reduce a trescientos días (a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo); lo cual persiste como una limitante sin un fin constitucionalmente válido.

En efecto, el sujetar a determinada temporalidad, sea cual sea, la celebración de un nuevo vínculo matrimonial una vez que el anterior ha sido disuelto, impide el ejercicio de los derechos y libertades del ser humano a contraer nupcias cuando así lo deseé; por lo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad seguirá estando en tela de juicio.

De donde resulta que es más adecuado no introducir la excepción y para que exista congruencia con esta orientación, debería derogarse el artículo 155.

Segundo, la propuesta de reforma al artículo 343 del Código Civil para el Estado de Guanajuato señalaría, en su última línea:

«Los cónyuges mujer no podrá seguir usando el apellido del otro»

Dicho enunciado resulta carente de relación lógica en sí mismo, puesto que al establecer «*los cónyuges mujer*», no queda claro si la obligación de no seguir

usando el apellido del otro es atribuible a la cónyuge mujer o ambos cónyuges, en virtud del plural utilizado.

En cualquiera de los dos sentidos, es importante resaltar que, como ya se ha mencionado en este análisis, la legislación civil sustantiva en el estado fue creada en un contexto social donde las costumbres dictaban que la cónyuge mujer podía, al contraer matrimonio, para identificarse, usar el apellido del cónyuge hombre.

Hoy en día, es evidente socialmente que son exiguas las cónyuges mujeres que utilizan el apellido del cónyuge hombre, por lo que puede sostenerse que las mujeres de las nuevas generaciones han dejado atrás dicha costumbre y la mayor parte de las cónyuges mantienen la exposición íntegra de sus propios apellidos en la forma de identificarse y actuar social y jurídicamente.

De modo que es recomendable eliminar dicho enunciado del párrafo en cuestión, a fin de robustecer el objetivo de la iniciativa de evitar los anacronismos normativos, puesto que las exigencias o costumbres sociales actuales ya no consideran imperante mantener esa forma de identificación.

DERECHO COMPARADO NACIONAL

Por último, del análisis de las legislaciones civiles o relativas a la materia de las distintas entidades federativas se desprende, en lo relativo al artículo 342, primer párrafo, del Código Civil para el Estado de Guanajuato, que una buena parte de los estados (más de un tercio) no establecen diferenciaciones basadas en estereotipos de género, puesto que prevé la posibilidad de solicitar alimentos para ambos cónyuges, cuando teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se hayan dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, estén imposibilitados para trabajar o carezca de bienes.

Sin embargo, los estados de Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Jalisco, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Veracruz y Zacatecas, aún catalogan a los cónyuges como *inocentes* o *culpables* o bien, mediante símiles, por ejemplo, el caso de Quintana Roo, en el que se cataloga a los cónyuges como «*cónyuge que dio causa al divorcio y cónyuge que no dio causa al divorcio*».

En lo relativo al planteamiento para el artículo 343 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, los estados de Baja California Sur, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala y Yucatán, no contemplan en los artículos correspondientes de sus legislaciones civiles, limitante de tiempo alguna a los cónyuges para contraer nuevo matrimonio luego de la disolución del anterior.

Instituto de Investigaciones Legislativas