

31
2 Ej.

000500



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

'69 FEB 26 "ACATLAN"
67 22 25

ANALISIS DE LA VIA PROCESAL EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MA. DEL PILAR FLORES LIMA

ASESOR: LIC. JESUS FLORES TAVARES



NAUCALPAN DE JUAREZ, EDO. DE MEXICO

1999

TESIS CON
ILLA DE...

271264



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL PRESENTE TRABAJO LO
DEDICO A MI PADRE FELIPE
FLORES DURAN, A QUIEN
QUIERO, ADMIRO Y RESPETO,
POR SER UN EJEMPLO DE BONDAD
RECTITUD Y RESPONSABILIDAD,
PRINCIPIOS QUE HAN FORJADO
MI VIDA. GRACIAS POR EL APOYO
Y COMPRESION QUE SIEMPRE
ME HAS BRINDADO.

A MI MADRE VERONICA LIMA
RODRIGUEZ, A QUIEN QUIERO
Y ADMIRO; GRACIAS POR
TODOS LOS DESVELOS Y
CUIDADOS QUE DESDE MI
INFANCIA ME HAS BRINDADO,
YA QUE POR ELLO, HE PODIDO
LLEGAR HA ESTE MOMENTO
QUE ES TAN IMPORTANTE.

A MIS HERMANOS FELIPE,
LOURDES, MANUEL Y JAVIER;
GRACIAS POR EL APOYO
INCONDICIONAL QUE SIEMPRE
ME HAN BRINDADO ; POR SUS
CONSEJOS, POR HABER CREIDO
EN MI Y POR EL CARIÑO QUE
SIEMPRE ME HAN BRINDADO.

A OSCAR OLIVARES GARDUÑO;
A QUIEN ADMIRO POR SU GRAN
CALIDAD HUMANA; GRACIAS
POR TU APOYO Y AYUDA EN LA
ELABORACION DE ESTE TRABAJO
MISMOS QUE SON INVALUABLES;
GRACIAS, POR TU AMOR Y POR
LOS CONSEJOS, COMPRENSION
Y APOYO QUE SIEMPRE ME HAS
DADO EN TODOS LOS ASPECTOS
DE MI VIDA.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO,
ESCUELA NACIONAL DE
ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN, MI AGRADECIMIENTO
POR HABERME PERMITIDO
ESTUDIAR DENTRO DE SUS
AULAS.

MI PROFUNDO Y SINCERO
AGRADECIMIENTO AL
LICENCIADO JESUS FLORES
TAVARES; POR SU VALIOSA
DIRECCION Y APOYO EN LA
REALIZACION DE ESTE
TRABAJO.

A DIOS POR PERMITIRME VER LA LUZ DE CADA DIA, POR HABERME DADO LA OPORTUNIDAD DE ESTUDIAR Y PREPARARME PARA UN FUTURO, POR TENER UNA FAMILIA MARAVILLOSA, UN NOVIO ESPECIAL Y EXCELENTES AMIGOS.

MI AGRADECIMIENTO A TODOS Y CADA UNO DE MIS AMIGOS, POR EL APOYO QUE ME BRINDARON EN LA REALIZACION DEL PRESENTE TRABAJO; GRACIAS POR SU AMISTAD.

**ANALISIS DE LA VIA PROCESAL EN EL DIVORCIO
POR MUTUO CONSENTIMIENTO.**

CAPITULO I

EL MATRIMONIO.

	Pàg.
INTRODUCCIÓN	1
1.1.- Concepto	2
1.2.- Requisitos para contraer matrimonio	3
1.3.- Impedimentos para contraer matrimonio	9
1.4.- Derechos y obligaciones de los cónyuges	16

CAPITULO II

DIFERENTES PROCEDIMIENTOS DE DIVORCIO.

2.1.- Concepto	24
2.2.- Características de la acción de divorcio	26
2.3.- Diferentes Procedimientos de Divorcio	37
2.3.1.- Divorcio Administrativo	47
2.3.2.- Divorcio por Mutuo Consentimiento	49
2.3.3.- Divorcio Necesario	50

CAPITULO III

PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

3.1.- Definición	58
3.2.- Intervención del Ministerio Público	68
3.3.- Diferentes Procedimientos de Jurisdicción Voluntaria	71
3.3.1.- Del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos	72
3.3.2.- De la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos	76
3.3.3.- Adopción	78
3.3.4.- De las informaciones ad perpetuam	85
3.3.5.- Apeo y deslinde	86
3.3.6.- Disposiciones relativas a otros actos de jurisdicción voluntaria	88

CAPITULO IV

ANALISIS DE LA VIA PROCESAL EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

4.1.- Naturaleza jurídica del divorcio por mutuo consentimiento	91
4.2.- El Procedimiento	100

4.2.1.- Solicitud de los promoventes	102
4.2.2.- Juntas de avenencia	113
4.3.- Intervención del Ministerio Público	117
4.4.- Resolución y sus efectos en el divorcio	
por mutuo consentimiento	119
CONCLUSIONES	127
BIBLIOGRAFIA	129

INTRODUCCION

La Familia es la primera y más importante de las Instituciones Jurídicas; en México, es considerada como Institución fundamental de nuestra sociedad, en ella esta presente el interés social y el interés público al respetar, regular y proteger a quienes forman parte de ella; de ahí que el Estado siempre se ha preocupado por mantenerla unida.

Sin embargo, en la actualidad uno de los más agudos problemas familiares que padece nuestra sociedad es el de la proliferación de divorcios; en este sentido analizaremos uno de los tres procedimientos de divorcio que nuestra legislación contempla, conocido como divorcio por mutuo consentimiento y del que todavía se encuentra en polémica la naturaleza jurídica de esta figura para determinar si pertenece a los procedimientos de jurisdicción voluntaria o tienen una tramitación especial, ya que ni la misma ley establece a que orden pertenece, pues lo encuadra en un capítulo único, en ese aspecto creemos que existe una laguna en nuestra legislación procesal toda vez que los Códigos de Procedimientos Civiles de algunos Estados lo contemplan dentro de la jurisdicción voluntaria; sin embargo, nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no hace ninguna mención al respecto.

Es por ello, que el principal objetivo del presente trabajo va encaminado a analizar la naturaleza jurídica del divorcio por mutuo consentimiento; por nuestra parte, consideramos que pertenece a los actos de jurisdicción voluntaria, ya que las características de su procedimiento encuadran perfectamente dentro del concepto proporcionado por nuestra Ley Procesal Civil de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Los razonamientos en que nos apoyamos para inclinarnos en este sentido, los expondremos durante el desarrollo del trabajo.

CAPITULO I.

EL MATRIMONIO.

1.1.- CONCEPTO.

El matrimonio es la forma regular de la constitución de la familia. De ahí que varios autores se han preocupado por dar una definición del mismo.

Para el maestro Rafael de Pina el matrimonio es " un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes ".¹

El maestro Galindo Garfias, conceptúa al matrimonio como " la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida ".²

Cabe señalar que las características esenciales del matrimonio son:

1) Unidad.- Implica la unión del hombre y la mujer, que se traduce en derechos y deberes recíprocos, la unidad esta dada por la comunidad a la que se encuentran sometidos los esposos debido al vínculo que los une.

2) Permanencia.- La unión conyugal tiene el carácter de permanente en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y su estabilidad, se encuentra asegurada por la ley, ya que sólo en circunstancias excepcionales

¹ DE PINA, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. Primero (Introducción, Personas, Familia), Editorial Porrúa, S.A., 47a., Edición, México, 1992, Pág. 314.

² GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso (Parte General - Personas y Familia), Editorial

permite su disolución.

3) Monogamia.- Significa la unión de un solo hombre con una sola mujer, es decir, no sólo se concibe un vínculo matrimonial, sino que los esposos no deben tener contacto sexual con otra persona que no sea su cónyuge ya que la fidelidad conyugal es una de las bases de solidez y dignidad de la institución.

4) Legalidad.- No basta la simple unión del hombre y la mujer aún cuando ésta sea permanente, ya que es preciso además que se haya celebrado de acuerdo a la ley, es decir, que se requiere la declaración del oficial del Registro Civil en el sentido de declararlos legalmente unidos en matrimonio.

De las características antes señaladas podemos concluir, que el matrimonio es una institución jurídica y social, basada en el consentimiento de los contrayentes conforme a la forma prescrita por la ley por el que un hombre y una mujer establecen una comunidad de vida total y permanente.

1.2.- REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

El matrimonio esta constituido por ciertos elementos que lo integran, sin los cuales no se puede concebir su existencia y además, es necesario que se cumplan con los requisitos de validez que la propia ley establece.

a) Elementos esenciales.- Son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir y son :

1.- La voluntad de los contrayentes.- Es uno de los elementos más importantes, ya que sin ella el matrimonio no se puede llevar a cabo, se manifiesta

Porrúa, S.A., 9a., Edición, México, 1991, Pág. 490.

a través de la declaración expresa de los contrayentes, en el sentido de unirse en matrimonio; este acuerdo de voluntades es lo que forma el consentimiento.

Es importante destacar que la celebración del matrimonio se perfecciona con la declaración del juez (oficial) del Registro Civil al " actuar como fedatario público cuidando la debida celebración del acto e interviene a la vez como representante del Estado para impartir a la unión conyugal, fuerza vinculatoria, mediante la declaración solemne de que los contrayentes han quedado unidos jurídicamente con los derechos y obligaciones que corresponde a cada uno de ellos, conforme a la ley."³

2.- El objeto.- Consiste en la vida en común entre un hombre y una mujer, misma que se encuentra sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas en que ambos han convenido crear por su propia voluntad.

Así pues, tenemos que el objeto específico de esta institución consiste, en la creación de derechos y obligaciones entre los cónyuges.

3.- Las solemnidades.- La relación conyugal nace de la voluntad de los contrayentes con la finalidad de establecer entre sí una vida en común, en forma permanente, sin embargo estas declaraciones de voluntad deben cumplir ciertas solemnidades.

Es por ello, que el matrimonio aun cuando el Código Civil no lo establece de manera expresa, debe cumplir con ciertas solemnidades sin la cuales se originaría la inexistencia.

En consecuencia, se pueden considerar como esenciales para la existencia del matrimonio de acuerdo con el maestro Rojina Villegas las siguientes:

³ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Op. cit., Pág. 529.

" a) Que se otorgue el acta matrimonial;

b) Que se haga constar en ella, tanto la voluntad de lo consortes de unirse en matrimonio, así como la declaración del juez (oficial) del Registro Civil, considerándolos unidos en nombre de la ley y la sociedad;

c) Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.

d) La existencia del acta matrimonial en el libro correspondiente, pues faltando ésta no puede haber matrimonio; comprendiendo además la firma del juez de Registro Civil y la de los contrayentes."⁴

De lo anterior podemos concluir que las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio; es decir, que si faltaren éstas el matrimonio resultaría inexistente.

b) Elementos de Validez.- Son aquéllos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero la falta de alguno de ellos origina la nulidad absoluta o relativa, según lo establezca la ley.

Los requisitos de validez son:

1.- Capacidad de los contrayentes.- Se divide en dos clases, de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce alude a las personas que han llegado a la edad núbil, es decir, a la edad de 16 años para el hombre y 14 para la mujer. En cuanto a la capacidad de ejercicio (18 años), los menores de esta edad requieren el

⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Introducción, Personas y Familia),

consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o tutela, ya que conforme al artículo 149 de Código Civil los hijos que no hayan cumplido 18 años, para poder contraer matrimonio requieren el consentimiento de sus padres, si vivieren ambos o del que sobreviva. A falta o por imposibilidad de los padres, se requiere el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva ; y a falta o imposibilidad de estos el de los abuelos maternos.

Por otro lado el artículo 150 del Código Civil establece que a falta de padres o tutores, el juez de lo familiar de la residencia del menor, podrá otorgar el consentimiento para que el matrimonio se celebre válidamente.

Cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el ya otorgado podrán acudir ante el Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los delegados, quienes otorgarán éste.

Por lo tanto podemos establecer que la falta de edad y de consentimiento son impedimentos para celebrar válidamente el matrimonio; sin embargo existe una excepción a esta regla, plasmada por el artículo 237 del Código en cita que determina:

“ La menor edad de dieciséis años en el hombre y de catorce en la mujer dejará de ser causa de nulidad:

I Cuando haya habido hijos;

II. Cuando, aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a los dieciocho años; y ni el ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad. ”

2.- Ausencia de vicios de la voluntad.- La voluntad debe estar exenta de vicios, es decir, que el consentimiento para que sea válido debe manifestarse con libertad. De ahí que tanto la violencia, el miedo, así como el error en la persona con quien se contrae el matrimonio son presupuestos establecidos por la ley que originan la nulidad del mismo.

En cuanto a la fuerza o miedo graves, nuestra legislación los considera como una coacción física o moral que se puede ejercer sobre cualquiera de los contrayentes para obtener de esta manera la declaración de su voluntad. El raptó tratándose de matrimonio es una forma de violencia material y moral que impide la libre manifestación de la voluntad del contrayente; este impedimento no cesa, mientras la raptada no sea restituida a lugar seguro para declarar libremente su voluntad.

3.- Licitud en el objeto.- Nuestra legislación en los artículos 147 y 182 del Código Civil establecen que se tienen por no puestas las condiciones que vayan en contra de los fines del matrimonio, o bien, que son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines. Por consiguiente, encontramos que para el caso de ilicitud en el fin no se establece la nulidad del mismo, sino que éste subsiste pero sin ningún valor o efecto, en relación con los mencionados pactos o condiciones que contravengan los fines del matrimonio.

4.- Formalidades.- Además de los elementos de solemnidad que reviste el matrimonio, también es necesario que reúna elementos de forma que constituyen requisitos de validez y que se refieren al contenido del acta de matrimonio.

Los artículos 97 a 101 del ordenamiento en cita regulan las formalidades anteriores a la celebración del matrimonio y los artículos 102 y 103 contemplan las formalidades y solemnidades del matrimonio en el momento de su celebración.

Respecto a las solemnidades ya han quedado señaladas al hacer mención de los requisitos esenciales del matrimonio.

Ahora bien, en relación a las formalidades son las siguientes:

“1.- Asentar el lugar, día y hora del acta de matrimonio;

2.- Hacer constar, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

3.- Si son mayores o menores de edad;

4.- El consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban sustituirlos, haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las personas citadas;

5.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispense;

6.- La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, y

7.- Los nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración si son o no parientes de los contrayentes y si lo son en que grado y en que línea.”⁵

De lo anterior podemos decir que el artículo 103 establece las formalidades que deben cumplirse en la celebración del matrimonio y en la redacción del acta ; exceptuándose la solemnidad a que hace mención la fracción VI del mismo

⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. cit. Pág. 305,306.

precepto que se refiere al consentimiento de los contrayentes y a la declaración del Juez (Oficial del Registro Civil).

Sin embargo, no todas estas formalidades son esenciales para la validez del matrimonio, ya que algunas podrían omitirse sin que esto afecte su validez; por ejemplo el no mencionar la ocupación de los contrayentes.

De lo ya expuesto consideramos que si no se cumplen con todas las formalidades señaladas por la ley, el matrimonio será existente pero nulo; en cambio, si faltaren las solemnidades el matrimonio será inexistente.

Por otro lado, conforme al Código Civil los requisitos para contraer matrimonio son: Edad, Consentimiento, Formalidades (artículos 97-103)

1.3.- IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

“ Son impedimentos aquellas prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer matrimonio.”⁶

“ Impedimentos puede definirse como la circunstancia que impide la celebración válida del matrimonio.”⁷

Dentro de la doctrina encontramos diversidad de clasificaciones en relación a los impedimentos, sin embargo, para efectos de nuestro estudio, solo consideraremos la clasificación que señala nuestro Código Civil, misma que distingue entre impedimentos dirimentes e impedientes.

⁶ ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Astrea, S .A., Buenos Aires Argentina 1989, Pág. 188.

⁷ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, (Relaciones Jurídicas-Conyugales), Editorial

A) Impedimentos Dirimentes.- " Son aquellos que constituyen un obstaculo o prohibición para la celebración de un matrimonio válido, cuya violación da lugar a poder ejercitar la acción de nulidad."⁸

Por otro lado el maestro Rojina Villegas define a los impedimentos dirimentes como " aquellos que originan la nulidad del matrimonio."⁹

En consecuencia tenemos que son las prohibiciones establecidas por la ley que no permiten que se contraiga válidamente el matrimonio, cuya violación origina la nulidad de éste.

El artículo 156 del Código Civil estatuye los impedimentos dirimentes mismos que a continuación se señalan y de los cuales haremos un breve análisis.

I.- Falta de edad.- Para contraer matrimonio el hombre y la mujer deben haber cumplido 16 y 14 años respectivamente. En consecuencia si no han cumplido la edad exigida por la ley, y no han obtenido dispensa, el matrimonio no podrá celebrarse válidamente dando origen a la nulidad.

La ley considera que a la edad señalada con anterioridad, los contrayentes han alcanzado un desarrollo tanto físico como mental, y por consiguiente podrán cumplir con los fines del matrimonio.

Sin embargo como sabemos toda regla tiene sus excepciones y conforme al artículo 237 del mismo ordenamiento nos señala dos casos en los cuales deja de ser causa de nulidad:

Porrúa, S.A., 2a Edición, 1990, Pág. 339.

* BELLUSCIO, Augusto Cesar, Derecho de Familia, Tomo Y, Parte General (Nociones Generales, Requisitos intrínsecos y extrínsecos), Tomo I, Ediciones Depalma, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1980, Pág. 312.

I.- Cuando haya habido hijos, y

II.- Cuando, aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a los 18 años ; y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad.

2.- Falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad, del tutor, o del juez en sus respectivos casos.- Se refiere al consentimiento que requieren los menores que no han alcanzado la edad para contraer matrimonio válidamente. Conforme a los artículos 238 al 240, el ejercicio de la acción de nulidad derivada de esta causa de impedimento, solo puede hacerse valer por las personas que deben otorgar su autorización o consentimiento, dentro del plazo de 30 días que comenzarán a partir desde que se tenga conocimiento de la celebración del matrimonio.

Cabe mencionar que se trata de una nulidad relativa ya que cesa la causa de impedimento, si quienes ejercen la patria potestad han consentido expresamente en el matrimonio o tácitamente por ejemplo : haciendo donaciones a los hijos, recibiendo a los cónyuges en su casa, etc.

3.- Parentesco de Consanguinidad.- Constituye también un impedimento dirimente el parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa.

4.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna. Este impedimento supone que el matrimonio que dio origen al citado parentesco, ha sido disuelto por divorcio, nulidad o por muerte de uno de los cónyuges ya que de

⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. cit.*, Pág. 310.

lo contrario existiría bigamia por la celebración del segundo matrimonio.

El fin primordial de este impedimento es que subsista el parentesco por afinidad no obstante de haberse disuelto el matrimonio.

5.- El adulterio entre quienes pretenden contraer matrimonio, cuando haya sido declarado judicialmente.- Por razones de orden moral y social se impone en este caso la nulidad del matrimonio contraído entre los adúlteros. Sin embargo, se requiere que el adulterio haya sido comprobado y declarado mediante una sentencia judicial, ahora bien la acción de nulidad derivada de esta acción debe intentarse dentro del plazo de seis meses contados a partir de la celebración del matrimonio de los adúlteros, y puede ser ejercitada por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público, en caso de que el matrimonio anterior se haya disuelto por causa de divorcio y sólo por el Ministerio Público si este matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido.

El impedimento presupone que durante la vigencia del primer matrimonio alguno de los cónyuges cometió adulterio, y posteriormente al quedar disuelto pretende contraer matrimonio con quien cometió adulterio. De ahí que a éste se le atribuya el carácter de ilícito por razones de orden moral.

6.- El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para contraer matrimonio con el que quede libre.- Esta causa constituye también un impedimento dirimente, ya que conforme al artículo 244, si se llegara a celebrar el matrimonio, pueden pedir la nulidad los hijos del cónyuge que ha sido víctima del atentado o el Ministerio Público, dentro del término de seis meses contados a partir de que se celebró el nuevo matrimonio.

Al respecto el Maestro Galindo Garfias opina que "no se requiere la consumación del delito de homicidio. Para que subsista el impedimento, es

suficiente la realización de los actos previos a la consumación, encaminados directamente a causar la muerte de uno de los cónyuges ; pero sí es necesario que se compruebe en el autor del delito, el propósito de privar de la vida a uno de los cónyuges para que en esta forma, si queda después disuelto por otras causas el vínculo matrimonial, el autor del atentado no se encuentre en aptitud de contraer matrimonio con el otro cónyuge."¹⁰

7.- La fuerza o miedo graves.- El consentimiento para poder contraer válidamente el matrimonio debe manifestarse con libertad, por lo que la coacción física o moral sobre cualquiera de los contrayentes produce la nulidad.

El impedimento se relaciona con lo que se señala en el artículo 245 del Código Civil, el cual detalla un poco más sobre la fuerza o miedo graves, porque establece que la violencia así como el miedo originan la nulidad si uno u otro importan peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de sus bienes ; debe ser realizado en contra del cónyuge o contra las persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela. Además la coacción debe subsistir al momento de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de esta causa de nulidad solo puede ser ejercida por el cónyuge ofendido dentro de los sesenta días a partir de la fecha en que cesó la violencia o intimidación.

En caso de raptó, existe el impedimento entre el raptor y la raptada mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.

8.- La impotencia incurable para la cópula; y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias.- Esta nulidad de

¹⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., Pág. 517.

matrimonio solo puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio.

9.- Padecer alguno de los estados de incapacidad que nos señala la fracción II del artículo 450.

Artículo 450.- Tienen incapacidad legal y natural:

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

B) Impedimentos Impedientes.- " Se llaman impedientes aquellas prohibiciones que para celebrar el matrimonio han sido establecidas por la ley y que no producen la nulidad del acto, sino simplemente su ilicitud. "¹¹

En consecuencia, debemos entender que son impedimentos impedientes aquellos que no afectan la validez del matrimonio pero lo hacen ilícito por celebrarse en contravención a lo establecido por la ley.

De tal manera que nuestra Legislación Civil Sustantiva lo declara ilícito pero no nulo, conforme al artículo 264 en relación con los artículos 158, 159 y 189 de la ley en cita.

¹¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., Pág. 518.

Artículo 264. Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio:

I. Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento susceptible de dispensa;

II. Cuando no se ha otorgado previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que haya transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289.

El artículo 158 señala que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo.

El artículo 159 estipula que el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o ésta bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, una vez aprobadas las cuentas de la tutela.

Por su parte el artículo 289 determina que el cónyuge culpable no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decreto el divorcio.

En cambio los cónyuges que se divorcien voluntariamente, podrán volver a contraer matrimonio después de que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

Finalmente como ya se menciona la violación a la prohibición establecida por la ley no invalida el matrimonio, sólo produce su ilicitud.

1.4.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONYUGES.

El matrimonio da lugar a una relación jurídica entre un hombre y una mujer otorgándose mutuamente derechos a los que corresponden deberes personales y obligaciones recíprocas; colocándolos en una situación de igualdad. Estos elementos de reciprocidad e igualdad intentan lograr que la comunidad de vida entre los cónyuges sea mucho más fácil y llevadera para ambos.

Los derechos y obligaciones que surgen de la celebración del matrimonio tienen como característica que su regulación no está a disposición de las partes porque son irrenunciables, sin posibilidad de que por voluntad de los cónyuges puedan dejar de cumplir con los deberes que les corresponden.

Nuestro sistema jurídico a fin de otorgar solidez a la institución ha establecido sanciones para lograr a través de la coacción el cumplimiento de los deberes, los cuales no desaparecen ni se extinguen por su cumplimiento, ya que el vínculo se contrae con la intención y el propósito de que se prolongue durante la vida de los cónyuges, resaltando que la comunidad de vida es la base fundamental del matrimonio, en cuanto que a través de esta vida en común es posible la realización de los fines del matrimonio en forma total.

Por otro lado la celebración del matrimonio origina el estado de casados entre los consortes derivándose de esta relación deberes y derechos que se determinan desde tres puntos de vista:

I.- Entre Consortes.- Los derechos y obligaciones entre los cónyuges nacen del vínculo matrimonial y son:

a) La cohabitación; Por habitación se entiende el derecho y obligación de habitar una misma casa, el artículo 163 del Código Civil, establece que los cónyuges deben vivir juntos señalando como lugar para cumplir con este deber el domicilio conyugal considerando a éste como el lugar que ambos consorte eligen libremente de común acuerdo para vivir y en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Sin embargo, se establecen dos supuestos por los cuales los cónyuges pueden ser eximidos de cumplir con este deber, mismos que son cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero a no ser que lo haga en servicio público o social, o cuando se establezca en un lugar insalubre o indecoroso.

Salvo estas excepciones; el incumplimiento de cohabitación por uno de los cónyuges, da lugar a la disolución del vínculo, si se prolonga por más de seis meses sin causa justificada o por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación.

b) Débito carnal.- Conforme al artículo 162 en relación con el artículo 4o. constitucional, toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; derecho que será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Debe tenerse en cuenta que la negativa injustificada a cumplir con esta obligación constituye una injuria grave que es causa de divorcio.

c) Fidelidad.- Dentro de la doctrina encontramos uniformidad en cuanto a su significado al considerarla como " la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí y la violación a la misma implica un ataque a la lealtad que puede herir gravemente los sentimientos del cónyuge ofendido."¹²

¹² MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A., 5a Edición, México 1992, Pág.

La fidelidad implica la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa, excluyendo la posibilidad de que existan relaciones íntimas con persona distinta; que sin llegar al adulterio implica un ataque al honor del otro cónyuge.

Así pues el incumplimiento a la fidelidad constituye una causa de divorcio al lesionar el honor y dignidad del cónyuge inocente.

d) Asistencia y ayuda mutua.- El artículo 162 establece el deber de asistencia y de ayuda recíproca impuesta a cada uno de los cónyuges al señalar que el marido y la mujer deben socorrerse mutuamente, su cumplimiento no es sólo en cuanto al aspecto material o económico de proporcionarse alimentos, sino además comprende el aspecto moral reflejado en el consejo, dirección y apoyo que debe existir entre ambos consortes.

De ahí que tenemos un contenido patrimonial y moral en el sentido de proporcionar alimentos y ayuda de carácter espiritual.

II.- En relación a los hijos.- El matrimonio en relación con los hijos produce importantes efectos como son:

a) Facilitar la prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, quienes para acreditar ésta, sólo deberán presentar la partida de su nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres.

b) Crea una presunción de hijo de matrimonio, en favor de éste, nacido después de 180 días contados desde la celebración de matrimonio y de los

nacidos dentro de los 300 días siguientes a la fecha de la disolución del matrimonio o de la separación de los cónyuges por resolución judicial.

c) El marido no podrá desconocer a los hijos concebidos por su mujer, ni aun alegando adulterio de la madre, sino en el caso de que pruebe haber sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer durante los primeros 120 días de los 300 que han precedido al matrimonio.

d) El matrimonio del menor produce su emancipación.

e) Si un individuo ha sido tratado por la familia del marido, como hijo de matrimonio de éste, probado el vínculo matrimonial se le tendrá como hijo de matrimonio.

f) Probada la filiación de hijo nacido de matrimonio, éste tiene derecho a alimentos, a llevar el apellido de sus padres y a participar en la sucesión hereditaria de éstos, sin necesidad de que haya habido reconocimiento de la filiación por su pretendido padre.

g) El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración, si éstos han sido reconocidos por ambos consortes.

Debe de recordarse que aunque cese la convivencia de los cónyuges, no por ello desaparecen las cargas del matrimonio; si hay hijos, los gastos de sus necesidades será siempre una obligación de los progenitores.

III.- En relación a los bienes.- Conforme al Código Civil existen dos regímenes patrimoniales: A) Sociedad Conyugal y B) Separación de Bienes.

El régimen al que se encuentran sometidos los bienes se determina por el

convenio que celebran entre sí los consortes, éste recibe el nombre de capitulaciones matrimoniales (son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso).

A) Sociedad Conyugal.- Se encuentra regulado del artículo 183 al 206 de la ley en cita; por sociedad conyugal se entiende que los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos en este régimen, puede ser total o parcial. Es total cuando comprende todos los bienes tanto presentes como futuros; así como los productos derivados de los mismos. Es parcial cuando se hace mención de los bienes que entrarán a la sociedad no incluyendo algunos de ellos, es decir, los cónyuges serán dueños en común de solo una parte de los bienes, reservándose la otra parte de sus bienes para sí.

La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él. Puede abarcar además de los bienes de que sean dueños los consortes, los bienes futuros que puedan llegar a adquirir.

El artículo 190 del mismo código prohíbe el pacto leonino, por el que alguno de los consortes reciba todas las utilidades o sólo reporte pérdidas y sea responsable de las deudas comunes en cuanto que estas excedan a la aportación realizada por éste.

Sin embargo puede establecerse que uno de los consortes deba recibir una cantidad fija en la participación de las ganancias, misma que debe ser pagada exista o no utilidades en la sociedad.

No se puede renunciar anticipadamente a las ganancias que resulten de la sociedad sólo en el momento de la liquidación de la sociedad pueden renunciar a las ganancias que les correspondan (disuelto el matrimonio o establecida la

separación de bienes).

Por otra parte, existen dos casos en que se puede presentar la suspensión de la sociedad; el primero es por causa de una sentencia que declare la ausencia de alguno de los consortes y el segundo cuando uno de los consortes abandona al otro del domicilio conyugal por mas de seis meses sin causa justificada suspendiendo para él, desde el día del abandono los efectos de la sociedad, pero sólo en cuanto le favorezcan al cónyuge que abandono el domicilio y éstos no podrán comenzar de nuevo sino solo por convenio expreso.

Los motivos por los cuales puede concluir o terminar la sociedad conyugal son: por divorcio, nulidad de matrimonio, muerte de alguno de los cónyuges, por voluntad de los cónyuges, por sentencia que declare la presunción de muerte de alguno de los cónyuges, y en los casos previstos en el artículo 188.

“Artículo 188.- Puede también terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio, a petición de alguno de los cónyuges, por los siguientes motivos:

I. Si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes;

II. Cuando el socio administrador, sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, a sus acreedores;

III. Si el socio administrador es declarado en quiebra, o concurso;

IV. Por cualquiera otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.”

En los casos en que la sociedad conyugal termine por nulidad de matrimonio, se considerará subsistente hasta que se pronuncie la sentencia respectiva, si los dos cónyuges procedieron de buena fe; cuando sólo uno de ellos procediera de buena fe la sociedad subsistirá también hasta que cause ejecutoria la sentencia, pero siempre y cuando su continuación sea favorable al cónyuge inocente; de lo contrario se considerara nula desde un principio; en el caso de que ambos consortes procedieran de mala fe, la sociedad se considera nula desde la celebración del matrimonio.

El consorte que hubiere procedido de mala fe no tendrá parte en las utilidades aplicándose éstas a los hijos, y si no los hubiere al cónyuge inocente. Si ambos procedieron de mala fe, las utilidades se aplicaran a los hijos, y si no los hubiere se repartirán en proporción de lo que cada consorte llevo al matrimonio.

Disuelta la sociedad conyugal, se formará inventario y una vez terminado se procederá a pagar los créditos que hubiere contra el fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y el sobrante si lo hubiere, se dividirá entre los cónyuges de acuerdo a la forma convenida en las capitulaciones matrimoniales.

B) Separación de bienes.- " Es aquella en virtud de la cual cada uno de los cónyuges conserva el pleno dominio y administración tanto de los bienes que haya adquirido con anterioridad al matrimonio, así como los que adquiera durante el mismo. "¹³

Al igual que la sociedad conyugal la separación de bienes puede ser total o parcial, es decir, puede comprender la totalidad de los bienes de los consortes o sólo una parte de ellos, ya sea de los que sean dueños o de lo que en lo futuro llegaren a adquirir.

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. cit., Pág. 343.

Los cónyuges pueden libremente cambiar durante su matrimonio el régimen de separación de bienes por el de sociedad conyugal o viceversa, debiendo cumplir con los requisitos que se exigen para cada una de ellas, pero si uno de los cónyuges o ambos fueren menores requieren el consentimiento de las personas que lo otorgaron para su matrimonio rigiendo las misma regla cuando las capitulaciones matrimoniales se modifiquen durante la menor edad de los cónyuges.

El régimen de separación de bienes, puede terminar por convenio entre los consortes o por disolución del matrimonio. Los cónyuges en ningún caso quedan excluidos de la obligación de prestarse asistencia y ayuda recíproca misma que deberá ser en forma gratuita, pero si serán responsables de los daños y perjuicios que se causen por dolo, culpa o negligencia.

CAPITULO II

DIFERENTES PROCEDIMIENTOS DE DIVORCIO.

2.1. CONCEPTO.

Al igual que la institución del matrimonio, dentro de la doctrina encontramos una gran variedad de conceptos relativos al divorcio, de los cuales retomamos a nuestro parecer los mas acertados y que a continuación exponemos:

El maestro Rafael de Pina define al divorcio "como la extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso."¹⁴ "

Para el maestro Eduardo J. Couture, el divorcio "es la institución que permite, en las hipótesis establecidas por la ley, la disolución del vínculo matrimonial, con sus efectos respectivos en el estado civil de las personas, la situación de los hijos, y al régimen jurídico de los bienes."¹⁵

Por su parte, la maestra Sara Montero Duhalt, considera que "el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en la vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio valido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales del procedimiento."¹⁶

¹⁴ DE PINA Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Tomo I, (Introducción-Personas-Familia), Editorial Porrúa S.A. 47a Edición, México 1992. Pág 338.

¹⁵ COUTURE J. Eduardo. Vocabulario Jurídico, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina 1976, Pág. 238.

Finalmente nuestra legislación sustantiva civil en su artículo 266, señala que "el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

De los conceptos antes citados procedemos a dar la siguiente explicación:

1.- El divorcio es una institución, ya que se encuentra de por medio un conjunto de relaciones jurídicas que deben quedar debidamente reguladas al concluir éste.

2.- Para que proceda el divorcio debe existir alguno de los supuestos marcados por nuestra legislación civil en su artículo 267.

3.- Efectivamente, a través del divorcio se rompe el vínculo conyugal entre los consortes. En consecuencia, los deja en la posibilidad de volver a contraer nuevo matrimonio.

4.- Las consecuencias del divorcio repercuten no sólo respecto de los cónyuges, sino también en relación a sus bienes y a la situación jurídica de los hijos (En caso de haberlos).

5.- Debe tramitarse ante la autoridad competente ya que, no hay que olvidar que puede tramitarse ante el poder judicial o autoridad administrativa, cumpliendo en su caso con cada uno de los requisitos legales del procedimiento que para cada situación se establezca. Por lo tanto, debe analizarse cuidadosamente las circunstancias en que se encuentren los cónyuges y la reglamentación que en cada caso hace nuestra legislación para poder determinar que autoridad es la adecuada para tramitar el divorcio.

¹⁶ MONTERO DUHALT Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, México, 1992, Pág. 196.

2.2.-CARACTERÍSTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO

Para poder iniciar el estudio de cada uno de los diferentes procedimientos de divorcio contemplados en el Código Civil, es necesario mencionar brevemente las características de la acción de divorcio:

1.- Caducidad de la acción de divorcio. Antes de hablar de esta característica, debemos mencionar que frecuentemente suele confundirse la figura de la caducidad con la prescripción por lo tanto, trataremos de dar una breve explicación de cada una de ellas.

Respecto de la caducidad, el procesalista Cipriano Gómez Lara señala que "es la pérdida de todos los derechos procesales a causa de la inactividad de las partes, inactividad total y bilateral, y opera una vez que transcurre determinado plazo que la ley señala."¹⁷

Para el procesalista Chioventa "es un modo de extinguir la relación procesal que tiene lugar por el transcurso de un cierto periodo de tiempo, en estado de inactividad. No produce la consecuencia de extinguir la acción o pretensión, sino la nulidad del procedimiento o, lo que es lo mismo, la extinción de la litis con todos sus efectos procesales."¹⁸

En cuanto a la prescripción, el artículo 1135 del Código Civil establece: "Prescripción es un medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo condiciones establecidas por la ley".

¹⁷ GOMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, Editorial Harla, S.A. de C.V. 9a. Edición, México 1995. pag. 296.

¹⁸ CHIOVENDA, José. Principios de Derecho Procesal Civil tomo I, Editorial Reus, 10a. Edición, Madrid

De la lectura de los conceptos arriba citados, podemos establecer lo siguiente:

1.- La caducidad es la inactividad procesal de ambas partes por el transcurso de tiempo que la ley señala, originando la pérdida de todos los derechos procesales; mientras que la prescripción es la pérdida o adquisición de un derecho u obligación por el tiempo que marca la ley.

2.- La caducidad extingue el proceso pero no la acción, razón por la cual se puede iniciar otro juicio.

Se confirma lo anterior con lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la siguiente jurisprudencia que a la letra dice:

DIVORCIO EL TERMINO FIJADO POR LA LEY PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION ES DE CADUCIDAD Y NO DE PRESCRIPCION TRATANDOSE DE.

Tratándose de divorcio, el término fijado por la ley para el ejercicio de la acción es un término de caducidad y no de prescripción, y si bien es cierto que ambos son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, también es cierto que, no deben confundirse porque la caducidad es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima; por ende en materia de divorcio, tomando en consideración su carácter excepcional porque pone fin al matrimonio, el término señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose con la incertidumbre, todos los derechos y obligaciones que forman el estado civil del matrimonio, intereses que dejan de ser del orden privado y pasan a afectar la

España 1991, pag. 280.

estabilidad de la familia y el orden público.

Amparo Directo 132/95 Baldemar Moreno Espinoza. 27 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velazco Santiago. Secretario: Stalin Rodríguez López. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Tomo II, Agosto de 1995, Pág. 507.

Retomando la característica que nos ocupa, podemos decir que si transcurre el término que la ley señala sin que el cónyuge inocente ejercite acción de divorcio, ésta caduca.

De ahí, que la acción de divorcio debe ejercitarse "...dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda", tal y como lo previene el artículo 278 del Código Civil.

Por lo tanto, si el Tribunal al estudiar la demanda de divorcio se percata que los hechos en que se fundamenta ésta, ocurrieron en un lapso mayor de seis meses a la fecha de su presentación, se deberá declarar la caducidad de la acción de divorcio.

Por otra parte, es conveniente aclarar que tal y como lo señala el maestro Rojina Villegas "no todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, porque ello dependerá de la naturaleza de la acción de que se trate. Debiendo distinguirse entre acciones de divorcio que implican causas de tracto sucesivo y acciones que implican causas de realización momentánea.

Son causas de tracto sucesivo por ejemplo, el abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses, la ausencia, las enfermedades crónicas e incurables, que sean contagiosas o hereditarias, la enajenación mental incurable y la impotencia para la cópula.

En cambio, las causas de realización momentánea son por ejemplo, las injurias, adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer y la corrupción de los hijos."¹⁹

Nos adherimos al comentario que hace el maestro Rojina Villegas en cuanto a que para poder determinar si la demanda de divorcio se interpuso dentro del plazo que marca la ley, es necesario tener en cuenta la naturaleza de la causal del divorcio.

Sin embargo, respecto de los ejemplos que nos da como causales de realización momentánea, consideramos que el adulterio encuadra tanto en esta categoría como en las de tracto sucesivo; en virtud de que únicamente adquiriría el carácter de momentánea si se tratara de una simple aventura en cuyo caso si podría aplicarse lo estipulado por el artículo 269 del Código Civil, mas no cuando esa relación es continua y permanente, pues en este supuesto la acción de divorcio creemos que debe hacerse valer en cualquier tiempo mientras subsista esa situación, ya que en esas circunstancias obviamente que se trata de un hecho de tracto sucesivo.

Complementando lo anterior, consideramos importante reproducir lo sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente jurisprudencia:

DIVORCIO, ADULTERIO PERMANENTE COMO CAUSAL DE. NO OPERA LA CADUCIDAD DE LA ACCION.

El plazo de seis meses que establece el artículo 269 del Código Civil para el Distrito Federal, para ejercitar la acción de divorcio por el adulterio de su cónyuge,

¹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil Tomo I, (Introducción, Personas y Familia)*

es fijado exclusivamente para cuando la causal de referencia constituye un hecho aislado, mas no para cuando se configura una situación de carácter permanente y continuo, ya que en este supuesto, por su propia naturaleza, la causal en cuestión se torna de tracto sucesivo y de realización permanente. Consecuentemente, la circunstancia de que la consorte haya tenido conocimiento de la existencia de los hijos procreados por su esposo fuera del matrimonio con una anticipación mucho mayor a la del citado plazo de seis meses, no implica que su acción caducó, puesto que en especie no se trata de un hecho aislado, sino de una situación permanente y continua, toda vez que en las actas de nacimiento de los hijos aludidos, el enjuiciado manifestó tener el mismo domicilio que la madre de éstos, y entre ambas documentales transcurrió un lapso de siete años; por lo que la acción puede hacerse valer en cualquier tiempo, máxime si se considera que el demandado no manifestó que el adulterio concluyó en alguna fecha determinada.

Amparo Directo 4985/96.- Antonio Adrian Chaparro Rodríguez.- 20 de septiembre de 1996.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Nabor González Ruíz.- Secretario: Antonio Rebollo Torres. Semanario Judicial de la Federación. Novena Epoca. Quinto Tribunal en Materia Civil del Primer Circuito. Tomo IV, Noviembre de 1996. Pág 430.

2.- Carácter personalísimo de la acción de divorcio. Esta característica consiste en que sólo puede ejercitar la acción de divorcio la persona facultada por la ley para tal efecto, tratándose del divorcio necesario el cónyuge inocente debe hacer valer la acción de divorcio, pues como lo previene el artículo 278 de nuestra legislación civil sustantiva "El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él...". Respecto al divorcio por mutuo consentimiento, ambos consortes deben solicitarlo ante autoridad competente tal y como lo señala el artículo 272 del Código Civil último párrafo.

Para el caso de un menor de edad, como sabemos su matrimonio produce de hecho su emancipación, por lo tanto, independientemente de que se trate de un divorcio por mutuo consentimiento o de un divorcio necesario, debe ejercitarse personalmente la acción de divorcio pero asistido de un tutor, en este sentido el artículo 643 fracción segunda del Código Civil, establece:

" El emancipado tiene la libre administración de sus bienes pero siempre necesita durante su menor edad:

II.- De un tutor para negocios judiciales. "

De igual manera el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 677 señala que el cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento.

En ninguno de los dos tipos de divorcio antes mencionados el tutor substituirá la voluntad del menor, pues como ya se dijo, la decisión de poner término al matrimonio es estrictamente personal, en consecuencia sólo pueden tomarla los cónyuges, de ahí que la función del tutor solo sea la de asistir y asesorar al menor durante el transcurso del procedimiento.

Por otro lado, es oportuno mencionar que dentro de nuestra legislación no existe ningún precepto que nos señale quien debe ejercitar la acción de divorcio cuando el cónyuge inocente se encuentre en alguno de los supuestos marcados por el artículo 450 del ordenamiento en cita en la fracción II que establece:

" Tiene incapacidad natural y legal:

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquéllos que padezcan alguna afección

originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o a manifestar su voluntad por algún medio."

Pero no por ello, debemos entender que se encuentren jurídicamente desprotegidos ya que deben aplicarse en forma general las normas relativas a la tutela, en estos casos si existe la necesidad de una verdadera representación por parte del tutor; ya que debido a las circunstancias en que se encuentra el cónyuge inocente no puede tomar sus propias decisiones ni hacer valer personalmente la acción de divorcio.

Este último comentario se refuerza si tomamos en cuenta que "en nuestro sistema ha prevalecido la idea de proteger al cónyuge inocente incapacitado, y la protección jurídica se entiende en el sentido de que si conforme a la ley ha habido una causa de divorcio, por ejemplo que sea injuriado, ultrajado, que se cometan delitos en su contra, que haya adulterio, abandono injustificado, etc., evidentemente que la manera de protegerlo será ejercitando las acciones que la ley confiere."²⁰

3.- La acción de divorcio se extingue por reconciliación o perdón expreso o tácito.- Para poder hablar del perdón, es necesario tener presente que éste "consiste en la declaración de voluntad por parte de quien lo otorga de no hacer efectivas las sanciones y responsabilidades que tiene derecho de ejercitar en contra del ofensor."²¹ Es decir, el término perdón debemos entenderlo como la voluntad del cónyuge ofendido de no ejercitar la acción de divorcio en contra de su cónyuge.

²⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit. Pág. 415.

²¹ PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa S.A. 34a. Edición, México

Ahora bien, nuestro Código Civil en su artículo 279 establece: "Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón expreso o tácito; no se considera perdón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores".

Del texto de éste precepto se desprende que si después de que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del hecho que constituye causa de divorcio perdona a su consorte, el perdón otorgado significa tranquilidad para el cónyuge culpable, en el sentido de que no se entablará demanda de divorcio en su contra por el hecho perdonado.

De igual manera, el precepto en comento presupone que debe de tratarse de una causa susceptible de perdón, y que la voluntad del cónyuge inocente sea la de no ejercitar la acción de divorcio, y reanudar por consiguiente la vida conyugal en todos sus aspectos; sin embargo, el maestro Rojina Villegas realiza una acertada observación al aclarar que "solamente son causas susceptibles de perdón las que constituyen delitos, hechos inmorales, o conducta culposa, y en el artículo 267 hay unas que no implican esos hechos imputables, como son, padecer de enajenación mental, las enfermedades crónicas e incurables y que sean además contagiosas o hereditarias y la impotencia incurable para la cópula."²²

Por consiguiente, coincidimos con el maestro Rojina Villegas en este aspecto, ya que sería ilógico otorgar el perdón a una persona cuya enfermedad no depende de ella.

Respecto a la reconciliación de los cónyuges, ésta también pone fin al juicio de divorcio, pero siempre y cuando se realice antes de que concluya el mismo por

1994. Pág. 280.

²² ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op Cit. Pág. 416.

sentencia, ya que así lo dispone el artículo 280 del ordenamiento en cita al establecer: "La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. En este caso, los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación".

Resulta oportuno advertir que no debe confundirse la reconciliación con el perdón, ya que "la reconciliación puede tener lugar, no solo cuando un esposo ofende al otro, sino también como sucede con demasiada frecuencia, cuando los dos esposos se inculpan mutuamente de haber cometido determinadas injurias o hechos culpables. En estos casos, la reconciliación puede implicar el perdón de mutuo agravio, aunque algunas veces solo uno de los consortes sea el culpable y el otro se reconcilie con él."²³

Por consiguiente podemos establecer que aunque ambas figuras implican una barrera para poder ejercitar la acción de divorcio por los mismos hechos, a nuestro parecer se diferencian en que el perdón es otorgado por el cónyuge ofendido al culpable, es decir que puede ser culpable solo uno de los cónyuges y además se trate de un hecho susceptible de perdón; situación diferente se da en la reconciliación pues en este caso puede existir culpa de ambos. Utilizamos la palabra "puede" ya que de acuerdo al artículo 280 esta última debe efectuarse antes de que el Juez decida sobre la procedencia de la causal invocada y dicte sentencia, por lo tanto, aún no podemos hablar de cónyuge culpable o inocente.

El mismo precepto en cita establece la obligación de denunciar la reconciliación al Juez, sin embargo su incumplimiento no tiene ninguna sanción ya que para la sociedad es más importante la subsistencia del matrimonio, cuya institución es la base legal de la familia que el cumplimiento de un mero trámite judicial

²³ PALLARES, Eduardo, Op. Cit. Pág. 281.

En relación al divorcio por mutuo consentimiento, la reconciliación la encontramos contemplada en el artículo 276 del Código Civil.

"Los cónyuges que han solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación".

4.- La acción de divorcio se extingue por renuncia o desistimiento.- La renuncia presenta dos modalidades a saber. antes de ejercitarse la acción y una vez intentada; en cuyo caso la acción de divorcio es objeto de desistimiento, el cual será explicado con posterioridad.

Por lo tanto, estaremos en el primer caso si el cónyuge ofendido renuncia a su derecho de poder ejercitar la acción de divorcio una vez que ha tenido conocimiento del hecho culposo; y en el segundo caso si una vez estando en trámite el juicio de divorcio el actor se desiste de la acción implicando con ello que no pueda volver a iniciar otro juicio de divorcio por los mismos hechos que fueron fundamento del anterior.

El desistimiento "consiste en apartarse del ejercicio de un derecho o facultad procesales ya iniciados."²⁴

Nuestra ley adjetiva civil en su artículo 34 distingue entre desistimiento de la acción y el desistimiento de la demanda de la siguiente manera:

A).- El actor puede desistirse de la acción intentada sin ser necesario el consentimiento del demandado. Para el desistimiento de la demanda si es indispensable el consentimiento del demandado siempre y cuando se realice en

forma posterior al emplazamiento.

B).- El efecto del desistimiento de la demanda es que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquélla; es decir, que se extinguen todos los efectos jurídicos de los actos procesales realizados en el juicio. En consecuencia se considera como si el proceso no hubiera existido.

C).- Tanto el desistimiento de la acción como el de la demanda obligan al actor a pagar las costas, los daños y perjuicios sufridos por el demandado con motivo del juicio.

Una vez hecha esta breve explicación, podemos decir, que aplicando esta figura a la acción de divorcio, el juicio puede terminar por el desistimiento que haga el actor, ya sea de la demanda o de la acción.

El desistimiento de la demanda, no implica la pérdida de la acción de divorcio, sino solo de aquellas situaciones procesales producidas durante el juicio y que le son favorables. Sin olvidar que para esta clase de desistimiento es necesario el acuerdo del cónyuge demandado, así como el pago de las costas, daños y perjuicios sufridos por éste.

Situación diferente se da en el desistimiento de la acción de divorcio cuya característica es la que nos ocupa, en donde si se extingue dicha acción, esto es, que además de los efectos que se producen por el desistimiento de la demanda, también se pierde el derecho que el actor hizo valer en el juicio; "porque al renunciar a la acción se renuncia al derecho que mediante ella se hizo valer."²⁵ En consecuencia, el cónyuge que se desista de la acción de divorcio ejercitada en contra de su consorte no puede volver a pedir el divorcio invocando los mismos hechos que sirvieron de fundamento, pero si por otros. Además, en esta clase de

²⁴ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 253.

desistimiento, no se requiere el consentimiento del demandado, pues así lo establece el artículo en cita.

De lo antes expuesto podemos concluir que tanto la renuncia como el desistimiento son características de la acción de divorcio y formas de terminarlo, ya que el actor al desistirse de su acción implica para el demandado el derecho de que se dé por concluído el juicio, toda vez, que el actor renunció a la acción intentada en el proceso.

5.- La acción de divorcio se extingue con la muerte de cualquiera de los cónyuges.- Siendo el objeto del juicio de divorcio la disolución del vínculo matrimonial, es lógico que en caso de acontecer la muerte de alguno de los cónyuges el mismo se dé por terminado, en este mismo sentido el artículo 290 del Código Civil establece: "La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio...".

6.- La acción de divorcio sólo se otorga al cónyuge que no dio causa al mismo.- Esta característica consiste en que sólo el cónyuge inocente y el cónyuge sano están facultados para ejercitar la acción de divorcio.

2.3.- DIFERENTES PROCEDIMIENTOS DE DIVORCIO

A lo largo del tiempo, la reglamentación de la institución del divorcio ha variado considerablemente, pues como veremos de acuerdo a los Códigos de 1870 y 1884, realmente no era un divorcio en sí, sino únicamente una forma de dejar de cumplir con algunas de las obligaciones inherentes al matrimonio; es por ello que creemos conveniente hacer referencia a los mismos en cuanto a la forma en que lo reglamentaban.

²⁵ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 254.

En primer lugar el Código Civil de 1870, disponía "el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, y sólo suspende algunas de las obligaciones civiles... cohabitación y lecho...

De esta disposición se desprende que al emplear la frase "no disuelve", obviamente no se podía hablar del divorcio, tal y como lo conceptuamos hoy en día, sino mas bien de una simple separación de cuerpos.

Prevenía también que la separación únicamente podía pedirse hasta pasados dos años de la celebración del matrimonio y que el divorcio por mutuo consentimiento no tenía lugar, después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenía mas de 45 años de edad. Como vemos, el divorcio era bastante difícil de conseguir ya que se consideraba como un mal social contrario a la moral, por lo tanto era necesario rodearlo de ciertos obstáculos que lo hicieran de mas difícil acceso a los interesados. De ahí que sólo procedía por la existencia de causas sumamente graves como el padecimiento de enfermedades contagiosas e incurables, la sevicia, el adulterio y otras, que deberían ser probadas ante el Juez de primera instancia del domicilio de los cónyuges.

Respecto al divorcio por mutuo consentimiento, era indispensable acudir por escrito ante el Juez de primera instancia quién, una vez tomadas las providencias necesarias, citaba a los consortes para que comparecieran en forma personal a una primera junta de avenencia, que se llevaba a cabo en los tres meses siguientes a la presentación del ocurso, si no se obtenía la reconciliación los volvía a citar previa solicitud de ellos a una segunda junta que se llevaba a cabo a los tres meses de la primera y si insistían en su propósito, se aprobaba la separación y se fijaba el plazo que debería de durar conforme al convenio de las partes, siempre que no excediera de tres años. Es importante hacer notar que la comparecencia en forma personal a las juntas de avenencia ha existido desde este Código hasta el actual, debido a la importancia de las mismas, virtud que a

través de ellas puede evitarse el divorcio.

Ahora bien, si pasado ese tiempo los cónyuges insistían en su separación, el Juez, previa promoción volvía a señalar juntas de avenencias pero en este caso se duplicaban los plazos. Es decir, la primera a los seis meses del escrito y la segunda a los otros seis meses de la primera, en la que se dictaba sentencia; las audiencias eran secretas e intervenía como parte el Ministerio Público.

El Código Civil de 1884, establecía las mismas disposiciones que el Código de 1870, por lo tanto para evitar caer en repeticiones nos remitimos a lo antes mencionado.

Finalmente, a partir de la Ley de Relaciones Familiares expedida en 1917, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al disponer que el matrimonio es un vínculo disoluble, por lo tanto, a través del divorcio si se daba término a dicho vínculo permitiendo a los divorciados contraer nuevas nupcias.

El artículo 75 establecía: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

El artículo 102 señalaba que por virtud del divorcio los cónyuges recobraban su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo que disponía en el artículo 140 y cuando el divorcio se hubiere declarado por causa de adulterio ya que en este último caso el cónyuge culpable no podía contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de haberse dictado la sentencia de divorcio

Por su parte el artículo 140 estipulaba que la mujer no podía contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. Este término en los casos de nulidad o de divorcio podía contarse

desde que se había interrumpido la cohabitación.

Nuestro Código Civil vigente en su artículo 266 reprodujo en forma literal el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares. Respecto a los artículos 102 y 140, corresponden a los artículos 289 y 158 actuales.

Por otra parte, se establece una nueva forma que permite a los cónyuges disolver el vínculo matrimonial sin necesidad de acudir ante autoridad judicial, esto es, mediante el llamado divorcio administrativo, cuya tramitación es llevada ante el oficial del Registro Civil, pero para poder tramitarlo ante este funcionario es indispensable que se cumplan con determinadas condiciones como son:

A).- Que los cónyuges sean mayores de edad.

B).- No tengan hijos y

C).- De común acuerdo liquiden la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron.

De ahí que actualmente nuestro Código Civil contempla tres diferentes procedimientos de divorcio, dos para el divorcio voluntario y una para el divorcio necesario, mismo que debe ser fundamentado en alguna de las causas señaladas en el artículo 267, con excepción de la fracción XVII, que se refiere al mutuo consentimiento.

Dentro de la doctrina existe diversidad de criterios en cuanto a la manera en que se puede clasificar el divorcio, sin embargo; únicamente retomamos la clasificación que nos proporciona el maestro Arellano García al señalar que este puede clasificarse desde diversos puntos de vista.

"Bajo la perspectiva de sus efectos, el divorcio puede ser vincular o vinculatorio (art. 266 C.C), cuando disuelve el vínculo matrimonial y los cónyuges recuperan su capacidad para contraer nuevo matrimonio. Al lado de este divorcio existe el de separación de cuerpos que no disuelve el vínculo matrimonial (art. 277 C.C), y solo suspende la obligación de cohabitar con el otro cónyuge.

Desde el punto de vista de las causales previstas por el artículo 267 del ordenamiento legal en cita, el divorcio puede clasificarse en dos categorías:

El divorcio por la causal prevista en la fracción XVII, es el mutuo consentimiento y no hay necesidad de un juicio ordinario civil, sino que se sigue conforme al procedimiento previsto en el Título Décimo Primero del Código de Procedimientos Civiles del artículo 674-682, o el procedimiento previsto en el artículo 272 del Código Civil, cuando se reúnen los requisitos previstos para el divorcio administrativo.

El divorcio por alguna otra causal del artículo 267 debe ser promovido en un juicio ordinario civil.

Desde el punto de vista del proceso existen tres clases:

A).- El divorcio denominado "Administrativo" seguido ante el oficial del Registro Civil, en el que el procedimiento es sumamente sencillo y accesible;

B).- El divorcio denominado "Voluntario o por mutuo consentimiento", cuyo procedimiento se encuentra regulado en el Código de Procedimientos Civiles (artículos 674 al 682), seguido ante la autoridad judicial;

C).- El divorcio denominado "Necesario" que debe promoverse en la vía ordinaria civil."²⁶

Citamos esta clasificación ya que nos parece la mas acertada y completa; sin embargo, en cuanto a la separación de cuerpos no la consideramos como un verdadero divorcio sino que es una medida preparatoria para poder entablar posteriormente el divorcio, pues como ya se ha mencionado sólo suspende la obligación de vivir con el otro cónyuge.

Ahora bien, nuestro Código de Procedimientos Civiles contempla dos tipos de divorcio a saber: 1.- el denominado divorcio necesario, mismo que se tramita en juicio ordinario civil rigiéndose procedimentalmente por el artículo 255 y 2.- el denominado divorcio por mutuo consentimiento, el cual se encuentra reglamentado por los artículos 674 al 682 del ordenamiento en cita.

Independientemente del divorcio de que se trate ya sea necesario o por mutuo consentimiento, hay que tener presente que "para que proceda la disolución del vínculo, se requiere: a).- existencia de un matrimonio válido, b).- capacidad de las partes, y c).- legitimación procesal."²⁷

Procedemos a dar una breve explicación de cada uno de los requisitos antes citados:

a) Existencia de un matrimonio válido.- Es un requisito indispensable y a la vez lógico, pues si no existe éste, no puede haber divorcio, este requisito se cumple con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio de quienes pretenden obtener la disolución del vínculo matrimonial.

²⁶ ARELLANO GARCIA, Carlos, Procedimientos Civiles Especiales, Editorial Porrúa S.A. 1a. Edición, México 1987. Págs. 328 y 329.

²⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso (Parte General-Personas-Familia), Editorial Porrúa S.A. 9a. Edición, México 1995. pag. 608.

b) Capacidad de las partes.- En cuanto a este requisito debemos recordar que la capacidad se define como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, dividiéndose ésta en dos clases: de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce como sabemos, es la aptitud del sujeto para poder disfrutar de los derechos que le confiere la ley. Por lo tanto, ésta la tienen todas las personas físicas, desde su nacimiento hasta su muerte.

Al respecto el artículo 22 señala: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el presente Código."

La capacidad de ejercicio es la aptitud del sujeto para hacer valer por sí mismo los derechos y obligaciones de los que es titular. En otras palabras, gozan de esta capacidad los que han cumplido dieciocho años, ya que de acuerdo con nuestra legislación ya han llegado a la mayoría de edad, aclarando que también es necesario que se encuentren en pleno uso de sus facultades mentales.

Es oportuno señalar, que aunque una persona no pueda actuar por sí misma, ello no significa que no goce de derechos u obligaciones, sino que en tales circunstancias requerirá de otra persona capaz que actúe en su representación. De ahí que el emancipado menor de dieciocho años requerirá estar asistido de un tutor, tanto para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento como para demandar el divorcio necesario tal y como lo previenen los artículos 643 fracción II del Código Civil y 677 del Código de Procedimientos Civiles, de los que se desprende la necesaria intervención de un tutor para que los menores puedan demandar o solicitar el divorcio.

No hay que olvidar que la principal función del tutor en estos procedimientos de ninguna manera consiste en substituir la voluntad del menor, sino que

únicamente lo va a asistir durante la tramitación del divorcio, pues como ya lo mencionamos con anterioridad se trata de un acto estrictamente personal. En consecuencia, " el tutor autorizará con su firma en unión con la del menor los escritos o instancias que se presenten durante la tramitación del divorcio; en el caso del divorcio por mutuo consentimiento el tutor interviene en la celebración del convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil."²⁸

c) Legitimación procesal.- Para poder entender en que consiste este requisito, es necesario partir del concepto de legitimación, al respecto, el maestro Eduardo Pallares afirma que "la legitimación en general, es la situación en que se encuentra una persona con respecto a determinado acto o situación jurídica, para el efecto de poder ejecutar legalmente aquél o de intervenir en ésta. Si puede hacerlo, está legitimado, en caso contrario no lo está."²⁹

El procesalista Cipriano Gómez Lara establece que la legitimación jurídica debemos entenderla "como una situación del sujeto de derecho, en relación con determinado supuesto normativo que lo autoriza a adoptar determinada conducta."³⁰

De los conceptos expuestos podemos concluir entonces, que la legitimación surge cuando la situación de una determinada persona encuadra dentro de un precepto normativo y por lo tanto, la ley le da la facultad de adoptar cierta conducta.

La legitimación al igual que la capacidad, se divide en dos clases, mismas que son:

²⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 609.

²⁹ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 535.

³⁰ GOMEZ LARA, Cipriano, Op. Cit. Pág. 261.

1.- Legitimación ad causam y

2.- Legitimación ad processum.

1.- Legitimación ad causam.- Esta clase de legitimación la tienen todas las personas, toda vez que se encuentra ligada con la capacidad de goce. De ahí que cualquier persona que se vea afectada en sus derechos se encuentre legitimada en la causa.

De una manera mas detallada el maestro José Chioyenda señala que "consiste en la identidad del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley."³¹

Como vemos, la legitimación ad causam puede ser activa o pasiva, ello dependerá de la postura que adopte cada una de las partes; de tal manera, que el actor se encuentra legitimado al momento de ejercitar un derecho del cual es titular y el demandado cuando se le exige que cumpla con cierta obligación que es a cargo de él.

2.- Legitimación ad processum.- "Es la facultad de poder actuar en el proceso como actor, como demandado, como tercero o representando a éstos."³²

En otras palabras la legitimación procesal la tienen aquéllas personas que además de estar autorizados por la ley para actuar en el proceso tienen la capacidad suficiente para actuar por sí mismas o en representación de otros. Nuestra ley procesal en sus artículos 44 y 45 establecen respectivamente que todo el conforme a la ley esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comparecer en juicio y el que no se encuentre en ese caso, por medio de sus

³¹ CHIOYENDA, José. Op. Cit. Pág. 341.

representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad.

Por lo tanto, "pueden ser partes procesalmente los incapaces civilmente considerados, aún cuando por ellos comparezcan sus representantes legales."³³

Sabemos lo difícil que es poder distinguir claramente entre la legitimación en la causa y la legitimación en el proceso, así que tratando de dejar esto un poco más claro nos permitimos reproducir el siguiente ejemplo:

"Al que posee plena capacidad negocial y reclame judicialmente un derecho que en absoluto no le pertenece sino a un tercero no le falta para la realización de este derecho la capacidad procesal, pero sí la legitimación en la causa. Al contrario, el menor que demanda un derecho suyo está totalmente legitimado pero le falta la capacidad procesal."³⁴

Una vez hecha esta breve explicación, aplicando la legitimación procesal a la materia de divorcio, podemos establecer que los únicos que gozan de esta son los cónyuges que pretenden obtener la disolución del vínculo matrimonial.

En cuanto a los menores de edad y mayores incapacitados, podemos señalar que se encuentran legitimados en la causa para poder solicitar o demandar el divorcio. Sin embargo, como carecen de capacidad de ejercicio, por consiguiente no tienen legitimación procesal; de ahí que requieren de un tutor que los represente durante el juicio..

³² PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 535.

³³ BECERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil en México, Editorial Porrúa, 26a. Edición, México 1993, Pág. 23.

³⁴ CASTILLO LARRAÑAGA José y DE PINA VARA, Rafael, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, 20a. Edición, México 1991, Pág. 266.

2.3.1. DIVORCIO ADMINISTRATIVO

Como ya lo hemos señalado, el artículo 272 del Código Civil prescribe la forma de tramitarlo. De las tres clases de divorcio contempladas por nuestra legislación, la tramitación de éste es el menos complicado, debemos tener presente que no es opcional para los cónyuges a elegir entre uno u otro procedimiento ya que solo pueden obtener su divorcio a través de este procedimiento quienes cumplan con los requisitos marcados por el párrafo primero del artículo en cita, mismos que son:

- 1.- Que los consortes convengan en divorciarse;
- 2.- Que ambos sean mayores de edad;
- 3.- Que no tengan hijos;
- 4.- Que de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

Una vez satisfechos estos requisitos, los cónyuges deberán presentarse en forma personal ante el Juez (Oficial) del Registro Civil de su domicilio con las copias certificadas de acta de matrimonio y de nacimiento.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si en esa nueva reunión los cónyuges ratifican su propósito de divorciarse, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

En caso de que los consortes no reúnan los requisitos antes señalados, el divorcio no producirá efectos.

De lo anterior, se desprende que la ley prohíbe su tramitación por medio de otras personas que no sean los cónyuges, ya que lo considera como un acto de carácter personalísimo.

El papel del juez como lo señala el maestro Eduardo Pallares, es pasivo; ya que "solo se limita a comprobar que los cónyuges cumplan con los requisitos que señala el artículo 272 del ordenamiento en cita."³⁵

Por otro lado, es importante mencionar que consideramos incorrecto el término utilizado por el artículo en cita, al designar al Oficial del Registro Civil como "Juez", ya que el objeto del Registro Civil es hacer constar en forma auténtica todos los actos relacionados con el estado civil de las personas a través de la intervención de un funcionario del Estado, dotado de fé pública, de ahí que el término Juez carece de sentido si consideramos que no juzga.

Ahora bien, cuando el divorcio por vía administrativa se incluyó en el Código Civil vigente, fue objeto de innumerables críticas en el sentido de que se le consideraba como factor decisivo de la disolución de la familia, al dar extremas facilidades a la pareja para terminar el vínculo matrimonial. La comisión redactora del Código Civil expuso sus motivos para implantarlo y al respecto indicaba: "El divorcio en este caso solo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no estén en juego los sagrados intereses de los hijos o terceros no se

³⁵ PALLARES, Eduardo, El Divorcio en México, Editorial Porrúa, 8a. Edición, México 1992, Pág. 40

dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos.”³⁶

2.3.2. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Es necesario aclarar que el tema que nos ocupa será analizado en forma mas amplia en el capítulo IV, por lo tanto solo hablaremos del mismo de manera general.

Como ya se ha comentado esta clase de divorcio se encuentra contemplado tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimientos Civiles. Su tramitación se realiza ante el Juez de lo Familiar, conforme al procedimiento regulado por los artículos 674 al 682 de nuestra ley procesal adjetiva, mismo que se seguirá cuando falte alguno de los requisitos señalados para el divorcio administrativo (cuando los cónyuges independientemente de que sean mayores o menores de edad, tengan hijos, o bien no hayan liquidado la sociedad cónyugal), siendo necesario además que tengan un año de casados.

Es indispensable que cuando se presente la solicitud de divorcio se anexe a la misma el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, así como las copias certificadas del acta de matrimonio y de nacimiento de los menores hijos, pues por medio de ellas se acreditará fehacientemente la fecha de celebración del matrimonio así como la existencia de los hijos.

Una vez que se ha presentado la solicitud de divorcio, el Juez citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a dos juntas de avenencia, en las que exhortará a los consortes a la reconciliación y solo en el caso de que insistieren en divorciarse decretará la disolución del vínculo.

³⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, U.N.A.M , Editorial Porrúa

De lo anterior deriva que a diferencia de lo que sucede en el divorcio administrativo, en esta clase de divorcio el Juez tiene una función activa ya que a través de las juntas mencionadas procura la reconciliación de los cónyuges.

Por otra parte, la función del Ministerio Público es verificar que en el convenio presentado por los cónyuges se aseguren y respeten los derechos de los menores. Este convenio a que nos referimos es de tal importancia que no puede dejar de anexarse al escrito de solicitud de divorcio ya que tiene el carácter de público por estar de por medio el bienestar de los hijos.

Debemos aclarar que en esta clase de divorcio el Ministerio Público de ninguna manera es parte, ya que su función sólo es la de velar por los intereses de los menores y asesorar a los jueces de los tribunales dándoles su opinión cuando existe interés público en el asunto de que se trate. Por lo tanto, en este caso, únicamente emitirá su opinión respecto de las cláusulas del convenio que presenten los cónyuges, en cuanto a los derechos de los menores.

2.3.3.- DIVORCIO NECESARIO.

En esta clase de divorcio, a diferencia de los dos antes comentados, es obvio que la voluntad de los cónyuges no existe para obtener la disolución del vínculo matrimonial, en consecuencia sólo se conseguirá a través de un proceso, en el que el Juez decidirá si las causales de divorcio invocadas quedaron plenamente probadas. Esto es, que el Juez después de haber valorado las pruebas ofrecidas por las partes y de haber tomado en cuenta todos los elementos que constituyeron el juicio, emitirá su fallo en el que quedarán definidas todas las cuestiones controvertidas durante el mismo.

Así pues, el divorcio necesario como ya también lo hemos mencionado es el que se promueve por uno de los cónyuges en contra de su consorte demandando la disolución del vínculo matrimonial a través de un juicio ordinario civil, invocando alguna de las causales contempladas en el artículo 267 del Código Civil.

El maestro Rafael Pina señala que las causas de divorcio "son aquéllas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento establecido al efecto."³⁷

Por su parte, para el maestro Chávez Ascencio las causa "son los actos ilícitos cometidos por un consorte en perjuicio del otro (o de los hijos), o los casos de enfermedad o presunción de muerte, que generan el divorcio-sanción o el divorcio remedio."³⁸

No hay que olvidar que las causales contempladas por el artículo 267 son de carácter limitativo, no pudiendo ampliarse por analogía; pues ello deriva de que "siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez lo es de la sociedad, el Estado, preocupándose por la estabilidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, señalados expresamente por la ley."³⁹

Pasando ahora a los efectos del divorcio, debemos mencionar que se dividen en dos clases: provisionales y definitivos. Los primeros son aquéllos que se decretan por el Juez durante la tramitación del juicio y una vez concluido desaparecen, dando origen a los segundos que son los de mayor trascendencia, ya que se van a referir a la situación permanente en que quedarán los cónyuges, los hijos y los bienes una vez ejecutoriada la sentencia.

³⁷ DE PINA, Rafael , Op Cit. Pág. 340.

³⁸ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel, F La Familia en el Derecho,(Relaciones Jurídicas Cónyugales), Editorial Porrúa S.A., 2a Edición, México 1990, Pág, 461

Efectos provisionales.- Tal y como señala nuestra ley civil sustantiva en su artículo 282 al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia y solo mientras dure el juicio el Juez dictará las siguientes medidas provisionales:

I.- (Derogada)

II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles. La separación decretada por el Juez es provisional y subsiste durante el procedimiento, a reserva de lo que se decrete en sentencia definitiva. Es conveniente señalar un domicilio para cada divorciante en vista de la contienda que existe entre ellos.

III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.- El Juez al admitir la demanda debe fijar la cantidad que en concepto de alimentos debe dar uno de los cónyuges al otro y a sus hijos así como asegurar el cumplimiento de los mismos.

Tal fijación se hará de acuerdo con el principio general de los alimentos que determina que deben de ser proporcionados de acuerdo a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos.

IV.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso.- Tomando en consideración que como resultado del divorcio debe liquidarse la sociedad conyugal y dividirse los bienes comunes, mientras esto suceda, el Juez debe dictar las medidas que considere convenientes para evitar que los cónyuges se causen perjuicio tanto en los bienes de cada uno como en los comunes.

³⁹ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. Op. Cit., Pag 461.

V.- Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta.- Es conveniente aclarar que el objeto de estas medidas es poder determinar tanto la paternidad como los efectos y consecuencias del divorcio para el hijo concebido, pues como sabemos desde el momento en que un individuo es concebido está bajo el amparo de la ley

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

De la lectura de esta fracción, vemos que nuestra legislación, parte del supuesto de que los cónyuges acuerden quién de ellos tendrá a su cargo el cuidado de los hijos, sin embargo, esto no siempre es posible, toda vez, que al no haber voluntad para divorciarse menos aún podrán llegar a un acuerdo respecto a la guarda y custodia de los hijos. De ahí que se haya agregado que a falta de ese acuerdo quien pide el divorcio propondrá la persona que deberá cuidar provisionalmente a los menores, lo cual si es dable en la práctica, ya que como sabemos, al admitir la demanda de divorcio, el Juez determinará que los hijos queden al cuidado de la parte actora, pues se presume que quien demanda el divorcio es el cónyuge inocente. Tal y como lo previene el artículo 278 del Código Civil que textualmente señala en su parte conducente:

"El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él..".

Respecto al punto que señala que la madre cuide de los menores de siete años, únicamente podemos decir que va en función de que se le considera la persona idónea para poder otorgar los cuidados indispensables que requieren los menores de esta edad. Por lo tanto, si no se demuestra que la conducta de la madre afecta el desarrollo de éstos, deberá conservar la guarda y custodia.

VII.- La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar.- Es importante hacer notar que esta fracción se adicionó recientemente a través del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de diciembre de 1997.

Efectos definitivos.- Como ya mencionábamos esos son los de mayor trascendencia y se manifiestan en tres aspectos que son:

A).- En cuanto a la persona de los cónyuges.- De acuerdo con el artículo 266 en relación con el precepto 289 párrafo primero ambos del Código Civil, el divorcio produce la extinción del vínculo conyugal dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

Sin embargo, hay que tener en cuenta el tiempo establecido por la ley para tal efecto. De tal manera que al cónyuge culpable la ley le impone que debe esperar dos años para volver a casarse plazo que comenzará a contarse a partir de la fecha en que se decretó la disolución del vínculo matrimonial.

De igual manera existe una restricción para la mujer en el sentido de que aún cuando fuera declarada inocente deberá esperar trescientos días para volver a contraer matrimonio y puede comenzar a contarse a partir de la fecha en que se interrumpió la cohabitación.

Por otra parte, el cónyuge inocente, tendrá derecho al pago de alimentos otorgados por el cónyuge culpable, los cuales serán fijados por el Juez tomando en consideración las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica.

Situación diferente se da para el cónyuge culpable que no tendrá derecho al pago de alimentos por parte del inocente; si ambos son declarados culpables, ninguno tendrá derecho a exigir alimentos.

B).- Respecto a los hijos.- El artículo 283 establece "La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, los cuales podrán ser suspendidos o modificados en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal."

De la redacción de este precepto se desprende que durante el procedimiento, deberá escucharse tanto a los padres como a los hijos, lo cual es de suma importancia pues se da la oportunidad de conocer el punto de vista de los

verdaderamente afectados por el divorcio, y de esta manera podemos pensar que el Juez intentará resolver lo más conveniente para los menores. De igual manera se establece el derecho de convivencia que debe existir entre padres e hijos después de decretado el divorcio; pero tal vez el punto mas interesante es que el Juez tendrá las facultades suficientes para poder tomar las medidas que sean necesarias para evitar la violencia familiar y de esta manera lograr la protección que requieren los menores.

Es conveniente destacar que actualmente el Juez goza de poder discrecional para señalar quienes de los abuelos deberá ejercer la patria potestad de los menores en caso de que los padres no puedan ejercerla.

Por otra parte, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, el Juez podrá tomar cualquier medida que se considere benéfica para los menores antes de resolver definitivamente sobre la patria potestad o tutela de éstos.

En caso de que el divorcio se decrete por causa de enfermedad, el cónyuge sano cuidará a los hijos pero ambos conservarán la patria potestad, salvo en el supuesto planteado por el artículo 267 fracción VII que establece: "Padecer de enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente", en cuyo caso el cónyuge incapacitado queda suspendido del ejercicio de la patria potestad.

La pérdida o suspensión de la patria potestad no exime a los progenitores de las obligaciones que tienen con sus hijos entre las que se encuentra la de proporcionarles alimentos, en proporción a sus posibilidades.

C).- Tal y como lo señala el artículo 287 como efecto de la sentencia es la disolución de la sociedad conyugal así como su liquidación, si bajo este régimen se casaron, en la misma sentencia deben establecerse las medidas necesarias

para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.

Por lo tanto, independientemente del régimen bajo el cual se hayan casado los consortes, tendrán obligación de contribuir, en la proporción de sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos y a la subsistencia y educación de estos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

3.1.- DEFINICION.

EL maestro Arellano García señala que "es acertado llamar jurisdicción voluntaria a cualquier proceso en el que interviene una autoridad judicial, dentro del ámbito territorial en el que tiene atribuciones para fungir, a petición de quien, por su propia decisión, sin estar obligado a acudir ante el órgano jurisdiccional, para dar solemnidad a actos jurídicos o para dictar ciertas resoluciones rectificables, sin que haya pretensiones contradictorias entre partes que litiguen entre sí."⁴⁰

Por su parte el maestro Joaquín Escriche define a la jurisdicción voluntaria en los siguientes términos "llámase así por oposición a la jurisdicción contenciosa, la que se ejerce por el Juez en las demandas que ya por su naturaleza ya por razón del estado de los cosas no admiten contradicción.

La jurisdicción contenciosa se ejerce inter invitos o por mejor decir in invitos, es decir, entre o sobre los que no estando de acuerdo tienen que acudir a juicio a pesar suyo o contra su voluntad, a instancia o solicitud de alguno de ellos; y por eso se llama contencioso, tomando su nombre de la contención o disputa que siguen ante el juez sobre derechos o delitos en parte contrarias. Aunque los intereses y voluntades de las partes se encuentran accidentalmente en armonía, no por eso deja de pertenecer a la jurisdicción contenciosa la sentencia o decisión en una materia sujeta a litigio, porque hay necesariamente jurisdicción contenciosa siempre que hay poder de mandar a alguna de las partes lo que la otra exige de

⁴⁰ ARELLANO GARCIA, Carlos, *Procedimientos Civiles Especiales*, Editorial Porrúa, S.A., 1a.

ella.

La jurisdicción voluntaria por el contrario se ejerce siempre inter volentes, o in volentes, esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes que están de acuerdo, o en virtud de la demanda de una sola parte mientras no deba o no pueda comunicarse por el juez a la otra que tenga interés en contradecirla".⁴¹

"Con la expresión jurisdicción voluntaria se suele designar a aquellos actos y procedimientos que se realizan ante funcionarios judiciales, con el objeto de que éstos verifiquen la existencia de ciertas situaciones jurídicas o la satisfacción de determinados requisitos legales, sin que haya conflicto entre partes y sin que las resoluciones que aquéllos lleguen a pronunciar puedan adquirir la autoridad de la cosa juzgada".⁴²

Por otro lado, creemos conveniente citar la siguientes jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que nos define la jurisdicción voluntaria en los siguientes términos :

JURISDICCION VOLUNTARIA. EN QUE CONSISTE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1472 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla, la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención de la autoridad judicial, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. Por tanto, la jurisdicción voluntaria es un procedimiento de mera constatación o demostración de hechos o circunstancias en el que no es legalmente posible ejercitar acciones respecto de

Edición, México, 1987, Página 273.

⁴¹ *ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razónado de Legislación y Jurisprudencia, Vol. III, Editorial Porrúa, S.A.; 1a. Edición, México, 1979, Página 1155.*

⁴² *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I - O, Editorial Porrúa, S.A., UNAM, 6a. Edición, México, 1994, Página 1889*

las cuales proceda oponer excepciones, puesto que ese procedimiento sólo es procedente cuando no se plantea o suscita controversia alguna o conflicto entre partes determinadas, ya que de darse, habrá de tocarse en jurisdicción contenciosa, terminándose así la voluntaria.

Amparo en revisión 31/91. Jesús Hernández Escamilla y otro. 30 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Tomo: VIII-Noviembre. Pág. 232.

De lo antes expuesto, podemos concluir que la característica de la jurisdicción voluntaria es la falta de controversia entre las partes, ya que los interesados acuden ante el órgano jurisdiccional (Juez) para solicitarle su intervención por derivarse del derecho objetivo la necesidad de la intervención del órgano jurisdiccional, pero sin que exista una cuestión controvertida o contradictoria.

Por lo tanto, la jurisdicción voluntaria difiere de la contenciosa, porque en la primera falta el elemento esencial del juicio, o sea el litigio entre partes y más aún, ni siquiera se puede hablar de partes, a pesar de que sean varias las personas que intervengan ya que éstas tendrán el carácter de promoventes o de solicitantes que requieren la intervención del órgano jurisdiccional, pero no serán propiamente partes, porque entre ellas no habrá cuestión alguna que resolver, además de que no están ejercitando el derecho de acción sino el de petición.

En este sentido creemos oportuno reproducir el siguiente cuadro que nos proporciona el maestro Niceto Alcalá Zamora

**“PROCESO (contencioso): Litigio - partes - acción - demanda.
jurisdicción - juzgador - sentencia.**

**EXPEDIENTE (voluntario): Negocio - participantes - pedimento -
solicitud - atribución - funcionario judicial -
resolución o acuerdo. ”⁴³**

Retomando nuevamente al maestro Arellano García establece que “se denomina “jurisdicción” a la jurisdicción voluntaria precisamente porque interviene la autoridad judicial. El órgano jurisdiccional puede desempeñar sus atribuciones dirimiendo controversias o, también puede hacerlo cuando no hay controversia. La jurisdicción voluntaria es una función judicial desde el punto de vista formal, en atención a que quien interviene como órgano central del proceso de jurisdicción voluntaria es el poder judicial. No es jurisdiccional desde el punto de vista material, en atención a que al aplicarse la ley, no se resuelve frente a posiciones concretas en situaciones de antagonismo. Si surge el antagonismo después de promovida la jurisdicción voluntaria, cesa la jurisdicción voluntaria y se inicia la jurisdicción contenciosa”.⁴⁴

En nuestro Código de Procedimientos Civiles son 47 los artículos (893-939) que tratan las cuestiones relativas a la jurisdicción voluntaria. El título decimoquinto de este Código comprende todas estas cuestiones y se divide en siete capítulos, en los que trata estos temas:

I.- Disposiciones Generales;

II.- Del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos;

⁴³ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945 - 1972)*, UNAM, México, 1974, Págs. 161 y 162.

⁴⁴ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Op. Cit.*, Página 279.

III.- De la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos,

IV.- Adopción,

V.- De las informaciones ad perpetuam,

VI.- Apeo y deslinde y,

VII.- Disposiciones relativas a otros actos de jurisdicción voluntaria.

Nuestra legislación procesal en su artículo 893 define a la jurisdicción voluntaria en los siguientes términos :

“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”.

Del contenido de este precepto se desprende dos clases de jurisdicción voluntaria: 1) aquellos casos en los que se requiere legalmente la intervención del juez por así disponerlo expresamente una disposición legal; y 2) aquellos en que la intervención del juez se produce porque los interesados la soliciten, sin que haya inconveniente legal para que se produzca esta intervención.

Como podemos ver, la ley no establece ningún otro límite para promover actos de jurisdicción voluntaria que el de que no haya cuestión entre partes, es decir, controversia.

En consecuencia, en los actos de jurisdicción voluntaria, el juez actúa junto a los interesados o a sus representantes y no en medio de dos contendientes como sucede en la jurisdicción contenciosa.

Es oportuno mencionar que en los actos de jurisdicción voluntaria existe interés por parte de la sociedad, del Estado y de los propios particulares que lo

piden o solicitan de que se formalice o certifique determinada situación, con el objeto de obtener una mayor garantía de legalidad; de ahí que el legislador ha querido que muchos actos, para protección de la sociedad así como de los interesados, no tengan validez ni puedan surtir efectos si no han sido realizados, sancionados y autorizados por los funcionarios judiciales.

Del tal manera que "las actuaciones procesales no contenciosas, englobadas bajo el rubro de "jurisdicción voluntaria", se encomiendan al órgano jurisdiccional, por tanto, tiene la indiscutible naturaleza de jurisdiccionales, desde el punto de vista formal, o sea desde el punto de vista del órgano del cual procede, ya que son actos jurisdiccionales los procedentes del Poder Judicial, son actos legislativos los que derivan del Poder Legislativo y actos administrativos los que realiza el Poder Ejecutivo".⁴⁵

De lo antes comentado se deduce entonces que la característica común y esencial en los procedimientos de jurisdicción voluntaria consiste en la ausencia de litigio entre los promoventes. Por lo que con acierto ha señalado el maestro Alcalá Zamora que "en la jurisdicción voluntaria el litigio está ausente, a veces latente...pero nunca presente".⁴⁶

Otra característica que podemos señalar en este tipo de procedimientos es la necesaria intervención del juez, "para que éste, como funcionario estatal, poseedor de fe pública, le otorgue autenticidad a lo acaecido ante él en el proceso de jurisdicción voluntaria, y siempre y cuando no haya el ejercicio del derecho de acción y solamente se ejercite el derecho de petición".⁴⁷

Por otra parte, el artículo 894 de nuestra Ley Procesal Civil para el Distrito Federal, previene la posible existencia de alguna persona que deberá ser citada

⁴⁵ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Op. Cit.*, Páginas 282 y 283.

⁴⁶ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Op. Cit.*, Pág. 117.

⁴⁷ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Op. Cit.*, Página 284 y 285.

en relación con la jurisdicción voluntaria al establecer:

Artículo 894. "Cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le citará conforme a derecho, advirtiéndole en la citación que quedan, por tres días, las actuaciones en la secretaría del juzgado para que se imponga de ellas y señalándole día y hora para la audiencia, a la que concurrirá el promovente, sin que sea obstáculo para la celebración de ella la falta de asistencia de éste".

Es importante señalar que si la persona citada no concurre, aún cuando su presencia fuera necesaria el juez no podrá usar de los medios de apremio para obligarla a comparecer, ya que así se desprende del texto del artículo en comento como porque de hacerlo sería contrario a la naturaleza de la jurisdicción voluntaria el uso de medidas coercitivas.

El artículo 893 de la ley en cita prácticamente señala que los promoventes de jurisdicción voluntaria no tienen el carácter de partes, al establecer: "...sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas".

Sin embargo, el artículo 896 del mismo ordenamiento denomina "parte" a quien formula oposición a las diligencias de jurisdicción voluntaria al señalar:

"Si a la solicitud promovida se opusiere parte legítima después de efectuado el acto de la jurisdicción voluntaria se reservará el derecho al opositor para que lo haga valer en la vía y forma que corresponda".

Estimamos que es correcto, en este momento, llamarle "parte" al sujeto que se opone en virtud de que ya se presenta controversia.

Así mismo, como podemos ver, la oposición es el medio de poner fin a las diligencias de jurisdicción voluntaria, pues aunque parezca que se continua en ella, en realidad ya no se esta en presencia de una jurisdicción voluntaria, sino de una jurisdicción contenciosa.

En cuanto al procedimiento para tramitar las oposiciones puede ser por medio de un incidente, o de un juicio ordinario al respecto el artículo 900 de la ley de la materia ordena: "Toda cuestión que surja en los negocios a que se refieren los capítulos siguientes y haya de resolverse en juicio contradictorio se substanciará en la forma determinada para los incidentes a no ser que la ley dispusiere otra cosa".

En la audiencia que nos señala el artículo 904 para la declaración de incapacidad por causa de demencia, si hubiere oposición de parte se substanciará en juicio ordinario con intervención del Ministerio Público.

Si hay oposición en el apeo y deslinde de alguno de los colindantes respecto a un punto determinado, por considerar que conforme a sus títulos quede comprendido dentro de los límites de su propiedad, el tribunal oír a los testigos de identificación y a los peritos e invitará a los interesados a que se pongan de acuerdo. Si esto se lograre, se hará constar y se otorgará la posesión según su sentido. Si no se lograre el acuerdo, se abstendrá el juez de hacer declaración alguna en cuanto a la posesión respetando en ella a quien la disfrute, y mandará reservar sus derechos a los interesados para que los haga valer en el juicio correspondiente (artículo 936-IV).

Otra forma de deducir oposición es mediante el recurso de apelación es por lo que el artículo 898 nos señala:

“Las providencias de jurisdicción voluntaria serán apelables en ambos efectos, si el recurso lo interpusiere el promovente de la diligencia, solo en el efecto devolutivo cuando el que recurre hubiere venido al expediente voluntariamente o llamado por el juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación”.

En este mismo sentido nos señala el artículo 899:

“La substanciación de las apelaciones en jurisdicción voluntaria se ajustará a los trámites establecidos para la de las interlocutoras”.

Las reglas de las apelaciones de interlocutorias las encontramos en el artículo 715 que determina:

“Las apelaciones de interlocutorias o autos se substanciará con sólo un escrito de cada parte y la citación para la resolución que se dictará en el término de ocho días”.

Otro rasgo común de estos procedimientos es la reformabilidad de las resoluciones dictadas, por lo tanto no adquieren la calidad de cosa juzgada; de la misma manera se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer:

JURISDICCION VOLUNTARIA. NO ES LEGALMENTE POSIBLE ELEVAR A LA CATEGORIA DE COSA JUZGADA NINGUN ACTO EN TALES DILIGENCIAS.

El artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone que las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva y, entre otras, señala como alterables a las dictadas en jurisdicción voluntaria. De ello se colige que al admitir variación de las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria, las

mismas no pueden adquirir el carácter de cosa juzgada, pues la nota distintiva de las resoluciones que así se catalogan es precisamente su inmutabilidad; por lo tanto, con independencia de la naturaleza del acto que pretende elevarse a la categoría de cosa juzgada, tal declaración no podrá conseguirse en jurisdicción voluntaria.

Amparo en revisión 979/91. Jaime Kletzel Bacaleinic y otro. 4 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Luz María Perdomo Juvera. Secretaria: María Elena Vargas Bravo. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Tomo: XIII-Enero. Pág. 255.

Así mismo, el artículo 897 nos señala: "El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto de la jurisdicción contenciosa", sin embargo el mismo artículo agrega las siguientes restricciones: "No se comprende en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno, a no ser que se demostrara que cambiaron las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción".

Por otro lado, la ley llama a las resoluciones que pronuncia providencias y no sentencias, lo que demuestra que no le atribuye las características de una sentencia; pero hay que señalar que no por esta reformabilidad y el nombre de providencia signifique que las mencionadas "resoluciones" carezcan de eficacia, ya que como lo ha señalado oportunamente el maestro Fix Zamudio siguiendo la distinción formulada por Liebman entre eficacia y autoridad de la sentencia, "la eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria consiste en declarar o constituir una situación jurídica en beneficio de los solicitantes, en tanto que su autoridad, o sea la cualidad de tales efectos, se traduce en un estado preclusivo, el cual implica la inmutabilidad formal de tales efectos, en tanto no cambien los

supuestos que le dieron origen".⁴⁸

3.2.- INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

El maestro Hugo Alsina comenta "al lado del poder judicial existe una magistratura particular, que si bien no forma parte del mismo, colabora con él en la tarea de administrar justicia, y cuya principal función consiste en velar por el cumplimiento de las disposiciones que afecten el interés general. Los funcionarios que lo integran, no tienen dentro del proceso civil ninguna facultad de instrucción y menos, por lo consiguiente, de decisión pues ellas corresponden de manera exclusiva al juez, o sea al tribunal propiamente dicho. Su intervención responde, en efecto, a principios que atribuyen a aquella caracteres específicos, lo cual explica que en algunos casos actúen como representantes en el proceso, mientras que en otros desempeñan simplemente función de vigilancia".⁴⁹

Así mismo, el maestro Carnelutti señala " que el Ministerio Público es una figura intermedia entre el juez y la parte, y que puede definirse como parte imparcial. Por ello, si bien desde el punto de vista de lo que hace se aproxima a la parte y se contrapone al juez, y se contrapone a la parte, bajo el aspecto de la persona por la que actúa, puesto que al igual que el juez, el Ministerio Público no tiene en el proceso un derecho que ejercitar sino un deber que cumplir. Su acción agrega, puede desenvolverse de dos modos, que corresponden, respectivamente a la sustitución y a la intervención, sin que en estricto derecho sea un sustituto o un interventor".⁵⁰

⁴⁸ FIX ZAMUDIO, Héctor, "Breves reflexiones sobre la reglamentación de la jurisdicción voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios Federales del 30 de agosto de 1932", en el Foro, México, Número 40 enero-marzo de 1963, página 48.

⁴⁹ ALSINA Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomo I, Editorial Ediar, S.A., 2A. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1970.

⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco, Instituciones del Procedimiento Civil, Volumen III, Ediciones Jurídicas, Europa - América, 20a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1971

De acuerdo con el maestro Eduardo Pallares, la intervención del Ministerio Público en los asuntos Civiles se lleva a cabo en las siguientes modalidades:

“ A) Como actor o como reo, ejercitando el derecho de acción procesal, en cuyo caso tiene las facultades, cargas, derechos y obligaciones de las partes, excepto las relativas al pago de costas y constituciones de garantías procesales.

B) Como sustituto procesal de las personas que, por determinadas circunstancias no pueden actuar, por ejemplo: cuando representa a los ausentes, a los herederos que no han comparecido en el juicio respectivo, a los incapaces, etc.

C) Para realizar funciones meramente consultivas sin ser parte en el proceso.

D) Como tercero interviniente, a fin de velar por los intereses de los menores e incapaces, así como de las instituciones o beneficencias”.⁵¹

Debemos agregar que el Ministerio Público una vez que intervenga en los asuntos civiles no podrá desistirse de las acciones intentadas, excepciones opuestas o promociones formuladas, así mismo deberá demandar, contestar demandas, formular pedimentos procedentes en los negocios de la competencia del tribunal a que estuviere adscrito, o intervenir en los mismos como ya se señaló anteriormente como actor, demandado o tercero opositor; además deberá notificarse de las resoluciones dictadas en los asuntos en que intervengan y concurrir a las audiencias y demás diligencias que con su intervención deban practicarse. Interponer los recursos procesales y cuidar de que su prosecución se ajuste a los trámites de ley, por último puede intervenir en los asuntos de familia y del estado civil de las personas en forma accesoria o subsidiaria o como un simple

⁵¹ PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, S.A., 34a. Edición,

asesor de los tribunales, a través de su opinión cuando existe interés público en el asunto de que se trate.

El Ministerio Público es conocido como el representante social, precisamente porque su función es velar por los intereses públicos.

Se escuchará al Ministerio Público, cuando exista alguna de las posibilidades previstas por el artículo 895 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuyo texto es el siguiente:

ART. 895.- "Se oirá precisamente al Ministerio Público:

- I.- Cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos;
- II.- Cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados;
- III.- Cuando tenga relación con los derechos o bienes de un ausente;
- IV.- Cuando lo dispusieren las leyes.

A continuación mencionaremos brevemente los casos en que nuestra Legislación Procesal Civil establece la intervención del Ministerio Público; ya que con posterioridad se vuelve a hacer mención de ellos:

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 902 del Código de la materia, el Ministerio Público puede pedir la declaración de minoridad o demencia.

En el juicio ordinario que se promueva para la declaración de incapacidad por causa de demencia, el artículo 904 establece que deberá dársele intervención al Ministerio Público.

La solicitud del tutor para enajenar bienes del menor o incapacitado se substanciará en forma de incidente con el curador y el Ministerio Público (Artículo 916).

Respecto a la adopción, cuando haya revocación de ésta y el adoptado fuere menor de edad, será oído el representante del Ministerio Público.

En los casos previstos por el artículo 927 del Código de Procedimientos Civiles, la información ad perpetuam se recibirá con citación del Ministerio Público, quien tiene la facultad de tachar a los testigos por circunstancias que afecten su credibilidad.

Por otra parte los casos previstos por el artículo 938 del ordenamiento en cita requieren una tramitación incidental que deberá seguirse también con el Ministerio Público.

3..3.- DIFERENTES PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Como hemos señalado la jurisdicción voluntaria se ha establecido para resolver situaciones jurídicas con la intervención de los jueces y a través de una resolución judicial, no obstante que no exista una controversia.

Por otro lado el Código de Procedimientos Civiles prevé reglas específicas para los procedimientos especiales de jurisdicción voluntaria; a continuación se hará una breve referencia a dichas reglas.

3.3.1.- DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES Y DISCERNIMIENTO DE ESTOS CARGOS.

El artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles en relación con el artículo 462 determinan que:

“Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.”

Las personas que pueden pedir la declaración de estado de minoridad o de incapacidad son: 1) El propio menor si ha cumplido dieciséis años, 2) El cónyuge, 3) Los presuntos herederos legítimos, 4) El albacea, y 5) El Ministerio Público.

Cuando a la petición de declaración de minoridad se acompañe la certificación del registro civil, el juez la debe declarar sin mayor trámite, en cambio, si no se acompaña dicha certificación, el juez debe citar a una audiencia tanto al menor como al Ministerio Público, en la cual “por el aspecto del menor” o con base en la información testimonial que se rinda en dicha audiencia, resolverá si procede o no declarar la minoridad.

Para la declaración de incapacidad por causa de demencia, los artículos 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles prevén respectivamente dos tipos de tramitación:

1) Un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que puede concluir, en caso de que el tutor del presunto incapaz y el Ministerio Público estén conformes con el solicitante, con una resolución judicial que declare o deniegue la interdicción con base en los dictámenes de los médicos alienista, y;

2) El juicio ordinario que deberá seguirse en caso de que exista oposición de alguna de las personas legitimadas para pedir la declaración en la cual se deba dar oportunidad de defenderse al presunto incapaz, por si mismo o por medio de su tutor interino.

El artículo 904 en su primera fracción señala las diferentes diligencias prejudiciales, que el juez debe ordenar una vez que alguna de las personas legitimadas presente la solicitud, acompañada del certificado de un médico alienista o informe fidedigno de la persona que lo auxilia u otro médico de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.

Con base en estos documentos, el juez ordenará:

a) Las medidas cautelares conducentes al aseguramiento de la persona de quién haya de ser declarado en estado de incapacidad;

b) Las que buscan la protección de los bienes del presunto incapaz, para que no se disponga de ellos indebidamente;

c) Que se lleve a cabo un primer examen del presunto incapaz por los médicos que nombre el juez, quienes deben ser de preferencia alienistas, este examen deberá hacerse en presencia del juez y con citación del solicitante y del Ministerio Público. Asimismo, el juez ordenará que el afectado sea oído personalmente o por medio de representante.

Si en el dictamen pericial resulta comprobada la incapacidad o al menos, se pone en duda la capacidad de la persona sujeta al procedimiento, el juez debe dictar las siguientes medidas:

1) Nombrarle tutor y curador interinos, cargos que deben recaer en las personas siguientes, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlos: padre,

madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los mayores de edad. En el caso de abuelos frente a la existencia de maternos y paternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias. En caso de no haber ninguna de las personas indicadas o no siendo aptas para la tutela el juez con todo escrupulo debe nombrar como tutor interino a persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencia con el solicitante de la declaración.

2) Poner los bienes del presunto incapaz bajo la administración del tutor interno, salvo, en su caso los de la sociedad conyugal, que quedaran bajo la administración del cónyuge; 3) proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviese bajo su guarda el presunto incapaz.

Posteriormente, el juez ordenará un segundo examen del presunto incapaz por médicos diferentes, nombrados por él y de preferencia alienistas; en caso de discrepancia entre el nuevo examen pericial y el anterior, el juez llamará a los médicos a una junta de avenencia y si no logra superar las discrepancias, nombrará un médico tercero en discordia. Por último, citará a una audiencia en la que, si estuvieren conformes el tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará resolución declarando o no ésta.

Si en la audiencia hubiese oposición de parte, se substanciará en juicio ordinario con intervención del Ministerio Público.

La declaratoria de interdicción que el juez pronuncie en la audiencia, o la negativa de la misma, aún en el supuesto de que causen ejecutoria, jamás causarán estado, en virtud de que, ante un cambio de los hechos o de las circunstancias que dieron lugar a ellas, podrán ser modificadas de acuerdo con los

nuevos acontecimientos.

En el juicio ordinario subsistirán todas las medidas decretadas y en el que se debe dar oportunidad al presunto incapaz de ser oído independientemente de la representación atribuida al tutor interino; En todo caso la prueba de incapacidad deberá apoyarse en la certificación de tres médicos preferentemente alienistas del servicio médico legal o de instituciones médicas oficiales. Cada parte puede nombrar un médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen. El examen del presunto incapaz se hará en presencia del juez, con citación de las partes y del Ministerio Publico; mientras no se pronuncia sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado.

Una vez que la sentencia dictada en el juicio cause firmeza, en la que se declare la incapacidad, se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor definitivo, rindiéndole cuentas el tutor interino con intervención del curador.

Las mismas reglas se observarán para el juicio que tenga por objeto hacer cesar la interdicción. El que dolosamente promueva juicio de incapacidad será responsable de los daños y perjuicios que con ello ocasiona, independientemente de la responsabilidad penal que fije la ley de la materia.

Una vez hecha la declaración de minoridad o de incapacidad, el juez proveerá nombramiento de tutor, en los términos establecidos en el Código Civil. El tutor designado deberá manifestar si acepta o no el cargo expresando sus excusas o impedimentos dentro de los cinco días que sigan a su nombramiento, la aceptación o el lapso de los términos, importan renuncia de la excusa. En caso de que lo acepte deberá otorgar las garantías señaladas en el Código Civil y reunir los requisitos previstos en éste, el juez le discernirá el cargo.

3.3.2.- DE LA ENAJENACION DE BIENES DE MENORES O INCAPACITADOS Y TRANSACCION ACERCA DE SUS DERECHOS.

Se establece la necesidad de una licencia judicial para que puedan venderse los bienes que pertenezcan a los incapacitados o menores, siempre y cuando sean bienes raíces, derecho reales sobre inmuebles, alhajas y muebles preciosos y acciones de compañías industriales y mercantiles cuyo valor exceda de cinco mil pesos; En la petición el solicitante debe expresar los motivos de la enajenación o el gravamen, así como el objeto al cual debe aplicarse la suma que se obtenga, así como justificarse la absoluta necesidad a la evidente utilidad de la enajenación.

Tienen el deber de pedir la licencia judicial los que ejercen la patria potestad y los tutores.

Esta solicitud se substanciará en forma incidental en el cual se le da participación al Ministerio Público y a un tutor nombrado para tal objeto por el juez (si la solicitud proviene de quienes ejercen la patria potestad) ó el curador (si es del tutor), debiendo el juez nombrar los peritos que realicen el avalúo.

El tutor para poder vender debe proporcionar en la solicitud, las bases del remate en cuanto a la cantidad que deba darse de contado, el plazo, interés y garantía del remanente, los peritos que se designaren para el avalúo los nombra el juez.

El incidente concluye con la sentencia que resuelve negando o autorizando la venta y en este último caso, fijando las bases del remate. La autorización para vender bienes inmuebles permite su enajenación a través del procedimiento de remate en donde no podrá admitirse postura que baje de las dos terceras partes del avalúo pericial, ni la que no se ajuste a los términos de la autorización judicial.

Si en la primera almoneda concluye el artículo 917, no hubiere postor, el juez convocará a solicitud del tutor, del curador o del consejo de tutelas, a una junta dentro del tercer día, para ver si son de modificarse o no las bases del remate, señalándose nuevamente las almonedas que fueren necesarias. Bajo las mismas condiciones podrán gravar los padres los bienes inmuebles de sus hijos o consentir la extinción de derechos reales.

Respecto de las alhajas y muebles preciosos, el juez determinará si conviene o no la subasta, atendiendo en todo a la utilidad que resulte al menor si se decreta, se hará por conducto del Monte de Piedad; o por medio de corredor o casa de comercio.

Por último, la venta de acciones y títulos de renta deberá hacerse a un precio no inferior al de su cotización en la plaza el día de la venta y por medio de corredor titulado o, en su defecto, de comercio establecido y acreditado.

El mismo procedimiento de autorización judicial deberán seguir los interesados para la enajenación y gravamen de bienes, la transacción y el arrendamiento, por más de cinco años de bienes de ausentes e incapacitados.

El precio de venta se entregará al tutor si las fianzas y garantías son suficientes para responder de él, de otra manera se depositará en el establecimiento destinado al efecto, el juez señalará un término prudente al tutor para que justifique la inversión del precio de la enajenación.

En el caso que se quiera recibir dinero prestado en nombre del menor o incapacitado necesita el tutor la conformidad del curador y del consejo de tutelas y después de la autorización judicial.

3.3.3.- ADOPCION.

Antes de las reformas realizadas a esta institución en mayo del año, anterior nuestra Legislación Civil, tanto Sustantiva como Adjetiva para el Distrito Federal sólo contemplaba la adopción simple; que como sabemos sólo se crean derechos y obligaciones entre el adoptante y el adoptado no extinguiendo, por lo tanto, el parentesco natural. Pero a partir de las mencionadas reformas se incluyó una nueva modalidad que es la adopción plena, que como su nombre lo indica se equipara al hijo consanguíneo extinguiéndose la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores.

Los artículos 923 al 926 del Código de Procedimientos Civiles tratan la cuestión relativa al trámite relacionado con la adopción, remitiéndonos a las disposiciones del Código Civil, a través de este procedimiento de jurisdicción voluntaria, quien pretenda adoptar debe acreditar ante el Juez de lo Familiar que reúne los requisitos señalados en los artículos 390 y 391 del Código Civil y que cuenta con el consentimiento de las personas mencionadas en el artículo 397 del mismo ordenamiento. En términos generales, los requisitos que debe reunir el adoptante son:

1) Ser mayor de 25 años y, en todo caso, tener diecisiete años más que el adoptado; 2) encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos; 3) estar libre de matrimonio o, en caso contrario, contar con el consentimiento del cónyuge; 4) contar con medios suficientes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse; 5) que la adopción sea benéfica para la persona que trata de adoptarse, y 6) ser una persona apta y adecuada para adoptar.

El marido y la mujer podrán adoptar cuando ambos estén conformes en considerar al adoptado como hijo, y aunque sólo uno de ellos cumpla con la edad

señalada debiendo acreditar los demás requisitos.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

ADOPCIÓN SIMPLE

En la adopción simple el parentesco, los derechos y obligaciones que derivan de ella se limitan al adoptante y la adoptado, no extinguiéndose el parentesco natural ni los derechos y obligaciones que resultan del mismo, excepto la patria potestad misma que se transmite al adoptante, salvo que, este casado con alguno de los progenitores porque en este caso se ejercerá por ambos cónyuges.

La adopción simple puede convertirse en plena, pero para ello se requiere el consentimiento del adoptado si ha cumplido doce años, si fuera menor de esa edad se requiere el consentimiento de quien hubiese consentido en la adopción, cuando ello sea posible de lo contrario; el juez resolverá atendiendo el interés del menor.

Cumpliendo estos requisitos, el juez los citará a una audiencia verbal dentro de los ocho días siguientes a la solicitud con intervención del Ministerio Público, luego de la cual se resolverá lo que proceda en término de ocho días.

ADOPCIÓN PLENA

El adoptado bajo esta forma se equipara al hijo consanguíneo y tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones que aquél y debe llevar los apellidos del o los adoptantes.

Esta adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con los familiares de éstos, excepto para los

impedimentos del matrimonio. Sin embargo, para el caso de que el adoptante este casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.

El Registro Civil no dará información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, salvo en los siguientes casos en los que se requerirá autorización judicial:

A) Para efectos de impedimento para contraer matrimonio, y

B) Cuando el adoptado quiera conocer sus antecedentes familiares, pero es necesario que sea mayor de edad, ya que de contrario se requerirá el consentimiento de los adoptantes.

Por otro lado, las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz no podrán adoptarlo mediante esta forma.

ADOPCION INTERNACIONAL

Es aquella que se promueve por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y su objetivo es incorporar en una familia, a un menor que no ha podido encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se regirá por los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y en lo conducente por las disposiciones del Código Civil. Hay que tener en cuenta, que esta adopción siempre será plena.

La adopción por extranjeros es aquella que es promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Es de hacerse notar, que si un mexicano y un extranjero desean adoptar a la misma persona,

siempre se le dará preferencia a los mexicanos.

Por otro lado, en cuanto al procedimiento, en la promoción inicial se deberá manifestar el tipo de adopción que se promueva, el nombre, edad y si lo hubiere el domicilio del menor o incapacitado que se quiera adoptar, así como el nombre, edad y domicilio de quienes en su caso ejercen sobre él la patria potestad o tutela o de la persona o institución pública o privada de asistencia social que lo haya acogido y acompañar certificado médico de buena salud. Los estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios para efectuar el trámite de adopción serán realizados por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o por quien éste autorice.

En este punto es conveniente mencionar que antes de la reformas a nuestra legislación no se mencionaba la manera de acreditar los requisitos señalados por el artículo 390 del Código Civil, de ahí que atinadamente el Maestro Ovalle Fabela señalaba " que aunque el Código de Procedimientos Civiles no lo indique expresamente, conviene que, en su solicitud, el que pretenda la adopción ofrezca las pruebas con las cuales intente acreditar el cumplimiento de los requisitos legales mencionados".⁵²

Cuando el menor hubiere sido acogido por una institución pública o privada, el adoptante o la institución recabaran constancia del tiempo de la exposición o abandono.

De acuerdo con el Código Civil deben otorgar el consentimiento en sus respectivos casos: el que ejerza la patria potestad sobre el menor, el tutor del que se va a adoptar, las personas que lo hayan acogido durante seis meses y lo traten como a un hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor; el Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no

⁵² OVALLE FABELA, José, *DERECHO PROCESAL CIVIL*, Editorial Harta, S.A., 8a. Edición,

tenga padres conocidos, ni tutor, ni personas que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo; si el menor que se trata de adoptar tiene más de catorce años, también se necesita su consentimiento para la adopción, además se requiere el consentimiento de la institución de asistencia social pública o privada que hubiere acogido al menor o incapacitado. En el caso de las personas incapaces es indispensable su consentimiento siempre y cuando sea posible la expresión indubitable de su voluntad.

Es importante mencionar que nuestros legisladores en las últimas reformas cometió un error, ya que el artículo 397 fracción IV nos señala que si el menor tiene más de catorce años se necesita su consentimiento y en el último párrafo que se adicionó al mismo artículo se establece la edad de doce años, entonces ¿cual es la edad que se debe tomar en cuenta para requerir el consentimiento del menor?.

Si la adopción que se promueve es plena, además de las personas señaladas anteriormente se requiere el consentimiento de el padre o madre del menor que se va a adoptar, a menos que exista al respecto declaración judicial de abandono.

Si el tutor o el Ministerio Público no consienten en la adopción deberán expresar la causa en la que se funden, la que el juez calificara tomando en cuenta los intereses del menor o incapacitado.

Si hubieren transcurrido menos de seis meses de la exposición o abandono se decretara el deposito de quién se pretende adoptar con el presunto adoptante mientras se concluye dicho plazo. Para el caso de que no se conozca el nombre de los padres o no hubiere sido acogido por una institución publica o privada se decretara la custodia con el adoptante por el término de seis meses siempre y

cuando fuere aconsejable a criterio del juez.

En los casos en que el menor haya sido entregado a dichas instituciones por quienes ejerzan en él la patria potestad, no se requerirá que transcurra el plazo de seis meses para promover la adopción en cualquiera de sus dos formas.

Si el o los adoptantes son extranjeros deberán acreditar su legal estancia o residencia en el país. Aquellos que residan en otro país deberán presentar certificado de idoneidad expedido por la autoridad competente de su país que acredite que es considerado apto para adoptar; constancia de que el menor que quiere adoptar ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado, autorización de la Secretaria de Gobernación para internarse y permanecer en el país con la finalidad de adoptar.

Cabe hacer mención que una vez que se lleven a cabo las pruebas y obteniendo el consentimiento de las personas señaladas anteriormente, el Juez de lo Familiar resolverá dentro del tercer día lo que proceda sobre la adopción.

Los artículos 400 y 401 del Código Civil establecen que tan luego como cause ejecutoria la resolución judicial que se dicte autorizando una adopción quedará consumada, debiendo remitir el Juez copia de las diligencias al Oficial del Registro Civil del lugar para que se levante el acta correspondiente.

También se puede promover en procedimiento de jurisdicción voluntaria la revocación de la adopción simple cuando el adoptante y el adoptado lo pidan de común acuerdo. El procedimiento se lleva por medio de una solicitud y el juez los citara a una audiencia verbal, para que dentro de los tres días siguientes resuelva. El Juez decretara la revocación si convencido de la espontaneidad con la que se solicito encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado.

Por otro lado, respecto a la revocación si el adoptado es menor de edad, debe oírse previamente a las personas que prestaron su consentimiento conforme al artículo 397 del Código Civil cuando fuese conocido su domicilio o, en su caso, se oirá al Ministerio Público.

Respecto a la adopción plena es irrevocable.

Por otra parte, el artículo 926 de nuestra Ley Adjetiva Civil, señala que " los procedimientos de revocación en materia de adopción simple, se regirán por la vía ordinaria".

En cuanto al párrafo que antecede, debemos mencionar que el legislador nuevamente cometió otro error, ya que si establece que la revocación de la adopción simple debe tramitarse por la vía ordinaria, entonces ¿en donde deja lo establecido por la fracción I del artículo 405 de la Ley Sustantiva de la materia que señala el mutuo acuerdo de los solicitantes?. Por lo tanto, consideramos que este precepto no debió reformarse, ya que antes se encontraba mejor redactado, pues especificaba en que casos debía seguirse por la vía ordinaria.

Por último, el menor o la persona con incapacidad que ha sido adoptada bajo la adopción simple podrá impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.

3.3.4.- DE LAS INFORMACIONES AD PERPETUAM.

Los supuestos establecidos para la procedencia de este procedimiento se encuentran en el artículo 927 del Código de Procedimientos Civiles que señala:

“La información ad perpetuam podrá decretarse cuando no tenga interés más que el promovente y se trate:

I.- De justificar algún hecho o acreditar un derecho;

II.- Cuando se pretenda justificar la posesión como medio para acreditar el dominio pleno de un inmueble, y

III.- Cuando se trate de comprobar la posesión de un derecho real.

En los dos primeros casos la información se recibe con citación del Ministerio Público, y en el tercero con la del propietario o de los demás partícipes del derecho real.

El Ministerio Público y las personas citadas, pueden tachar a los testigos por circunstancias que afecten su credibilidad.

Las informaciones ad perpetuam tienen por objeto justificar generalmente mediante prueba testimonial, la existencia de algún hecho, para que conste, de manera fehaciente lo actuado ante el órgano jurisdiccional, así como por su protocolización.

Lo característico, es que el hecho que se pretende acreditar; no ha de tener interés más que aquel que las promueve.

El juez tiene la facultad de ampliar el examen de los testigos con las preguntas que estime pertinentes para asegurar la veracidad de su dicho cuando los testigos no sean conocidos por el juez o el secretario, el solicitante deberá

presentar además, otros dos testigos que abonen a cada uno de los presentados.

Una vez recibida la información testimonial, el juez ordenará su protocolización ante el notario designado por el promovente; el notario a su vez, otorgará al interesado el testimonio respectivo para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y Comercio.

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido que la información testimonial, mediante procedimiento de jurisdicción voluntaria "Solo se decreta cuando se trata de acreditar algún hecho o justificar un derecho en los que no tenga interés más que la persona que lo solicita", no puede surtir efectos definitivos contra terceros, ni puede ser estimada en juicio contradictorio como una información testimonial ofrecida y rendida con arreglo a la ley, pues ella ordena que esta clase de pruebas se rindan siempre con citación contraria, entregando una copia del interrogatorio a la contraparte, para que ejercite el derecho de preguntar a los testigos"

Jurisprudencia No. 565 Compilación 1917 - 1954 (Apendice al Tomo CXVIII)
Pág.1032.

3.3.5.- APEO Y DESLINDE.

Las diligencias de apeo y deslinde tienen lugar siempre que en relación con algún inmueble no se hayan fijado los límites que los separen de otro u otros o habiéndose fijado, haya motivos para creer que no son exactos, porque se hayan naturalmente confundido, por haberse destruido las señales que los marcaban, o bien porque éstas se hayan colocado en lugar distinto del primitivo.

Se encuentran facultados para solicitar estas diligencias; 1) el propietario; 2) el poseedor con título bastante para transferir el dominio, y 3) el usufructuario.

En la petición, el solicitante deberá indicar el nombre y la ubicación de la finca que deba deslindarse así como la parte o partes en que el acto de deslinde deba ejecutarse, los nombres de los colindantes que puedan tener interés, el sitio donde estén y donde deban colocarse las señales y si estas no existen, el lugar donde estuvieron, y además, los planos y demás documentos que puedan servir para la diligencia y designación de un perito por parte del promovente.

Presentada y admitida la promoción, el juez debe notificarla a los colindantes para que, en un plazo de tres días, presenten los títulos o los documentos de su posesión y nombrar perito, si así lo estiman conveniente.

Asimismo el juez deberá señalar día y hora para que de principio la diligencia de deslinde, que no tiene otro propósito que el de ir enmarcando y delimitando los linderos el juez al ir demarcando los límites de fundo deslindado, otorgara posesión a promovente de la propiedad que quede comprendida dentro de ellos; si ninguno de los colindantes se opusiera o mandará que se le mantenga en la posesión que viniere disfrutando. Si hubiere oposición de alguno de los colindantes, el juez invitará a los interesados a que se pongan de acuerdo.

Si esto se lograre, se hará constar y se otorgará la posesión según su sentido.

Si no se lograre el acuerdo se abstendrá el juez de hacer declaración alguna en cuanto a la posesión, respetando en ella a quien disfrute y mandará reservar sus derechos a los interesados para que los hagan valer en el juicio correspondiente.

El juez mandará que se fijen las señales en los puntos deslindados, las que

quedarán como límites legales. En los puntos donde exista la oposición no quedarán deslindados ni se fijará señal alguna, mientras no exista sentencia ejecutoria que resuelva la situación.

3.3.6.- DISPOSICIONES RELATIVAS A OTROS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.

ART. 938.- Se tramitará en la forma de incidente, que habrá de seguirse con el Ministerio Público en todo caso:

I. La autorización judicial que soliciten los emancipados por razón de matrimonio para enajenar o gravar bienes raíces o para comparecer en juicio; en este último caso se les nombrará tutor especial;

II. El permiso para que los cónyuges celebren contratos entre ellos o para obligarse solidariamente o ser fiador uno de otro en los casos del artículo 175 del Código Civil,

III. La calificación de la excusa de la Patria Potestad en los casos a que se refiere el artículo 448 del Código Civil;

IV. La aclaración de las actas del estado civil cuando se trate de errores gramaticales o mecanográficos o de letras o de palabras concernientes a la real identificación de la persona y no cuando se trate de hechos esenciales.

En relación a la segunda fracción del artículo en cita, ésta nos remite al artículo 175 del Código Civil, mismo que fue derogado el 6 de enero de 1994, por lo tanto, dicha fracción debe ser también derogada, pues no se puede aplicar un

artículo que ya no existe.

El artículo 448 del Código Civil faculta a los que ejercen la Patria Potestad a excusarse de su ejercicio cuando tengan sesenta años cumplidos y cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente al desempeño de la patria potestad.

La calificación de estas excusas debe ser resuelta por el juez, en vía de jurisdicción voluntaria, de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 893 y 894.

En la reforma de 1973, se ordeno que para la aclaración de las actas del estado civil, cuando se trate de errores gramaticales o mecanográficos o de letras o de palabras concernientes a la real identificación de las personas se podrá acudir al juez de lo familiar en vía de jurisdicción voluntaria, con audiencia del Ministerio Público. Una nueva reforma del artículo 138 Bis del Código Civil (Diario Oficial de la Federación del 3 de enero de 1979), establece que la aclaración de las actas del estado civil, debe tramitarse ahora ante la Oficina Central del registro Civil " cuando en el registro existan errores mecanográficos, ortográficos ó de otra índole que no afecten los datos esenciales de aquellos".

Esta disposición modifica parcialmente la fracción IV del artículo 938 del Código de Procedimientos Civiles en relación a la competencia que cambia de los jueces familiares a la oficina central del Registro Civil, sin que establezca trámite alguno para lograr esa aclaración y sin la intervención del Ministerio Público.

El artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles determina que podrá decretarse el deposito de menores o incapacitados que se hallen sujetos a la patria potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores, o reciban de éstos ejemplos perniciosos a juicio del juez, o sean obligados por ellos

a cometer actos reprobados por las leyes, de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren.

El menor de edad que deseando contraer matrimonio necesite acudir a la autoridad competente para suplir el consentimiento de sus padres, puede solicitar al juez determine sobre su custodia.

Entre otros asuntos que pueden tramitarse a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria son:

1) Las medidas necesarias para evitar que, por mala administración, se derrochen o disminuyan los bienes de los hijos (art. 441 del Código Civil)

2) Las medidas provisionales en caso de ausencia, la declaración de ausencia y la declaración de presunción de muerte (art. 648 a 678 del Código Civil).

3) La constitución, modificación y extinción del patrimonio familiar (art. 731 a 733 y 742 del Código Civil), y

4) La comunicación de aviso de terminación del contrato de arrendamiento celebrado por tiempo indeterminado (art. 2478 del Código Civil).

CAPITULO IV.

ANALISIS DE LA VIA PROCESAL EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

4.1.- NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Es importante determinar que debemos entender por divorcio por mutuo consentimiento, al respecto la maestra Sara Montero Duhalt lo define como "la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges".⁵³

Por su parte el maestro Carlos Arellano García señala que "el divorcio por mutuo consentimiento, también llamado divorcio voluntario, es la institución jurídica por medio de la cual, ambos cónyuges acuden ante autoridad competente, a solicitar la disolución del vínculo que los une, previa la reunión de los requisitos que la ley establece".⁵⁴

A continuación, trataremos de explicar los conceptos antes citados:

1) Consideramos que es correcto el término " autoridad competente " a que aluden los doctrinarios en cita, en virtud de que como sabemos el divorcio puede tramitarse ante autoridad judicial o ante autoridad administrativa.

2) Es correcto advertir que se trata de una institución jurídica, pues existe

⁵³ MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, México, 1992, Pág. 254.

⁵⁴ ARELLANO GARCIA, Carlos, Procedimientos Civiles Especiales, Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, México, 1987, Pág. 323.

un conjunto de relaciones de esa índole que deben quedar debidamente reguladas como son las que existen entre los cónyuges, entre éstos y sus hijos y respecto a los bienes, ya que de otra manera se podrían afectar derechos de los interesados y de sus hijos. Razón por la cual es importante destacar que cuando no se cumpla con los requisitos del artículo 272 del Código Civil se debe acudir al divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial, en la que además se debe anexar a la solicitud de divorcio el convenio a que se refiere el artículo 273 de la ley sustantiva civil en el que debe fijarse la situación de los solicitantes, de los hijos y bienes durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio.

3) En esta clase de divorcio, existe la voluntad de ambos consortes, de ahí que sean ellos quienes de manera conjunta inicien el procedimiento con la intención de disolver su matrimonio, pues de lo contrario tendrían que tramitarlo por la vía ordinaria civil, esto, es, a través del procedimiento establecido para el divorcio necesario en donde obviamente no existe el acuerdo de voluntades.

4) Para obtener la disolución del vínculo matrimonial, es necesario también, que los solicitantes cumplan con los requisitos establecidos por la ley, en este caso, los consortes deben encontrarse en alguna de las hipótesis previstas por el artículo 272 del Código Civil que aplicado a contrario sensu sería: A) que tengan hijos; B) que los cónyuges sean menores o mayores de edad y C) que aun no hayan liquidado su sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, así como que exista la voluntad de ambos divorciantes de dar por terminado el vínculo matrimonial que los une y además elaborar el convenio en el que queden satisfechos todos los aspectos a que se refiere el artículo 273 del ordenamiento en cita.

Es por ello que acertadamente el maestro Arellano García señala "previa la reunión de los requisitos procesales que la ley establece".

De lo anterior podemos concluir, que el divorcio por mutuo consentimiento es la disolución del vínculo matrimonial a solicitud de ambos consortes ante autoridad competente, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley.

Por otro lado, consideramos oportuno mencionar que dentro de la doctrina existe una variada terminología respecto al divorcio por mutuo consentimiento, como son, a saber, entre otras: divorcio convenido, divorcio por mutuo disenso conyugal, divorcio voluntario judicial. Sin embargo, nosotros emplearemos la denominación que le atribuye nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el título décimo primero que es "Divorcio por mutuo consentimiento". Denominación que también le asigna nuestro Código Civil en su artículo 272 último párrafo, al establecer: "Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento...".

Una vez realizado estos breves comentarios y retomando el punto que nos ocupa, podemos señalar que dentro de la doctrina existe polémica en cuanto a determinar si la naturaleza del divorcio por mutuo consentimiento ante autoridad judicial encuadra dentro de los actos de jurisdicción voluntaria o bien si se trata de un verdadero juicio.

Para el maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo la naturaleza del divorcio por mutuo consentimiento corresponde a la jurisdicción voluntaria, por tratarse de un proceso sin litigio. Para él esta clase de divorcio "no es más que una autocomposición judicialmente homologada, como consecuencia de hallarse en juego intereses distintos y superiores a los egoístas de los cónyuges y también por efecto de la publicidad inherente a los actos del estado civil".⁵⁵

⁵⁵ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Derecho Procesal Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa,

El autor en cita agrega además que el divorcio en comento encuadra dentro de los actos de jurisdicción voluntaria porque no hay inobservancia del Derecho sino sólo voluntad convergente en disolver un matrimonio válido. Por lo tanto, al no haber conflicto entre partes, se esta ante un negocio de jurisdicción voluntaria en el que se emplean formas procesales, no para resolver un litigio sino para confirmar y homologar el acuerdo de voluntades.

De igual manera los maestros Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, consideran que en el divorcio por mutuo consentimiento (o divorcio por mutuo disenso como ellos lo denominan) no existe un juicio.⁵⁶

Por su parte el maestro Cipriano Gómez Lara coincide con los puntos de vista ya citados al señalar que "se trata estrictamente de trámites de jurisdicción voluntaria, y que la intervención que se le da al juez se produce por la tutela estatal que requiere si hay hijos del matrimonio"⁵⁷

El maestro José Ovalle Favela también nos señala que "no obstante que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal lo regule en un título distinto del correspondiente a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, el procedimiento de divorcio voluntario participa de la naturaleza de éstos".⁵⁸ Motivo por el cual lo incluye dentro de los actos de jurisdicción voluntaria.

En el mismo sentido se inclina el maestro Hugo Alsina, toda vez, de que "si en la jurisdicción voluntaria, las partes actúan de común acuerdo y sólo requieren la intervención del juez para consolidar una situación jurídica, no parece haber

S.A., 4a. Edición, México, 1989, Pág. 419.

⁵⁶ CASTILLO LARRAÑAGA, José y DE PINA VARA, Rafael, Instituciones de Derecho Procesal, Editorial Porrúa, S.A., 43a. Edición, México, 1992, Pág. 451.

⁵⁷ GOMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Editorial Trillas, S.A. de C.V., 4a. Edición, México, 1993, Pág. 254.

⁵⁸ OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, Editorial Harla, S.A., 8a. Edición, México, 1994, Pág. 439.

duda de que se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria”.⁵⁹

Por otro lado, el Código Civil comentado para el Distrito Federal al referirse al contenido del artículo 272 nos indica que existen dos procedimientos uno que se tramita ante autoridad administrativa y “otro procedimiento, que los cónyuges deben tramitar ante autoridad judicial, en vía de jurisdicción voluntaria”.⁶⁰ Como vemos, de esto se desprende que le atribuye la naturaleza de una jurisdicción voluntaria.

Así mismo, los Estados de Campeche, Michoacán y Tamaulipas, en sus respectivos Códigos de Procedimientos Civiles regulan al divorcio por mutuo consentimiento dentro del título correspondiente a la jurisdicción voluntaria.

En cambio, para el maestro Eduardo Pallares el divorcio voluntario judicial es un verdadero juicio, y por lo tanto, no se trata de una jurisdicción voluntaria; los motivos que da para apoyar su criterio son:

a) En la jurisdicción voluntaria no hay cuestión entre partes, pero en el divorcio voluntario sí hay cuestión entre partes, pues frente a los divorciantes está el Ministerio Público, quien puede oponerse a la validez del convenio.

b) Estima que hay cuestión entre partes porque el Ministerio Público, es una parte en situación de controversia frente a los cónyuges.

c) La cuestión entre partes no es la voluntad de divorciarse sino el contenido del convenio, es decir, sobre la validez y conveniencia de lo pactado por los cónyuges, pudiéndose oponer al convenio tanto el Ministerio Público, como el juez, si el convenio a juicio de ellos no es legal.

⁵⁹ ALSINA, Hugo, Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I, Editorial Ediar, S.A., 2a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1970, Pág. 466.

⁶⁰ Código Civil Comentado para el Distrito Federal, Libro Primero, De las Personas, Tomo I, Instituto

d) Denomina demanda al escrito de solicitud de divorcio por mutuo consentimiento.

Respetando la opinión del maestro Eduardo Pallares, nosotros no coincidimos con su opinión de considerar que la naturaleza del divorcio por mutuo consentimiento pertenezca a los actos de jurisdicción contenciosa, ya que nuestra postura es la de considerarlo como un trámite de la naturaleza de jurisdicción voluntaria, ya que al Ministerio Público no le podemos atribuir el carácter de parte si consideramos que las partes "son los sujetos procesales cuyos intereses jurídicos se controvierten en el proceso"⁶¹. Es decir, no hay más que dos partes: actor que es quien ejercita la acción y demandado, respecto de quien se ejercita la acción, aclarando que no obstante de que sean varios actores o demandados, sólo serán dos partes como hemos señalado, y en el divorcio por mutuo consentimiento, los intereses de los divorciantes no están en controversia, sino que dichos intereses se convergen en uno solo, por tanto al no haber intereses contrarios no existen partes procesales.

Por lo tanto, el papel del Ministerio Público dentro del proceso de divorcio por mutuo consentimiento de ninguna manera es el de parte, sino que es un auxiliar del juez o tribunal a quien se le va a solicitar dé su opinión respecto de las estipulaciones que contenga el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, pues su función en este caso es la de velar por la situación y derechos de los menores.

En consecuencia, en este tipo de procedimiento como oportunamente lo señala el maestro Ovalle Favela "el Ministerio Público actúa como un sujeto interviniente, sin carácter de parte, con la finalidad de formular opiniones jurídicas

de Investigaciones Jurídica, UNAM, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, Pág. 201.

⁶¹ OVALLE FAVELA, José, Teoría General del Proceso, Editorial Harla, S.A., 9a. Edición, México, 1995, Pág. 257.

(pedimentos)⁶²

Así pues, siendo un auxiliar de los tribunales, sus peticiones pueden ser aceptadas o rechazadas por los jueces, ya que no tienen ningún poder de decisión, pues éste se encuentra reservado al Juez, quien independientemente de lo manifestado por el Ministerio Público será quien decida si aprueba o no el convenio. En otras palabras, el Ministerio Público únicamente pedirá lo que a su representación corresponda que es la de velar porque se cumpla y respete la ley, pero es el juez quien debe decidir con absoluta independencia respecto a la petición realizada por el Ministerio Público.

Por otro lado, si consideráramos al Ministerio Público como parte, también vendría a serlo el juez quien de igual manera puede oponerse al contenido del convenio, sin embargo, debemos tener presente que en el divorcio por mutuo consentimiento al igual que en el divorcio administrativo, el juez va a actuar al lado de los promoventes quienes están de acuerdo en divorciarse y no en medio de dos contendientes como sucede en el divorcio necesario, mismo que si pertenece a la jurisdicción contenciosa. De tal manera que tanto el Ministerio Público como el Juez son sujetos intervinientes pero no partes, pues no hay que olvidar que las partes, como ya habíamos mencionado son sujetos procesales a quienes les afecta directamente la resolución dictada en el proceso.

Respecto al punto en que el maestro Eduardo Pallares nos señala que la cuestión entre partes es el contenido del convenio y que a éste puede oponerse tanto el Ministerio Público como el Juez, no pensamos de igual manera, ya que no consideramos que en el divorcio por mutuo consentimiento la cuestión entre las partes sea el contenido del convenio considerando a éste en su concepto genérico como acuerdo de voluntades, por tanto, al haber esa convergencia de voluntades no existe cuestión alguna; en consecuencia la oposición que al mismo haga el

⁶² OVALLE FAVELA, José, Op. Cit., Pág. 247.

Ministerio Público o la no aceptación por parte del juez únicamente se puede deber a que dicho convenio no cumpla con los requisitos previstos por el artículo 273 del Código Civil. De tal modo, que si no existe oposición por parte del Ministerio Público al convenio celebrado entre los divorciantes y el juez lo considera ajustado a derecho la conclusión es la disolución del vínculo matrimonial.

Tampoco consideramos correcto llamar demanda al escrito por medio del cual los consortes solicitan la disolución del vínculo matrimonial que los une, virtud a que la demanda es el acto procesal por medio del cual el actor inicia el ejercicio de la acción ante el órgano jurisdiccional para hacer valer sus pretensiones. Así mismo, porque de considerar dicho escrito como demanda, obligaría a los divorciantes a cumplir con los requisitos que señala el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles.

En cambio, al existir convergencia de voluntades de los divorciantes, solo están obligados a cumplir con lo previsto en los artículos 674 y 675 del Código Procesal Civil, es decir, presentar la solicitud de divorcio anexando el convenio correspondiente.

De lo anterior se desprende entonces que al no haber cuestión que deducir no hay demanda ni partes, sino solicitud y promoventes toda vez de que están ejercitando el derecho de petición y no el de acción, pues falta la triangularidad o proyectividad necesaria para ello.

Además de lo ya antes expuesto, en el divorcio por mutuo consentimiento no se plantea cuestión alguna sobre las causas que dan origen a la disolución del vínculo conyugal, sino que ambos cónyuges manifiestan únicamente su deseo de divorciarse haciendo saber que su caso se encuentra comprendido en la hipótesis a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 272 del Código Civil.

La intervención del Juez se debe a que “existen situaciones jurídicas que el legislador ha querido resolver con la intervención de los jueces a través de una resolución judicial, no obstante de que no exista una controversia”.⁶³

En este sentido es conveniente mencionar que en el divorcio por mutuo consentimiento se exige la intervención de Juez ya que existe interés por parte del Estado y de los solicitantes en que se legalice una determinada situación, de ahí que para protección de los interesados la disolución de su matrimonio debe ser realizado y autorizado por el Juez de lo familiar con el objeto de obtener una mayor garantía de equilibrio entre los cónyuges y evitar que el contenido de las cláusulas del convenio implique ventajas o desventajas para alguna de ellas, así como para cuidar que los menores no queden desprotegidos. Es decir, al no haber controversia entre partes la intervención del Juez no será para dirimir una controversia sino para dar plena validez y eficacia jurídica al nuevo estado de los esposos y a la situación de los hijos por medio de la resolución judicial que dictará al concluir el procedimiento.

Por lo tanto, el divorcio por mutuo consentimiento encuadra dentro del concepto proporcionado de jurisdicción voluntaria establecido en el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles que determina:

“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 cuestión entre partes determinadas”.

Por consiguiente, al igual que en las legislaciones de Michoacán, Campeche y Tamaulipas, nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, debería de incluir al divorcio por mutuo consentimiento dentro del

⁶³ BECERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil en México, Editorial Porrúa, S.A., 30a. Edición,

4.2.- EL PROCEDIMIENTO.

Como ya lo mencionamos en el segundo capítulo de este trabajo, la Ley de Relaciones Familiares de 1917 evoluciono por completo la idea que se tenía respecto al divorcio; pues hay que recordar que hasta antes de la promulgación de esta ley, el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial sino que sólo se decretaba la separación de cuerpos dejando subsistente el vínculo que los unía. En cambio a raíz de la mencionada ley, se previene que "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro", como podemos ver este concepto se implanto de manera idéntica en el artículo 266 de nuestro Código Civil vigente. De tal manera, que del contenido de este precepto se desprende que el divorcio es la forma legal de disolver el vínculo matrimonial y por lo tanto, la reciprocidad de los deberes conyugales deja de existir.

En cuanto al divorcio voluntario, la Ley de Relaciones Familiares, le otorgaba todo los efectos de disolución del vínculo matrimonial, señalando que podía solicitarse al año de contraído el matrimonio, e inmediatamente el Juez señalaría las fechas para la celebración mensual de tres juntas de avenencia. Es de notarse también que respecto al término para poder solicitarlo sigue siendo el mismo, pero en cuanto a las juntas de avenencia nuestra legislación sólo contempla dos, mismas que deberán celebrarse después de los ocho y antes de los quince días siguientes a la presentación de la solicitud de divorcio.

Este tipo de divorcio se distingue del necesario, porque en la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento los cónyuges no plantean controversia alguna, sino que únicamente manifiestan su voluntad de divorciarse; es decir, que no se

fundamenta en la violación de los deberes conyugales. En cambio, en el necesario como ya también se ha señalado, el cónyuge que se dice inocente plantea ante el Juez de Primera Instancia una contienda fundando su demanda de divorcio en hechos que impiden la convivencia conyugal, mismos que deben ser debidamente probados en juicio, para así obtener la disolución del vínculo matrimonial.

Del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, se desprende que “los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles”.

Esto significa que deben acudir a este procedimiento los cónyuges mayores o menores de edad que tengan hijos o no hayan liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron y por consiguiente, deberán acudir ante un Juez de lo Familiar para promover su divorcio por no encontrarse en los supuestos previstos para el divorcio administrativo.

La reglamentación de esta clase de divorcio se encuentra comprendido en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, del artículo 674 al 682, mismos que determinan que los cónyuges al presentar su solicitud de divorcio deberán anexar el convenio a que se refiere el artículo 273 de la Ley Sustantiva Civil en el que deberá fijarse la situación de los cónyuges, de los hijos y de los bienes durante el procedimiento así como después de decretado el divorcio.

Este procedimiento comprende dos juntas llamadas de avenencia que respectivamente exigen los artículos 675 y 676 del Código Procesal, para que en ellas el Juez exhorte a los cónyuges a una reconciliación y en caso de no lograrlo dictará sentencia, pero oyendo antes la opinión del Ministerio Público respecto al contenido del convenio ya antes citado.

Es conveniente mencionar que en los siguientes puntos de este trabajo se hablará de una manera más amplia de este procedimiento.

Por otro lado, el artículo 274 del Código Civil establece además como otro requisito para la procedencia de este divorcio, que los consortes lleven más de un año casados, pues de lo contrario no puede pedirse el divorcio por mutuo consentimiento.

4.2.1. SOLICITUD DE LOS PROMOVENTES.

Como ya habíamos mencionado en el primer punto de este capítulo, se denomina "solicitud" al escrito por medio del cual los cónyuges promueven el divorcio por mutuo consentimiento, no podemos llamarle demanda en atención a que como ya también se dijo, no existe conflicto entre partes, puesto que ambos consortes están de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial que los une. Por lo tanto, la solicitud de divorcio no reunirá los requisitos que señala el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismos que fueron establecidos precisamente para el juicio ordinario civil, en donde si podemos hablar de demanda por la cuestión litigiosa que se debate.

Asimismo, nuestro Código Procesal le atribuye el nombre de "solicitud" al escrito inicial por el que se tramita el divorcio, tal y como se desprende del artículo 675 al establecer: "Hecha la solicitud...".

En cuanto al contenido de la solicitud de divorcio, es conveniente que reúna los siguientes requisitos:

- 1) La solicitud deberá ir dirigida a un Juez de lo Familiar, pues como sabemos debe promoverse ante la autoridad competente, siendo en este caso un

Juez de lo familiar.

2) Se mencionará el nombre de los dos consortes que promueven conjuntamente su divorcio por mutuo consentimiento, en consecuencia no se utilizará la expresión de versus (vs.) que significa contra, sino la letra "y".

3) Deberá señalarse un domicilio para oír notificaciones, ya que así lo ordena el artículo 112 del ordenamiento en cita al establecer la obligación de designar, en el primer escrito, casa ubicada en el lugar del juicio para que se les hagan las notificaciones y se practiquen las diligencias que sean necesarias. También los promoventes pueden autorizar a algún profesionista para que oiga notificaciones y recoja documentos en nombre de ellos.

4) Los cónyuges deben manifestar que solicitan la disolución del vínculo matrimonial en virtud de su mutuo consentimiento, a través del procedimiento previsto en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

5) En un capítulo de hechos señalarán:

a) La fecha y lugar de su matrimonio, lo que acreditarán con la copia certificada de su acta de matrimonio que deberán anexar a su solicitud.

b) El régimen patrimonial bajo el cual se casaron.

c) En número de hijos que procrearon, lo que se acreditará con las copias certificadas de sus respectivas actas de nacimiento, así como señalar si la cónyuge se encuentra embarazada.

d) Si poseen o no bienes.

e) Que anexan el convenio previsto por el artículo 273 del Código Civil.

6) Suele incluirse un capítulo de derecho, en el que se invocan los preceptos aplicables, tanto de la Ley Sustantiva como de la Ley Adjetiva.

7) En los puntos petitorios, de una manera resumida, se redacta cada uno de los pedimentos que se pretenden. Si son uno o varios puntos petitorios, se pueden numerar cada uno de ellos.

Los puntos que usualmente se piden son:

a) Se les tenga por presentados solicitando en divorcio por mutuo consentimiento, la disolución del vínculo matrimonial que los une;

b) Se señale día y hora para que tenga verificativo la primera junta de avenencia;

c) Que se dé al Ministerio Público la intervención que legalmente le corresponde;

d) Que en su oportunidad, previos los trámites de ley, se declare judicialmente disuelto el vínculo matrimonial que los une y se apruebe el convenio que anexaron a su solicitud inicial.

8) Para finalizar el escrito, deberá anotarse con letra y sin abreviaturas lugar y fecha de elaboración del escrito.

9) Los cónyuges deberán firmar el escrito, ya que es lo que le da validez al contenido del mismo.

Por otro lado, acerca de los documentos que deben acompañarse a la solicitud de divorcio, tenemos en primer lugar el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil, así como copia certificada del acta de matrimonio y copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos procreados en el matrimonio.

La presentación de las copias certificadas a que hemos hecho mención, es indispensable, pues a través de éstas se acredita fehacientemente tanto la existencia del matrimonio como la procreación de hijos.

Por lo que se refiere al convenio que deben presentar los cónyuges con su solicitud de divorcio, el Código Civil en su artículo 273 nos menciona expresamente las cláusulas que debe contener el mismo de ahí, que la solicitud de divorcio no debe ser admitida por el Juez de lo Familiar, si se percata de la falta de éste.

La obligación de elaborar el convenio en cita se desprende del artículo 273 de la Ley Civil Sustantiva al disponer: "Los cónyuges 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...".

Por lo tanto, no podrá decretarse la disolución del vínculo matrimonial si no se anexa el convenio mencionado, mismo que para su validez requiere la aprobación del Juez de lo Familiar.

El convenio debe contener las siguientes estipulaciones:

- 1) La persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutorio el divorcio.

Respecto a este punto normalmente uno de los cónyuges tendrá a su cargo

la guarda y custodia de los hijos y el otro conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con ellos, sin olvidar que ambos quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen con sus hijos.

Es conveniente aclarar, que el hecho de que uno de los cónyuges conserve la guarda y custodia de los hijos, de ninguna manera ello implica la pérdida de la patria potestad para el otro ni mucho menos que se le impida convivir con sus hijos, puesto que la pérdida de la patria potestad es una sanción que se puede decretar en el divorcio necesario cuando así lo amerite la situación. Sin embargo, en el divorcio por mutuo consentimiento, debemos tener presente que al no existir una causa imputable a alguno de los cónyuges para solicitar la disolución del vínculo conyugal sino sólo el acuerdo de voluntades en ese sentido, entonces no hay ningún motivo que justifique la pérdida de la patria potestad. Por lo tanto, ambos conservarán la patria potestad de los menores.

2) La manera de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.

Lo más importante, es que en el convenio los consortes señalen la cantidad que ambos divorciantes o uno solo deberá otorgar para cubrir las necesidades alimentarias de los hijos, ya que ambos deben contribuir en proporción a sus bienes e ingresos a la necesidades de aquellos, a su subsistencia y educación. Sin embargo, con anterioridad de acuerdo a las reglas de la sociedad casi siempre quien otorgaba la pensión alimenticia era el hombre, ya que la mujer era quien se hacía cargo de la guarda y custodia de los menores, pero actualmente por las necesidades económicas también se ve obligada a trabajar y por lo tanto contribuye también.

Por otra parte, para fijar el monto de los alimentos los cónyuges deben tomar como base el principio de proporcionalidad del cual ya habíamos hecho

mención en el segundo capítulo, es decir, que los alimentos deben ser proporcionados de acuerdo a las posibilidades de quien debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Pero hay que recordar que al existir convergencia de voluntades la cantidad de los alimentos es en base al acuerdo a que lleguen los divorciantes, pudiendo dejar a un lado el principio a que hacemos mención.

Aunado a lo anterior, debe estipularse la manera de garantizar el pago de los alimentos, la cual como sabemos puede consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante o de cualquier otra forma que a juicio del Juez sea suficiente para garantizar los alimentos.

Sobre el particular es importante destacar que en la mayoría de los procedimientos de divorcio por mutuo consentimiento, al momento en que se le da vista al Ministerio Público para que manifieste lo que a su representación social compete, siempre pone como objeción que una vez que garantice la forma de proporcionar los alimentos otorgará su consentimiento para que se decrete el divorcio, sin embargo, desde nuestro punto de vista no debiera ser así, porque en muchos casos los cónyuges se encuentran en una situación precaria que les impide cumplir con este requisito.

Es por ello que nos adherimos a la jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer:

DIVORCIO VOLUNTARIO. NO ESTA SUPEDITADO A QUE SE OTORGUEN LAS GARANTIAS DE HIPOTECA, PRENDA, FIANZA O DEPOSITO.

El divorcio voluntario de los cónyuges no puede estar supeditado a que forzosamente se otorguen las garantías de hipoteca, prenda, fianza o depósito, porque no todas las personas están en condiciones de hacerlo y, en multitud de

casos, resultan gravosas para quienes deban otorgar la garantía; la hipoteca y la prenda no pueden ser otorgadas por quienes carecen de bienes para hacerlo, así como el depósito cuando no se tiene el numerario correspondiente; y por lo que toca a una fianza, ello implica el pago de una prima periódica a la compañía de fianzas respectiva, que disminuye el patrimonio del deudor y no garantiza su continuidad, puesto que debe renovarse periódicamente, y si el deudor alimentista se niega a ello, tendría que obligársele a otorgarla mediante el ejercicio de la acción correspondiente, e incluso, en algunos casos, ni siquiera es indispensable el otorgamiento de garantía alguna. Ello ocurre cuando el divorcio lo promueven personas desvalidas, menesterosas, aquellas que en un momento dado no disponen de los medios suficientes para proporcionar alimentos, porque si de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 320, fracción I, del Código Civil, la obligación de dar alimentos cesa cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla, con mayor razón debe cesar la obligación de garantizar dichos alimentos, puesto que la garantía es accesoria y sigue la suerte principal, que es la de darlos. Y si en un caso la pensión alimenticia se garantiza con parte del importe del sueldo o salario que directamente se le descuenta al deudor alimentario por la empresa donde presta sus servicios, no hay duda que tal descuento constituye una garantía más eficaz que la fianza, pues ésta sería la única quedaría al vencerse el plazo por el que fue otorgada, si no se renueva pagando la prima correspondiente; de suerte que de esta manera se satisfacen los requisitos previstos por el artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles, y es procedente declarar disuelto el vínculo matrimonial y aprobar el convenio presentado por los cónyuges.

Amparo directo 1932/71. Jorge Barrios Ortiz. 10 de agosto de 1972. 5 votos. Ponente: J Ramón Palacios. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca, Tomo 60, Cuarta Parte, Pág. 15.

3) El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

Otro punto que también deben señalar los divorciantes es el lugar en donde cada uno de ellos vivirá durante el procedimiento y después de haberse decretado la disolución del vínculo matrimonial. Este punto también es importante si consideramos que durante el procedimiento los divorciantes vivirán separados y el domicilio de quien tenga a su cargo la custodia de los menores será el lugar para el cumplimiento de las obligaciones que existen entre padres e hijos; en éste se llevaran a cabo las visitas que realice uno de los cónyuges (por lo general el padre) a sus hijos, así como el lugar en donde pasará a recogerlos para convivir y posteriormente regresarlos al mismo.

4) Los alimentos que un cónyuge proporcionará al otro, en términos del artículo 288, durante el procedimiento así como después de ejecutoriado el divorcio, la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse.

En el convenio debe fijarse el monto de la pensión alimenticia que un cónyuge proporcionará al otro para solventar sus necesidades, en el caso de la mujer gozará de este derecho por el mismo lapso de duración de su matrimonio, siempre y cuando no perciba ingresos, o los que perciba no le sean suficientes, mientras no vuelva a contraer nuevo matrimonio o se una en concubinato.

De igual manera el hombre gozara de este derecho cuando se encuentre imposibilitado para trabajar, y no obtenga ingresos suficientes, mientras no vuelva a casarse o se una en concubinato.

La cantidad aportada por uno de los cónyuges a título de alimentos se puede incrementar de acuerdo al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, si así lo convinieren salvo que el obligado

alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción.

Por otro lado, es necesario señalar, que antes de la reforma realizada a este precepto, en el divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges no tenían derecho a pensión alimenticia, sino que fue hasta 1983 cuando se estableció ese derecho.

El objeto de esta reforma según los motivos de la iniciativa, "fue proteger a la mujer casada bajo el régimen de separación de bienes que durante su matrimonio se dedicó a labores del hogar y que ha perdido la aptitud o habilidad para trabajar en otras tareas, situación que se agrava si el matrimonio se ha prolongado por muchos años. En estos casos la mujer, después del divorcio, sin ninguna preparación para obtener un empleo más o menos remuneratorio debía satisfacer no sólo sus necesidades sino también las de sus hijos".

5) La forma de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidarla después de ejecutoriado el divorcio. Deben designarse liquidadores y, además acompañar un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad, siempre y cuando se hayan adquirido bienes.

Es de entenderse que al disolverse el vínculo matrimonial, la sociedad conyugal deberá liquidarse, por lo que en el convenio los cónyuges establecerán la manera de administrarla durante el procedimiento.

En cuanto a la liquidación de la sociedad, tendrán que sujetarse a lo estipulado en las capitulaciones matrimoniales.

Otro punto más que debe señalarse en el convenio, aún cuando el artículo 273 de la Ley Sustantiva Civil no lo contemple, es respecto a los casos en que la

mujer esta embarazada, misma que si es mencionada en relación al divorcio necesario (artículo 282 fracción V), por lo tanto, la cónyuge deberá hacer del conocimiento del Juez de lo Familiar esta situación para que dicte las medidas que sean necesarias.

Ante esta circunstancia, en el convenio deben estipularse los derechos del futuro hijo y el modo de cubrir sus necesidades, pues como sabemos desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo el amparo de la ley.

Como vemos, nuestra Ley Sustantiva Civil exige la forma escrita del convenio y que se cumpla con los requisitos previstos por el artículo 273 del mismo ordenamiento dejando a los promoventes en libertad de fijar los términos y condiciones de sus obligaciones y derechos que tienen con sus hijos.

Es decir, que la única limitante que se impone es que el contenido de las cláusulas del convenio no perjudiquen a los hijos o a alguno de los cónyuges y que no sea contrario a la moral ni al derecho.

Para el maestro Manuel Chávez Ascencio, el convenio tiene como características principales las siguientes: "a) Acto jurídico, b) Transacción, c) Es un convenio modificable, d) No rescindible y e) Efecto de sentencia ejecutoria".⁶⁴

Las características a que se refiere el autor en cita, admite los siguientes comentarios:

a) Es un acto jurídico que pertenece al Derecho de Familia, en el que intervienen los cónyuges, el Ministerio Público como auxiliar y el Juez de lo Familiar como director del proceso para aprobar el convenio en caso de

⁶⁴ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., Convenios Conyugales y Familiares, Editorial Porrúa, S.A., 3a.

encontrarlo apegado a derecho y dictar la resolución que decreta la disolución del vínculo matrimonial.

b) Tiene caracteres de transacción, porque los promoventes al elaborar el convenio se hacen recíprocas concesiones para prevenir o evitar una controversia. Por ejemplo: estipulan quien tendrá la guarda y custodia de los menores, acuerdan los días de visita en que uno de los progenitores convivirá con sus hijos, el monto de la pensión alimenticia que un cónyuge proporcionará al otro, etc.

c) Es modificable, porque aun cuando el convenio ya haya sido aprobado por el Juez y se haya dictado la resolución que decreta el divorcio, éste puede ser modificado cuando cambien las circunstancias previstas en el convenio, conforme a lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles.

d) Una vez que el Juez ya analizó el contenido del convenio y lo ha aprobado, no puede rescindirse por incumplimiento de uno de los cónyuges, toda vez de que se trata de obligaciones de orden público e interés social.

e) Aprobado el convenio, tiene efecto de sentencia ejecutoriada, misma que va a resolver sobre el divorcio y en donde al aprobar el convenio, se obliga a los divorciados a estar y pasar por el como si se tratara de sentencia ejecutoriada, pasada ante autoridad judicial o cosa juzgada.

f) A nuestro parecer también es preventivo por las razones planteadas en el inciso b).

4.2.2. JUNTAS DE AVENENCIA.

Una vez que los promoventes han presentado su solicitud de divorcio junto con los documentos que señala nuestra Ley Procesal Civil, el Juez iniciará el trámite, por lo que se fijará día y hora para que se lleve a cabo la primer junta de avenencia, citando a los cónyuges y se le dará intervención al Ministerio Público para que se de por enterado de la fecha de su celebración para que manifieste lo que a su representación social compete, es decir, si tiene que formular algún pedimento.

La junta deberá efectuarse después de los ocho y antes de los quince días siguientes a la presentación de la solicitud, en ella es indispensable que se identifiquen plenamente los promoventes para evitar que acudan personas distintas a los interesados. La función del Juez en este procedimiento es activa, ya que a través de consejos exhortará a los cónyuges a su reconciliación y en caso de no lograrlo, aprobará provisionalmente el convenio, pero su aprobación se limitará a la situación de los menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges, a los alimentos de aquellos y los que un cónyuge proporcionará al otro durante el procedimiento, dictando las medidas necesarias para asegurar su pago.

Si el Juez no tuvo éxito en la primera junta y los solicitantes reiteran su propósito de divorciarse, el juez los citará a una segunda junta de avenencia, misma que se efectuará después de las ocho y antes de los quince días de solicitada, con vista al Ministerio Público para los mismos fines que se indicaron anteriormente. Nuevamente el Juez buscará lograr la reconciliación de los consortes pero en caso de no conseguirlo después de oír la opinión del representante del Ministerio Público, aprobado el convenio dictará resolución decretando el divorcio, tomando en cuenta en todo momento que los derechos de los menores o incapacitados queden bien garantizados.

Los lapsos de tiempo que se dan ente una junta y otra, tienen como finalidad que los solicitantes reconsideren su decisión de divorciarse y de ser posible logren su reconciliación.

Por otra parte, de acuerdo con el texto del artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles, podríamos pensar que en la segunda junta se dicta sentencia, ya que señala "...el tribunal oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial...", sin embargo, no es así ya que en aquellos casos en que el Ministerio Público emite su opinión favorable del convenio, lo que se hace es citar a los solicitantes para que se dicte sentencia.

Ahora bien, siendo el divorcio un acto personalísimo, al celebrarse las juntas de avenencia, el artículo 678 previene:

"Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a que se refieren los artículo 675 y 676, sino que deben comparecer personalmente y, en su caso, acompañados del tutor especial".

Del contenido de este precepto, se desprende que la comparecencia de los cónyuges a las mencionadas juntas debe ser en forma personal, impidiendo en consecuencia la representación.

Consideramos que los motivos por los que nuestro Código Procesal impide la representación en las juntas de avenencia son:

A) Por la finalidad que se persigue a través de ellas, que es precisamente la reconciliación de los cónyuges por medio de la invitación que les hará el juez en ese sentido y desistan de su interés en divorciarse.

B) Porque siendo un acto personalísimo, no pueden comparecer otras personas que no sean los interesados, además de que en aquéllas deben volver a reiterar su decisión de divorciarse en caso de no haberse logrado su reconciliación.

C) Porque si aún acudiendo los interesados resultan poco exitosas las juntas de avenencia, ello se acentuaría más si quien acudiera fuera un representante ya que éste siendo ajeno al asunto opinaría de manera diferente y no se lograría el objeto que la ley persigue de procurar la reconciliación a través del Juez.

Respecto a los cónyuges menores de edad que deseen promover su divorcio a través de este procedimiento, debemos tener presente que al ser emancipados se regirán por lo dispuesto en el artículo 643 fracción II del Código Civil, el cual exige el nombramiento de un tutor para negocios judiciales dentro de los cuales se coloca el divorcio por mutuo consentimiento lo que es confirmado por el artículo 677 del Código Procesal de la materia.

Indudablemente que el divorcio por mutuo consentimiento es un acto judicial, de tal manera que si los dos cónyuges o uno de ellos es menor de edad, esa situación no impide que puedan tramitar su divorcio a través de esta vía, pues en estos casos deben aplicarse los preceptos en cita de los que se desprende la necesaria intervención de un tutor para que los menores de dieciocho años puedan divorciarse.

La función del tutor será la de suplir la incapacidad legal de ejercicio del menor durante la tramitación del divorcio, contando siempre con la aprobación de aquél, pero de ninguna manera substituirá la voluntad del menor ya que como sabemos la decisión de poner término al matrimonio sólo pueden tomarla los interesados por ser un acto estrictamente personal del que esta excluida la

intervención del tutor.

En consecuencia, la asistencia del tutor se traduce en firmar junto con el menor los escritos que se presenten e intervendrá en la elaboración del convenio a que hacíamos alusión, ya que la principal finalidad de la tutela es velar por el bienestar del menor en cuanto a sus bienes y a su persona; situación contraria se daría si ambos consortes fueran mayores de edad, pues en tal circunstancia, el mayor de edad no requiere de tutor ya que por ese hecho dispone libremente de su persona y de sus bienes, conforme al artículo 647 de nuestra Ley Civil Sustantiva.

Por otro lado, una vez iniciado el procedimiento de divorcio, los promoventes deberán realizar todas las promociones y actos tendientes a la prosecución del divorcio, ya que de lo contrario su inactividad produce la caducidad de la instancia, tal y como lo previene el artículo 679 de la ley en comento que determina:

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

De la misma manera, la reconciliación de los cónyuges pone fin al procedimiento de divorcio, misma que como ya señalábamos puede darse en cualquiera de las dos juntas de avenencia o no habiéndolo logrado en éstas puede darse con posterioridad siempre y cuando aun no se hubiere dictado sentencia, al respecto el artículo 276 del Código Civil dispone:

“Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo

consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación”.

Como vemos de la segunda parte de este precepto se desprende un efecto adicional que consiste en impedir a los cónyuges volver a solicitar el divorcio por esta vía antes de un año a partir de su reconciliación.

4.3. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

La intervención que se le da al representante del Ministerio Público en este procedimiento tiene por objeto vigilar que en el convenio presentado por los promoventes se respeten y aseguren las necesidades y bienestar de los menores, ya que su principal función como representante de la sociedad consiste en velar por el interés general y el orden público.

En relación a esta figura se ha señalado que “al lado del Poder Judicial existe una magistratura particular, que si bien no forma parte del mismo, colabora con el en la tarea de administrar justicia, y cuya principal función consiste en velar por el cumplimiento de las disposiciones que afecten el interés general. Los funcionarios que lo integran, no tienen dentro del proceso civil ninguna facultad de instrucción y menos, por consiguiente, de decisión pues ellas corresponden de manera exclusiva al Juez, o sea al tribunal propiamente dicho. Su intervención responde, en efecto, a principios que atribuyen a aquella caracteres específicos, lo cual explica que en algunos casos actúen como representantes en el proceso, mientras que en otros desempeñan simplemente función de vigilancia”.⁶⁵

Siendo un auxiliar de los jueces y tribunales de ninguna manera tiene poder de decisión, sino que actúa emitiendo su opinión cuando existe interés público en el asunto de que se trata, como lo son los alimentos y la situación de los menores

⁶⁵ ALSINA, Hugo, Op. Cit., Pág. 496.

así como en los diferentes procedimientos de jurisdicción voluntaria. De ahí que sus opiniones pueden ser aceptadas o rechazadas por los jueces.

Esta intervención que realiza el Ministerio Público en el procedimiento que nos ocupa, se encuentra contemplada en nuestro Código Procesal Civil, que señala que el representante del Ministerio Público será citado a las dos juntas de avenencia y se pedirá su opinión respecto a la aprobación provisional del convenio así como al dictar la resolución correspondiente en los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados y a los alimentos de éstos. (Art. 675, 676 y 680)

Ahora bien, del contenido del artículo 680 del ordenamiento en cita, se desprende que el Ministerio Público podrá oponerse a la aprobación del convenio si considera que éste contiene estipulaciones contrarias a los derechos, necesidades y bienestar de los menores y propondrá las modificaciones que estime convenientes.

En tal situación, el Juez hará del conocimiento de los promoventes esta oposición para que realicen las modificaciones señaladas por el representante del Ministerio Público. De ser así cesa la oposición y el convenio se aprobará en la forma modificada, siempre y cuando el Juez considere que no existe algún inconveniente para ello. Sin embargo, puede darse el caso de que los cónyuges no acepten las modificaciones propuestas, en cuyo caso el Juez resolverá lo que sea procedente, tomando en consideración en todo momento que los derechos de los menores no sean violados, ya que tanto en el divorcio necesario como en el divorcio por mutuo consentimiento los hijos requieren no sólo de aspectos materiales sino de un ambiente que les proporcione una estabilidad eficaz tanto psicológica como física.

De ahí la importancia de la participación del Juez, pues es el responsable directo de vigilar que lo acordado por los promoventes cumplan con todas las disposiciones de orden público, por lo que deberá estudiar cuidadosamente el contenido del convenio para determinar si se encuentra apegado a derecho y de ser así aprobarlo; aclarando que será auxiliado por el representante del Ministerio Público, pero sin que éste tenga poder de decisión.

En consecuencia, el Juez no está obligado a someterse a lo solicitado por el Ministerio Público respecto de los puntos del convenio ya que cuenta con poder discrecional para aprobar o no el convenio, por lo tanto, si para él lo acordado por los promoventes no perjudica los derechos y bienestar de los menores podrá aprobarlo.

Por último, consideramos conveniente mencionar que también puede darse el caso que respecto del contenido del convenio ni el Ministerio Público ni el Juez encuentren motivo de oposición, por lo que sea de aprobarse el convenio y concluya el procedimiento.

4.4. RESOLUCION Y SUS EFECTOS EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Una vez que se han llevado a cabo las dos juntas de avenencia, sin haber oposición al convenio por parte del Ministerio Público, y si el Juez aprueba el mismo, se dictará la resolución en la que se decretará la disolución del vínculo matrimonial.

A esta resolución que dicta el Juez de lo Familiar al concluir el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal le atribuye el carácter de sentencia,

ya que así la denominan los artículos 676, 680 al 682, se trata de una resolución con carácter de sentencia definitiva, en virtud de que se trata de un acto jurídico del órgano jurisdiccional, a través del cual decide sobre la petición planteada en la solicitud de divorcio presentada por los cónyuges.

En consecuencia, el Juez no va a decidir una controversia por lo que no podemos hablar de demanda, ni partes, sino que al existir acuerdo de voluntades y al haberse ejercitado el derecho de petición, el Juez actuará al lado de los promoventes y no en medio de dos contendientes. Por lo que consideramos que el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento participa de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria de acuerdo al contenido del artículo 893 de la ley en cita.

Lo anterior se confirma con lo sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente jurisprudencia que a la letra dice:

DIVORCIO VOLUNTARIO.

Las resoluciones dictadas en su tramitación constituyen actuaciones en jurisdicción voluntaria, y, en consecuencia, son actos ejecutados fuera de juicio.

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca, Tomo I, Pág. 781.- Domínguez Leonor.- 3 de diciembre de 1917.- 7 votos.

Por otro lado, como sabemos las sentencias pueden ser: declarativas, constitutivas y de condena.

Para el maestro Eduardo J. Couture son " sentencias declarativas aquellas que tienen por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho.

Son sentencias constitutivas aquellas que sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación crean, modifican o extinguen un estado jurídico.

Son sentencias de condena todas aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar, hacer), ya sea en sentido negativo (no hacer, abstenerse).⁶⁶

Así pues, de lo antes expuesto podemos decir, que la resolución dictada en el divorcio por mutuo consentimiento es una sentencia declarativa - constitutiva, en razón de que declara disuelto el vínculo matrimonial que unía a los divorciantes y es constitutiva porque cambia el estado civil de los interesados de casados al de divorciados una vez disuelto el vínculo conyugal.

En relación a los efectos que produce la sentencia dictada en el divorcio por mutuo consentimiento, al igual que en el contencioso se dividen en provisionales y definitivos; los primeros como sabemos son aquellos que se decretan durante la tramitación del proceso y los segundos son consecuencia de la sentencia que decreta el divorcio.

Los efectos provisionales son todos aquellos que contempla nuestro Código Civil en su artículo 273, mismos que ya fueron comentados en el punto 4.2.1 y que para evitar caer en repeticiones nos remitiremos a aquél.

Respecto a los efectos definitivos, al igual que los provisionales se reflejan en tres aspectos: a) En cuanto a la persona de los cónyuges; b) En relación a los hijos y c) Respecto a los bienes.

⁶⁶ COUTURE J., Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, 17a Edición,

a) En cuanto a la persona de los cónyuges.

Al decretarse el divorcio, éste extingue el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en libertad de volver a contraer nuevo matrimonio, pero para volver a casarse, la ley señala que deberán esperar un año desde que obtuvieron el divorcio, a partir de que la sentencia que así lo haya decretado, cause ejecutoria.

Del segundo y tercer párrafo del artículo 288 de la Ley Civil Sustantiva, se desprende el derecho que tienen los divorciantes a darse alimentos, mismo que es considerado como una compensación que se deben por el tiempo de duración del matrimonio. De tal manera que la mujer tendrá derecho a recibirtos cuando no tenga ingresos suficientes, derecho que disfrutará por el mismo lapso de duración del matrimonio, por lo que vencido el plazo no tendrá derecho para exigir que se le sigan suministrando. Es decir, la mujer independientemente de su posibilidad o imposibilidad para trabajar gozará de este derecho, ello se explica porque muchas veces la mujer por atender el hogar y a los hijos deja a un lado el trabajo remunerado que pudiera desempeñar.

En cambio, el varón sólo gozará de este derecho cuando "se encuentre inhabilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes".

Ambos divorciantes disfrutarán de este derecho mientras no contraigan nuevas nupcias o se unan en concubinato.

b) En relación a los hijos.

Ambos ex-cónyuges conservarán la patria potestad sobre sus hijos, ya que ésta es irrenunciable, sin embargo sólo uno de ellos tendrá la guarda y custodia de los hijos ya que al disolverse el vínculo matrimonial los padres vivirán separados.

Buenos Aires, Argentina, 1990, Págs., 318 y 319.

El progenitor que no tenga la custodia de los menores, tiene el derecho de vigilar la educación y formación de sus hijos, razón por la cual podrá visitarlos y convivir con ellos los días que de común acuerdo hubieren convenido los progenitores.

De igual manera, en el convenio que fue aprobado por el Juez quedará establecida la manera de solventar las necesidades de los hijos, ya que aun cuando se hayan divorciado ambos deberán contribuir en proporción a sus posibilidades a la subsistencia y educación de aquéllos.

Por lo tanto, todos los derechos y obligaciones respecto a los hijos quedarán subsistentes aunque se haya disuelto el vínculo matrimonial y será responsabilidad de ambos padres cumplirlos.

c) En cuanto a los bienes.

Respecto a los bienes, en el convenio citado se señaló todo lo relativo a la administración de la sociedad conyugal mientras duraba el procedimiento y la manera de liquidar la misma una vez ejecutoriado el divorcio. Por lo tanto, se cumplirán los acuerdos aprobados.

En consecuencia, una vez aprobado el convenio e incorporado a la resolución que se dicta, adquiere plena eficacia y obligatoriedad con los mismos efectos de una sentencia ejecutoria, por lo que ambos ex-cónyuges pueden exigirse su debido cumplimiento.

Sin embargo, cabe mencionar que de acuerdo con el artículo 94 de nuestro Código Procesal Civil, aún cuando ya haya concluido el proceso de divorcio por mutuo consentimiento, el contenido del convenio y la resolución dictada puede modificarse con posterioridad, ya que en él se tocan aspectos que no pueden quedar inmóviles y que por consiguiente pueden surgir circunstancias que

permitan su modificación.

Al respecto el artículo 94 del ordenamiento en cita establece:

“Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente”.

Del contenido del precepto en cita, se desprende el fundamento de la posible modificación de las resoluciones dictadas con el carácter de definitivas, virtud a que las relaciones que permanecen después de decretado el divorcio pueden variar con el transcurso del tiempo.

A manera de ejemplo los posibles cambios que se pueden realizar al convenio son: respecto al derecho de visita, pueden variar los días, según la edad de los hijos, o el monto de la pensión alimenticia, ya que pudiera darse el caso de que el deudor alimentario estuviera pasando por una mala situación económica que le impidiera cumplir con lo pactado, ante esta situación, el convenio se modificará necesariamente adecuándose a las circunstancias.

En este sentido, a dictado jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la nación al establecer:

PENSION ALIMENTICIA. EXCEPCION A LA MODIFICACION DE LA, EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

El convenio que se anexa a la demanda de divorcio voluntario, en el que los padres de un menor, fijan el monto de la pensión alimenticia, la misma debe

respetarse por representar la voluntad de las partes del juicio de divorcio, el que además por regla general no puede modificarse por la autoridad judicial; sin embargo, dicha regla general admite excepciones, como lo son: en aquellos asuntos en que el deudor acredite que sus posibilidades económicas han disminuido de tal manera, que ya no le sea posible continuar entregando al acreedor alimentista la suma convenida, en tales condiciones, si aquella pensión convenida, ya no le alcanza para cubrir las necesidades que comprenden los alimentos, conforme lo establece el artículo 134 del Código Familiar del Estado de Hidalgo, consisten en : comida, habitación, salud, educación, etc., ya que cuando se trata del deudor alimentista, no se le puede obligar a lo imposible; mientras que cuando las necesidades del acreedor se han incrementado, también puede solicitar el aumento de la pensión, a efecto de que con el pago de la pensión le alcance cuando menos para los gastos a que se refiere el precepto legal en cita. En tales condiciones, si se toma en cuenta que existen factores ajenos a la voluntad de las partes, que pueden alterar no solamente lo convenido respecto a los alimentos, sino a otros aspectos de sus vidas, de manera que no por el hecho de que se hubiere aceptado en un convenio determinada situación, esta ya no pueda alterarse cuando materialmente sea imposible su cumplimiento en la proporción pactada.

Amparo directo 794/94, relacionado con el 793/94. María del Pilar Vázquez Alamilla. 8 de diciembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Augusto Benito Hernández Torres. Secretario: Ramiro Rodríguez Pérez. Semanario Judicial de la Federación. Octava Epoca, Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, Tomo XV-I Febrero, Tesis XXII. 15 C, Pág. 241,

Pero hay que tener cuidado de que esas modificaciones, no impliquen privar a alguno de los progenitores de sus derechos, ya que tanto éstos como sus obligaciones son de orden público y en consecuencia irrenunciables.

Por lo tanto, como vemos otra característica del divorcio por mutuo consentimiento que hace que encuadre dentro de los actos de jurisdicción voluntaria es la reformabilidad de las resoluciones dictadas, resaltando que no por ello carecen de eficacia.

Por otra parte, la sentencia que dicta el Juez al concluir el divorcio puede ser apelada y en este sentido el artículo 681 de la Ley Civil Adjetiva dispone que es apelable en el efecto devolutivo la sentencia que decreta el divorcio y la que lo niegue es apelable en ambos efectos.

Al no causar ejecutoria por ministerio de ley, aun cuando no haya habido oposición durante el procedimiento y los cónyuges hayan obtenido el divorcio es necesario que soliciten que se declare que la sentencia ha causado ejecutoria.

Una vez que ha causado ejecutoria la sentencia, el Juez deberá enviar copia de ella al Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio y al de nacimiento de los divorciados para que levante el acta correspondiente y para que se publique un extracto de la resolución de divorcio durante quince días, en las tablas destinadas al efecto.

En conclusión, podemos decir, que la naturaleza jurídica del divorcio por mutuo consentimiento participa de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, ya que los promoventes actúan de común acuerdo y solo requieren la intervención del Juez para que su situación jurídica quede constituida con plena validez y eficacia, de tal manera que la resolución que emite el juzgador no dirime una controversia sino que consolida el acuerdo inicial de los solicitantes.

CONCLUSIONES.

- 1.- El matrimonio es una institución jurídica y social compuesta de un conjunto de relaciones jurídicas, que tienen como finalidad la vida en común de un hombre y una mujer para la integración de la familia.
- 2.- El divorcio es la forma legal de disolver el vínculo matrimonial y sólo se obtiene mediante la declaración de la autoridad judicial y en su caso de la autoridad administrativa dentro del procedimiento señalado por la ley para tal efecto.
- 3.- Consideramos incorrecto denominar "Juez" al Oficial del Registro Civil, toda vez que su función dentro del procedimiento es pasiva, ya que sólo se limita a comprobar que los consortes cumplan con los requisitos señalados por el artículo 272 del Código Civil y carece de la facultad para juzgar.
- 4.- El divorcio por mutuo consentimiento y el necesario se diferencian porque el primero se tramita a través de una solicitud ante el propio Oficial del Registro Civil o Juez de lo Familiar, en la que no se plantea controversia alguna, sino que ambos consortes manifiestan su voluntad de poner término al vínculo que los une y en el segundo uno de los cónyuges plantea ante la autoridad judicial una situación conflictiva, fundando su demanda en alguna (s) de las causales previamente establecidas por la ley, mismas que deben ser debidamente probadas durante el juicio para obtener del Juez una sentencia que decrete el divorcio.
- 5.- En la jurisdicción voluntaria no podemos hablar de partes, sino de promoventes o solicitantes ya que para que se puedan promover éstas es requisito la ausencia de controversia.

6.- Tanto en el divorcio por mutuo consentimiento como en los actos de jurisdicción voluntaria, el Juez actúa al lado de los promoventes o solicitantes y no en medio de dos contendientes, ya que se ejercita el derecho de petición y no el de acción.

7.- La naturaleza jurídica del divorcio por mutuo consentimiento participa de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, ya que los promoventes actúan de común acuerdo y solo requieren la intervención del Juez para que su situación jurídica quede constituida con plena validez y eficacia, de tal manera que la resolución que emite el juzgador no dirime una controversia sino que consolida el acuerdo inicial de los solicitantes.

8.- La labor del Ministerio Público al ser un auxiliar o asesor de los Jueces y tribunales consiste en dar su opinión respecto al convenio presentado por los cónyuges, aclarando que de ninguna manera tienen facultades decisorias, por lo tanto, sus peticiones pueden ser aceptadas o rechazadas por los Jueces.

9.- El convenio una vez aprobado e incorporado a la resolución que dicta el juez, adquiere plena eficacia y obligatoriedad jurídica por lo que ambos divorciantes pueden exigir su cumplimiento.

10.- La resolución dictada al concluir el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento tiene como característica la reformabilidad, toda vez que puede ser modificado con posterioridad cuando cambien las circunstancias previstas en el convenio.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Derecho Procesal Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., 4a. Edición, México, 1989.
- 2.- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), UNAM, México, 1974.
- 3.- ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I, Editorial Ediar, S.A., 2a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1970.
- 4.- ARELLANO GARCIA, Carlos, Procedimientos Civiles Especiales, Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, México, 1987.
- 5.- BECERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil en México, Editorial Porrúa, S.A., 30a. Edición, México, 1993.
- 6.- BELLUSCIO, Augusto Cesar, Derecho de Familia, Tomo I, Parte General (Nociones Generales, Requisitos Intrínsecos y Extrínsecos), Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980.
- 7.- BELLUSCIO, Augusto Cesar, Derecho de Familia, Tomo III, Matrimonio (Divorcio), Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981.
- 8.- CARNELUTTI, Francesco, Instituciones del Procedimiento Civil, Volumen III, Ediciones Jurídicas Europa - América, 20a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- 9.- CASTILLO LARRAÑAGA, José y DE PINA VARA, Rafael, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, S.A., 43a. Edición, México, 1992.
- 10.- COUTURE J., Eduardo, Vocabulario Jurídico, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976.

- 11.- COUTURE J., Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, 17a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- 12.- CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho (Relaciones Jurídicas-Conyugales), Editorial Porrúa, S.A., 2a. Edición, México, 1990.
- 13.- CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., Convenios Conyugales y Familiares, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, México, 1993.
- 14.- CHIOVENDA, José, Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Reus, 10a. Edición, Madrid, España, 1991.
- 15.- DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen Primero (Introducción - Personas - Familia), Editorial Porrúa, S.A., 47a. Edición, México, 1992.
- 16.- ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Volumen III, Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, México, 1979.
- 17.- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso (Parte General - Personas y Familia) Editorial Porrúa, S.A., 9a. Edición, México, 1995.
- 18.- GOMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Editorial Trillas, S.A. de C.V., 4a. Edición, México, 1993.
- 19.- GOMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, Editorial Harla, S.A. de C.V., 9a. Edición, México, 1995.
- 20.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomos D - H, Y - O, Editorial Porrúa, S.A., UNAM., 6a. Edición, México, 1994.
- 21.- MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, México, 1992.
- 22.- OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, Editorial Harla, S.A., de C.V., 8a. Edición, México, 1994.

- 23.- OVALLE FAVELA, José, Teoría General del Proceso, Editorial Harla, S.A. de C.V., 9a. Edición, México, 1992.
- 24.- PALLARES, Eduardo, El Divorcio en México, Editorial Porrúa, S.A., 34a. Edición, México, 1994.
- 25.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, (Introducción, Personas y Familia), Editorial, Porrúa, S.A., 26a. Edición, México, 1992.
- 26.- Secretaría de Gobernación, Dirección General del Registro Nacional de Población e Identificación Persona, El Registro Civil en México, Antecedentes Históricos - Legislativos, Aspectos Jurídicos y Doctrinarios, Editorial y Litografía " Regina de los Angeles ", 2a. Edición, México, 1982.
- 27.- ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1989.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., 63a. Edición, México, 1997.

Código Civil Comentado, Libro Primero, De las Personas, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., Editorial Porrúa, S.A., 4a. Edición, México, 1995.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., 61a. Edición, México, 1997.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Comentado y Concordado, Jurisprudencia, Tesis y Doctrina, Editorial Obregón y Heredia, S.A., 4a. Edición, México 1995.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Campeche, Editorial Porrúa, S.A., 7a. Edición, México, 1995.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tamaulipas, Editorial, Porrúa, S.A., 9a. Edición, México, 1994.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán, Editorial Porrúa, S.A., 8a. Edición, México, 1996.