

LA RELEVANCIA DEL PRECEDENTE JUDICIAL
COMO MEDIO DE APERTURA Y DE MOVILIDAD
DEL DERECHO (EL PRINCIPIO DE LA CADUCIDAD
DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO)

María Teresa LOBO SÁENZ*

En nuestro sistema jurídico, el principio que rige a los procedimientos judiciales es el de estricto derecho que se encuentra contenido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su párrafo 4 prescribe que en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Es de destacar que los jueces de cada Estado se deben “arreglar” a la Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puede haber en las Constituciones o leyes de los Estados, tal y como dispone el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dejando intocada su facultad de interpretar las leyes e inclusive cuestionar su aplicabilidad.

En la facultad de interpretar las leyes que la Constitución reconoce a los juzgadores se encuentran dos propiedades: la “apertura” y la *movilidad* del sistema jurídico.

La *apertura*, se analiza desde dos modos diferentes, el que identifica la contraposición entre sistema abierto y cerrado con la diferencia entre un ordenamiento jurídico casuísticamente formado, edificado sobre el derecho judicial, y un ordenamiento jurídico dominado por la idea de codificación, que en nuestro sistema es el que rige, es decir, la estructura básica del derecho mexicano indudablemente es cerrado; también por

* Especialista en derecho civil.

apertura se entiende la capacidad de evolución, la modificabilidad del sistema, y en ese sentido el nuestro es a la vez abierto, ya que es un hecho generalmente conocido y reconocido que el ordenamiento está sujeto a una constante mutación, ya sea a través de las reformas judiciales, como internamente a través de la interpretación de las mismas, que implica una transformación a través de la creación de *nuevos* principios.

La responsabilidad en la interpretación de la norma es no poner en peligro el principio de confianza que surge de la creación y vigencia de la ley, ya que un desmedido principio de buena fe puede desplegar una imprevista capacidad modificadora del sistema que debe permanecer preponderantemente codificado.

¿Dónde radica el fundamento de estas transformaciones del sistema, en qué sentido es, por tanto, abierto el sistema?

El doctor Claus-Wilhelm Canaris, catedrático de la Universidad de Munich, nos señala en su obra, *El sistema en la jurisprudencia*, que la respuesta sólo puede alcanzarse cuando se separan claramente las dos caras del concepto de sistema, es decir, el sistema científico y el sistema objetivo.

1. La apertura del *sistema científico* como carácter inconcluso del conocimiento científico.
2. El carácter abierto del *sistema objetivo* como mutabilidad de las valoraciones fundamentales del ordenamiento jurídico.
3. El significado del carácter abierto del sistema para la posibilidad del pensamiento sistemático y de la formación de sistema en la jurisprudencia.
4. Los presupuestos de las transformaciones del sistema y la relación entre transformaciones del sistema objetivo y transformaciones del sistema científico.

Con el carácter abierto del sistema se identifica su *movilidad*, que expresa gráficamente la provisionalidad y mutabilidad del sistema, pero el mismo debe respetar que la facultad constitucional que otorga la constitución a los jueces es de interpretar las leyes y superarlas rebasando sus límites hasta el límite de modificar o derogar su esencia.

Ahora bien, lo expuesto con antelación aplicado a un caso concreto nos permitirá comprender con mayor claridad la importancia de la mo-

alidad del sistema jurídico a través de la creación de principios a través de los criterios judiciales.

La ejecutoria que se analizará a continuación fue dictada en un juicio de divorcio necesario donde la parte actora fundó su demanda en la causal de divorcio contenida en la fracción IX, del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal consistente en el abandono del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

Es importante destacar el principio de caducidad que rige en las causales de divorcio, contenido en el artículo 278 del mencionado ordenamiento jurídico, que establece un término de seis meses para que el cónyuge que no ha dado causa a él lo demande, señalando algunas excepciones a la regla.

En el caso, como se verá a continuación, aun cuando el artículo citado con antelación no señala como excepción el abandono del domicilio conyugal, la jurisprudencia ha establecido que se trata de una conducta de *tracto sucesivo* por lo que puede reclamarse mientras los hechos en los que se funda subsistan; sin embargo, aun cuando la causal en comento no ha variado pues desde la promulgación del Código Civil se observa que fue prevista por el legislador, lo que sí ha variado es el concepto de domicilio, y la obligación de la mujer de vivir en aquél elegido por el marido, puesto que actualmente el domicilio conyugal ahora debe elegirse de mutuo acuerdo entre los cónyuges, tal y como establece el artículo 163 del señalado Código, que preceptúa como una obligación de los cónyuges la de vivir juntos en el domicilio conyugal, precisando que domicilio conyugal es el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Es claro que para que se actualice la causal en comento, el cónyuge abandonado debe permanecer en el domicilio cuando menos los seis meses siguientes a la salida del abandonante, con algunas excepciones que ahora no son materia de nuestro estudio; y una vez llegados esos seis meses, mientras subsista el abandono puede demandarse el divorcio con base en esa causa, y además, siendo el abandono de *tracto sucesivo*, deben establecerse dos principios, el primero que una vez cumplidos los seis meses no se crea un derecho permanente a favor de la abandonada, y el segundo que cuando deje de existir el abandono, por salir el abandonado del domicilio y perder éste su carácter de domicilio conyugal,

no puede estimarse que a partir de ese preciso momento pierda legitimación activa el abandonado, sino que debe estimarse que atendiendo al principio de caducidad de las causales de divorcio, la abandonada tiene expedito su derecho durante los siguientes seis meses a partir de que ese hecho tenga verificativo.

El Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 561/2003, consideró con respecto a este tema, lo siguiente:

En la sentencia reclamada, en respuesta a los agravios que la hoy quejosa planteó, vinculados con la causal de divorcio consistente en el abandono injustificado del domicilio conyugal, consideró la responsable que aunque era cierto que a la actora quejosa le tocaba acreditar la existencia del matrimonio, la del domicilio conyugal y la separación de su cónyuge, y que a este último correspondía justificar la causa de la separación, no como lo había estimado el *a quo*, quien había dejado a la accionante la carga de demostrar que el abandono de su cónyuge no había sido justificado, sin embargo, continuó señalando el *ad quem*, en el caso, tanto de la narración de los hechos de la demanda y de su contestación, así como de las pruebas rendidas en la secuela procesal, se desprendía que a la fecha de la presentación de la demanda ninguno de los cónyuges habitaba el domicilio conyugal, concluyendo la responsable que, por tal motivo, la actora no podía demandar el abandono del domicilio conyugal, habida cuenta de que el mismo había dejado de existir desde el momento en que ella también había salido de éste, agregando que en su calidad de cónyuge se encontraba obligada a subsistir en la morada conyugal, máxime que no se encontraba en el supuesto de excepción para justificar su salida del domicilio, es decir, por carecer de recursos para subvenir los gastos inherentes a su mantenimiento; y con base en las anteriores consideraciones la responsable declaró inoperante la pretensión de la apelante, hoy quejosa, en cuanto a la procedencia de la acción de divorcio con base en la causal señalada; citando además, para robustecer sus consideraciones, la tesis de rubro:

“DIVORCIO. ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR POR EL ESPOSO. LA CÓNUGE NO SE ENCUENTRA OBLIGADA A SUBSISTIR EN LA MORADA. La mujer que se sea abandonada por su cónyuge y que *carece de medios para el sostenimiento del hogar*, de ninguna forma está obligada a continuar viviendo en el domicilio en que fue abandonada y *que no puede sostener*; por lo mismo, en el caso de que el esposo hubiera considerado pertinente cambiar la residencia de la morada conyugal, estuvo obligado a notificar el nuevo domicilio a su esposa, para que ésta se reincorporara, puesto que si el aban-

dono se realiza sin motivo y sin establecer un nuevo hogar donde se notifique a la cónyuge su reincorporación, el marido incurre en una conducta que es integradora de la causal que establece la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil”.

Por su parte, la quejosa expone en esencia que son incorrectas las consideraciones del *ad quem*, pues estima que transcurridos los seis meses a partir del abandono, no tenía obligación alguna de seguir viviendo en el que fuera el hogar conyugal, además de que, asevera, la tesis en la que se basó el *ad quem* es obsoleta en consideración de las reformas en materia civil, que reconocen la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, ya que el artículo 163 del Código Civil dispone que el domicilio conyugal se debe establecer de común acuerdo entre el marido y la mujer, por lo que únicamente era necesario acreditar que desde la fecha de la separación del hogar conyugal imputable a su cónyuge, habían transcurrido los seis meses, y pasados éstos no estaba obligada a permanecer en el domicilio conyugal al no haberse reintegrado al mismo el hoy tercero perjudicado.

Ahora bien, el ejercicio de la acción de divorcio fundada en la causa de abandono del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada, tiene como uno de sus elementos la existencia del domicilio conyugal, y contrariamente a lo que aduce la quejosa, a fin de que dicha causal se configure es indispensable que el abandono subsista al ejercitarse la acción, para lo que también es necesario que exista el domicilio conyugal.

Al respecto, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 210, visible en el Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1995, t. IV, p. 144, estableció lo siguiente:

“DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de *tracto sucesivo* o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, *si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita*”.

En efecto, el artículo 278 del Código Civil, que, contrariamente a lo señalado por la inconforme, sí es aplicable al caso, no contempla la causal consistente en la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, como excepción al principio de caducidad que rige en los casos por los que se puede pedir el divorcio, pero la jurisprudencia ha sostenido el criterio de que esta causal de divorcio es de *tracto sucesivo*, o sea, de realización continua y, por tanto, no se produce la caducidad de la acción en que ella se funde, en virtud de que al persistir los hechos, subsiste la causa que da derecho para demandar el divorcio, por lo que la cónyuge aban-

donada puede ejercitar dicha acción a pesar de que haya transcurrido un término mayor de seis meses siguientes al día en que haya sabido del abandono.

Sin embargo, si la hoy quejosa tomó la decisión de salir del hogar conyugal, ello trajo como consecuencia que éste dejara de existir, por lo que, a fin de que pudiera hablarse de que el abandono subsistió, era menester, por ejemplo, que la promovente hubiera requerido a su consorte a efecto de que se incorporase al nuevo domicilio, sin que para ello obste que el artículo 163 del Código Civil disponga que el domicilio conyugal se debe establecer de común acuerdo entre el marido y la mujer, pues esto no implica que como tal domicilio se deba tener aquél que la promovente eligió, y menos aún se traduce en la subsistencia del abandono; y a mayor abundamiento, aún partiendo de la base en la que implícitamente se apoya la agraviada, en el sentido de considerar que la causal de divorcio quedó consumada al cumplirse el lapso de seis meses durante los cuales permaneció en la morada conyugal y alejado su consorte de ésta, de todas maneras la responsable estuvo en lo correcto al conceptuar improcedente la acción de divorcio, porque en tal supuesto dicha acción tendría entonces que haberse deducido dentro de los seis meses siguientes al momento en el que la promovente salió del domicilio conyugal y dejó éste de existir, toda vez que de otra manera resultaría que en cualquier tiempo podía ejercitar la acción, lo que sería contrario al principio que emerge del artículo 278 del Código Civil, en cuanto concede seis meses para intentarla, lo que se inspira en la necesidad de que en un plazo perentorio se ponga fin a la incertidumbre sobre los derechos y obligaciones que forman el estado civil del matrimonio, a fin de no afectar la estabilidad de la familia y el orden público, y en la especie, la ahora quejosa dijo haber salido del domicilio conyugal en el mes de enero de dos mil, en tanto que la demanda se presentó el diecinueve de marzo de dos mil dos, esto es, con posterioridad a dicho término, de tal modo que en la hipótesis de que se conceptuase que por las circunstancias del caso se trataba de una situación de abandono consumada, no regida por la jurisprudencia que considera dicha causal como de *tracto sucesivo*, resulta que la acción no fue oportunamente ejercitada.

Cabe añadir que el *ad quem* señaló que la cónyuge abandonada no careció de medios para el sostenimiento del hogar, habida cuenta de que el demandado continuó solventando los gastos del mismo, sin que dicha situación fuese desvirtuada con ningún medio de prueba fehaciente aportado por la actora, y la quejosa no combate las mencionadas consideraciones de la responsable en el sentido de que su cónyuge aportaba los gastos inherentes al mantenimiento del domicilio conyugal, por lo que las mismas quedan vivas, para sustentar el sentido del fallo en lo relativo a que la citada promovente

no se encontró en el supuesto de excepción que la eximiera de su obligación de permanecer en el domicilio conyugal.

Es aplicable la tesis de jurisprudencia emitida por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página veintiséis del volumen 139-144, séptima época del *Semanario Judicial de la Federación*, que dice:

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SON INOPERANTES SI NO ATACAN LA TOTALIDAD DE LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN LA SENTENCIA RECLAMADA. Si en los conceptos de violación expuestos por los quejosos no se combaten o desvirtúan todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia de la *ad quem* reclamada, los mismos deben ser considerados inoperantes, ya que aun cuando éstos fueran fundados, no serían suficientes para conceder el amparo, puesto que existen otros fundamentos de la sentencia que no se impugnaron y que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede estudiar, supliendo la deficiencia de la demanda de garantías, en favor de los quejosos, por ser el amparo en materia civil de estricto derecho, conclusión que hace innecesario el estudio de las infracciones que se aducen en los conceptos de violación, en virtud de que ante lo expresado, carecen de trascendencia jurídica, al subsistir el fallo, con los fundamentos en que se apoya”.

Por lo anterior, es inexacto que el *ad quem* debiera decretar el divorcio necesario con base en la causal de que se viene haciendo mérito, como tampoco es verdad que resulte contradictorio que la mencionada autoridad calificara como fundado pero inoperante el agravio que hizo valer ante ella la promovente, pues la responsable señaló claramente que aun cuando algunas de las consideraciones del *ad quo* eran incorrectas, ello no llevaba a la procedencia de la acción en los términos pretendidos por la apelante, dado que salió del domicilio conyugal sin tomar las medidas necesarias para que el abandono de su cónyuge subsistiera, lo que de ninguna manera deriva en una incongruencia interna de la sentencia que constituye el acto reclamado.

El anterior es un ejemplo de que un supuesto no previsto por el legislador lleva al juzgador a establecer dos principios con relación a la causal de divorcio en comento, el de ser de *tracto sucesivo*; y el de la caducidad de la acción que empieza a computarse a partir de que los hechos en los que se funda quedan insubsistentes, y esto es una muestra de la apertura y de la movilidad del sistema jurídico mexicano.