

667  
2e



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA JURISDICCION EN CONTROVERSIAS DEL  
ORDEN FAMILIAR

Procedimiento de divorcio por el simple Transcurso del Tiempo



FACULTAD DE DERECHO  
SECRETARÍA DE EXÁMENES PROFESIONALES  
**TESIS PROFESIONAL**  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
OSCAR POMPA PLAZA

México, D. F.

1987



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

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

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

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

## I N D I C E

### LA JURISDICCION EN CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR (PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO POR EL SIMPLE TRANSCURSO DEL TIEMPO)

	Pág.
INTRODUCCION	I
CAPITULO I. ANTECEDENTES DE LA JURISDICCION EN:	
1. Roma	1
2. España	13
3. México	19
CAPITULO II. NOCION DE JURISDICCION	
1. Concepto	27
2. Presupuestos	31
3. Elementos	34
4. Naturaleza jurídica	38
5. Objeto	44
6. Límites de la jurisdicción	46
CAPITULO III. DIVISION DE LA JURISDICCION	
1. Jurisdicción voluntaria	54
2. Jurisdicción contenciosa	62
3. Diferencias entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa	67
CAPITULO IV. PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL PARA LA OBTENCION DEL DIVORCIO	
1. Concepto de divorcio	81
2. Clases de procedimiento para la obtención del divorcio	
a) Divorcio voluntario	84
b) Divorcio administrativo	92
c) Divorcio necesario	93
3. Adición de la fracción XVIII al artículo 267 del Código Civil	101
4. Exposición y crítica de los motivos de la adición de la fracción XVIII	103
5. Procedimiento a seguir para la solicitud del divorcio invocando la última-fracción del artículo 267 del Código-Civil	107
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFIA	112

## I N T R O D U C C I O N

El motivo que me impulsó a realizar el presente trabajo, fue que, la mayor parte de los abogados dedicados al litigio, han olvidado lo fundamental que es la jurisdicción, ya que la misma etimológicamente significa:-- decir el derecho; término que es confundido con el de -- competencia, por lo que, al hacer el presente estudio de de limitaremos real y esencialmente lo que es la jurisdic-- ción.

También haremos un análisis comparativo, entre- la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

Se ha dividido el presente trabajo en cuatro ca pítulos; el primero de ellos hace la referencia históri- ca de donde aparece la jurisdicción y su evolución en Ro ma, España y México; en el segundo capítulo se hace una- breve referencia al concepto, presupuestos, elementos, - naturaleza jurídica, objeto y límites de la jurisdicción; en el tercer capítulo, se estudia por separado a la ju-- risdicción voluntaria y a la jurisdicción contenciosa, - así como también se diferencian la una de la otra.

Por último, en el capítulo cuarto, se analiza - los actos de la jurisdicción contenciosa en las contro-- versias del orden familiar, en cuanto a las causas que - dan origen a la disolución del vínculo matrimonial, espe- cíficamente en la contenida en la fracción XVIII del ar- tículo 267 del Código Civil, y que es de reciente crea-- ción.

## CAPITULO I. ANTECEDENTES DE LA JURISDICCION

### 1. ROMA

Antes de que el Estado se constituyera y asumiera la obligación de impartir justicia, imperaron la venganza y la autodefensa, lo que necesariamente trajo consigo el reino de la violencia, el predominio del más fuerte y, en definitiva, la inseguridad y la anarquía social.(1)

"En los pueblos primitivos la reacción frente a la violación de un derecho, es la de procurarse satisfacción por uno mismo, recurriendo hasta la violencia..." - (2), es decir, los individuos de aquellas épocas cuando veían afectado alguno de sus derechos, reaccionaban violentamente, utilizando su propia fuerza en contra de su oponente, para solucionar la contienda suscitada, a lo que se denominó justicia individual, donde la mayor parte de las veces era el más fuerte el vencedor.

Dicha situación sucedió por no haber existido los vínculos de unión permanente entre los individuos que conformaban la sociedad en esa época.

"La justicia, si así puede llamarse que los particulares se hacían por su propia mano, fue desapareciendo y en su lugar se instituyó y comenzó a funcionar la de los gobiernos constituidos que, por decirlo así, tie-

(1) PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil, México, - Editorial Porrúa, 9a. Edición, 1981, pág.70

(2) BRAVO GONZALEZ, Agustín y, BIALOSTOSKY, Sara, Compendio de Derecho Romano, México, Editorial Pax-México, 9a. Edición, 1978, pág.157

nen el monopolio de esa función social, mediante la cual se mantiene el orden y la paz colectiva..."(3)

Antes de que funcionaran los gobiernos constituidos, los particulares empezaron a someter los conflictos que se suscitaban entre ellos, para tener una amigable composición, al pater familiae, en otras ocasiones - ante el jefe de la tribu, donde las determinaciones tomadas se aplicaban primeramente por la fuerza, posteriormente fueron acatadas voluntariamente.

Con el paso del tiempo y ya funcionando el Estado, la impartición de justicia estuvo a cargo de los emperadores, monarcas y príncipes por ser los detentadores del poder público.

En Roma, como es sabido, existen tres períodos en que se divide su historia y son: la monarquía, la república y, el imperio.

En el período monárquico, el magistrado supremo era el Rey, encargado de administrar justicia.

"...debido a frecuentes ausencias, el Rey hubo de delegar sus funciones de administrar justicia en un prefecto urbano, y durante la República, los cónsules se desprenden de hecho de la iurisdictio y la confían a un funcionario llamado Pretor, que dura un año en sus funciones, escogido entre patricios al principio y después también entre plebeyos, que tienen además el imperium, o poder público para hacer respetar y cumplir las decisiones. Más tarde fueron creados dos pretores, urbano y peregrino, aquél para dirimir las cuestiones entre ciudada

---

(3) PALLARES, Eduardo, Op.cit.,. pág.70

nos romanos y éste para las que ocurrieran entre ciudadanos y extranjeros. Durante el gobierno de los emperadores, se agregaron otros magistrados, además de los pretores, como prefectos de ciudades, presidentes y magistrados provinciales?(4)

Petit, citado por Cuenca(5), dice que: "En el Derecho Romano existían funcionarios encargados de la organización judicial a los que se les daba la denominación genérica de magistrados, los cuales estaban investidos de una 'potestas o imperium'", facultades que a su vez se clasificaban en: el imperium o imperium merum, la iurisdictio y entre estas dos se encontraba el imperium-mixtum.

"El imperium, es aquella alta potestad (se llama también potestas) que el pueblo delegaba en el magistrado mediante la Lex de imperio y pertenecía a los magistrados supremos; este imperium daba el derecho de coerción al magistrado que de él estaba investido, el ius gladii, que se refería por tanto también a la jurisdicción penal; pero iba más lejos, toda vez que comprendía la facultad de utilizar la fuerza pública para ejecutar la voluntad del magistrado en el cumplimiento del propio oficio.

"La iurisdictio se refería precisamente a la definición de las controversias jurídicas; correspondía a la función judicial propiamente dicha...

(4) CUENCA, Humberto, Proceso Civil Romano, Buenos Aires Ediciones jurídicas Europa-América, 1957, págs. 1y2

(5) ARELLANO GARCIA, Carlos, Teoría General del Proceso-México, Editorial Porrúa, 1a. Edición, pág.341

"El imperium mixtum comprendía ciertas facultades determinadas, que tenía algo de la jurisdicción en cuanto eran atribuciones conexas con la administración de la justicia (en efecto, no se concedía el imperium mixtum sino a los magistrados a quienes se hubiese concedido ya la iurisdictio); pero, en realidad, el poder que con ellos desplegaba el magistrado era un poder de imperium, y de ahí la denominación de imperium mixtum"(6)

"En el derecho romano, decir el derecho, tenía una significación amplia y una significación restringida. En forma amplia significaba la potestad del magistrado de proponer una regla de derecho para resolver controversias. En efecto, los magistrados encargados de las funciones judiciales publicaban edictos que contenían reglas aplicables a todos los ciudadanos. En esta potestad amplia, encontramos la facultad de los jueces para establecer reglas generales que sirvieron para resolver futuras controversias.

"En su acepción restringida la 'iurisdictio' -- consistía en resolver una controversia planteada mediante la aplicación de las normas jurídicas preexistentes.

"Ya desde el Derecho Romano la 'iurisdictio' podía encomendarse al 'arbiter' o a varios arbitros, que eran los particulares designados para cada asunto y cuya misión termina en cuanto han pronunciado la sentencia. -- También se encargaba normalmente del 'judex' o jueces -- que integraban los tribunales permanentes"(7)

(6) SCIALOJA, Vittorio, Procedimiento Civil Romano, Trad. de Santiago Gentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1954, pags.105-106

(7) ARELLANO GARCIA, Carlos, Op.cit., págs.341-342

La jurisdicción operante en esa época, era mucho muy amplia, toda vez que se extendía por todo el territorio que dominaba el pueblo romano, aún más allá de sus fronteras, ya que las partes en contienda que se encontraban fuera del territorio romano, como lo eran los peregrinos, podían someterse libremente ante la jurisdicción de los magistrados, con la finalidad de que éstos resolvieran los problemas litigiosos suscitados, a través de la llamada jurisdicción voluntaria.

Con las facultades tan amplias con que estaban investidos los magistrados, no se vislumbraba una clara división de poderes, ya que recaía en una sola persona las facultades de juzgar y legislar al mismo tiempo, es decir, la jurisdicción estaba mezclada con las funciones del poder ejecutivo y del poder legislativo.

El juzgar y legislar al mismo tiempo por parte de los magistrados, no se debe a que ellos tuvieran facultades expresas para ello, sino que se realizaba, por virtud de que, al resolver una contienda, se tenía un antecedente o fórmula para aplicarla a un caso análogo --- cuando se llegare a presentar, dicha fórmula se tornaba en obligatoria para todos los ciudadanos romanos cuando era publicada a través de edictos, dando con esto paso al nacimiento de nuevas normas jurídicas.

Para el ejercicio de la jurisdicción o bien para que se aplicara el derecho, hubieron tres sistemas procesales: el de las legis acciones, el proceso formulario y el proceso extra ordinem. Procesos que surgieron a través de la historia del pueblo romano, sin que hubiera una tajante división o muralla entre los procesos, es de

cir, conforme iba surgiendo el nuevo procedimiento, desapa-  
recía paulatinamente el anterior, dejando cierta influ-  
encia en el que comenzaba.

Los dos primeros procesos jurisdiccionales per-  
tenecieron a lo que se llamó el orden judicial privado -  
(ordo iudiciorum privatorum), el tercer período pertene-  
ció a lo que se denominó el orden judicial público (ordo  
iudiciorum publicorum).

Dentro del ordo iudiciorum privatorum, se en-  
cuentra una peculiar separación del proceso en dos ins-  
tancias. La primera se desarrolla ante un magistrado y -  
se llama in iure; la segunda, se desarrolla ante un tri-  
bunal de ciudadanos o ante un juez privado y se llama --  
in iudicio (o apud iudicem, delante del juez privado).

En la primera instancia, se determina la conste-  
lación jurídica del caso; en la segunda instancia, se --  
ofrecen, admiten y desahogan las pruebas, posteriormente  
se presentan los alegatos y el juez dicta sentencia.

En el período del ordo iudiciorum publicorum, o  
sea en la justicia pública, la autoridad sólo se limita-  
a presionar al demandado a que aceptara el arbitraje de-  
un juez privado. además a petición del vencedor el Esta-  
do intervenía para ejecutar la sentencia, si ésta no era  
cumplida voluntariamente por el demandado.(8)

El proceso de las Legis Actiones. Arangio Ruiz-  
citado por Floris Margadant(9), define a las acciones de  
la ley como: "Declaraciones solemnes acompañadas de ges-

(8) FLORIS MARGADANT S., Guillermo, El Derecho Privado -  
Romano, México, Editorial Esfinge, 8a.Edición, 1978, ---  
pág.140

(9) Ibidem, pág.145

tos rituales, que el particular pronunciaba, generalmente ante el magistrado, con el fin de proclamar un derecho que se discutía, o de realizar un derecho previamente reconocido!"

Las Legis acciones eran rigurosamente formalistas, de tipo de representación teatral, iban intimamente ligadas a las disposiciones legales. La caracterización de este sistema rigorista, era que por la equivocación - en un gesto o palabra se podía perder el juicio o pleito.

Las acciones de la ley se clasifican en cinco - formas de actuación. las cuales eran: la legis actio sacramento o apuesta sacramental, la iudicis postulatio, la condictio, la manus iniectio y la pignoris capio. Las tres primeras de ellas son medios de conocimiento y las otras dos restantes son medios de ejecución.

La legis actio sacramento.- "Es una apuesta realizada por las partes en juicio, después de exponer sus pretensiones al magistrado. Al concluir el proceso con - sentencia, la suma de dinero depositada por la parte perdidosa se aplicaba al culto público y a la parte que obtuvo el fallo favorable se le reintegraba.

"La iudicis postulatio.- se suprime la apuesta y las partes después de exponer ante el magistrado sus - pretensiones, se concretan a solicitarle el nombramiento de un juez, que resuelva lo conducente.

"La condictio.- era el requerimiento que hacía la parte demandante en términos solemnes y ante el magistrado para que la parte demandada compareciera dentro de los treinta días siguientes al emplazamiento ante el pretor, a efecto de que designase un 'iudex' que dictara el

fallo correspondiente"(10)

La manus iniectio.- "Es una acción ejecutiva -- que se ejercita sobre personas, es decir, sobre la persona del deudor el cual era llevado ante el magistrado, -- por el acreedor, inclusive por la fuerza si el referido deudor se resistía"(11)

La pignoris capio.- "Se llama pignoris capio al acto por el cual el acreedor toma, pronunciando fórmulas sacramentales, bienes del deudor a título de prenda; para que sea válida debe estar autorizada por la costumbre o por la ley y en razón de un interés militar, sagrado o fiscal"(12)

Procedimiento Formulario. "La fórmula fue introducida por la Lex Aebutia hacia la primera mitad del siglo VII de Roma y, según se afirma por algunos, habría derogado expresamente al procedimiento de las acciones de la ley, por lo que ambos sistemas habrían regido hasta las leyes julias, que probablemente establecieron el procedimiento formulario como único obligatorio"(13)

En la etapa del procedimiento formulario, se encuentran varios puntos importantes que vienen a caracterizarlo y los cuales son:

- 1.- las partes de propia voz expresaban abierta

(10) LEMUS GARCIA, Raúl, Derecho Romano (compendio), México, Editorial Limsa, 4a. Edición, 1979, pág.290

(11) GOMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, -- Textos Universitarios, 2a. Edición, 1979, pág.59

(12) BRAVO GONZALEZ, Agustín y, BIALOSTOSKY, Sara, Op. cit., pág.163

(13) EDUARDO B., Carlos, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-- América, 1959, pág.50

mente sus pretensiones;

2.- el pretor deja de ser un simple espectador en el proceso, asumiendo la actitud como organizador del proceso, es decir, discrecionalmente señala el proceso a seguir en cada litigio que se presente. Además, las partes en contienda tenían que expresar su voluntad de estar de acuerdo con la fórmula dada por el magistrado.

3.- el proceso conserva su división en dos instancias, in iure y in iudicio. En la etapa in iure, las partes exponían sus pretensiones, tratando de impresionar al magistrado para verse favorecidos en sus intereses a través del otorgamiento de la fórmula, ya que la mayor parte de las veces de antemano se sabía quién era el vencedor por la fórmula que entregaba el magistrado y por tanto se convertía en innecesario proseguir la etapa in iudicio.

"La fórmula que consistía en la instrucción que el pretor daba al juez por él designado, constaba de la demonstratio, enunciación del hecho constitutivo de la litis; la intentio, por la que el actor concreta su petición; la aiudicatio, para los juicios divisorios en la que se solicita se adjudique la cosa o parte de ella o derechos sobre la misma, a los litigantes, y la condemnatio, última parte de la fórmula por la cual se pide al juez, si se dan los supuestos de la demonstratio o intentio, condene al demandado o si no lo absuelva"(14)

El proceso extraordinariae cognitiones. En este proceso desaparecen las dos instancias con que se carac-

(14) Ibidem, pág.51

terizaban el proceso de las acciones de la ley y el formulario, por lo tanto, en este nuevo proceso de las extraordinariae cognitiones queda una sola instancia, donde el único competente para declarar el derecho en las controversias suscitadas entre los ciudadanos romanos es el magistrado, persona a quien se acude directamente sin que éste tenga que otorgar alguna fórmula para que otra persona (un particular) la sentencie y ejecute, sino que, directamente el magistrado como autoridad pública instruirá el proceso a seguir y decidirá la causa puesta en sus manos, para posteriormente, si fuere necesario ejecutarla, haciendo cumplir su determinación por la fuerza. Lo que da paso a lo que hoy conocemos como proceso normal u ordinario.

Explica Engelman, en la cita que hace Medina Lima(15), que: "La jurisdictio denotaba entre los juristas romanos una facultad tripartita compuesta de los elementos dare, dicere y addicere. Dare, o sea la autoridad para nombrar al juez que habría de fallar en el caso; dicere o dicere jus, atribución de vigilar que se aplicara en la administración de justicia el derecho reconocido por el Estado; y addicere, equivalente a addicere rem, autoridad para ejecutar la sentencia del juez en materia civil; pero además la jurisdictio comprendía la facultad de intervenir en los actos de la llamada jurisdictio voluntaria"

Dentro de las primeras etapas del derecho roma-

(15) MEDINA LIMA, Ignacio, "Problemática de la Jurisdicción Voluntaria", Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXVII, Enero-Junio, Números 105-106, 1977 - pág.284

no, en sí no se distinguió entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria, aunque sí hubo cierta separación entre estas dos, ya que, se presentaba la jurisdicción voluntaria en aquellos actos constitutivos de relaciones jurídicas, donde era necesaria la presencia del magistrado y sin que hubiera controversia alguna.

Conforme se vá ampliando el concepto de jurisdicción, consecuentemente también se amplían las facultades de los magistrados que la ejercían, existiendo por lo tanto una división, aunque no tajante, entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

La jurisdicción contenciosa implicaba, al contrario de la jurisdicción voluntaria, un choque de intereses privados, de carácter moral o económico, que podía ser resuelto por un juez o jurado, previa la comparecencia de las partes ante el pretor. Es forzada o involuntaria porque el demandado debía ocurrir al tribunal, so pena de perder facultades que facilitarían su defensa. Para evitar la justicia por sí mismos o autodefensa se impone el deber de ocurrir a la autoridad judicial en demanda de justicia.(16)

La jurisdicción contenciosa se ejercía inter invitos o in invitos, queriendo decir con esto, que la jurisdicción se ejercía entre personas que no estando de acuerdo, tenían que acudir involuntariamente a juicio, - por la solicitud que hacía alguna de las partes al magistrado.

La jurisdicción voluntaria es inter volentes, -

---

(16) CUENCA, Humberto, Op.cit., pág.3

que significaba, que a solicitud o por consentimiento de las partes que intervendrán en el acto a ejecutar, se -- presentaban libremente ante el juez o magistrado para -- que resuelva la petición presentada por las partes, sin que esto quiera decir que exista un litigio propiamente dicho, ya que las partes sin estar obligadas a presentarse, acuden libremente en busca de justicia.

Los magistrados por efectos de la jurisdicción voluntaria tenían facultades sobre las cuestiones que le eran sometidas por las partes que voluntariamente se presentaban ante él, sin la existencia de un choque de intereses propiamente dicho. La presentación que hacían las partes ante el magistrado era en forma de litigio y de aquí que la jurisdicción voluntaria se haya dividido en: jurisdicción voluntaria solemne y jurisdicción voluntaria no solemne.

Dentro de la jurisdicción voluntaria solemne, se tenía que agotar todas las formalidades sacramentales y rituales enmarcadas en los procedimientos de las acciones de la ley y en el procedimiento formulario.

La jurisdicción voluntaria no solemne, no tenía formalidad alguna o requisito previo que cumplirse, sino espontáneamente las partes se presentaban al juez o magistrado para que decidiera la situación jurídica -- que pretendían.

En Roma ha existido la jurisdicción, en su más amplio sentido, la cual fue desarrollándose a través de sus instituciones jurídicas, dejando a la posteridad una base en la ciencia del derecho, de donde juristas de -- otros estados han desarrollado dichos conocimientos de --

acuerdo a las necesidades y a la época que vive su país.

## 2. ESPAÑA

España en sus principios era una provincia del pueblo romano, por lo que el pueblo español quedaba sujeto a las leyes impuestas por éstos. No obstante esto, el senado romano otorgaba la lex provinciae, que daba cierta independencia al pueblo que se sometía voluntariamente a los romanos.

A la cabeza de esta provincia se encontraba un gobernador, el cual entre otras facultades tenía la de aplicar el derecho y de juzgar a las personas, facultades que se equiparaban a las de un pretor de Roma; por consiguiente era quien decidía sobre los conflictos que le eran sometidos por las partes, publicando sus resoluciones en lo que fue el edictum. El edictum en un principio se formó por las reglas o fórmulas que daba el gobernador para la resolución de alguna controversia, para después quedar integrada con las reglas o normas a las que se sujetaba el gobernador para resolver el caso concreto controvertido.

No se conocen detalladamente las leyes o edictos que imperaron en esa época española; realmente es poco lo descubierto hasta el momento, por lo que se supone que los edictum perpetum de Salvio Juliano eran los vigentes en la época de Adriano por los cuales se regía España.

Con la decadencia del imperio romano y la llegada de los bárbaros a la Península Ibérica, el pueblo es-

pañol quedó sometido bajo el dominio de los visigodos.

"...los españoles continuaron rigiéndose en sus pleitos por la ley romana, y el invasor, por sus costumbres, dándose después de algún tiempo, la existencia de dos códigos que se aplicaban a godos y españoles respectivamente. En cuanto al primero, lo fue el Código de Tolisa, dictado por Eurico entre los años 466 y 484; y se afirma que recogió las costumbres por las que se regían los germanos, durante la ocupación del Imperio Romano. Luego su sucesor, Alarico, dio otro código llamado Bre--viario de Ariano, que se aplicó a los españoles y cuyo contenido respondía al derecho romano anterior.

"Posteriormente, de la combinación paulatina de los elementos germánicos y romanos, surgieron verdaderos monumentos legislativos, tales como el Fuero Juzgo, promulgado en el año de 654 con el nombre de 'Liber Iudiciorum' (libro de los jueces)!(17)

El Fuero Juzgo, por la invasión de los árabes - su aplicación se fue reduciendo paulatinamente, por la falta de autoridad que pudiera imponerla en la mayoría - de los pueblos españoles, puesto que aquella vivía en resistencia permanente contra el invasor, sumándose a ello el parcial desconocimiento de sus fórmulas. En algunos - pueblos se instituyeron ordenamientos originados con el propósito de reducir el predominio de los señores feudales que, entre otros beneficios recibidos del monarca tenían el de administrar justicia, que en ocasiones era -- considerada como arbitraria.(18)

(17) EDUARDO B., Carlos, Op.cit., pág.55

(18) Ibidem, pág.56

La situación que prevalecía en esa época española, era de mucha desorganización judicial; existían muchos ordenamientos legales, localistas y desligados de la potestad real. España sufrió en este período un retroceso a la venganza privada o de sangre, técnicamente conocida como autodefensa.

Con el afán de remediar la situación imperante en España, el Rey Alfonso X, El Sabio, hizo una gran recopilación de más de 400 leyes, en el siglo XIII, denominándoles las partidas. Quedó incluida en la partida tercera toda la materia procesal, especificando claramente el procedimiento a seguir, para la aplicación del derecho al caso concreto controvertido.

No dio mucho resultado esta obra, ya que junto a ésta encontramos otros ordenamientos que fueron surgiendo paulatinamente como: el Ordenamiento de Alcalá de 1348, el Ordenamiento Real de 1485, las Ordenanzas de Medina de 1489, las Ordenanzas de Madrid de 1502, las Ordenanzas de Alcalá de 1503, las Leyes de Toro de 1503, la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805, cuyas ordenanzas no permitieron el desenvolvimiento pleno de las partidas, provocando además confusiones y antagonismos.

No fue sino hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, donde España empezó a tener una mejor organización judicial. Esta ley tuvo una efímera duración de 26 años, dando paso a la Ley de Enjuiciamiento Civil del 3 de febrero de 1881, la cual tiene una marcada influencia de los derechos romano y germánico.

Alcalá Zamora, citado por Becerra Bautista(19), "Califica esta ley como el más fecundo texto procesal -- que ha habido en el mundo, pues fue el cimiento de casi-toda la correspondiente legislación hispanoamericana, -- excepto la de la República Dominicana, de ascendencia -- francesa. En otro lugar afirma que esta ley procesal (cuyo texto fue reproducido en su mayor parte por la ley vigente en España, de 1881), tuvo el mérito de haber puesto fin al desbarajuste procesal anterior y de haber tratado de fundir en un solo cuerpo legal preceptos dispersos. El propio autor sin embargo, lo critica diciendo -- que no es otra cosa 'que un cuerpo legal de trazos medievales tan acusados que a través de la versión de 1881 es el único en su género entre los diferentes estados de -- Europa'. Atribuye ese trazo medieval al hecho en que ental ordenamiento se trató de restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios consignados en -- las leyes españolas antiguas ya que no introdujeron reformas aconsejadas por la ciencia de la época."

En los ordenamientos anteriores se hablaba de -- la aplicación de la justicia y el procedimiento a seguir para su obtención, pero sin hacer ninguna distinción entre los actos que implicaban una controversia y los actos que no implicaban controversia o litigio alguno, y -- no es sino hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855-- en donde se distingue entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

Gómez de la Serna, que es citado por Medina Li-

---

(19) BECERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil en México, México, Editorial Porrúa, 8a. Edición, 1980, pág.250

ma(20), explica en la exposición de motivos de la citada ley de 1855 "...como se hizo necesario, por tratarse de actos judiciales, incorporar en el nuevo ordenamiento la jurisdicción voluntaria. En ella aunque se advierte el deseo de incluir el mayor número de supuestos concretos, el autor de la exposición declara que no se podían abarcar todos los casos en que el interés de las personas — pueden creer conveniente la intervención judicial en protección de sus derechos o para cumplir un requisito que las leyes y reglamentos imponen como necesarios para su ejecución"

Gómez de la Serna, menciona una situación importante dentro de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, al incluir a la jurisdicción voluntaria, en cuyo ordenamiento se trata de dar un número razonable de actos de jurisdicción voluntaria, que — quedan integrados a la competencia judicial, no obstante que esos actos puedan tener otra tramitación, aunque no sea ante un órgano judicial, pudiendo ser cualquier otra autoridad, como lo son los notarios.

Es decir, separa ciertos actos de importancia y trascendencia jurídica, que aunque no exista controversia o litigio, las pone en manos de un juez para que éste proteja el interés de las partes y decida sobre la petición presentada por las mismas, y esto no se debió, si no a que, en muchas de las ocasiones se perdían fortunas completas, dejando en desamparo a las familias, por lo que, siguiendo un procedimiento ante la autoridad judi—

cial era menos factible que se comprometieran dichas fortunas y se dejara en el desamparo a las personas, lo que no sucedía si se dejaba la resolución del conflicto al arbitrio de los particulares, ya que en este caso el más fuerte o el más astuto saldría vencedor.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1.207, señala que: "Son actos de jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que sea necesario o se solicite la intervención del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas..."(21)

Dentro de las innovaciones de esta ley se encuentra que a la jurisdicción voluntaria se le dio un procedimiento especial para resolver las peticiones que se presentaban ante el juez. Además contempla la impugnabilidad de las resoluciones en esta materia, a través de la apelación que "...procedía en ambos efectos cuando la interpusiera el promovente y en uno sólo cuando el apelante fuera otra persona distinta, bien que acudiera espontáneamente o que fuera llamada para intervenir en el procedimiento"(22)

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 tiene una proyección bastante amplia, puesto que la misma ley ha influido determinadamente hasta la época actual, toda vez que, la mayor parte de los países de ascendencia-

(21) DE VICENTE Y CARAVANTES, José, Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, Según la Ley de Enjuiciamiento, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig Editores, Tomo I, 1856, pág. 121

(22) MEDINA LIMA, Ignacio, Op.cit., pág.287

hispanica la han tomado como modelo para sus cuerpos legislativos, no pudiendo escapar a esta marcada influencia nuestro país.

### 3. MEXICO

La historia de México ha sido dividida en tres grandes períodos, que son: la época precolonial, la época colonial y el México independiente.

La Epoca Precolonial. En los estudios realizados hasta el momento acerca del pueblo azteca, no se han encontrado elementos precisos sobre la jurisdicción como tal, más sin embargo, sí existen ciertos vestigios sobre la aplicación de la justicia, donde encontramos implícita a la jurisdicción.

Así tenemos que, la justicia en el pueblo azteca la ejercía el rey, y junto a éste se encontraba la figura del cihuacoatl o gemelo mujer (especie de doble monarca), con el cual el rey compartía las funciones de impartir justicia.

Para los asuntos civiles, existía un tribunal denominado tracatécatl, el cual tenía facultades para resolver sobre los conflictos que versaban sobre dicha materia, cuyas resoluciones se caracterizaban por ser inapelables. El centro de reunión de este tribunal era en la cámara del rey.

Por costumbre se establecía la prisión por deudas de carácter civil; esto operaba no sólo en el pueblo azteca, sino en casi todas las tribus que poblaban el te

territorio mexicano. Existían otros jueces para los comerciantes, los cuales juzgaban en los mercados y decidían sobre las controversias planteadas a través de un juicio sumario, pudiendo imponer como pena, la muerte misma del sujeto, y cuya sentencia era ejecutada al momento.

"Como en todos los pueblos primitivos, la administración de justicia en las distintas tribus indígenas constituía una potestad del jefe o señor y se desenvolvía con arreglo a procedimientos rigurosamente orales. -- Era sin duda una justicia sin formalidades y sin garantías"(23)

Este derecho primitivo no dejó raíces para la posteridad, puesto que es colonizado y sometido por un pueblo superior, como lo fue España, por lo que, esta nación impuso a los indígenas sus leyes, religión y gobierno, perdiendo el pueblo azteca con esto, su libertad, -- costumbres, creencias y leyes para gobernarse y de resolver sus controversias a sí mismos.

Epoca Colonial. "La organización jurídica de la Colonia, fue un trasunto de la de España. El Estado español dotó a la Nueva España de instituciones jurídicas semejantes a las de la metrópoli. Así es que, en materia procesal, como en las demás, la legislación española tuvo vigencia en el México Colonial, en los primeros tiempos, como fuente directa, y, posteriormente, con carácter supletorio, para llenar las lagunas del derecho dictado para los territorios americanos sometidos a la Coro

(23) DE PINA, Rafael, y CASTILLO LARRAÑAGA, José, Instituciones de Derecho Procesal Civil, México, Editorial Porrúa, 12a. Edición, 1978, pág.45

na española.

"El derecho colonial se considera formado por las leyes españolas que estuvieron vigentes en la Nueva-España, por las dictadas especialmente para las colonias de América y que tuvieron vigor en la Nueva España, y -- por las expedidas directamente para ésta.

"La recopilación de Leyes de Indias, publicada en virtud de la real cédula de Carlos II, de 18 de mayo de 1860, dispuso que en los territorios americanos sujetos a la soberanía española se considerase como derecho-supletorio de la misma el español, con arreglo al orden de prelación establecido por las Leyes de Toro.

"Contiene la Recopilación de Indias, aparte de otras normas, algunas sobre procedimiento, recursos y -- ejecución de sentencias, pero presenta tales lagunas que era necesario aplicar con bastante frecuencia las leyes-españolas.

"Como derecho particular de la Nueva España, -- pueden citarse también los autos acordados de la Real -- Audiencia de Nueva España, y la Ordenanza de Intendentes (1780), por su extraordinaria importancia, que contiene-disposiciones de naturaleza procesal!"(24)

En el derecho colonial no hubo grandes innovaciones, en cuanto a su organización judicial, puesto que, las mismas leyes españolas tuvieron aplicación en la Nueva España. Las leyes dictadas para regir el pueblo conquistado no tuvieron mucha importancia, ya que las mismas tenían bastantes lagunas y en este caso se tenían --

(24) Ibídem, págs.46-47

que aplicar supletoriamente las leyes españolas. El acierto que se tuvo en cuanto a la promulgación de las leyes especiales, para aplicarse en la Nueva España, fue de que éstas protegían, de los abusos de los españoles, los bienes, derechos y la integridad corporal de los indígenas.

México Independiente. La culminación de la Guerra de Independencia, no tuvo en un principio trascendencia jurídica, ya que sólo se obtuvo un cambio en el poder político, es decir, sólo hubo cambio de gobernantes; a partir de este momento el pueblo de la Nueva España -- elegirá a sus gobernantes, de entre sus mismos ciudadanos.

Una vez instaurado el gobierno, se hicieron -- ciertas proclamaciones del modo en que se iba a gobernar, legislar e impartir justicia en México; en el sentido judicial las declaraciones manifestadas fueron de que, las leyes españolas se seguirían aplicando siempre y cuando no se opusieran a las leyes nacionales que se expidieran en su oportunidad.

"La primera ley procesal fue expedida por el -- presidente Ignacio Comonfort el 4 de mayo de 1857, pues la de Anastasio Bustamante de 18 de marzo de 1840 y la de don Juan Alvarez de 22 de noviembre de 1855, carecieron de importancia, aunque esta última estableció el Tribunal Superior del Distrito Federal.

"El Código de Procedimientos Civiles del 15 de agosto de 1872 tuvo escasa vida pues fue abrogado por el del 15 de septiembre de 1880. Ambos ordenamientos estuvieron basados en forma preponderante en la Ley de Enjui

ciamiento Español de 1855.

"El 15 de mayo de 1884, se expidió el Código de Procedimientos Civiles que estuvo vigente en el Distrito Federal y territorios hasta 1932, año en que entró a regir la legislación..."(25) vigente.

En el área del procedimiento civil, hemos de comenzar a partir del código de 15 de mayo de 1884 para el Distrito Federal, excelente en su día y del que proviene la casi totalidad de las instituciones, juicios y procedimientos vigentes en la mayoría de la República; y de él deriva el actual Código del Distrito Federal de 29 de agosto de 1932.(26)

En materia de la jurisdicción el Código de 15 de mayo de 1884, hace una clara división entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria. Cabe hacer referencia, a que dicho código también contempla a una tercer forma de la jurisdicción, ya que ha incorporado procedimientos especiales, que toman en algunas actuaciones parte de la jurisdicción contenciosa y parte de la jurisdicción voluntaria, quedando ciertas circunstancias en un término medio; a lo que la doctrina ha determinado en llamarle como jurisdicción mixta.

Alcalá Zamora(27), manifiesta que el Código de Procedimientos de 1884, "...no contento con acoger la citada división oimembre de la jurisdicción, añadió a ella una tercera rama a la que llamó mixta, integrada por los

(25) BECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., págs.256-257

(26) ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Derecho Procesal-Mexicano, México, Editorial Porrúa, Tomo I, 1976, pág.26

(27) Ibidem, pág.416

juicios universales de concurso de acreedores y sucesorio, para entender, y con razón, que se encuentran en si tuación intermedia o de tránsito entre la contenciosa y la voluntaria y que, en mayor o menor medida, cuentan -- con fases y actuaciones de una y otra índole"

El actual Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ha tomado del anterior código, las instituciones importantes como lo es el elemento de la -- jurisdicción, así como también, ha recogido conjuntamente con este elemento, su clasificación bímembre, es de-- cir, la división de la jurisdicción en contenciosa y voluntaria.

La jurisdicción contenciosa, nuestro código pro cesal vigente no la define en ninguno de sus artículos, -- pero sí la encontramos plasmada a través de todos y cada uno de los artículos previstos en el Código de Procedi-- mientos, a excepción de los artículos que rigen a la ju-- risdicción voluntaria.

La jurisdicción voluntaria se encuentra prevista en el título XV del Código de Procedimientos Civiles -- a partir del artículo 893 hasta el artículo 939; conte-- niendo en el inter de estos preceptos siete capítulos, -- que son: capítulo I disposiciones generales, capítulo II del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos, capítulo III de la enajenación de bie-- nes de menores o incapacitados y transacción acerca de -- sus derechos, capítulo IV adopción, capítulo V de las in formaciones ad perpetuam, capítulo VI apeo y deslinde, -- capítulo VII disposiciones relativas a otros actos de ju

jurisdicción voluntaria. No solamente en este título se encuentra prevista toda la materia acerca de la jurisdicción voluntaria, sino también, en otros artículos aunque dispersos en el código que se analiza.

Al dar comienzo el capítulo I del título XV del código procesal, se nos señala que el presente capítulo contiene lo relativo a las disposiciones generales que rigen a toda la materia de la jurisdicción voluntaria, comenzando con el artículo 893, en el cual se encuentra la definición acerca de la misma y cuyo artículo a la letra dice: "La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas" Podemos constatar que la definición que nos da el Código de Procedimientos Civiles de 1932, se ha tomado de la Ley de Enjuiciamiento Español de 1855, ya que esta ley define de igual manera a la jurisdicción voluntaria, diciendo que: "Son actos de jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que sea necesario o se solicite la intervención del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas"(28) Por lo que observamos la marcada influencia que nos viene de los españoles, de los cuales se han tomado las características esenciales, en este caso en materia de la jurisdicción.

"La jurisdicción está establecida, normalmente-

---

(28) DE VICENTE Y CARAVANTES, José, Op.cit., pág.121

para restablecer entre particulares el equilibrio jurídico violado.

"Sin embargo, existen situaciones jurídicas que el legislador ha querido resolver con intervención de -- los jueces y a través de una resolución judicial, no obstante que no exista una controversia.

"Se trata, pues, de procesos en que no se busca la tutela jurídica de un sujeto frente a otro u otros, -- sino de la tutela objetiva de determinados intereses, -- que el legislador ha querido confiar a los jueces"(29)

El actual Código de Procedimientos Civiles, ha sufrido a lo largo de su existencia, infinidad de reformas, donde se han aumentado y derogado artículos, por lo que, la actual ley procesal es mucho muy diferente a la que surgió en 1932.

---

(29) BECERRA BAUTISTA., José, Op.cit., pág.13

## CAPITULO II. NOCIÓN DE LA JURISDICCION

### 1. CONCEPTO

La jurisdicción proviene de la palabra jurisdic-  
tio o jurisdic-  
tio, expresión latina derivada de los voca-  
blos "ius" y "dicere" que significan decir o mostrar el  
derecho.

"En el derecho romano, decir el derecho, tenía  
una significación amplia y una significación restringida.  
En forma amplia significaba la potestad del magistrado -  
de proponer una regla de derecho para resolver controver-  
sias. En su acepción restringida la 'jurisdic-  
tio' consis-  
tía en resolver controversias planteadas mediante la ---  
aplicación de las normas jurídicas preexistentes.

"En su significado gramatical propio, el voca-  
blo 'jurisdicción' es considerado como el poder estatal-  
para juzgar..."(30)

Se ha tenido una gran problemática al tratar de  
definir a la jurisdicción, ya que los estudiosos de la -  
ciencia procesal, no han unificado su criterio; así teng-  
mos que hay tantas definiciones acerca de la jurisdic-  
ción como estudiosos que la analizan, por lo que nos per-  
mitimos expresar algunas de ellas para conocer y enten-  
der lo que significa la jurisdicción.

Couture(31) define a la jurisdicción como: "La-

(30) ARELLANO GARCIA, Carlos, Op.cit., págs.341-342

(31) COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Proce-  
sal Civil, México, Editora Nacional, 1984, pág.40

función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución:

Para Domínguez del Río(32), la jurisdicción es: "Una función pública del Estado el cual, por intermedio de los órganos competentes actuando con arreglo a un proceso adecuado, decide conflictos y causas mediante resoluciones con efectos de cosa juzgada, asegurando con ello la continuidad necesaria del derecho y la realización de sus fines"

Gómez Lara(33), dice a este respecto, que se entiende a la jurisdicción como: "Una función soberana del Estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo"

"...la jurisdicción es una función soberana del Estado, que se desarrolla a través de todos esos actos de autoridad que están encaminados a solucionar un litigio mediante la aplicación de la ley general al caso con

(32) DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo, Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil, México, Editorial Porrúa, 1977, pág.3

(33) GOMEZ LARA, Cipriano, Op.cit., pág.111

creto o controvertido. La culminación de la función jurisdiccional es la propia sentencia, y la opinión dominante en la doctrina sostiene el carácter jurisdiccional de esta última"(34)

Como se puede observar de las anteriores definiciones, encontramos diferentes elementos que caracterizan a la jurisdicción, a saber: Una función pública del Estado, realizada a través de sus órganos; la actuación dentro de un marco legal; el tener por objeto decidir un conflicto; todo ello, mediante la aplicación de una ley general al caso concreto para solucionarlo. Se puede des- prender como elemento principal al Estado que aparece co- mo "...el órgano específico de la actuación del derecho, por cuanto la actividad encaminada a actuar; el derecho- se desarrolla siempre en interés de la sociedad y, al -- mismo tiempo, en interés particular de distintos sujetos determinados de derecho.

"En efecto, el Estado tiene siempre un interés- propio suyo en desarrollar tal actividad, ya que este in- terés es correlativo del fin del Estado mismo, y del de- recho que consiste en asegurar la satisfacción de los in- tereses generales de los individuos que conviven en so- ciedad.

"Este interés, que es indudablemente un interés de carácter público y general y que va dirigido a la sa- tisfacción de los intereses individuales y colectivos, - amparados por el derecho objetivo, se persigue, justamen

---

(34) Ibíd., pág.111

te, mediante la actividad jurisdiccional o jurisdicción-..."(35)

En una forma más general otros autores han definido a la jurisdicción como: "La facultad de decir, con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida"(36)

Prieto Castro(37), opina que: "La jurisdicción es la actividad del Estado para la realización del orden jurídico, por medio de la aplicación del derecho objetivo, que se traduce en tutela y seguridad de los derechos e intereses"

De Pina y Castillo Larrañaga(38), hablan acerca de la jurisdicción entendida como: "La actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto"

De las definiciones anteriormente dadas, ya sea en forma amplia o en forma concreta, no dejan los autores de tratar a los elementos característicos de la jurisdicción; como lo es la vinculación de la jurisdicción con el Estado, ya que desde que el Estado asumió el ejercicio de la jurisdicción ha evitado la autodefensa o las arbitrariedades que se cometían por los más fuertes, por

(35) ROCCO, Ugo, Teoría General del Proceso Civil, Trad. Felipe de J. Tena, México, Editorial Porrúa, 1959, págs. 41-42

(36) BECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., pág.5

(37) PRIETO CASTRO, Leonardo, Cuestiones de Derecho Procesal, Madrid, Editorial Reus, 1947, pág.22

(38) DE PINA, Rafael, y CASTILLO LARRAÑAGA, José, Op.cit., pág.59

lo que el Estado delega las funciones de juzgar a los -- jueces, los cuales están obligados a decir el derecho, -- en otras palabras, el Estado nombra por un acto de soberanía a los jueces, los cuales están limitados al ejercio de la jurisdicción según su competencia, con lo cual, pueden más rápidamente y en forma expedita administrar -- justicia.

## 2. PRESUPUESTOS

Los individuos fueron desprovistos de hacerse -- justicia por su propia mano a consecuencia del largo prooceso histórico, encontrando en el proceso el instrumento idóneo, para restablecer su orden jurídico violado, a -- través de un acto de autoridad.

Cuando las personas adecúan su conducta en sus -- relaciones jurídicas a los preceptos de la ley, no se -- produce ninguna alteración, y se afirma entonces que la norma se cumple por el solo imperio de su fuerza. Pero -- en el caso contrario, es decir, cuando la pretensión de una parte se opone la resistencia de otra, sea por que -- se niegue su legitimidad o por que contra ella se alegue una pretensión contraria, se produce un estado que se deo nomina de litis o controversia.(39)

"Para que los órganos jurisdiccionales preordenados se pongan en movimiento, superando así el estado -- de inercia que le es habitual, es menester, aun más, es-

(39) ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho -- Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediar Soc. --- Anón. Editores, 2a.Edición, Tomo I, 1963, pág.26

imprescindible, que se le imprima el impulso o generador de su actividad.

"La justicia no se administra si no existe - quien lo pida, ya sea éste el particular interesado o la misma sociedad por intermedio de un órgano público.

"Es indispensable entonces, para que la jurisdicción pueda lograr sus fines -actuación del derecho objetivo y tutela de los derechos subjetivos privados o públicos- llenar una condición esencial y previa: provocar su ejercicio.

"Ese poder, ese derecho o simplemente esa facultad jurídica de provocar la intervención de los órganos-jurisdiccionales del Estado, se denomina acción.

"La acción, cualquiera que sea la teoría o posición doctrinal que se adopte a su respecto constituye un presupuesto de la jurisdicción o expresándolo de otro modo, que no hay jurisdicción sin acción!"(40)

No podemos olvidar que la acción constituye uno de los tres elementos de los conceptos fundamentales de la ciencia procesal, junto con el de la jurisdicción y el proceso; esto es sencillamente por que el particular al ver violado alguno de sus derechos, tiene la necesidad de la acción para provocar a la jurisdicción y en consecuencia, para que se resuelva la pretensión dentro de un proceso.

A la acción se le ha considerado como un presupuesto de la jurisdicción (sin restarle la debida impor-

---

(40) EDUARDO B., Carlos, Op.cit., págs.255-256

tancia como elemento de los conceptos fundamentales de la ciencia procesal), toda vez que, este elemento es un ente dinámico, que tiene en su poder el particular para accionar a los órganos jurisdiccionales y estos a su vez ejerciten la facultad con que están investidos para declarar el derecho, por lo tanto la acción es un verdadero presupuesto de la jurisdicción.

Para la mejor comprensión acerca de la acción como presupuesto de la jurisdicción, se ha tomado como base la siguiente definición, la cual dice: "Se entienda por acción el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional"(41), es decir, la acción es algo dinámico, que tiene por objeto provocar la función jurisdiccional del Estado.

Existen diversas teorías acerca de la acción, una de ellas es la que trata a la acción como sinónimo de facultad de provocar la actividad jurisdiccional, Gómez Lara(42), dice que: "Se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión"

"La acción persigue, pues, un acto de jurisdicción por parte del Estado: al exigir el cumplimiento de una obligación, se aspira a que el obligado entregue algo de su patrimonio, ejecute un acto o se aclare una situa-

---

(41) GOMEZ LARA, Cipriano, Op.cit., pág.109

(42) Ibidem, pág.109

ción incierta; pero procesalmente, lo que se pretende es el restablecimiento del orden jurídico, circunstancia -- que caracteriza a esta actividad como una función de derecho público"(43)

### 3. ELEMENTOS

De los conceptos anteriormente dados acerca de la jurisdicción, se han encontrado sus elementos integrantes, pero existe el problema de que como hay tantas definiciones acerca de la jurisdicción como estudiosos -- que la analizan, los autores no han unificado su criterio y por lo tanto, existe la consideración diversa acerca de los elementos de la jurisdicción.

A éste respecto nos dice Couture(44), que: "La mejor forma de enfrentar el tema consiste en distinguir los tres elementos propios del acto jurisdiccional: la forma, el contenido y la función.

"Por forma, o elementos externos del acto jurisdiccional, se entiende la presencia de partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley.

"Por contenido se considera la existencia de un conflicto, controversia o diferendo de relevancia jurídica, que debe ser dirimido por los agentes de la jurisdicción mediante una decisión que pasa en cosa juzgada.

"Por función se entiende el cometido, o sea ase-

---

(43) ALSINA, Hugo, Op.cit., pág.34

(44) COUTURE, Eduardo J., Op.cit., págs.33-34

gurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, -- del derecho!"

Couture a este respecto, considera a los elementos de la jurisdicción en una forma bastante amplia, ya que los contempla desde el punto de vista del acto jurisdiccional y no establece claramente los elementos integrantes de la jurisdicción.

Arellano García(45), por su lado, nos señala -- que de la sola connotación de la palabra jurisdicción se obtienen los elementos integrantes de la misma. Así tenemos que los elementos que caracterizan a la jurisdicción son: "a) La jurisdicción constituye un atributo que implica potestad, imperio, poder. Lo que quiere decir que, quien posee la jurisdicción tiene una prerrogativa de imponer su voluntad sobre otros.

"b) El referido atributo se confiere al Estado -- o sea a la persona jurídica que es resultado de la organización jurídica de un conglomerado humano, bajo un determinado gobierno en un cierto territorio.

"c) El Estado, quien tiene múltiples atribuciones tendientes a la satisfacción de las necesidades colectivas, actúa a través de órganos que son centros de atribuciones, o facultades y deberes.

"d) La actuación de los jueces o árbitros, en su representación del Estado, consistirá en decidir una cuestión en la que los interesados, que acuden ante el --

---

(45) ARELLANO GARCIA, Carlos, Op.cit., pág.341

juzgador, pretenden que se les haga justicia, que se les dé a cada quien lo que les corresponde conforme al criterio del juez, a su vez sujeto a normas jurídicas!"

Este autor ve los elementos de la jurisdicción desde el punto de vista del órgano que la realiza, es decir, el Estado delega las funciones de juzgar a un órgano el cual está facultado para decir el derecho, en consecuencia de satisfacer las necesidades de los individuos integrantes de la sociedad; a cuyos individuos el Estado concede como atributo el ejercicio de la acción como presupuesto de la jurisdicción, ya que con éste elemento pondrá el particular en marcha todo el aparato jurisdiccional, con el objeto que le resuelvan sus pretensiones.

En un sentido romanístico Eduardo B. Carlos(46) ha considerado sumariamente a los elementos integrantes de la jurisdicción, y el cual nos dice que son: "La notio que es la facultad de conocer en todos los asuntos atribuidos a los órganos judiciales y que presupone, desde luego, la de citar a la parte (vocatio) para que comparezca a defenderse y la de realizar las notificaciones propias a esos fines; la iudicium que es la decisión o fallo que pone fin al litigio o causa y, finalmente, el imperium, consiste en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales!"

En un sentido más amplio y completo Dominguez del Río(47) expone los elementos de la jurisdic---

(46) EDUARDO B., Carlos, Op.cit., pág.184

(47) DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo, Op.cit., págs.20-21

ción, siguiendo el concepto romanístico acerca de éste - elemento, nos señala como elementos de la jurisdicción - a: "a) La cognitio, u obligación del juez de avocarse al conocimiento de los litigios de su competencia.

"b) La vocatio, o facultad de citar a juicio, - no únicamente al demandado, sino a los demás sujetos que sin tener la calidad de partes en el proceso, por cual- - quier razón son llamados a comparecer e influyen directa o indirectamente, con actos o con hechos, a la forma- - ción del proceso.

"c) La notio, o reunión de atribuciones del - juez encaminadas a descubrir la verdad.

"d) La coertio, o poder de que dispone el juez- para hacer que se le guarde el respeto debido y se cum- - plan sus determinaciones.

"e) La Juditio, que es propiamente la substan- - ciación del proceso, la secuela del juicio seguido de la sentencia.

"f) El imperium, lo que da calidad vinculatoria a las resoluciones del juez y establece en cabeza de las partes la obligación de supeditarse a lo resuelto por el juzgador.

"g) La executio, o facultad que al mismo tiempo constituye un deber del órgano jurisdiccional de ejecu- - tar lo resuelto por él y el derecho de la parte que obtu- - vo y la necesidad del vencido de sufrir la ejecución del fallo"

De los elementos de la jurisdicción tomados de- la concepción romana, observamos que más bien parece ser

que se nos enuncian las potestades y facultades que tienen los jueces de acuerdo a su competencia, por lo que, - por mi parte, he considerado, siguiendo el criterio romano, como elementos de la jurisdicción, solamente a la no tío, la iudicium o juditio y el imperium,

Gómez Lara(48) ha definido a la jurisdicción como: "Una función soberana del Estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto con trovertido para solucionarlo o dirimirlo", de éste concepto, se han tomado los elementos que caracterizan a la jurisdicción, y a saber son: una función pública del Estado, realizada a través de sus órganos; la actuación -- dentro de un marco legal; el tener por objeto decidir un conflicto; todo ello, mediante la aplicación de una ley-general al caso concreto para solucionarlo.

Surgiendo, luego entonces, el Estado como elemento principal, por ser el órgano específico de la actuación del derecho, ya que éste se desarrolla en interés de la sociedad y por consecuencia en interés particular de cada individuo que lo solicita.

#### 4. NATURALEZA JURIDICA

Se han presentado ciertos problemas al tratar - de establecer la naturaleza jurídica de la jurisdicción.

---

(48) GOMEZ LARA, Cipriano, Op.cit., pág.111

toda vez que, la jurisdicción emana del Estado, por lo que en algunas ocasiones se le confunde con los actos administrativos.

"Para el derecho político, la jurisdicción ha sido, durante largo tiempo, uno de los poderes básicos del Estado, el llamado Poder Judicial, teóricamente equiparado a los restantes, pero prácticamente inferior a ellos, por que, entre otros rasgos, carecía de la potestad de ponerse en marcha espontáneamente y de paralizar el ejercicio de los otros.

"Al margen de la doctrina de la división de poderes, la jurisdicción pasa a considerarse como una función pública, atribuida normalmente al Estado (aunque pueda haber también jurisdicciones supra, extra e infraestatales), lo que explica la inclusión de las normas básicas a ellas referentes en los textos constitucionales de cada país.

"Suele considerarse a la función jurisdiccional como independiente en el sentido de que su ejercicio se halla sometido tan sólo a la ley.

"Mas esta nota de independencia, reflejo de la teoría de la separación de poderes, no hace más que traducir en un término equívoco la naturaleza de la jurisdicción como institución específica, esto es, no dedicada típicamente sino a la realización del fin que le es propio.

"La especificidad de la jurisdicción supone, de un lado, que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde privativamente a los órganos jurisdiccionales

les.

"la jurisdicción se perfila así como una función única y exclusiva, dualidad de caracteres que garantiza su esencial imparcialidad"(49)

La jurisdicción proviene del Estado, el cual la ha elevado a una función pública propia de él, por lo que, el Estado sufre políticamente una división de poderes, surgiendo estos órganos como entes autónomos, pero sin dejar de constituir la unidad, ya que los mismos están ligados entre sí.

Es decir: "En el Estado moderno las diversas -- funciones aparecen englobadas en tres grandes grupos, -- que son conocidos con los nombres de función legislativa, función administrativa y función jurisdiccional. En principio se pretendió que las tres funciones correspondieran a órganos asimismo diferenciados; éste era el ideal teórico del principio de división de poderes. Pero dicho ideal era de todo punto irrealizable, en cuanto las tres funciones se atribuían a un mismo sujeto: el Estado. De ahí que se produzcan constantes interferencias entre los órganos, que nunca poseen una única función sino varias. El órgano puro por excelencia, el encargado de la función jurisdiccional, lleva paradójicamente el nombre de Administración de justicia. El criterio de los órganos -- no basta para distinguir las funciones.

"De ahí que la distinción entre las diversas -- funciones de un mismo Estado resulte en ocasiones difi--

---

(49) GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 3a. Edición, Tomo I, 1968, -- pág.104

cil y borrosa. La dificultad es bastante grave y aun controvertida en lo que respecta a la distinción entre Jurisdicción y Administración.

"La semejanza es notable entre ambas funciones, en cuanto constituyen la actuación concreta del Estado frente a la actuación abstracta reflejada en la legislación; y en cuanto el Estado moderno va ensanchando cada vez más el campo de la Administración, que invade terrenos tradicionalmente reservados a los órganos jurisdiccionales.

"Para la Administración el derecho es ciertamente un medio que facilita su actuación y al propio tiempo la limita; la Administración, incluso cuando actúa discrecionalmente, no se limita a efectuar una obra creadora, sino que aplica y crea derecho al mismo tiempo y en todos los casos.

"La actuación de los tribunales tiene por fin la actuación del derecho, mientras que la de los órganos administrativos está encaminada a la realización de intereses públicas.

"En realidad, cuando los gobernantes instituyen órganos encargados de hacer justicia, se proponen que reine la paz pública, garantizando un apaciguamiento obligatorio de las conductas que podrían perturbar esta paz e impidiendo que los recalcitrantes causen daño"(50)

Dentro del Estado y más aún dentro del Poder Ejecutivo, encontramos que éste tiene en su reglamenta--

(50) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, Ediciones Ariel, 1969, págs.52-55-58-59

ción el derecho administrativo, que es el conjunto de -- normas que le sirven como instrumento para gobernar, dentro de los cuales contiene procedimientos similares a -- los que desempeña el Poder Judicial, y los cuales tienen a su vez la facultad de la jurisdicción, lo cual viene a crear confusiones, ya que la jurisdicción es única y proviene del Estado; nace precisamente, con el objeto de solucionar los conflictos que se susciten entre los particulares, en cambio en la función administrativa, el órgano público que interviene para conocer y solucionar la controversia planteada, es también parte dentro del proceso.

Por lo que para precisar la naturaleza jurídica de la jurisdicción debemos diferenciar de entre el acto-jurisdiccional y el acto administrativo.

Carnelutti, citado por Pallares(51), dice que:-- "Lo propio del acto jurisdiccional radica en la función que realiza de componer litigios mediante el proceso, o lo que es igual, declarar el derecho de las partes y poner fin a la cuestión litigiosa. Mientras que en el acto administrativo, la autoridad obra y manda para 'el desenvolvimiento de un interés en conflicto', en el jurisdiccional, lo hace para la composición del conflicto. Además, la autoridad administrativa 'es uno de los sujetos en conflicto' cuando obra como tal, mientras que la judicial se halla 'sobre los sujetos en conflicto', ejerce sobre ellos jurisdicción. La autoridad administrativa, -

(51) PALLARES, Eduardo, Op.cit., pág.77

es parte en el conflicto, mientras que el juez y los tribunales no lo son, sino que actúan con poder sobre las partes en conflicto"

"La función jurisdiccional es la que mejor define al carácter jurídico del Estado.

"Algunos pretenden que ella pueda asimilarse a la legislatura en cuanto en ausencia de una norma legal el juez crea el derecho, o a la administrativa en cuanto aplica la ley; pero con sólo enunciar sus caracteres diferenciales se pone en evidencia que se trata de una función específica.

"En la función administrativa también el Estado se substituye a la actividad individual, pero mientras la jurisdicción tiene por objeto la tranquilidad social por el mantenimiento del orden jurídico que determina -- los derechos y las obligaciones de los individuos, tutelando en consecuencia, intereses privados, en aquélla el Estado provee a sus propios intereses, que son los de la colectividad, es decir, que no desarrolla una actividad-jurídica, sino meramente ejecutiva"(52)

La naturaleza jurídica de la jurisdicción, viene siendo entonces; la potestad para conocer y decidir -- sobre las pretensiones que hacen valer los gobernados, -- es decir, cuando se busca la tutela del Estado y éste la proporciona, desarrolla la actividad jurídica que caracteriza a la jurisdicción, para conservar la paz social y sin que éste vea por sus propios intereses, por lo que,-

---

(52) ALSINA, Hugo, Op.cit., págs.30-31

dicha actividad es una función específica dada a los órganos encargados de la administración de justicia.

## 5. OBJETO

La jurisdicción normalmente se establece, por el Estado, para restablecer, entre los individuos, el equilibrio jurídico violado.

La obligación de decidir sobre determinada situación jurídica controvertida es común al juez, ya que éste, con la fuerza vinculativa que tiene sobre las partes, impone sus determinaciones, con el objeto de solucionar el conflicto de intereses presentado por las partes en el proceso.

"En el proceso jurisdiccional la finalidad que relaciona los diversos actos es la solución de una controversia entre partes que pretenden, en posiciones antagónicas, que se les resuelva favorablemente a sus respectivas reclamaciones, deducidas ante un órgano que ejerce facultades jurisdiccionales.

"A su vez, el desempeño de facultades jurisdiccionales entraña una aptitud legal para aplicar la norma jurídica general, abstracta e impersonal, a situaciones concretas en controversia, para determinar quién tiene la razón total o parcial, entre las partes que han deducido sus pretensiones ante el órgano estatal facultado para resolver el litigio"(53)

---

(53) ARELLANO GARCIA, Carlos, Op.cit., pág.9

"En el ejercicio de la función jurisdiccional, el Estado, obra y actúa, finalmente, para asegurar y garantizar el vigor práctico del derecho, para quienquiera y contra cualquiera que fuere (aun contra sus propios oficios, si es necesario), promoviendo y controlando su observancia, o reprimiendo los hechos cometidos, o poniendo (o constriñendo a poner) remedio a las consecuencias de eventuales transgresiones.

"También (y más que nunca) en este campo, obra el Estado según el derecho, observándolo o aplicándolo"-(54)

En consecuencia, "La jurisdicción tiene por objeto la realización de los intereses que el derecho objetivo tutela cuando esta resulta ineficaz, o sea cuando las normas generales de conducta mediante las que el derecho provee a la garantía de aquellos intereses, encuentran por algún motivo obstáculos para su efectiva actuación.

"La jurisdicción es por consiguiente, una de las formas de tutela de intereses, en la que el juez viene a complementar la función del legislador, actuando como su longa manus"(55)

Se ha anticipado claramente, que el objeto de la jurisdicción, consiste en definir y ejecutar el derecho, aplicando las normas jurídicas preexistentes al ca-

(54) REDENTI, Enrico, Derecho Procesal Civil, Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, 1957, pág.6

(55) ALSINA, Hugo, Op.cit., pág.542

so concreto controvertido, o bien, extrayendo del asunto específico, las consecuencias prácticas derivadas del mismo.

En efecto, la declaración o la realización coactiva y concreta de los intereses protegidos en abstracto por las normas de derecho objetivo, es el objeto de la jurisdicción, ya que la misma cuando, por incertidumbre o inobservancia de las mismas normas, no quedan satisfechos por aquellos a quienes las normas jurídicas se refieren, interviene el Estado a través de la jurisdicción con el objeto preciso de hacer cumplir dichas disposiciones, para mantener el orden jurídico.

Por lo tanto, lo específico y primordial de la jurisdicción es proteger y tutelar los derechos objetivos de las personas, lo cual se lleva a cabo, cuando en el juicio se dice el derecho y se condena a alguna de las partes a que le reintegre a la otra el derecho violado, es decir, que le repare la lesión causada, con la amenaza de que el Estado lo hará cumplir por la fuerza-- si éste no cumpliera con la determinación voluntariamente.

## 6. LIMITES DE LA JURISDICCION

La jurisdicción en un principio fue bastante amplia, ya que no habia límite alguno que la restringiera, a excepción del límite por territorio, por que sólo se podía aplicar dentro de un Estado determinado, pero aún así, a través de la llamada jurisdicción voluntaria los-

individuos (comúnmente los peregrinos o los comerciantes) sometían sus conflictos a personas que se encontraban en sus caminos, las cuales podían ser o no vecinos o ciudadanos de donde se encontraban, de lo cual si eran personas extranjeras, por regla general no podían declarar el derecho, pero, como acto de voluntad que era el sometimiento de las partes a que esta persona resolviera su conflicto, sí se podía declarar el derecho, quedando las partes vinculadas a cumplir la determinación dada.

Con el paso del tiempo los estados fueron delimitándose cada vez más, poniendo límites en sus fronteras, por lo que, fue difícil pasar de un Estado a otro sin tener la autorización correspondiente, por lo que, se fue constriñendo dicha excepción a la jurisdicción, en la actualidad solamente a través de tratados internacionales se puede cumplir ciertas determinaciones en otro estado si así lo han pactado y hay reciprocidad, por lo tanto dicha excepción a desaparecido, quedando plenamente constituido el límite de la jurisdicción, de no ventilarse ningún asunto por persona distinta del Estado en donde se encuentre.

La jurisdicción, que había nacido libre y sin barreras de ninguna especie, con el paso del tiempo a ido reglamentándose, y por consecuencia, poniéndole ciertas barreras o límites, hasta lo que conocemos en la actualidad, donde la jurisdicción no puede promoverse si no está debidamente reglamentado el derecho objetivo vio lado, así como el procedimiento a seguir, y se le otorgue competencia a determinada persona para que conozca -

del asunto.

"La actividad jurisdiccional está sometida en su ejercicio a determinados límites que, por la función que desempeñan, puede ser configuradas como límites de la jurisdicción.

"La fijación de estos límites tiene extraordinaria importancia porque sirven para trazar la esfera de atribuciones que corresponde in genere a los órganos jurisdiccionales; así, el juez o tribunal que entiende en un litigio fuera de dicha esfera, es decir, rebasando los límites jurisdiccionales, no desarrolla una actividad válida, precisamente por incurrir en un exceso o dar lugar a un defecto de jurisdicción"(56)

Los autores de la ciencia procesal, han clasificado de diversas formas a los límites de la jurisdicción, así tenemos a Gómez Lara(57), que clasifica a los límites, siguiendo el criterio de los alcances que pueda tener la jurisdicción, en: límites objetivos y límites subjetivos.

La consideración sera de tipo objetivo, cuando: "Se está reflexionando sobre los objetos que pueden abarcar la función jurisdiccional... por lo que este enfoque nos lleva al problema de la competencia, o sea al problema de los límites de la función jurisdiccional en razón de los objetos sobre los cuales esta función puede recaer.

(56) GUASP, Jaime, Op.cit., pág.108

(57) GOMEZ LARA, Cipriano, Op.cit., pág.118

"Los límites subjetivos se enfocan hacia los sujetos de derecho que pueden ser sometidos a la función jurisdiccional. Por regla general, la jurisdicción del estado puede someter a todos los individuos que estén dentro del territorio mismo del estado y, en algunas ocasiones limitadas y excepcionales se puede hablar de una extraterritorialidad de la función jurisdiccional, como en el caso de la extradición":(58)

En cuanto a los límites subjetivos de la jurisdicción, se han originado dos excepciones a la regla general, de que todos los individuos que estén dentro del Estado queden sometidos a la jurisdicción y estas excepciones son: la inmunidad y el fuero.

La inmunidad se refiere al respeto diplomático que tienen los estados a la soberanía de cada uno de ellos, por lo tanto los Jefes de Estado y agentes diplomáticos, quedan excluidos de la jurisdicción del Estado que visiten o en él tengan reconocidas sus cartas credenciales de permanencia en ese país.

El fuero, es la protección que tienen algunos funcionarios para no ser sometidos a la jurisdicción y puedan así desempeñar libremente las funciones encomendadas por la constitución.

Guasp(59), ha clasificado de un modo similar a los límites de la jurisdicción; señalando como tales a: límites de la jurisdicción en cuanto a los sujetos, objeto, por razones de espacio y por razones de tiempo.

(58) Ibíd.

(59) GUASP, Jaime, Op.cit., pags.108-110-112

"Los límites en relación con los sujetos exigen que las personas que intervienen como partes en un proceso no estén sustraídas al ámbito de la jurisdicción. La regla general es que todos los súbditos españoles estén sometidos a la jurisdicción española.

"Los límites en relación con el objeto, imponen trazar una línea divisoria entre las materias que, por su naturaleza, pertenecen al ámbito de la jurisdicción civil y las materias que exceden de dicho ámbito. En principio, la jurisdicción civil se delimita objetivamente comprendiendo todas y solo las pretensiones de esta clase. O sea que abarca todas las pretensiones fundadas en normas de derecho privado; no sólo las civiles stricto sensu, sino también en otras.

"Por razón del lugar (o espacio) existen límites de la jurisdicción, en cuanto que ésta no puede conocer de las pretensiones que se formulen fuera del espacio que determina la extensión geográfica de la soberanía del Estado.

"Por razón del tiempo, existen límites en la jurisdicción, en cuanto que ésta sólo puede intervenir en tanto estén vigentes las normas a que su implantación se debe; dada la tendencia permanente de dichas normas, estos límites suelen carecer de importancia, pero no es frecuente el caso de que el propio ordenamiento jurídico señale límites temporales para el ejercicio de una actividad jurisdiccional, sobre todo tratándose de jurisdicciones especiales"

En una forma más general y siguiendo el crite--

rio de la competencia como límite de la jurisdicción. Becerra Bautista(60), nos dice: "Llamese competencia al límite de la jurisdicción. Esa limitación surge de la necesidad de hacer posible la administración de justicia ya que humanamente es imposible que un solo hombre resuelva todas las controversias que se presenten en un Estado de terminado"

(60) BECERRA BAUTISTA, José, Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil, México, Ediciones de América Central, 2a.Edición, 1970, pág.39

### CAPITULO III. DIVISION DE LA JURISDICCION

Tratándose de intereses privados, el litigio -- tiene diferentes formas de solución, antes de que se le de intervención al Estado, (quedando excluida la violencia por propia mano), como idea primaria, tenemos, la su misión voluntaria del obligado, dando paso al reconoci-- miento y reparación de la obligación.

Cuando las fuerzas morales están equilibradas -- la solución del conflicto lo hacen las partes a través -- de una transacción o contrato, con lo cual al principio -- pueden estar de acuerdo y posteriormente entrar en desa-- cuerdo, en lo transado o acordado, dicha solución, enton-- ces quedará en manos de un tercero, que solucionará la -- contienda, por medio del arbitraje.

Cuando no hay ningún acuerdo sobre los hechos, -- ni sobre el modo de solucionar la controversia, el único camino que queda es, solicitar la intervención del Esta-- do, para que este a través de sus órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional, resuelvan el conflic-- to conforme a la ley.

La jurisdicción, se considera como única y ex-- clusiva del Estado, dualidad de caracteres que garanti-- zan la imparcialidad del juzgador.

La función jurisdiccional es una, ya que, como-- poder emanado del Estado, no se puede dividir, ni dele-- garse en personas que no pertenezcan a los órganos espe-- cíficamente señalados para ello. Esto no quiere decir -- que, cuando se da la misión de la admistración de justi

cia a varios órganos, a los que se les atribuye materias distintas y se les marcan diferentes reglas de actividad, no pueda hablarse de diferentes clases de jurisdicción.- Cabe decir que los jueces menores, de primera instancia, Magistrados y Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tienen la misma jurisdicción, con todos sus elementos que la caracterizan, para el conocimiento, resolución y cumplimiento de sus determinaciones, en los asuntos que la ley les ha atribuido.

Es válido mencionar que las resoluciones de los jueces en general, son actos de voluntad del propio Estado, ya que se actúa en nombre de este, por consiguiente se crean derechos y obligaciones en favor o a cargo de las partes.

La jurisdicción se ha dividido real y teóricamente, es decir, realmente se ha dividido, en virtud de que, el Estado ha delegado las funciones jurisdiccionales en diferentes órganos, reglamentándolos con procedimientos autónomos; se puede afirmar que tal división se ha hecho para que el juzgador sólo conozca de una determinada materia y se cumpla con el principio de que, la justicia debe ser pronta y expedita, aparte, de que, la persona que se encuentre como titular del órgano específico para decir el derecho, no podría conocer la extensa gama de ramas que tiene el derecho para aplicarlo, por lo que, en un sentido práctico se ha hecho la división de la jurisdicción por materias, pero al final, dicha división constituye la unidad en lo jurisdiccional, por ser un poder emanado del Estado.

Teóricamente se ha dividido la jurisdicción, -- por los estudiosos de la ciencia procesal, para tener un mejor panorama de éste concepto fundamental y poder explicarlo mejor. De aquí que por razón a la materia, la jurisdicción se ha clasificado en jurisdicción civil ( -- considerándose las contencioso-administrativa, comercial y laboral) y jurisdicción penal.

La jurisdicción civil a su vez se ha dividido -- en jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa.

#### 1. JURISDICCION VOLUNTARIA

Se ha tratado de llamar a la jurisdicción voluntaria de diferentes formas, pero sin llegar a conseguir dicho cambio, así, tenemos denominaciones como jurisdicción graciosa, que en el derecho romano significaba, la actividad que el tribunal cumple por gracia o favor, pero no son actividades peculiarmente suyas, rebasando, -- por lo tanto, la esfera de sus atribuciones, que normalmente es decir el derecho.

Otra denominación que se le da a la jurisdicción voluntaria, es la de jurisdicción honoraria, siendo esta una forma puramente adornada; la idea al respecto -- es de que el juez actúa en asuntos no contenciosos, pero surge otro problema, que es la confusión que se crea con los tribunales de honor.

En la actualidad se le ha tratado de designar -- a la jurisdicción voluntaria como procedimiento no contencioso, tratando de esta manera, de que toda contienda

o controversia quede fuera de este procedimiento y por lo tanto de la jurisdicción no contenciosa.

Término no muy adecuado, toda vez que, dentro de la verdadera actividad en los procesos jurisdiccionales, se dan casos de no existir contienda alguna, como en el caso de los juicios seguidos en rebeldía.

La jurisdicción voluntaria es un término que se le da a los juicios donde no existe controversia alguna o que las partes se someten libremente a dicha jurisdicción; denominación que nos viene de milenios de años; -- término que es imposible cambiar de un momento a otro, -- por lo que, con justa razón nuestro Código Procesal, ha tomado dicho nombre y no lo cambiará hasta que no se encuentre una denominación más adecuada.

Algunos autores han opinado que la mejor manera de afrontar el problema es de excluir del Código Procesal la materia de la jurisdicción voluntaria y dársela a los fedatarios para que estos la resuelvan.

La opinión dominante al respecto de que si la materia de la jurisdicción voluntaria debe salir del Código de Procedimientos, es de que, la jurisdicción voluntaria nació para defender los intereses de los individuos desvalidos, los cuales podían perder las pocas cosas que tenían, y era menos factible que comprometieran sus fortunas cuando sometían sus pretensiones a un juez, que era quien resolvería sus problemas, por lo tanto, la misma situación ha prevaletido hasta el momento, ya que los actos de jurisdicción voluntaria que se reglamentan en el código de la materia son para proteger ciertos in-

tereses y que el legislador ha querido resolver con intervención de los jueces, a través de una resolución judicial, no obstante, que no exista controversia alguna, por lo que, en definitiva no se puede excluir del Código procesal la materia de la jurisdicción voluntaria.

A la jurisdicción voluntaria, se le ha tratado de definir de diferentes formas, así tenemos que para Caravantes(61) "La jurisdicción voluntaria es la que -- ejerce el juez sin las solemnidades de juicio, por medio de su intervención en un asunto o que por su naturaleza o por el estado en que se halla, no admite contradicción de parte"

Para Escriche, citado por Pallares(62), nos dice: "Llámesese así por oposición a la contenciosa, la que se ejerce por el juez en las demandas, que ya por su naturaleza, ya por razón del Estado de las cosas, no admiten contradicción"

El punto característico de estas definiciones es, de que, se habla de la jurisdicción donde no existe o no se promueve cuestión alguna entre las partes que intervienen, pero hay la intervención directa del titular del órgano jurisdiccional.

Otras definiciones ven a la jurisdicción voluntaria desde el punto de vista de la solicitud que hacen las partes al juzgador para darle legalidad a los actos que realizan, así tenemos que la jurisdicción volunta--

---

(61) DE VICENTE Y CARAVANTES, José, Op.cit., pág.121

(62) PALLARES, Eduardo, Op.cit., pág.646

ria desde este punto de vista se ha definido como la -- que: "Se ejercita a solicitud de una o más personas que necesitan darle legalidad a una actuación o precisión -- a un derecho, sin que exista desacuerdo al hacer tal solicitud, es decir, que se ejercita inter volentes"(63)

Autores como Japiot, mencionado por Medina Lima(64), define a la jurisdicción voluntaria desde el -- punto de vista de su naturaleza jurídica, diciendo que: "Acto de jurisdicción graciosa es un acto que tiene apariencia de sentencia porque emane de un magistrado ordinariamente encargado de ejercer jurisdicción contenciosa, pero en el fondo es un acto administrativo".

Como observamos, hay tantas definiciones acerca de la jurisdicción voluntaria como autores que la estudian, así tenemos que para Grispini, citado por Pallares(65), "La jurisdicción voluntaria consiste en una actividad objetivamente administrativa, sustraída a los -- órganos de la administración por razones de garantía".

Por último tenemos a una de las definiciones -- más completas acerca de la jurisdicción voluntaria y es ta es la que nos señala Guasp(66), al decir que: "La jurisdicción voluntaria es la administración judicial del derecho privado, y que la idea esencial de esta juris--

(63) DEVIS ECHANDIA, Hernando, Tratado de Derecho Procesal Civil, Bogotá, Editorial Temis, 1961, pág.195

(64) MEDINA LIMA, Ignacio, Op.cit., pág.289

(65) PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, "Jurisdicción Voluntaria", México, Editorial Porrúa, 1979, pág.515

(66) GUASP, Jaime, Op.cit., pág.956

dicción es la de recoger en concepto único, todas las - funciones en que el órgano de la jurisdicción actúa como administrador, pero como administrador de derecho -- privado, esto es, realizando acerca de las relaciones - jurídicas de derecho privado cometidos que no son jurisdiccionales, sino administrativos!"

Podemos observar de todas estas definiciones - dadas por los diferentes autores, aunque varían en cuanto al punto de vista de donde emiten su opinión, todas convergen en el punto de que en la jurisdicción voluntaria no existe controversia alguna entre partes, pero se busca la protección que otorga la ley, por medio de la determinación que dicte el juzgador.

El Código de Procedimientos Civiles vigente en su artículo 893, plasma la definición legal acerca de - la jurisdicción voluntaria, la cual a la letra dice: "- La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas"

Definición que en su mayor parte proviene de - la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, ya que esta -- ley define a la jurisdicción voluntaria en el artículo - 1.207, el cual señala que: "Son actos de jurisdicción - voluntaria todos aquéllos en que sea necesario o se solicite la intervención del juez, sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas: tales son el nombramiento de tutores, aper-

tura de testamento, la adopción, etc"(67)

Se ha planteado el problema de que si la jurisdicción voluntaria es o no jurisdicción, es decir, la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria; ha sido definida como un acto administrativo, proveniente de la autoridad judicial, ya que en la misma no existe controversia alguna; esencia de la verdadera jurisdicción.

"Sin dejar de ser un acto de autoridad, cualquiera de jurisdicción voluntaria, puesto que al realizarlo no prescinde de su investidura, ni de su imperio, ni de ninguna de sus facultades, y puede hacer cumplir sus determinaciones, igual que en el ámbito del proceso mismo, toma el carácter de administrativo, porque al no haber controversia, no puede formarse litis alguna, y, en consecuencia, no da lugar a decidir nada, a no ser una eventual incidencia que no entrañe propiamente resolución de un punto que sea o pueda hacerse litigioso.

"En esta forma de llamar jurisdicción a la intervención del juez en ciertos actos de estructura legal, se involucra lastimosamente la naturaleza intrínseca del cometido o misión estatal de decir o declarar el derecho, o sea cuando el derecho alcanza la categoría de la cosa juzgada, que es en lo que únicamente puede consistir la jurisdicción, con otros atributos no jurisdiccionales de que las leyes suelen investir al juez, -

---

(67) DE VICENTE Y CARAVANTES, José, Op.cit., pág.121

por la cercanía de los actos que se le piden y realizá- legitimamente, con el desarrollo de una controversia, - si se toma en consideración que aquéllos nada tienen en sí mismos de jurisdiccionales"(68)

La tendencia que prevalece sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, es de que no es jurisdicción, porque tal denominación ha sido reserva- da a la función estatal para que se aplique la ley gene- ral al caso concreto controvertido, con el afán de so- lucionarlo o dirimirlo, lo que, en este extremo no se - da en la jurisdicción voluntaria.

En definitiva se trata de una actividad de na- turaleza administrativa, que por razones de política ju- dicial se encomienda a los órganos jurisdiccionales, pa- ra que certifiquen, den fe, y más que nada, es un requi- sito formal que da autenticidad y legalidad a los actos o hechos que las personas presentan ante el juez.

Arellano García(69) considera que: "La juris- dicción voluntaria en sentido estricto, material, no es jurisdicción pues, fundamentalmente en ella es que se - diga el derecho frente al antagonismo entre partes plan- teado ante el juzgador.

"Sólo podría considerarse jurisdicción desde - el punto de vista formal o sea, del órgano que intervie- ne. Aquí sí se requiere la intervención del juez; por - tanto, se trata de una función jurisdiccional desde el-

(68) DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo, Op.cit., págs.461-463

(69) ARELLANO GARCIA, Carlos, Op.cit., págs.348-349

punto de vista formal, aunque, desde el punto de vista material, estamos en presencia del desarrollo de una -- función administrativa.

"Por otra parte la llamada jurisdicción voluntaria, quien la promueve, no lo hace por expresión volitiva libre o 'voluntaria' sino que lo hace porque se ve precisado a hacerlo. Hay un forzamiento de su voluntad -- pues, si no promueve la jurisdicción voluntaria no obtiene el resultado de certidumbre jurídica o de ventaja jurídica que arrojará la tramitación administrativa respectiva."

Algunos otros autores han tratado a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria como actividades cuasi administrativas, por no ser actos puramente administrativos y derivados de actos judiciales, sino -- que estos actos quedan intermedios entre los administrativos y los judiciales.

"Prieto Castro sostiene que ni la posición que atribuye a la jurisdicción voluntaria naturaleza verdaderamente jurisdiccional ni la que se la niega son convincentes. A su entender 'la jurisdicción voluntaria es una esfera con un sector de actividades que pudiera estimarse cuasi administrativas, a causa de los principios en que se inspira'"(70)

Se le da una naturaleza jurídica especial sui generis que no puede adecuarse o identificarse a los actos administrativos ni a los actos meramente jurisdic--

---

(70) DE PINA, Rafael, y CASTILLO LARRAÑAGA, José, Op.-- cit., pág.79

cionales.

En conclusión, se ha afirmado que la típica jurisdicción voluntaria no es un acto jurisdiccional, sino acto de simple administración, que por circunstancias especiales e históricas se atribuyen a los jueces, cuyas resoluciones, emanadas por éstos, no afectan derechos de terceros, por lo que, la única, verdadera y genuina jurisdicción es la contenciosa.

"El litigio, es un elemento necesario para la existencia del proceso, y por lo tanto, para el desempeño o desarrollo de la función propiamente jurisdiccional, ya que la jurisdicción siempre recae sobre una controversia.

"La expresión 'jurisdicción voluntaria', sin embargo, sigue siendo sumamente utilizada y con ella se quiere aludir a una serie de gestiones o de tramitaciones, en las cuales no hay litigio y que se desenvuelven o desarrollan frente a un órgano judicial, el que interviene a petición de algún sujeto de derecho, con el objeto de examinar, certificar, calificar o dar fe de situaciones"(71)

## 2. JURISDICCION CONTENCIOSA

La jurisdicción contenciosa, como observaremos más adelante, se caracteriza por la existencia de un conflicto entre partes y cuyo conflicto será sometido -

---

(71) GOMEZ LARA, Cipriano, Op.cit., pág.115

ante el órgano encargado de la administración de justicia, para que aplique la ley general al caso concreto controvertido, con la finalidad de solucionarlo o dirimirlo, es decir, el juzgador resolverá el asunto sometido a su competencia, condenando o absolviendo al demandado de las pretensiones del actor; dicha resolución tendrá el carácter de obligatoria, ya que el juez hará cumplir sus determinaciones por la fuerza, si las partes no las acataran voluntariamente.

"El adjetivo calificativo 'contenciosa' deriva de la expresión 'contención' que significa, en la acepción usada, lucha, batalla, combate, enfrentamiento, litigio, controversia, pugna, y, en suma, alude a la presencia necesaria de una situación concreta en la que los sujetos reclaman hechos y derechos en posición de antagonismo"(72)

La jurisdicción contenciosa, diametralmente opuesta a la jurisdicción voluntaria, debe enfatizarse que, es menester la existencia de la controversia entre partes que originará el típico desempeño de la función jurisdiccional desde el punto de vista material, aunque desde el punto de vista formal fuera cualquier otro órgano del Estado, y no el poder judicial, quien desempeñara la función jurisdiccional, por lo tanto, la jurisdicción contenciosa es la típica jurisdicción.(73)

La jurisdicción ha aparecido como la suma de -

(72) ARELLANO GARCIA, Carlos, Op.cit., pág.349

(73) Ibidem, pág.348

cuatro elementos; dos subjetivos que son: las partes -- las cuales solicitan justicia exponiendo sus pretensiones y el juez, quien conocerá del asunto para decidirlo o resolverlo. Y dos elementos objetivos que son: el litigio que refleja las pretensiones de los contendientes y el proceso que encausa las pretensiones para su resolución.

La jurisdicción como género ha sido fuertemente estudiada y definida por los estudiosos de la ciencia jurídica, pero como especie la jurisdicción en este caso la contenciosa, los estudiosos la han olvidado, -- cuando la tratan lo hacen refiriéndose a lo contrario -- de la jurisdicción voluntaria; por lo tanto, se estudia a la jurisdicción contenciosa como el género y no como la especie.

Autores como Pallares(74) ha tratado de estudiar a la jurisdicción contenciosa como especie, dando la siguiente definición acerca de la misma, como sigue:-- "La jurisdicción contenciosa es la que ejerce el juez -- sobre intereses opuestos y contestaciones contradictorias entre particulares, determinándolas con conocimiento legítimo de causa o por medio de la prueba legal"

El mismo autor sigue diciendo que: "La jurisdicción contenciosa se ejerce inter invitos, es decir, -- entre o sobre los que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad a -- instancias o a solicitud de alguno de ellos; y por eso--

---

(74) PALLARES, Eduardo, Diccionario..., pág.509

se llama contenciosa, tomando su nombre de la contención o disputa que siguen ante el juez sobre derechos, o delitos en partes contrarias"(75)

En la definición que ha dado este autor, apreciamos la integración del elemento diferencial y primordial de la jurisdicción contenciosa, que es precisamente la contienda o controversia suscitada entre partes, es decir, el antagonismo que presentan los particulares al defender sus derechos.

Becerra Bautista(76) trata de definir a la jurisdicción contenciosa, pero sin lograr su objetivo, ya que, sólo lo que hace es diferenciarla de la jurisdicción voluntaria, al decir que: "...en la contenciosa -- existe una contienda de partes, que se inicia mediante el ejercicio de una acción, continúa citando a la contraparte, aduciendo pruebas, produciendo alegatos y que concluye mediante sentencia que resuelve, vinculativamente, la controversia"

Hemos constatado claramente que la jurisdicción tiene como elemento principal, los intereses opuestos entre partes, donde el juzgador a través del conocimiento de las pretensiones, podrá dictaminar a favor de quien le asista la razón y el derecho, aplicando en su caso las normas jurídicas preexistentes. Por lo que, sólo en la jurisdicción contenciosa, se aprecia la existencia del derecho y éste alcanza en la jurisdicción su

(75) PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal..., pág.636

(76) BECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., pág.12

máximo valor en cuanto es la resolución de un problema-concreto.

El derecho procesal, es parte o constituye una rama de la ciencia jurídica. Estudia el conjunto de normas jurídicas, es decir, el derecho positivo, normas -- procesales que, entre otros ordenamientos o legislación general, se encuentran en los códigos de procedimiento, que regulan el proceso, puesto que éste es el objeto de conocimiento regido por las normas del derecho procesal; por cuyo medio el Estado, ejercitando la función jurisdiccional, asegura, declara o realiza el derecho. No se concibe hoy sino al Estado investido de la potestad de conocer y fallar los asuntos (jurisdictio) por intermedio de sus órganos preordenados y de conformidad con el régimen jurídico preexistente.(77)

"La jurisdicción está comprendida dentro del - proceso, porque , no puede haber proceso sin jurisdicción y, a su vez, no puede haber jurisdicción sin acción.

"La culminación de la función jurisdiccional - es la propia sentencia, y la opinión dominante en la -- doctrina sostiene el carácter jurisdiccional de esta última"(78)

Se ha dicho en repetidas ocasiones que la finalidad de la jurisdicción es la solución de las controversias que se suscitan entre las partes, que pretenden

(77) EDUARDO B., Carlos, Op.cit., pág.30

(78) GOMEZ LARA, Cipriano, Op.cit., pág.111

en posiciones antagónicas que se les resuelva sus pretensiones favorablemente. "A su vez, el desempeño de las facultades jurisdiccionales entraña una aptitud legal para aplicar la norma jurídica general, abstracta e impersonal, a situaciones concretas en controversia, para determinar quién tiene la razón total o parcialmente, entre las partes que han deducido sus pretensiones ante el órgano estatal facultado para resolver el litigio!"(79)

Para llegar al objeto de la jurisdicción contenciosa, se tienen que agotar una serie de actos o pasos necesarios, los cuales están enmarcados dentro de un procedimiento, hasta la determinación que emita el juez, a cuya determinación se le ha denominado como sentencia, y es aquí donde encontramos plasmada a la jurisdicción, ya que la misma tiende a la resolución de los problemas existentes en la sociedad, y en la sentencia es donde da la razón y el derecho a quien la demuestra fehacientemente.

### 3. DIFERENCIAS ENTRE LA JURISDICCION VOLUNTARIA Y LA JURISDICCION CONTENCIOSA

Dentro de la conformación de la jurisdicción, hemos visto que, a través de la historia, se ha ido dividiendo, en cuanto a que las necesidades de justicia de los pueblos fueron creciendo, por lo que, el Estado-

---

(79) ARELLANO GARCIA, Carlos, Op.cit., pág.9

como detentador del poder, y en ejercicio de sus facultades, crea órganos encargados de la administración de justicia. Este simple hecho, no basta para la satisfacción de las necesidades de los individuos, porque, con el paso del tiempo se vuelven los procedimientos lentos y tediosos a raíz del crecimiento de las controversias, además de que no en todos los casos podría hablarse de verdaderos litigios, sino que son solicitudes o peticiones de particulares, para que se les dé fe o se certifiquen ciertos actos o hechos que ellos realizan, con lo cual al someter dicha situación ante el juzgador, se está en presencia de una nueva situación jurídica, a lo que ahora conocemos como jurisdicción voluntaria.

En un principio, confundieron a la jurisdicción contenciosa y a la jurisdicción voluntaria, porque, solamente se hablaba de un sólo género que era el de jurisdicción simplemente, pero aun así, desde la época romana, surgieron ciertos rasgos de distinción entre una y otra, de donde podemos destacar como aspectos diferenciales entre ambas jurisdicciones, las siguientes: "a) El magistrado puede intervenir en las cuestiones de jurisdicción voluntaria en el teatro, en su casa o en cualquier otro lugar; en la contenciosa sólo en el recinto del tribunal; b) la presencia de los lictores con sus hachas es obligatoria en la contenciosa o innecesaria en la voluntaria; c) el magistrado puede actuar en la voluntaria aun fuera del territorio de su jurisdicción, lo que está prohibido en la contenciosa"(80).

(80) CUENCA, Humberto, Op.cit., pág.3

Realmente, estas diferencias no eran de esencia, sino más que nada, eran en cuanto a los formulismos que se llevaban para la impartición de justicia, ca-  
bría mencionar, que sólo se distinguía de entre los procesos solemnes y los procesos no solemnes, quedando la jurisdicción voluntaria como una figura correlativa de la jurisdicción contenciosa.

Conforme transcurre el tiempo y se eliminan la cantidad de leyes y códigos dispersos y sin aplicación; para crear verdaderas leyes procesales, se siguió aplicando la doctrina romanística acerca de la jurisdicción.

Con la creación de los verdaderos códigos procesales, se estudió a fondo sobre los actos o hechos -- que en sí no constituían litigios, pero que eran sometidos ante los jueces; se distinguió, por consiguiente, a la jurisdicción, ya que no se tomó como un todo o un género, sino que la dividió de acuerdo a la existencia de la controversia, en jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, diciendo que: "La jurisdicción contenciosa es la que ejerce el juez sobre intereses opuestos y contestaciones contradictorias entre particulares, de terminándolos con conocimiento legítimo de causa o por medio de la prueba legal. Y la jurisdicción voluntaria es la que ejerce el juez sin las solemnidades de juicio por medio de su intervención en un asunto, que o por su naturaleza o por el estado en que se halla, no admite - contradicción de parte"(81)

---

(81) DE VICENTE Y CARAVANTES, José, Op.cit., pág.121

Una vez delimitada la jurisdicción en contenciosa y voluntaria, se observó que, la jurisdicción voluntaria tenía una naturaleza diferente que la contenciosa, ya que el fin primordial de esta es el componer litigios, lo que no sucedía en la voluntaria, por lo que, los estudiosos del derecho, tienen una disputa, entre los que opinan que la jurisdicción voluntaria es verdadera jurisdicción y los que opinan que no lo es, hasta el momento prevalece la opinión de estos últimos autores, argumentando que la jurisdicción voluntaria no es tal, sino que constituye un acto administrativo, que por política judicial se les confiere a los jueces para que conozcan de dichos asuntos.

Esta opinión está dividida, por autores que manifiestan que, los actos de jurisdicción voluntaria no son puramente administrativos, sino más bien tienen una naturaleza muy especial o sui generis, y siguiendo la naturaleza civilista se dice entonces que, la jurisdicción voluntaria es un acto quasi o casi administrativo por ser emanado del poder judicial.

Hay muchas y muy variadas diferencias entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa, ya que es un tema apasionante, pero muy controvertido, por lo que, algunos autores ven las diferencias que hay en torno a estas clases de jurisdicción, desde diversos puntos de vista, así tenemos que por ejemplo algunos autores ven la diferencia desde el punto de vista de los sujetos que intervienen, otros lo ven desde el punto de vista del acto que se realiza (o naturaleza ju-

rídica), tomando en cuenta la existencia de la contro--  
versia, desde el punto de vista de la finalidad u obje--  
to que persiguen. Aspectos doctrinarios que hemos toma--  
do para diferenciar a ambas jurisdicciones.

La diferencia que existe entre la jurisdicción  
contenciosa y la jurisdicción voluntaria, desde el pun--  
to de vista de los sujetos que las promueven son: en la  
jurisdicción contenciosa, las personas que acuden al --  
juicio se denominan partes o sujetos de la acción y son  
las que contienden, provocando al juzgador para que les  
de la razón.

"Los sujetos de la jurisdicción voluntaria, no  
son partes, en el sentido procesal tradicional.

"En efecto, puede hablarse, sin lugar a dudas,  
de solicitantes o promoventes de las diligencias pero --  
nunca de partes en el verdadero sentido procesal.

"Quien promueve una jurisdicción voluntaria, --  
aunque esté realizando un acto de instar, no tiene la --  
triangularidad ni la proyectividad necesarias para que--  
dicho acto constituya una verdadera acción, sino una me--  
ra solicitud o petición al tribunal"(82)

La diferencia de entre estas dos jurisdiccio--  
nes desde el punto de vista de la naturaleza jurídica --  
del acto que se realiza, Couture, citado por Dominguez--  
del Rio(83), expresa que: "Los procedimientos de la ju--  
risdicción voluntaria tienen ciertos elementos formales,

(82) GOMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Méxi--  
co, Editorial Trillas, 2a.Edición, 1985; pág.241

(83) DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo, Op.cit., pág.459

pero en virtud de no adquirir (las resoluciones que se dictan por los jueces con motivo de su ejercicio) autoridad de cosa juzgada, pertenecen a la función administrativa. O sea que, a contrario sensu, la nota distintiva de la jurisdicción admisible como concepto y como -- instituto, resulta, pues, ser la facultad de decisión -- que con carácter de asequible a la categoría de verdad-legal, verticalmente irrevocable, emite el órgano jurisdicente, como culminación o corolario de la substanciación del proceso, que es lo que precisamente carece la jurisdicción voluntaria.

"Sentando que en dichos actos no ejerce jurisdicción el juez, debemos convenir así mismo, a lo que parece, en que tampoco es invariablemente voluntaria dicha despelfilada función judicial, ya que se promueve por disposición de la ley"

La diferencia que existe entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa, desde el punto de vista de la existencia de la controversia, es de que: "En la jurisdicción voluntaria no existe controversia. Los interesados acuden ante el órgano del estado -- encargado del desempeño de la función jurisdiccional para solicitarle su intervención, por derivarse del derecho objetivo la necesidad de la intervención del órgano jurisdiccional"(84), es decir, los actos de jurisdicción voluntaria, se dan cuando libremente las personas acuden al juez, por la falta de otro órgano estatal o --

(84) ARELLANO GARCIA, Carlos, Op.cit., pág.348

fedatario.

Lo que no sucede en la jurisdicción contenciosa, ya que, en ésta existen intereses opuestos y cuyo antagonismo sólo puede ser resuelto por el titular del órgano jurisdiccional.

Otra de las diferencias entre estas dos clases de jurisdicción, desde el punto de vista de la finalidad u objeto que se persigue, es de que, en la jurisdicción contenciosa se resuelve la controversia, entre partes que pretenden en posiciones antagónicas, a través de la determinación que fija el juez en la sentencia, vinculando a las partes y obligando al condenado a cumplir con dicha determinación.

En la jurisdicción voluntaria el objeto que se pretende es de que, a través de la solicitud o petición que hacen los particulares ante los órganos jurisdiccionales es de que se de fe o se certifique los actos o hechos presentados, ya que los mismos por su propia naturaleza no presentan controversia alguna y la determinación que tome el tribunal, será a través de un auto o acuerdo, lo cual no obliga como una sentencia.

Caravantes, citado por De Pina y Castillo Larrañaga(85), dice: "Las diferencias entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria en la forma siguiente: 1. la contenciosa se ejerce inter nolentes, esto es, entre personas que tienen que acudir a juicio contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas, mientras que la voluntaria se ejer-

(85) DE PINA, Rafael, y CASTILLO LARRAÑAGA, José, Op. cit., págs. 78-79

ce inter volentes, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una persona a quien importa la práctica de algún acto, en cuya contradicción no aparece interés de tercero. 2. La contenciosa se verifica con conocimiento legítimo de causa, y la voluntaria sin conocimiento de causa o con sólo conocimiento informativo, de aquí la distinción que hacen de la jurisdicción voluntaria los autores en simple y calificada, según que se necesite o no conocimiento. 3. La contenciosa se ejerce pronunciando un fallo o providencia con arreglo a lo que resulta de lo expuesto y probado por las partes, y en la segunda sólo se pide al juez la intervención de su autoridad para dar fuerza y eficacia a aquel acto. No desnaturaliza la jurisdicción contenciosa la circunstancia de que se encuentren ambas partes de común acuerdo sobre lo que determine el juez..., pues basta que un acto se entienda de jurisdicción contenciosa, que la decisión judicial dada sobre la materia sujeta al litigio tenga que llevarse a efecto en caso de que se resistiera a ello alguna de las partes, no obstante su conformidad en un principio. No sucede lo mismo respecto de la jurisdicción voluntaria, desde el momento que aparece contestación de parte; desde el instante en que a la solicitud promovida se hace oposición por alguno que tenga personalidad para formularla, se convierte en contenciosa y debe sujetarse a los tramites establecidos para el juicio que corresponda!

En sí, lo característico que diferencia a la -

jurisdicción contenciosa de la jurisdicción voluntaria es de que, en la primera se tutela y protege los derechos de las personas que han sido afectadas en sus bienes, derechos o en su integridad corporal, a través del ejercicio de este tipo de jurisdicción, ya que la controversia será sometida ante el órgano del Estado encargado de la impartición de justicia, el cual por medio de un procedimiento determinará a quien le asiste la razón y la parte contraria quedará obligada a la reparación del bien jurídico tutelado por la ley. En cuanto a la jurisdicción voluntaria, como acto administrativo, solamente se certifica o se da fe de los acontecimientos presentados por los sujetos o solicitantes, en donde no habrá condenación de ninguna índole, simplemente el juez que conozca del asunto, le dará entrada a trámite siempre y cuando sea apegada a derecho, una vez realizada la diligencia solicitada, el juez dará por concluidas las mismas, pero sin que esta resolución quede como cosa juzgada, ya que si hubiera oposición a las diligencias se tendrá que hacer valer en el juicio respectivo, cayendo en el ámbito de la jurisdicción contenciosa.

En forma más general Adolfo Schönke(86), ha hecho la diferenciación entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria, manifestando que: "En la primera sirve para el mantenimiento y fijación del orden jurídico por la protección contra su perturbación -

---

(86) SCHONKE, Adolfo, Derecho Procesal Civil, Barcelona Bosch Casa Editorial, Traducción Española de la 5a. Edición Alemana, 1950, pág.58

o amenaza, mientras la jurisdicción voluntaria atiende a su constitución por la creación de derechos, mediante la colaboración a su nacimiento, desarrollo y extinción. Esto es, ciertamente, un criterio posible para la delimitación de estos dos campos de la jurisdicción, mas no es seguido en muchos casos por la legislación vigente:

#### CAPITULO IV. PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL PARA LA OBTENCION DEL DIVORCIO

A lo largo de la historia se han considerado dos formas para concluir o de dar por terminado el vínculo matrimonial y son: la muerte y el divorcio; este último tiene dos grandes sistemas en que se ha dividido, así tenemos al divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular.

La muerte como forma de terminar el vínculo matrimonial es una causa natural lógica, ya que es el término de la vida de una persona, y no puede considerarse que el matrimonio subsista sin la presencia de alguno de ellos, es decir, el cónyuge supérstite no queda vinculado a la persona fallecida.

La institución del divorcio, nos viene desde la antigüedad; ya en la época romana se aplicaba esta figura, la cual podía ser unilateralmente solicitada, bastaba tan sólo repudiar el cónyuge a la mujer en presencia de siete testigos, para que éstos al término de la discusión entre los cónyuges, manifestaran que la mujer había sido repudiada verdaderamente por el cónyuge y por consecuencia quedaba disuelto el vínculo matrimonial que los unía.

Hubo grandes problemas al respecto, ya que, -- proliferaron los divorcios, por lo que, una corriente opositora del divorcio surgió, dándose a conocer hasta la Edad Media, a través del derecho canónico, el cual declaró que el matrimonio es indisoluble por naturaleza,

pero permitió como remedio para situaciones inaguantables "...el divortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum ('divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo'):(87)

El sistema de divorcio por separación de cuerpos, quedando existente el vínculo matrimonial, perduró a lo largo de la historia, ya que, desde la Edad Media, en que se implantó, ha pasado por las diferentes épocas y estados donde la religión católica ha dominado, uno de ellos es España, la cual mencionamos por ser la introductora de sus instituciones jurídicas en nuestro país, y en consecuencia introductora del divorcio por separación de cuerpos.

La característica principal de este tipo de divorcio es de que, el vínculo matrimonial queda subsistente a pesar de ya no cohabitar la pareja, por lo que, se continúa con la obligación de fidelidad por parte de los cónyuges y de cubrir las necesidades alimentarias por el hombre, quedando prohibido volver a contraer nupcias.

En México, en el Código Civil de 1870 y de 1884, no se acepta el divorcio vincular y en forma religiosa no superada, reglamentan el divorcio como separación de cuerpos para casos específicamente señalados.

No fue sino hasta la Ley de Relaciones Familiares, promulgada el dos de diciembre de 1917, por Venustiano Carranza, que se instituyó el divorcio vincular, es decir, había la separación de cuerpos a consecuencia

---

(87) FLORIS MARGADANT S., Guillermo, Op.cit., pág.213

de la ruptura del vínculo matrimonial, quedando los divorciantes en la aptitud de volver a contraer otro.

Así el jefe del ejército constitucionalista lo declaró en la exposición de motivos de esta ley, al señalar que: "La simple separación de los consortes, sin disolver el vínculo, única forma que permitió la Ley de catorce de diciembre de 1874, lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo crea una situación irregular, peor que la que trata de remediarse, porque fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente los efectos entre padres e hijos y extendiendo la desmoralización en la sociedad;

"Que esa simple separación de los consortes -- crea, además una situación anómala de duración indefinida, que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida;

"Que la experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas enseñan que el divorcio que disuelve el vínculo es el único medio racional de subsanar, hasta donde es posible, los errores de uniones que no pueden o deben subsistir ..."(88) —

Con la Ley de Relaciones Familiares, nace en México el divorcio vincular, es decir que, el matrimo--

(88) PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, México, Panorama Editorial, 1a. Edición, 1984, pág.147

nio es disoluble por el vínculo, así en el artículo 75- de la mencionada ley, estatúa que: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro"(89)

Esta ley del dos de diciembre de 1917 fue abrogada por el Código Civil de 1928 (ley que hasta el momento se encuentra en vigor), código que ha tomado las principales características de su antecesora en materia familiar, porque incerta en el artículo 266 la definición del divorcio, siguiendo la tesis de la separación-vincular, por lo que en forma repetitiva el actual artículo transcribe el anterior sin agregarle nada.

La principal opositora del sistema de divorcio vincular es la religión católica, ya que, hasta la actualidad, los matrimonios celebrados ante o por la iglesia son indisolubles, manifestando que, lo que dios une los hombres no pueden desunir. Realmente no es que queden unidos los consortes para toda una eternidad, ya -- que si existen contiendas entre ellos o desavenencias -- la iglesia permite, después de muchas trabas, la separación de cuerpos, obligandose los cónyuges a guardarse fidelidad ya que el vínculo sigue existiendo.

"El divorcio es un mal, pero un mal necesario, porque es remedio de otro mayor. Prohibir el divorcio -- porque es enojoso equivaldría a querer prohibir la amputación porque el cirujano mutila al enfermo. No es el -- divorcio el que destruye la institución santa del matri

---

(89) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, México, Editorial Porrúa, 15a. Edición, Tomo I, 1978 pág. 350

monio, sino la mala inteligencia de los esposos, siendo el divorcio el que pone fin a esto?(90)

### 1. CONCEPTO DE DIVORCIO

La palabra divorcio o divortium, etimológicamente proviene de divertere, que significa irse cada quien por su lado. En latín, quiere decir, departamento, esto es, cosa que departe la mujer del marido y el marido de la mujer, por desavenencias que hay entre ellos, cuya situación debe ser probada fehacientemente en juicio. Tomó este nombre de la separación de las voluntades del hombre y la mujer, a contrario sensu de la voluntad que tenían cuando se unieron.(91)

Se ha tratado de definir al divorcio, pero hasta el momento no se ha logrado, ya que, la mayoría de los tratadistas, sólo lo consideran como la ruptura del vínculo matrimonial, para dejar en aptitud o con capacidad a los cónyuges para contraer otro.

Para Juan Antonio Gonzalez(92), el divorcio es: "El medio por el cual se disuelve el matrimonio y se deja a los cónyuges en aptitud para contraer otro"

(90) PLANIOL, Marcel, Y RIPERT, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Trad. José M. Cajica, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1a.Edición, TomoII, 1983,-pág.18

(91) PALLARES, Eduardo, El Divorcio en México, México,-Editorial Porrúa., 2a.Edición, 1979, pág.19

(92) GONZALEZ, Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, México, Editorial Trillas, 4a.Edición, 1971, pág.91

Planiol(93), manifiesta que: "El divorcio es - la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de - la justicia y por causas determinadas en la ley"

De Pina Vara(94), opina que: "La palabra divorcio... en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, - en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso"

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, en el artículo 266, da la definición legal acerca del divorcio, el cual a la letra dice: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Texto que se transcribió - del artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares.

Como se desprende de las definiciones dadas -- por los diferentes autores, así como por el legislador, sólo se hace mención del divorcio como la ruptura o disolución del vínculo matrimonial que une a las personas, considerando como presupuesto para que se de el divorcio, la existencia del "contrato matrimonial" perfectamente válido, celebrado con las formalidades que marcan las leyes respectivas.

El divorcio da como consecuencia la libertad -

---

(93) PLANIOL, Marcel, Y RIPERT, Georges, Op.cit., pág.-13

(94) DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Civil - Mexicano, México, Editorial Porrúa, Volumen I, 9a. Edición, 1978, pág.338

de los cónyuges, para llegado el caso, volver a contraer nupcias.

Realmente esta consecuencia no es la más importante, ya que, muchas parejas que se llegan a divorciar difícilmente piensan en volver a contraer nupcias; además de que si se consigue el divorcio a través del procedimiento necesario el cónyuge culpable tendrá el impedimento de volverse a casar en dos años, tiempo que le impone el juez como condena, y hasta que no se cumpla dicha sanción, se tendrá para el cónyuge culpable el impedimento legal para casarse. El mismo impedimento lo tiene la mujer aunque ésta halla obtenido la sentencia de divorcio favorable, porque no podrá casarse dentro de los trescientos días después de haberse disuelto el vínculo matrimonial, dado que, si nace un niño dentro de ese lapso de tiempo se presumirá hijo del matrimonio anterior. Así como también, dentro del procedimiento de divorcio voluntario los cónyuges serán sancionados por el juez a que no contraigan nuevas nupcias durante un año después de disuelto el vínculo matrimonial.

Una situación que sí es verdaderamente relevante, en cuanto a la ruptura del vínculo matrimonial, es el hecho de que, los cónyuges obtengan nuevamente la libertad, la cual se encontraba restringida, y con esto su plena capacidad para contratar, ya que durante el matrimonio está restringida al acuerdo que se tome entre ambos consortes.

## 2. CLASES DE PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCION DEL DIVORCIO

Dentro de la legislación civil vigente, se distinguen dos formas o procedimientos para la obtención del divorcio vincular, las cuales son: el divorcio voluntario y el divorcio necesario.

El divorcio de tipo voluntario, se ha dividido en dos clases de procedimientos, uno que es de tipo judicial y el otro que es de índole administrativo.

### a) DIVORCIO VOLUNTARIO

No todas las legislaciones en el mundo han aceptado el divorcio voluntario; entre otras encontramos a Francia, Alemania, Suiza e Inglaterra; para estos países, para que se dé el divorcio debe existir alguna causa que origine la ruptura del vínculo matrimonial.

La mayor parte de los países en el mundo, accogen el divorcio por mutuo consentimiento; algunos de ellos como Rusia y Uruguay, dan tanta libertad hacia este tipo de divorcio que se puede solicitar unilateralmente, es decir, por sólo la voluntad de alguno de los cónyuges; las autoridades competentes para conocer de este tipo de asuntos, se encuentran obligadas, de acuerdo a estas legislaciones, a disolver el vínculo matrimonial que une a la pareja.

En México, desde la Ley de Relaciones Familiares, se introduce el divorcio voluntario, toda vez que, el divorcio por mutuo consentimiento cubre las culpas graves de alguno de los cónyuges y por medio de la vo--

luntad de los consortes se podían divorciar, sin que se dejara sobre la familia una mancha o deshonra.

El Código Civil de 1928, recoge la institución del divorcio voluntario, aunque se le da a este procedimiento el tratamiento de causal de divorcio, ya que, el mismo quedó incerto en la fracción XVII del artículo -- 267, de este ordenamiento.

Realmente se ha tenido una mala técnica jurídica al tratar al divorcio por mutuo consentimiento como causal de la disolución del vínculo matrimonial, ya que, la palabra "causal" significa razón o motivo, en este caso, por el cual se conduce al divorcio, por lo que, en el divorcio voluntario no existe plasmada causa alguna que origine la separación, ya que, de común acuerdo los consortes acuden ante el juez de lo familiar a solicitar la disolución del vínculo que los une, sin expresar la causa por la que se quieren divorciar, sino, únicamente manifiestan su voluntad de divorciarse, por lo tanto, se debería plasmar o legislar al respecto, para reglamentar como tipo o clase de divorcio autónomo - al divorcio por mutuo consentimiento, como se ha regulado el procedimiento dentro del Código de Procedimientos Civiles.

El divorcio por mutuo consentimiento no puede ser solicitado sino pasado un año de la celebración del matrimonio, es decir, se le da a los cónyuges un año para que hagan vida marital, y aunque tengan problemas, no busquen el divorcio como una salida, sino que traten de reconciliarse entre ellos, pero si persiste las desa

venencias, ya habrá pasado un año y se presumirá que - el divorcio es el único camino que tienen los cónyuges- para terminar con sus conflictos.

El divorcio judicial denominado voluntario, es procedente cuando, sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en di solver el vínculo conyugal y para ello celebran un convenio que someten a la aprobación de un juez de lo familiar.(95)

El artículo 272 del Código Civil, dispone en - su último párrafo que: "Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consenti--- miento, ocurriendo al juez competente en los términos - que ordena el Código de Procedimientos Civiles.

Así mismo, el artículo 674 del Código de Proce dimientos Civiles, declara que: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos del último pá rrafo del artículo 272 del Código Civil, deberán ocu--- rrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del código citado, así como una copia certificada del acta del matrimonio y de las- de nacimiento de los hijos menores"

El convenio a que se refieren estos artículos, está regulado en el artículo 273 del Código Civil, el - cual señala ciertos requisitos, ante los cuales los di- vorciantes se deben obligar, así tenemos que: "Los cón-

---

(95) PALLARES, Eduardo, El Divorcio..., Op.cit., pág.37

yuges que se encuentren en el caso del último párrafo - del artículo anterior, están obligados a presentar al - juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV. En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Una vez satisfechos los requisitos de presentar se los cónyuges voluntariamente ante el órgano jurisdiccional competente, presentando el convenio que se les requiere, así como el acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos menores, el juez dictará el auto de admisión a la solicitud presentada, señalando una junta -

dentro de los quince días siguientes a su solicitud, -- con el fin de identificar a los divorciantes plenamente y tratar de disuadirlos de su pretensión de divorciarse; así mismo, se oirá al Ministerio Público para la aprobación del convenio, en cuanto a lo que se refiere a los alimentos de los menores. Si los cónyuges persisten en su propósito de divorciarse, el juez señalará, dentro de los quince días próximos, la segunda y última junta, para tratar de avenir a la pareja y disuadirlos a no -- continuar con el divorcio, pero si los cónyuges persisten en su actitud, el juez oirá al Ministerio Público -- para saber si han quedado perfectamente garantizados -- los derechos de los menores y si no hay ningún otro inconveniente se aprobará el convenio y se sentenciará, -- disolviendo el vínculo matrimonial.

Una vez ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, el juez mandará remitir copia autorizada de la misma ante el juez del Registro Civil, en donde se efectuó el matrimonio, así como, al lugar de nacimiento de los divorciados, para los efectos legales a -- que haya lugar.

La tramitación que se lleva en el divorcio por mutuo consentimiento, es a través de las diligencias de jurisdicción voluntaria, ya que no hay controversia entre las partes que intervienen.

Cuando se estudió a la jurisdicción voluntaria se dijo que se trataba de una actividad de naturaleza -- administrativa, que por razones de política judicial se encomendaba a los órganos jurisdiccionales y las resolu

ciones que dictan son de mero trámite.

Ahora bien, si el divorcio judicial por mutuo consentimiento es tramitado con base en las diligencias de jurisdicción voluntaria, por no haber controversia, la resolución que dicta el juez de lo familiar será de mero trámite, pero no es así, ya que, el artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles, en su última parte dice: "Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial...", es decir, resolverá como cualquier juicio ordinario, quedando firme su resolución, desvirtuando, por lo tanto, la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.

Pallares(96), manifiesta que el divorcio tramitado por mutuo consentimiento, es un juicio verdadero y parte del principio de que en la jurisdicción voluntaria no existe cuestión entre partes; por lo tanto, el divorcio voluntario se caracteriza por no haber cuestión alguna entre los esposos, porque presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y en lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial. Si no la obtienen, el juez no puede decretar el divorcio, porque es condición de este punto, la validez del propio convenio declarada y reconocida -

por sentencia firme.

"No obstante lo anterior, existe una cuestión entre partes porque, según ordena la ley, lo es también el Ministerio Público, que debe examinar la validez del convenio y dar su aprobación o negarla. Por lo tanto, - la cuestión entre partes en el divorcio voluntario judicial, no es la disolución del vínculo conyugal, sino la validez del convenio que los dos esposos someten al dictamen del Ministerio Público y a la aprobación del juez. Este punto contencioso, es la materia propia de dicho juicio, por lo cual el procedimiento no debe incluirse en la jurisdicción voluntaria, sino en la contenciosa.- En realidad, la cuestión entre partes concierne a los intereses económicos, a la educación y ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos, intereses éstos, que afectan directa o indirectamente a la sociedad e incluso al Estado!"(97)

Se difiere de este criterio, presentado por Pa llares, toda vez que, los cónyuges al manifestar su decisión de disolver el vínculo matrimonial que los une y en consecuencia presentarse ante el juez de lo familiar, deben cumplir con los requisitos que les exige la ley;- uno de estos requisitos es la presentación de un convenio, dentro del cual el punto más importante es el de garantizar los alimentos de los hijos menores.

Los esposos, en este caso, estarán de acuerdo en divorciarse y en consecuencia de cómo sufragar las -

---

(97) Ibíd., pág.45

necesidades alimentarias de los hijos, pero si el Ministerio Público, como parte en el procedimiento, considera que no están debidamente garantizados, se opondrá a que se disuelva dicho matrimonio, hasta que no se garanticen plenamente los alimentos, y esto lo hace con el fin, de que los menores no sufran las consecuencias de los padres; por lo tanto, si el Ministerio Público considera que los derechos de los menores están debidamente protegidos, no habrá objeción alguna para que se lleve a cabo dicha disolución.

Si el juez de lo familiar, resuelve que procede la disolución del vínculo matrimonial, lo dictaminará en la sentencia, y lo hace a través de esta resolución para vincular a las partes y obligarlas a cumplir con el convenio presentado, lo cual se hace con el fin de proteger los derechos de los menores, los cuales quedarían desprotegidos si se dejara al arbitrio de cualquier otra determinación; por lo tanto, consideramos -- que en el divorcio tramitado por mutuo consentimiento, se rompe la regla general de que, las determinaciones que ponen fin a las diligencias de jurisdicción voluntaria, son determinaciones de puro trámite, para dar paso a la sentencia que vincula a las partes obligándolas a cumplir con el convenio preestablecido.

Por lo anteriormente dicho, podemos afirmar -- que las resoluciones que ponen fin al divorcio voluntario constituyen la excepción a la regla general y por lo tanto, los fallos que se den dentro de este procedimiento no constituirán determinaciones de puro trámite.

#### b) DIVORCIO ADMINISTRATIVO

Dentro del procedimiento para la obtención del divorcio distinguimos al procedimiento de divorcio voluntario y al procedimiento de divorcio necesario. Dentro del procedimiento del divorcio de tipo voluntario se ha considerado a dos figuras para la obtención del divorcio: una es de tipo judicial y la otra de índole administrativa.

En el procedimiento de divorcio de tipo administrativo, como se desprende del divorcio voluntario o de mutuo consentimiento, su principal característica es de que los consortes se encuentran de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial, pero caso contrario del divorcio judicial voluntario, no tienen hijos y son mayores de edad, así como el procedimiento a seguir será -- llevado a cabo ante el juez del Registro Civil (antes -- denominado Oficial del Registro Civil), autoridad de índole administrativa; así lo previene el artículo 272 -- del Código Civil, diciendo que: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la so -- ciedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se pre -- sentarán personalmente ante el juez del registro civil -- del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias -- certificadas respectivas que son casados y mayores de -- edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

"El juez del registro civil, previa identifica -- ción de los consortes, levantará un acta en que hará --

constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

"El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el código de la materia"(art.272 del C.C.)

Como se observa, el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento de tipo administrativo, es un procedimiento muy simple, en el cual no habrá una sentencia como en el divorcio judicial voluntario, sino se resolverá a través de una determinación de mero trámite, en la cual, el juez del registro civil, asentará, después de que los consortes hayan ratificado la solicitud de divorcio, que ha quedado disuelto el vínculo matrimonial, dejando abierta la situación de que, si no se cumplieron los requisitos ordenados en la ley, y los cónyuges fueren menores de edad o bien se comprobara que tienen hijos, no surtirá efectos ese divorcio, por lo tanto, no puede considerarse como firme dicha resolución dada por el juez del registro civil.

#### c) DIVORCIO NECESARIO

Quando la vida matrimonial se realiza dentro de causas de tranquilidad, de respeto y comprensión mu-

tua, a fin de lograr las finalidades que persigue el matrimonio, produce una vida armónica, pero en ocasiones, tales metas no se alcanzan por la presencia de causas graves que afectan la estabilidad de la familia y que pueden constituir un serio peligro para la salud moral de los hijos y aun para la integridad misma de los esposos.

A fin de prevenir males mayores, la ley ha puesto al alcance de los cónyuges la posibilidad legal de terminar el matrimonio(98), esto es que, a través del divorcio se solucionen los problemas que existen entre los consortes, aun cuando estos no se encuentren de común acuerdo en disolver el vínculo matrimonial; el Estado otorga al cónyuge inocente, el ejercicio de la acción, para que este promueva el juicio de divorcio necesario en contra del cónyuge que dio motivo a ello, invocando alguna de las causales de divorcio que se enumeran en el artículo 267 del Código Civil, siempre y cuando, la conducta del cónyuge culpable se tipifique plenamente con la causal de divorcio por la cual se solicita la disolución del vínculo matrimonial.

El divorcio necesario teóricamente se ha dividido en: divorcio sanción y divorcio remedio.

"El divorcio sanción se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien, un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio.

"El divorcio remedio se instituye como una pro

---

(98) GONZALEZ, Juan Antonio, Op.cit., pág.91

tección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias"(99)

"Las causas de divorcio pueden definirse como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el -- procedimiento previamente establecido al efecto"(100)

Para estudiar las causas por las cuales se puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial, se han agrupado de diferentes formas, así tenemos que, para Rojina Villegas(101), las agrupa por especies, distinguiendo: 1. las que impliquen delitos, quedando comprendidas las fracciones I, IV, V, XI, XIII, XIV y XVI; 2. las que constituyen hechos inmorales, y están enumeradas en las fracciones II, III y V; 3. las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de obligaciones conyugales, contenidas en las fracciones VIII, IX, X y XII; 4. las que se basan en determinados vicios, prevista en la fracción XV y; 5. ciertas enfermedades, comprendidas en las fracciones VI y VII. (aclarando que todas estas fracciones están contenidas en el artículo 276 del Código Civil del Distrito Federal).

En una forma más general, Francisco Cosentini, citado por De Pina Vara(102), a las causales de divor-

(99) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op.cit., pág.351

(100) DE PINA VARA, Rafael, Op.cit., pág.340

(101) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op.cit., pág.367

(102) DE PINA VARA, Rafael, Op.cit., págs.340-341

cio las agrupa en la siguiente forma: "a) Causas de orden criminológico, conexas a un hecho castigado, más o menos severamente, por la ley. b) Causas de orden eugénico, ligadas a ciertas ineptitudes físicas para la vida conyugal (alcoholismo, abuso de estupefacientes y de excitantes, enajenación mental incurable, enfermedades crónicas, contagiosas y hereditarias, impotencia). c) - Causas indeterminadas, admitidas por algunas legislaciones para abarcar todos aquellos casos de grave perturbación de la vida familiar, que sería difícil precisar de una manera categórica y concreta. d) Causas de orden puramente individual (incompatibilidad de caracteres, consentimiento mutuo)"(103).

El Código Civil para el Distrito Federal, en el artículo 267, hace la enumeración de las causales -- por las cuales se puede solicitar el divorcio, sin que se siga un orden o que se agrupen bajo un mismo rubro, -- así tenemos que, se nos señala que: "Son causales de divorcio; I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dine

ro o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

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

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII. La negativa injustificada de los conyuges a

cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo - 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII. El mutuo consentimiento.

XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos"

Además de estas causales, previstas en el artículo 267, existe otra causal, plasmada en el artículo 268 del Código Civil, el cual a la letra dice: "Cuando-

un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasado tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos"

El procedimiento de divorcio necesario se ejercita a través de la vía ordinaria civil (o familiar) y se funda en alguna o algunas de las causas previstas en los artículos 267 al 270 del Código Civil.

Para intentar la acción de divorcio necesario, la ley pone en manos del cónyuge inocente, la facultad de acudir ante los órganos jurisdiccionales, en busca de la disolución del vínculo matrimonial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que: "'La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite -- que se rompa el vínculo matrimonial. Por tanto, en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada, así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad (Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1975, Cuarta Parte, Pág. 530, Tesis 174)'"(104)

Como se observa, al plantear la demanda de di-

---

(104) ARILLA BAS, Fernando, Manual Práctico del Litigante, México, Editorial Kratos. 11a. Edición, 1981, pág.52

vorcio necesario, se debe plasmar fehacientemente los hechos constitutivos de la acción del cónyuge inocente, ya que este tendrá la carga de la prueba para demostrar la causal o causales que invoca para solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

"La Suprema Corte de Justicia ha establecido la jurisprudencia de que las causas de divorcio son --- autónomas, en el sentido de que es ilegal vincularlas --- entre sí, completando o combinando lo que unas dicen --- con lo que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los --- que de manera expresa supone cada norma"(105)

Por lo que, en el escrito inicial de demanda --- debe contener delimitadas cada una de las causales que se invoquen para solicitar el divorcio y esto debe basarse en el capítulo de los hechos.

Una vez presentada la demanda ante el juez de lo familiar, se correrá traslado al demandado, para que dé contestación a la demanda instaurada en su contra, --- una vez hecho esto, se abrirá el período probatorio, don de la parte actora tendrá que demostrar su acción y la parte demandada sus excepciones y defensas, una vez con cluida la instrucción, el juez dictaminará su resolu--- ción a través de la sentencia; analizando los hechos --- constitutivos y valorizando las pruebas admitidas y desahogadas, para resolver si procedió o no la demanda y en dado caso que se haya demostrado fehacientemente la---

causal de divorcio por la que se solicita la disolución del vínculo matrimonial, en los puntos resolutivos de la sentencia, declarará que ha quedado disuelto el vínculo matrimonial.

Una vez ejecutoriado el procedimiento de divorcio necesario, el juez de primera instancia mandará copia autorizada al juez del registro civil ante quien se celebró el matrimonio, para que éste haga las anotaciones correspondientes.

El procedimiento de divorcio de tipo necesario, es la típica función jurisdiccional, ya que ésta se caracteriza por la existencia de un conflicto entre los consortes, los cuales solicitan al juez, solucione sus problemas, es decir, dentro de la función jurisdiccional, entraña la aptitud legal de aplicar la norma jurídica general, abstracta e impersonal, a situaciones concretas en controversia, en este caso solucionando las controversias suscitadas entre los consortes; disolviendo el vínculo matrimonial que los une.

### 3. ADICION DE LA FRACCION XVIII AL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL

El divorcio está limitado a ciertos casos de extrema gravedad, pero en la práctica se ha demostrado, que en cualquier tipo de procedimiento de divorcio, cuando existe la voluntad de divorciarse, aunque esta voluntad sea de uno sólo de los cónyuges, ese matrimonio terminará disuelto.

Aunque la ley restrinja los casos en que se puede disolver el vínculo matrimonial, las personas que están dispuestas a divorciarse, se colocarán fraudulentamente ante los supuestos previstos por la ley, para conseguir su objetivo de divorciarse.

Existen otras situaciones que no son tan graves para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, pero que, han tornado difícil la vida conyugal o han disuelto de hecho la comunidad de vida armoniosa y feliz, lo que da paso a la separación de los cónyuges, sin que exista una causa suficiente para demandar el divorcio a través del procedimiento necesario, y aún más, sin que convengan entre los cónyuges, en solicitar la disolución del vínculo matrimonial, a través del divorcio voluntario, sino que, de hecho se separan por largo tiempo, sin que se promueva cuestión alguna entre los consortes.

Para remediar esta situación el legislador, en el Diario Oficial de fecha 27 de diciembre de 1983, adicionó a las causales de divorcio, previstas en el artículo 267 del Código Civil, la fracción XVIII, la cual prevé que, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar el divorcio, por virtud de la separación de cuerpos, si se prolonga por más de dos años, independientemente de la causa que haya dado lugar a la separación. Por lo que, textualmente ha quedado como sigue: "Artículo 267. Son causales de divorcio: Fracción XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual po

drá ser invocada por cualesquiera de ellos:

El legislador ha adicionado esta causal prevista en la fracción XVIII, para prevenir situaciones anómalas que se presentan en la vida cotidiana, ya que, en muchas ocasiones encontramos a parejas que se han separado, pero que, no han disuelto el vínculo matrimonial, y se encuentran viviendo maritalmente con otra persona, ya sea porque se han vuelto a casar (sin haber disuelto el matrimonio anterior) o bien, viven con otra persona, en lo que se ha denominado concubinato o unión libre. - Para evitar los matrimonios nulos o uniones ilícitas, - en donde los únicos que sufren las consecuencias son -- los hijos, el legislador ha puesto en manos de los cónyuges la aptitud legal de disolver el vínculo matrimonial por el simple transcurso del tiempo, es decir que, los cónyuges pueden separarse ya sea por mutuo acuerdo o -- por decisión de alguno de ellos, por más de dos años, y al término de este lapso de tiempo solicitar la disolución del vínculo matrimonial, para que, si se vuelven a casar o se unen libremente con otra persona, no vivan -- una situación ilícita, sino al contrario, que se viva -- una unión legal armoniosa y los hijos no sufran los problemas de los padres.

#### 4. EXPOSICION Y CRITICA DE LOS MOTIVOS DE LA ADICION DE LA FRACCION XVIII

El legislador para adicionar la fracción XVIII a las causales de divorcio señaladas en el artículo 267

del Código Civil, expuso los siguientes motivos para su creación, diciendo que: "En el artículo 267, en el que se establecen las causales de divorcio, se sugiere adicionar una fracción que debería ser la número XVIII que diga:

"La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

"En esta causal se recoge la experiencia del foro nacional, pues es frecuente observar la separación de los cónyuges, por largo tiempo sin que exista formalmente una causa suficiente para demandar el divorcio necesario y sin que convengan en solicitar la disolución del vínculo matrimonial mediante un juicio de divorcio voluntario.

"En tal caso, cualquiera que sea la causa que hubiera originado la separación, -si persiste por más de dos años-, permite concluir que el matrimonio ya no es tal y no representa la base armónica para la convivencia familiar"(106)

Esta causal, recientemente introducida a las causas de divorcio, no ha sido materia de estudios actuales, y mucho menos de interpretación legal a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las opiniones que han surgido en torno a es-

---

(106) DIARIO DE LOS DEBATES, DE LA CAMARA DE DIPUTADOS-DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, "LII" LEGISLATURA, México, Distrito Federal, Tomo II, número 28, 23 de noviembre de 1983, pág.7

ta nueva causal, han sido contrarias a los motivos expuestos por el legislador.

La exposición que hace el legislador respecto de esta adición, en un principio es válida, ya que, ningún matrimonio, en donde los cónyuges ya no cohabitan y mucho menos cuando no lo hacen por más de dos años, se puede considerar que todavía existan los lazos de unión con que se casaron, sino por el contrario se presupone que ya no existe nada que una a los consortes. El problema surge, cuando los cónyuges se separan por motivos ajenos a ellos (como puede ser el trabajar fuera del país), y se prolonga dicha separación por más de dos años, tanto el cónyuge que se queda en el domicilio conyugal, como el que sale del mismo, pueden invocar el hecho de no haber conhabitado por más de dos años e invocarlo como causal para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, quedando cualquiera de los cónyuges en completo estado de indefensión, ya que sólo bastará que se pruebe el hecho de que se ha dejado de cohabitar por más de dos años, para que la solicitud presentada ante el juez de lo familiar, prospere y se decrete el divorcio.

Una de las consecuencias graves que trae aparejada esta causal, aparte de no darle al cónyuge demanda de la oportunidad de demostrar la causa justificada por la que aún no puede incorporarse al hogar conyugal, es la que deja al cónyuge demandado en una situación precaria y angustiosa, toda vez que, en la práctica se ha demostrado que la mujer, la mayor parte de las veces es -

la que sufre el abandono por parte del marido, dejándola a su suerte, ya que, la mujer casi por lo regular se dedica a las labores del hogar, sin que obtenga alguna remuneración; por lo tanto, cuando la mujer es abandonada, no puede sufragar sus más mínimas necesidades alimentarias ni las de sus hijos, por lo que, es algo inconcebible, que al cónyuge culpable se le otorge la facultad para solicitar el divorcio.

Pacheco Escobedo(107), critica la adición de la fracción XVIII, diciendo que: "Se presupone que el matrimonio de hecho ya no existe y es mejor acabar con él. Con esta causal, recientemente introducida, nuestro matrimonio civil da un paso más hacia el repudio, pues no es necesario para que el divorcio se produzca ni la común voluntad de divorciarse, ni un ilícito de alguno de los consortes, ni una causa objetiva y grave que --- transtorne la vida matrimonial; es suficiente comprobar el sólo hecho de la separación para que el divorcio proceda; separación que pudo haber sido provocada por el cónyuge que deseaba divorciarse, o aún puede proceder de una causa legítima y autorizada por el otro cónyuge.

"El hecho de la separación por ejemplo, por causa de trabajo o por la educación de los hijos hecha de común acuerdo por los cónyuges, a los dos años se convierte en causal de divorcio.

"Parece como si el legislador hubiera introducido el divorcio por caducidad del matrimonio"

---

(107) PACHECO ESCOBEDO, Alberto, Op.cit., pág.161

5. PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA SOLICITUD-  
DEL DIVORCIO INVOCANDO LA ULTIMA FRACCION  
DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL

Dentro del procedimiento para solicitar la disolución del vínculo matrimonial o comúnmente denominado divorcio, se distinguen tres tipos de procedimientos, que a saber son: dos de tipo voluntario que son: el procedimiento administrativo y el denominado divorcio judicial voluntario; y por último tenemos al procedimiento de divorcio necesario.

El legislador, al adicionar la fracción XVIII - al artículo 267 del Código Civil, omitió en la exposición de motivos, señalar, a través de qué tipo de procedimiento de divorcio, señalado en la ley, se va a llevar a cabo la disolución del vínculo matrimonial, cuando se en esta nueva causal.

El problema que dejó el legislador, se puede resolver por exclusión, es decir, dentro del procedimiento de divorcio de tipo administrativo y en el judicial voluntario; lo esencial y característico de estos procedimientos es, de que, existe un acuerdo de voluntades para solicitar el divorcio, lo que puede no suceder en el divorcio invocando la fracción XVIII, ya que en ésta no es un elemento esencial el acuerdo de voluntades entre los cónyuges para divorciarse, sino que, cualquiera de ellos, puede invocar esta última fracción para solicitar el divorcio; el único requisito que se pide es que se haya dejado de cohabitar por más de dos años.

Excluyendo estos dos procedimientos, nos queda el procedimiento de divorcio necesario, además de que el legislador no previó algún otro tipo de procedimiento para obtener el divorcio con fundamento en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil; por lo tanto, el procedimiento de divorcio necesario es el único aplicable a la hipótesis prevista en la fracción XVII, ya que de otra manera se violaría la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, segundo párrafo, que dice: "Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

Para poder privar al cónyuge demandado, de los derechos adquiridos por virtud del matrimonio, así como el disolver el vínculo matrimonial, no basta que pasen los dos años sin que cohabiten los cónyuges, para que obtengan el divorcio, sino que cualquiera de ellos podrá demandar al término de este lapso de tiempo, a su consorte, bajo esta causal y en el procedimiento que previamente se ha establecido para el divorcio de tipo necesario, cumpliendo así con la garantía de audiencia y en consecuencia con las formalidades esenciales que marca el procedimiento.

## C O N C L U S I O N E S

PRIMERA. En Roma existió la jurisdicción, en su más amplio sentido, la cual fue desarrollándose a través de sus instituciones jurídicas, dejando a la posteridad una base en la ciencia del derecho.

SEGUNDA. Con la creación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, España tiene una mejor organización judicial. Así mismo, se hace la distinción entre los actos de jurisdicción voluntaria y los actos de jurisdicción contenciosa.

TERCERA. El derecho primitivo azteca, no dejó raíz alguna para la posteridad. Hasta después de la Guerra de Independencia, a través de sus primeros códigos, México empieza a organizarse jurídicamente, y es hasta el 29 de agosto de 1932 cuando se crea el actual Código de Procedimientos Civiles, el cual distingue los actos de jurisdicción voluntaria de los de la jurisdicción contenciosa.

CUARTA. Se ha considerado a la acción como presupuesto de la jurisdicción, por ser la facultad o derecho que tiene el particular para provocar a los órganos jurisdiccionales.

QUINTA. El Estado es el elemento principal de la jurisdicción, por ser el órgano específico de la actuación del derecho.

SEXTA. La naturaleza jurídica de la jurisdicción es la facultad o potestad de conocer y decidir sobre las pretensiones que hacen valer los gobernados.

SEPTIMA. El objeto de la jurisdicción consiste en: definir y ejecutar el derecho, aplicando las normas jurídicas preexistentes al caso concreto controvertido.

OCTAVA. La función jurisdiccional es única, como poder emanado del Estado, la cual no se puede dividir, pero por cuestiones prácticas se delega en diferentes órganos encargados de la impartición de justicia.

NOVENA. La jurisdicción voluntaria es una actividad de naturaleza administrativa, que por razones de política judicial se encomienda a los órganos jurisdiccionales.

DECIMA. La jurisdicción contenciosa se caracteriza por la existencia de un conflicto entre partes, el cual será sometido ante el órgano encargado de la administración de justicia, para que lo solucione.

DECIMAPRIMERA. La principal diferencia que se hace entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa, es de que, en la primera solamente se certifica o se da fe de los actos presentados por los sujetos solicitantes; en la segunda, existe una contienda entre partes, la cual es sometida ante el juzgador, para que éste la dirima o solucione.

DECIMASEGUNDA. El divorcio se define como la ruptura del vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. La ley distingue tres tipos de procedimientos para solicitar el divorcio; dos de tipo voluntario, que se caracterizan por la intervención de la voluntad de los consortes para disolver el vínculo matrimonial, y son el divorcio adminis--

trativo y el divorcio judicial voluntario. El tercer tipo es el divorcio necesario, el cual debe ejercitarse por el cónyuge inocente o sano, en el procedimiento ordinario familiar, invocando alguna o algunas de las causas de divorcio previstas en el artículo 267 del Código Civil.

DECIMATERCERA. Para remediar el hecho de que los cónyuges vivieran separados por más de dos años, sin romper el vínculo matrimonial, el legislador adicionó la fracción XVIII al artículo 267 del Código Civil, para que cualquiera de los consortes pudiera solicitar el divorcio.

DECIMACUARTA. Con la adición a las causales de divorcio, el legislador trata de establecer el divorcio de pleno derecho por el simple transcurso del tiempo, ya que se entiende que, cuando se deja de cohabitar por más de dos años, ya no existe nada entre los cónyuges. La consecuencia que trae aparejada dicha reforma es de que, se deja en completo estado de indefensión al cónyuge inocente, si este es la parte demandada, en virtud de que, sólo basta demostrar el hecho de la separación de cuerpos por más de dos años para que proceda la disolución del vínculo matrimonial.

DECIMAQUINTA. El procedimiento de divorcio de tipo necesario, es el único aplicable para llevar a cabo la disolución del vínculo matrimonial, invocando la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, ya que no sólo basta que transcurran los dos años sin que cohabiten los cónyuges para que se entienda que ha quedado disuelto el vínculo matrimonial.

## B I B L I O G R A F I A

- ARILLA BAS, FERNANDO, Fernando, Manual Práctico del Litigante, México, Editorial Kratos, 11a. Edición, 1981.
- ARELLANO GARCIA, Carlos, Teoría General del Proceso, México, Editorial Porrúa, 1a. Edición, 1980.
- ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediar Soc. Anón. - Editores, 2a. Edición, Tomo I, 1963.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Derecho Procesal Mexicano, México, Editorial Porrúa, Tomo I, 1976.
- BECERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil en México, México, Editorial Porrúa, 8a. Edición, 1980.
- BECERRA BAUTISTA, José, Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil, México, Ediciones de América Central, 2a. Edición, 1970.
- BRAVO GONZALEZ, Agustín, y BIALOSTOSKY, Sara, Compendio de Derecho Romano, México, Editorial Pax-México, 9a. Edición, 1978.
- COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, México, Editora Nacional, 1984.
- CUENCA, Humberto, Proceso Civil Romano, Buenos Aires, - Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, Tratado de Derecho Procesal Civil, Bogotá, Editorial Temis, 1961.
- DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo, Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil, México, Editorial Porrúa, -- 1977.
- DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS DEL -- CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, "LII" LEGISLATURA, México, Distrito Federal, Tomo II, número 28, 23- de noviembre de 1983.
- DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, Editorial Porrúa, Volumen I, 9a. Edición, -- 1978.

DE PINA, Rafael, y CASTILLO LARRAÑAGA, José, Instituciones de Derecho Procesal Civil, México, Editorial Porrúa, 12a. Edición, 1978

DE VICENTE Y CARAVANTES, José, Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, Según la Ley de Enjuiciamiento, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig Editores, Tomo I, 1856.

EDUARDO B., Carlos, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

FLORIS MARGADANT S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, México, Editorial Esfinge, 8a. Edición, 1978.

GONZALEZ, Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, México, Editorial Trillas, 4a. Edición, 1971.

TUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 3a. Edición, Tomo I, 1968.

GOMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, México, Textos Universitarios, 2a. Edición, 1979.

GOMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, México, Editorial Trillas, 2a. Edición, 1935.

LEMUS GARCÍA, Raúl, Derecho Romano (compendio), México-Editorial Limsa, 4a. Edición, 1979.

MEDINA LIMA, Ignacio, "Problemática de la Jurisdicción Voluntaria", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, Tomo XXVII, Enero-Junio, Números 105-106, -1977.

MOTO SALAZAR, Efraín, Elementos de Derecho, México, Editorial Porrúa, 32a. Edición, 1986.

PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil, México, Editorial Porrúa, 9a. Edición, 1981.

PALLARES, Eduardo, El Divorcio en México, México, Editorial Porrúa, 2a. Edición, 1979.

PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, "Jurisdicción Voluntaria", México, Editorial Porrúa, 1979.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La Familia en el Derecho Ci-

vil Mexicano, México, Panorama Editorial, la. Edición, - 1984.

PRIETO CASTRO, Leonardo, Cuestiones de Derecho Procesal, Madrid, Editorial Reus, 1947.

PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Traducción de José M. Cajica, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, la. Edición, Tomo II, -- 1983.

REDENTI, Enrico, Derecho Procesal Civil, Traducción de Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, 1957.

ROCCO, Ugo, Teoría General del Proceso Civil, Traducción de Felipe de J. Tena, México, Editorial Porrúa, -- 1959.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, México, Editorial Porrúa, 15a. Edición, Tomo I, 1978.

SCHONKE, Adolfo, Derecho Procesal Civil, Barcelona, --- Bosch Casa Editorial, Traducción Española de la 5a. Edición Alemana, 1950.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel, Estudios de Derecho Procesal, - Barcelona, Ediciones Ariel, 1969.

SCIALOJA, Vittorio, Procedimiento Civil Romano, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, - Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.