

289



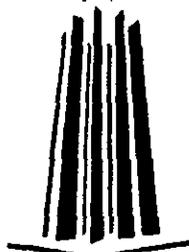
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

ANTE EL ALLANAMIENTO, RESULTA INUTIL LA
APERTURA A PRUEBA EN LOS JUICIOS DE
DIVORCIO NECESARIO. CRITICA A LA
LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ALBERTO MARTINEZ RODRIGUEZ

ASESOR: LIC. ANGELINA HERNANDEZ CRUZ



MEXICO.

709 2000.



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.

A MIS PADRES.- SR. ALBERTO MARTINEZ TREJO

y

SRA. CONCEPCION ANGELA RODRIGUEZ VAZQUEZ.

*Es un honor para mi, poder dedicarles esta tesis,
como muestra de mi admiración, respeto y agradecimiento
por el apoyo desinteresado e inmerecido que siempre me han brindado.*

Con mucho cariño, y siempre orgulloso de ser su hijo.

ALBERTO MARTINEZ RODRIGUEZ.

A MIS HERMANOS.- IRMA, CESAR, MIGUEL ANGEL,
ALEJANDRO, DANIEL (+), Y

A MI SOBRINO.- EDWIN DANIEL.

Con Cariño, y anhelando que logren su superacion personal
todos los días de su vida.

ALBERTO MARTINEZ RODRIGUEZ.

A MIS AMIGOS, MAESTROS, ASESORA DE TESIS,
Y DEMAS PERSONAS QUE ME HAN BRINDADO SUS
ENSEÑANZAS A LO LARGO DE MI FORMACION
PROFESIONAL.

Gracias por distinguirme con su amistad.

ALBERTO MARTINEZ RODRIGUEZ.

INDICE.

INTRODUCCION	3
CAPITULO I.	5
A. MARCO CONCEPTUAL.	5
1.- FAMILIA.	5
a.- La Familia en Sentido Amplio.	7
b.- La Familia en Sentido Estricto.	7
c.- Conceptos Doctrinales.	7
d.- Concepto Biológico.	10
e.- Concepto Sociológico.	10
f.- Concepto Jurídico.	11
2.- MATRIMONIO.	14
a.- Evolución sufrida en el Concepto del Matrimonio.	15
b.- Naturaleza Jurídica del Matrimonio.	20
c.- Características del Matrimonio.	23
d.- Conceptos adoptados por nuestra Legislación.	23
e.- Etapas del Matrimonio.	27
f.- Efectos que produce el Matrimonio.	28
3.- DIVORCIO.	30
a.- Divorcio, Significado.	31
b.- Concepto Jurídico de Divorcio.	31
c.- Clasificaciones.	32
d.- En Atención a la Voluntad de los Cónyuges.	33
e.- Divorcio Causal.	34
4.- ALLANAMIENTO.	36
a.- Concepto.	36
b.- Allanamiento y Confesión.	38
c.- Allanamiento y Reconocimiento.	41
d.- Figura Jurídica a que corresponde el Allanamiento.	44
e.- Formas de Allanamiento.	45
f.- Resolución que debe dictarse (Sentencia).	47
g.- Contenido de la Resolución.	48
CAPITULO II.	50
A. MARCO HISTORICO.	50
1.- DIVORCIO EN GRECIA.	50
2.- DIVORCIO EN ROMA.	55
3.- DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO.	59
4.- DIVORCIO EN EL CÓDIGO FRANCES O NAPOLEON.	61
5.- EL DIVORCIO EN MEXICO.	64
a.- Código Civil de 1870.	64
b.- Código Civil de 1884.	68
c.- Ley de Divorcio vincular de 29 de diciembre de 1914.	71
d.- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.	72
e.- Código Civil de 1928.	73

CAPITULO III.	81
A. MARCO LEGAL Y COMPARATIVO.	81
1.- DIVORCIO NECESARIO EN EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO.	81
a.- Causas de Divorcio Necesario (Análisis).	81
2.- TRAMITACION DEL DIVORCIO NECESARIO CONFORME AL CODIGO PROCESAL CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO.	97
a.- Existencia de un Matrimonio Válido.	97
b.- Acción ante Juez Competente.	97
c.- Expresión de Causa específicamente determinada.	98
d.- Legitimación Procesal.	98
e.- Tiempo hábil.	99
f.- Que no haya habido perdón.	100
g.- Formalidades Procesales.	100
3.- DIVORCIO NECESARIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.	115
a.- Causas de Divorcio.	115
4.- TRAMITACION DEL DIVORCIO NECESARIO CONFORME AL CODIGO PROCESAL CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.	118
a.- Existencia de un Matrimonio Válido.	118
b.- Acción ante Juez Competente.	118
c.- Expresión de Causa específicamente determinada.	119
d.- Legitimación Procesal.	119
e.- Tiempo hábil.	120
f.- Que no haya habido perdón.	121
g.- Formalidades Procesales.	121
CAPITULO IV.	129
A. EL ALLANAMIENTO EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO NECESARIO UNA VEZ CUBIERTAS LAS FORMALIDADES PROCESALES EXTINGUE LA LITIS DEL JUICIO.	129.
1.- FORMALIDADES QUE DEBE REUNIR EL ALLANAMIENTO EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO NECESARIO.	129
2.- EFECTOS DEL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA DE DIVORCIO NECESARIO CONFORME AL CODIGO PROCESAL CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO DE MEXICO.	133
3.- LO INUTIL QUE RESULTA EXIGIR SE ABRA A PRUEBA UN JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO SI EL DEMANDADO YA SE ALLANO AL CONTESTAR LA DEMANDA.	137
4.- LA NECESIDAD DE DEROGAR EL ARTICULO 621 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MEXICO.	144
CONCLUSIONES.	149
BIBLIOGRAFIA.	157

INTRODUCCION.

El presente trabajo de investigación, surge de una inquietud, ya que actualmente en nuestro país se observa un incremento de juicios de divorcio, entablados ante la autoridad judicial correspondiente lo cual nos hace reflexionar y a la vez cuestionarnos a cerca de cuáles son los motivos que orillan a las parejas que optan por éste medio; encontrando como respuesta que se debe a muchos factores de tipos social, económico y emocional principalmente. Pero más allá de esto nos percatamos que si el simple hecho de tomar la decisión de un divorcio, es difícil para las parejas, lo es más aún la serie de obstáculos y deficiencias que envuelven los procedimientos tendientes a la disolución de un vínculo matrimonial, ya que muchas de las ocasiones carecen de sustento jurídico y logran, aunque sea de manera involuntaria entorpecer y alargar está clase de juicios de divorcio; contraviniendo con ello disposiciones de carácter Constitucional, como lo es por ejemplo la pronta expedición de justicia, que a la vez se encuentra relacionado con el de economía procesal. Es por ello que en el presente trabajo nos encargamos de evidenciar algunas de las deficiencias que tiene la ley adjetiva civil para el Estado de México, en lo referente al procedimiento que se sigue en los juicios de divorcio necesario, que llevan implícita la particularidad del allanamiento por parte del demandado, ya que actualmente el artículo 621 de dicha ley exige que no obstante el allanamiento por parte del demandado, se debe abrir el asunto a prueba y dictarse sentencia con vista de las probanzas rendidas y que adminiculen o no la "confesión".

Saber si es necesaria o por el contrario es excesivo e inútil el desarrollo de la etapa probatoria en esta clase de juicios, es materia de estudio en el presente trabajo de investigación, pero antes de emitir nuestra opinión al respecto, consideramos prudente analizar primeramente y de manera muy breve algunas figuras como lo es la familia, matrimonio, divorcio y allanamiento; esto último con la única intención de lograr un mayor entendimiento entre los lectores.

Asimismo damos un panorama histórico del divorcio a la luz de diversas disposiciones que se han encargado de regularlo, no solamente en nuestro país, sino también por algunas de las más grandes y antiguas civilizaciones, para después analizar el divorcio en las leyes tanto sustantivas como adjetivas vigentes tanto en el Distrito Federal como en el Estado de México, centrando nuestra atención en los efectos que produce o creemos debe producir el allanamiento en los juicios de divorcio necesario ya que de la simple lectura y comparación que se haga de dichas disposiciones, observamos que no existe un criterio unificado con respecto a los efectos que produce dicho allanamiento en los juicios de divorcio necesario y por el contrario, observamos las discrepancias existentes en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en relación con el del Estado de México.

Nosotros consideramos que en la practica resulta innecesaria la exigencia de abrir a prueba un asunto de esta naturaleza ya que a parte de contravenir principios como el de economía procesal, se podría atentar contra la integración y sano desarrollo de la familia, por tanto llegamos a la conclusión de que el artículo 621 de la Ley adjetiva Civil para el Estado de México debe ser derogado para bien de la sociedad.

CAPITULO I

A. MARCO CONCEPTUAL.

1. FAMILIA.

La familia es la mas antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

Por otra parte, puesto que se encarga de la subsistencia de los individuos que la componen, juega un papel primordial dentro de la organización económica de la sociedad. Enraizada por un lado en la biología (reproducción de la especie), constituye un fenómeno social, con repercusiones en todos los ordenes, al ser el canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra. Cuando un ser humano nace, comienza en el seno de la familia a aprender las normas de comportamiento que se consideren adecuadas, buenas o morales. A medida que crece, adquiere el lenguaje de grupo y por medio de este instrumento paulatinamente va teniendo acceso a todo el mundo cultural. Así desde pequeño se le enseñan las creencias religiosas y se le infunde una escala de valores determinada y una serie de normas de conducta. Se socializa de este modo el nuevo miembro, haciéndolo apto para la vida en la sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social, y el individuo se encuentra preparado para

fundar el mismo su propia familia y recomenzar el cielo que nutre la vida social.

No obstante que no existe una definición de familia todos nos referimos a ella. *Nacemos en familia, nos formamos en ella y morimos también en familia.* Se hace referencia continua a la familia en las diferentes normas del derecho positivo del país y los tratadistas se refieren a ella. Sin embargo no conocemos la definición satisfactoria. La familia se basa en el ámbito privado pero abarca a toda la sociedad, y en ella se interesan, no solamente una nación, sino todas las naciones. Es difícil tratar en un concepto de incorporar todos sus elementos.

Así la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico, psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

De esta manera, el término familia tiene diversas acepciones, ya que su significado dependerá del ángulo en el cual se coloque el estudioso para reflexionar científicamente sobre ella como la institución y así conocerla. En este sentido, el concepto de familia no será el mismo si ésta es enfocada desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de su evolución histórico-social, o bien en razón de sus efectos, entendidos éstos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros.

La palabra familia, según la opinión más general, procede de la voz "famulia", por derivación de "famulus", que a su vez procede del osco "famel", que significa siervo, y más remotamente del sánscrito "vama", hogar o habitación, significando por consiguiente, "el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa".¹

a. La Familia en sentido Amplio.

En sentido muy amplio, la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere. Esta noción por su propia vaguedad y su amplitud, no tiene efectos jurídicos. Estos pueden percibirse en el campo de la sociología, en la medida en que son el fundamento de ciertos vínculos de solidaridad o en el ámbito de la psicología, por los sentimientos de afecto que esa situación crea. Se forma así la idea de la familia en sentido amplio que coincide con el campo de la gens (linaje).

b. La Familia en sentido Estricto.

La palabra familia tiene una connotación más restringida, a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo el mismo techo.²

c. Conceptos doctrinales.

Muchos son los conceptos que nos ofrece la doctrina con respecto a la palabra familia, de los cuales sólo mencionaremos algunos cuantos

¹ CASTAN TOBEÑAS José, Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo V.(Cit. Por. CHAVEZ ASENCIO Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 3ª. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1994. p 207)

² DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 10ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1997.p 1428.

ya que si bien es cierto nuestro derecho positivo adolece de él, también es cierto que se puede entender esta situación, debido a la complejidad de esta institución y creemos que es con la finalidad de no caer en errores u omisiones que pudieran surgir de alguna definición:

Para Bonnacase, "la familia es un organismo social de orden natural, basada en la diferencia de sexos y en la diferencia correlativa de las funciones, cuya misión consiste en asegurar no solamente la perpetuidad de la especie humana, sino también el único modo de existencia que conviene a sus aspiraciones y a sus caracteres específicos".³

Rojina Villegas estima que "la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose, además, de manera excepcional el parentesco por adopción"⁴

SARA MONTERO DUHALT nos dice que la familia es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer.

Todos los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales: la conservación y la reproducción. Los humanos como seres vivos y bisexuales, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ello a la familia, la célula social. De la unión sexual de hombre-mujer surge la procreación de los hijos.

Consecuentemente, son dos los factores de carácter biológico que crean la familia, a saber: la unión sexual y la procreación.

³ La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1945, p 207.

⁴ ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia, Tomo I, editorial Robledo, S.A., México, 1959 p 34.

No toda unión sexual constituye familia. La unión sexual esporádica y pasajera, no crea familia, excepto en el caso de que a través de ella surja la procreación que entabla relaciones entre madre e hijo solamente. Para que la pareja humana pueda considerarse por sí sola como familia, se requieren dos elementos añadidos a la unión sexual: la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación. Aunque de su unión no resulte la procreación, la mujer y el hombre que cohabitan en forma permanente configuran la familia.⁵

Para Manuel F. Chavez Asencio la familia es una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual tiene un patrimonio propio; que se integra con los progenitores (o uno de ellos) y con los hijos (incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes o constituirse con parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del matrimonio o el concubinato, de la filiación y el parentesco.⁶

Después de haber analizado los puntos de vista de algunos de los doctrinarios con respecto a la familia concluiremos este apartado con tres diferentes conceptos vistos desde puntos de vista también diferentes:

⁵ MONTERO DUHALT Sara. Derecho de Familia, 3ª. Edición, editorial Porrúa S.A. México 1987 p.2

⁶ CHAVEZ ASECIO Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho e Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 3ª. Edición, Editorial Porrúa S.A. , México 1994. P 222

d. Concepto Biológico

Un concepto biológico de la familia, nos dice que deberá entenderse esta como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes sin limitación.

La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

e. Concepto Sociológico.

Otra perspectiva lo es el concepto sociológico, el cual nos enfrenta a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares. En algunos casos, como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada "familia nuclear", que se encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. Éstos, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva y, aunque vivan separadas, se encuentran organizadas, de una forma típica, en redes alargadas de familiares por diversas partes. En otros casos, como sigue ocurriendo en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del pater. En estas circunstancias es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada familia en sentido extenso". Los integrantes de este tipo de,

familia no siempre estuvieron unidos por vínculos de sangre y matrimonio, como fue el caso de los siervos y clientes que vivieron bajo el mismo techo, por ejemplo la familia romana.

De aquí que los conceptos biológico y sociológico de la familia no siempre, coincidan, puesto que el primero la define como la institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos; más en otras ocasiones, los parientes lejanos que se les agregaban. En cambio para el concepto sociológico es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

f. Concepto jurídico.

El tercer enfoque corresponde al concepto jurídico, el cual nos sitúa ante un concepto que no siempre ha reflejado al modelo biológico ni al modelo sociológico, es decir, el concepto jurídico, pues este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos, efectos esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Así, desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen partes de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidos por la ley hasta determinado grado o distancia. Así, en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco

y sus efectos sólo se extienden hasta el cuarto grado, como lo considera nuestro derecho civil vigente. Es necesario aclarar que no siempre ha sido así, pues en otros tiempos y en otros lugares el parentesco biológico produjo y produce efectos jurídicos a mayores distancias o grados.

Por lo tanto, y aunque se basa en los conceptos biológico y sociológico, en nuestro derecho el concepto jurídico de familia sólo la considera a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. Así las cosas, el concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

De aquí en adelante, atendiendo exclusivamente a los derechos y deberes que crea y reconoce la ley, la unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son familia desde el punto de vista jurídico, para que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.

La familia sociológicamente considerada, puede ser o no reconocida por el orden jurídico, si la reconoce, es que coinciden ambos conceptos, el jurídico y el sociológico, si no la reconoce es que divergen: la familia poligámica de Turquía dejó de ser jurídicamente posible con las reformas de la República Turca, la familia fundada en vínculos religiosos dejó de tener vigencia en México con las Leyes de Reforma.

Nuestro Código Civil no define ni precisa el concepto de familia. Fundado en una concepción individualista. Sólo señala los tipos, líneas y

grados del parentesco y regula las relaciones entre esposos y parientes.⁷

⁷ BAQUEIRO ROJAS Edgar y Rosalía Buenrostro Báez, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México, 1996.p 8 y 9.

2. MATRIMONIO

Etimológicamente hablando se descarta por improbable, la procedencia de *maritus*, marido; no parece ofrecer grandes dudas que la etimología de esta voz es genuinamente latina, de *matrimonium* (vocablo casi idéntico al nuestro), derivado, a su vez, de *matri* (por *matris*), genitivo de *mater*, madre; y de *manus* (v.), cargo u oficio de madre. Se afirma que se prefirió este nombre y no el de *patrimonio* (fundamental por su parte en los derechos reales o económicos), por cuanto era la mujer la que, en realidad, determinaba el vínculo de parentesco, por la certidumbre de la filiación, en las primitivas épocas de la promiscuidad sexual; y, más adelante, por entenderse que para la mujer son las mayores obligaciones del matrimonio, por los hijos y el hogar; sin excluir que su atracción es la que mueve al hombre, casi siempre, a la iniciativa de proponerlo y al hecho de consumarlo.

Por su gran autoridad y ciencia, se citan otras cuatro etimologías posibles, indicadas en la *Suma teológica*, por Santo Tomás: 1ª de *matrem muniens*, defensa de la madre; 2ª de *matrem monens*, porque previene a la madre que no se aparte del marido; 3ª de *matre nato*, por cuanto la mujer se hace madre del nacido; 4ª de *motos y materia*, porque al ser dos en carne una, forman los cónyuges o matrimonio una sola materia.⁸

Son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne y voluntario entre un hombre y una mujer, en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo; con el fin de crear una

⁸ CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo IV*, 12ª edición, editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1979, p 339.

unidad de vida entre los cónyuges; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

a. Evolución sufrida en el concepto del matrimonio.

Podemos señalar como grandes etapas en la evolución del concepto del matrimonio las siguientes: 1) Promiscuidad primitiva. 2) Matrimonio por grupos. 3). Matrimonio por raptó. 4). Matrimonio por compra y 5) Matrimonio consensual.

1).- Promiscuidad primitiva.- Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se regulo siempre en relación con la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquélla, dándose así lugar al matriarcado.

2).- Matrimonio por grupos.- El matrimonio por grupos se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, pues por la creencia mítica derivada del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan. De aquí la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente. En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual sino que determinados hombres de un grupo celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose, por lo tanto, el

régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir, por la madre. Los hijos siguen en principio la condición social y jurídica que corresponde a los distintos miembros del clan materno.

3).- Matrimonio por raptó.- En una evolución posterior debida generalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas cuando alcanzan cierto desarrollo, aparece el matrimonio por raptó. En esta institución, la mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por lo tanto, los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que logran arrebatarse al enemigo, de la misma manera que se apropian de bienes y animales.

4).- Matrimonio por compra.- En el matrimonio por compra ya definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad, pues ésta es conocida. Asimismo, la patria potestad se reconoce al estilo romano. Es decir, se admite un poder absoluto e ilimitado del paterfamilias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

5).- Matrimonio consensual.- Por último el matrimonio se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a

partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público.

En la evolución del concepto moderno del matrimonio han intervenido distintos factores que podemos fundamentalmente reducir a tres: a).- El concepto romano de matrimonio; b).- El concepto canónico del mismo, y c).- El carácter laico del matrimonio en algunos derechos positivos.

a).- Concepto romano del matrimonio.- Transcribimos la interesante síntesis que formula Ruggiero y de la que se desprende un concepto integral de la institución:

“El matrimonio romano -que en la larga evolución de aquel derecho adoptó configuraciones muy diversas, de forma que el matrimonio justiniano no es en realidad más que una pálida imagen del arcaico- se halla integrado por dos elementos esenciales. El uno físico, la conjunción del hombre con la mujer, que no debe entenderse como conjunción material de sexos y sí en un sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la deductio de la esposa in domum mariti. La deductio inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia. Desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se halla sujeta a éste y comparte la posición social del mismo. Este poder del marido sobre la mujer puede ser más o menos intenso, afirmarse enérgicamente en la manus que coloca a la mujer en situación de hija o faltar completamente; la participación en la dignidad, en los honores, en el culto familiar del marido puede ser más o menos plena; la cohabitación puede interrumpirse, el régimen patrimonial puede variar; puede darse una absoluta paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes;

pero lo importante es que el elemento físico no falte, que haya un estado de hecho manifestado en la convivencia, en el ponerse la mujer a disposición del marido. El otro elemento es intelectual o psíquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión (a ella se equipara el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia) el animus es el requisito que integra o complementa el corpus. Este elemento espiritual es la *affectio maritalis*, o sea la intensión de quererse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, en un único acto volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento en momento, porque sin esto la relación física pierde su valor. Cuando estos dos factores concurren, el matrimonio queda constituido; si uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se extingue”.

b).- Matrimonio canónico.- Remitiéndonos también a la obra de Ruggiero dice así: “Profundamente diversa es la concepción del derecho canónico, que reposa sobre fundamentos y bases distintas. Su evolución está influenciada entre la lucha entre la Iglesia y el Estado y sigue las vicisitudes de este conflicto secular... el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento. Según la concepción canónica, es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; unión de los esposos es la imagen de unión de Cristo con la Iglesia, y con ésta, indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a

sacramento, y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión ésta es indisoluble. Según las palabras del evangelio los cónyuges no son ahora sino una misma carne (itaque iam duo non sunt, sed un caro) y la unión no se puede disolver si no es por la muerte (quo Deus coniunxit, homo non separet).

c).- Concepto laico de matrimonio.- En el Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolff, se expresan las causas que permitieron crear un concepto laico sobre la institución matrimonial. En dicha obra se considera que la reconquista del derecho matrimonial y de la jurisdicción en los casos matrimoniales, por el poder del Estado, deriva de tres factores: El protestantismo, las ideas de la iglesia galicana y las del derecho natural.

“Del protestantismo. Los reformadores, aunque no sin vacilaciones, rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio: principalmente Lutero califica el matrimonio como una ‘cosa externa, mundana, como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular’ ”...“De la iglesia galicana. En Francia durante el siglo XVI se difundió una teoría teológico-jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato del sacramento: la regulación del contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir el sacramento del matrimonio”.- “Del derecho natural. Los teóricos del derecho natural de los siglos XVII y XVIII niegan, igual que Lutero, la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del galicanismo la concepción del matrimonio como *contratus civilis*”.

Las relaciones que existan entre el derecho canónico y la regulación laica del matrimonio, en los distintos países, han sido precisadas por Kipp y Wolff de la siguiente manera: Los derechos

positivos pueden contener una regulación puramente confesional a efecto de que a los católicos se les aplique el derecho canónico y a los protestantes su derecho común. Puede también admitirse una regulación confesional con carácter de derecho supletorio para aquellos casos en los cuales el derecho vigente en un país determinado no comprenda una reglamentación completa sobre el matrimonio. En esta hipótesis se aplicará supletoriamente la regulación eclesiástica correspondiente.⁹

b. Naturaleza Jurídica del Matrimonio.

Ahora expondremos de manera breve la naturaleza jurídica del matrimonio:

1).- Como contrato. El artículo 130 de la Constitución General de la República (hasta antes de la reforma sufrida en 1992) y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, se refieren al matrimonio calificándole de contrato, es decir, de un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos.

Se ha criticado esta posición doctrinaria, con plena justificación diciendo:

a).- El contrato de matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico. El objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio. Si se juzga el matrimonio como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges, no puede ser objeto de un contrato.

b).- En los contratos, la voluntad de las partes es la que, dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de

⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil Tomo I. Vigésima Tercera edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1989 p. 286-290

ellas. Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y las obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos en la ley (artículo 182 del Código Civil). Sólo son libres para establecer, también dentro de ciertos límites, el régimen matrimonial respecto de sus bienes. Pero lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio.

2).- Como contrato de adhesión. En vista de las últimas críticas mencionadas en el apartado b) se dice del matrimonio que es un contrato de adhesión, pero se olvida que en los contratos de adhesión, una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo contrato, en tanto que, en el matrimonio ninguna de las partes por sí misma, puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil.

3).- Otros autores siguiendo a León Duguit, afirman que el matrimonio es un acto condición. Por acto condición se entiende aquella situación creada y regida por la ley, cuya creación tiene lugar, subordinada a la celebración de ese acto; en este caso el matrimonio.

En el acto condición los efectos jurídicos del acto se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece. Sin embargo, en el matrimonio putativo que es aquel celebrado de buena fe por ambos consortes, pese a que el acto es nulo, se producen todos los efectos del mismo, en favor de los hijos o en favor del cónyuge de buena fe, como si se hubieran reunido todas las condiciones establecidas por la ley para la validez del acto.

4).- Para Cicu, el matrimonio es simplemente un acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los

contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del juez del Registro Civil, sino que se requiere también la declaración de voluntad previa de los contrayentes. El estado no puede imponer, por un acto unilateral soberano, los deberes, ni hace nacer entre los cónyuges, las obligaciones propias de los consortes.

5).- Como acto mixto o complejo, en el que concurre la voluntad de los consortes y la voluntad del Estado, algunos han pretendido explicar el carácter jurídico del matrimonio.

Este punto de vista sólo es aplicable a la celebración del matrimonio; pero es deficiente para dar razón no sólo del acto de la celebración, sino del acto mismo matrimonial.

6).- PLANIOL dice que el matrimonio como acto es un contrato y como género de vida es un estado. Para esta explicación valen las críticas que se han hecho al matrimonio como contrato.

7).- Siguiendo a Bonnecase, el matrimonio es una institución. Dentro del concepto de Institución se explica no sólo la celebración del mismo, sino todos los efectos jurídicos que nacen ex lege del acto y del estado propiamente dicho.

La institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, dice Bonnecase, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho.

El matrimonio es un acto solemne que produce una comunidad de vida entre el hombre y una mujer y crea un vínculo permanente, pero

disoluble, bien por voluntad de los cónyuges, bien por disposición de la ley.¹⁰

c. Características del Matrimonio

En síntesis, los diversos autores, distinguen en el matrimonio estas características:

- 1). Es un acto solemne.
- 2). Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.
- 3). Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.
- 4). En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.
- 5). Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
- 6). Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa, no basta con la sola voluntad de los interesados.

d. Conceptos adoptados por nuestra legislación.

Situándonos en la historia de nuestro país encontramos durante la época prehispanica noticias de la realización de matrimonios a través de una serie de ritos de índole eminentemente religioso pero sancionados por el poder público. Algunos de estos ritos aún los encontramos entre los grupos étnicos de nuestro país mezclados ya con ritos de la Iglesia

¹⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, 4ª. Edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1980 p. 476 y 477.

católica. Se trataba - y trata aún en estos grupos indígenas - de una unión formal y solemne realizada cuando los jóvenes alcanzaban la edad púber, cuyos fines principales fueron la perpetuación de la raza y las tradiciones.

Durante la época colonial rigió en nuestro territorio el derecho español y el derecho de Indias. En el primero se prohibían los matrimonios celebrados sin noticia de la Iglesia, según lo establecía en la Cédula Real del 23 de septiembre de 1776. Sin embargo, dentro de la Nueva España, desde el 5 de agosto de 1555, Carlos V, a través de una ordenanza, dispuso que las leyes y buenas costumbres de los indios se aplicaran entre ellos en lo que no se opusiera a la religión católica, a las leyes de Castilla y de la propia Nueva España.

Ahora mencionaremos el concepto que adoptó el Código Napoleón de 1804, por haber tenido éste gran influencia en las leyes adoptadas por México a raíz de su Independencia. "El Código Napoleón reprodujo la definición que Portalis dio del matrimonio arguyendo que es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino".

Durante la primera etapa de la vida independiente de nuestro país se le dio validez a los matrimonios celebrados conforme al derecho canónico, tal es el caso, por ejemplo, del artículo 78 del Código Civil de Oaxaca de 1828.

No es sino hasta después de declarada nuestra Independencia y con la promulgación de las llamadas Leyes de Reforma, cuando se suprime en definitiva la injerencia de la Iglesia en la institución del matrimonio.

Entre estas leyes, el 23 de julio de 1859 se dictó la Ley del Matrimonio Civil, en donde se dispuso que ningún matrimonio celebrado sin las formalidades que prescribe la ley será reconocido como verdadero y legítimo para los efectos civiles; pero los casados conforme a ella podrán, si lo quieren, recibir las bendiciones de los ministros de culto.

Más adelante, los códigos civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884 definen el matrimonio como una "sociedad legítima de un sólo hombre con una sola mujer que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

En la Ley de Relaciones Familiares de 1917 se define esta figura como "contrato civil de un solo hombre y una sola mujer que se unen en vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

El cambio de naturaleza entre los ordenamientos decimonónicos y la ley de 1917 obedece a la adecuación de esta última al artículo 130 de nuestra Carta Magna, en donde se establece, entre otras cosas, que el matrimonio es un contrato civil, siendo un acto de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil.¹¹

¹¹ PEREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia. Fondo de Cultura Económica. México 1994 p. 44-46

Como ya se ha mencionado, en su origen nuestra Constitución, en su artículo 130, párrafo tercero, señalaba que el matrimonio era un contrato civil, sin especificar quiénes pueden realizarlo, si bien a partir de las reformas del 27 de enero de 1992 desaparece toda definición de esta unión, encontramos algunos ordenamientos civiles que siguen aquella definición, como el poblano, donde se establece que "el matrimonio es un contrato civil en el cual un solo hombre y una sola mujer se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia" (art. 294). En igual sentido y con similar definición encontramos el ordenamiento oaxaqueño (art. 143).

Sin embargo, algunos de los ordenamientos civiles y familiares de nuestro país establecen naturaleza distinta para esta figura.

Así, el Código familiar de Hidalgo señala que se trata de una institución social y permanente, por la cual se establece la unión de un solo hombre con una sola mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones, originan el nacimiento y estabilidad de una familia; así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable (artículo 111).

Asimismo, señala que se trata de un acto jurídico solemne, un contrato de sociedad civil en tanto existe la voluntad de los futuros cónyuges en relación con los bienes y una institución social (artículo 12).

El Código Familiar de Zacatecas señala que el matrimonio es la unión legítima de un solo hombre con una sola mujer; que es un acto solemne y una institución social (artículos 100 y 102).

Una idea similar se encuentra en el artículo 75 del Código Civil de Veracruz, en el cual se señala que "el matrimonio es la unión de un solo hombre con una sola mujer que conviven para realizar los fines

Como ya se ha mencionado, en su origen nuestra Constitución, en su artículo 130, párrafo tercero, señalaba que el matrimonio era un contrato civil, sin especificar quiénes pueden realizarlo, si bien a partir de las reformas del 27 de enero de 1992 desaparece toda definición de esta unión, encontramos algunos ordenamientos civiles que siguen aquella definición, como el poblano, donde se establece que "el matrimonio es un contrato civil en el cual un solo hombre y una sola mujer se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia" (art. 294). En igual sentido y con similar definición encontramos el ordenamiento oaxaqueño (art. 143).

Sin embargo, algunos de los ordenamientos civiles y familiares de nuestro país establecen naturaleza distinta para esta figura.

Así, el Código familiar de Hidalgo señala que se trata de una institución social y permanente, por la cual se establece la unión de un solo hombre con una sola mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones, originan el nacimiento y estabilidad de una familia; así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable (artículo 111).

Asimismo, señala que se trata de un acto jurídico solemne, un contrato de sociedad civil en tanto existe la voluntad de los futuros cónyuges en relación con los bienes y una institución social (artículo 12).

El Código Familiar de Zacatecas señala que el matrimonio es la unión legítima de un solo hombre con una sola mujer; que es un acto solemne y una institución social (artículos 100 y 102).

Una idea similar se encuentra en el artículo 75 del Código Civil de Veracruz, en el cual se señala que "el matrimonio es la unión de un solo hombre con una sola mujer que conviven para realizar los fines

esenciales de la familia como institución social y civil”; el Código Civil del estado de Baja California señala que: “el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para convivir y realizar los fines esenciales de la familia como institución social y civil”, y se añade que debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades por ella exigidas (artículo 143); en el Código del Estado de México, el artículo 131 señala que “el matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente”. Finalmente, el Código Civil de Yucatán lo define como “una institución jurídica dirigida a organizar la reproducción humana en el sentido de lograr generaciones física e intelectualmente capacitadas para la convivencia” (artículo 55).¹²

e. Etapas del Matrimonio

Una vez enunciado algunas definiciones del matrimonio adoptadas por la legislación de nuestro país analizaremos las tres etapas que suelen distinguirse en el matrimonio:

1).- La etapa prematrimonial, conocida como noviazgo, está prevista en la regulación de los esponsales, o sea el compromiso de celebrar el matrimonio a futuro. Durante este periodo pueden presentarse impedimentos que obstaculicen el noviazgo, de manera que no pueda llegarse a la celebración del compromiso de esponsales, y menos al matrimonio. En este periodo no existen obligaciones entre los novios, por lo que libremente pueden ponerle fin.

2).- La celebración propia del acto, que debe considerarse como el momento de nacimiento del acto jurídico. Para su existencia y validez se

¹² PEREZ DUARTE, Alicia. Op. Cit. P49 y 50

requiere de diferentes manifestaciones de voluntad: la de los contrayentes, la del Juez del Registro Civil, la de los testigos y, en el caso de matrimonio de menores, la de sus padres o tutores. Los hermanos Mazeaud denominan a este periodo como matrimonio fuente, pues de él se deriva el estado matrimonial o matrimonio-estado. Como todo acto jurídico, puede estar afectado por diversas causas de nulidad.

3).- Las etapas del estado matrimonial es el periodo que resulta de la celebración del acto y constituye toda una forma de vida que se encuentra regulada no sólo por el derecho sino por la moral, la religión y la costumbre. Es a esta situación jurídica, general y permanente, que puede darse la denominación de institución, creadora constante de derechos y deberes, y que es aplicada a los cónyuges, parientes y descendientes, independientemente de su aceptación y reconocimiento como tales, e incluso de su conocimiento. A esta etapa del matrimonio se pone fin con el divorcio o con la muerte.¹³

f. Efectos que produce el matrimonio.

Ahora enunciaremos de manera breve los efectos que produce la celebración del matrimonio, los cuales son de tres tipos: 1) entre consortes; 2) en relación a los hijos, y 3) en relación a los bienes.

1).- Efectos entre consortes, en el matrimonio tales derechos subjetivos principalmente se manifiestan en las facultades siguientes: a).- El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación. b).- El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente. c).- El derecho a la fidelidad, con la obligación

¹³ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Báez. Op. Cit. P 42

correlativa impuesta a cada uno de los esposos. d).- El derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

2). Efectos del matrimonio respecto a los hijos.- Los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista: a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos; b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, y c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

3). Efectos del matrimonio en cuanto a los bienes.- Conforme al sistema regulado por el Código Civil vigente, existen dos regímenes posibles en cuanto a los bienes al celebrarse un matrimonio: a) el de separación de bienes, y b) el de sociedad conyugal.

3. DIVORCIO

Cuando una pareja desea contraer matrimonio basa su decisión en diversos factores: amor, atracción sexual o afectiva, conveniencia, quizá. El hecho es que los que se casan están seguros, o tienen fundadas esperanzas, en que van a ser recíprocamente felices.

Algunos logran durante algún tiempo, que puede prolongarse toda la vida, alcanzar la relativa felicidad que la vida conyugal puede otorgar. Otras parejas, por innúmeras circunstancias, tan variadas como los seres humanos, fracasan en su intento de ser felices en su vida en común.

Cuando esto ocurre, los cónyuges empiezan a desunirse, se alejan uno del otro y, aunque sigan compartiendo el mismo techo, rompen el vínculo afectivo que los impulsó a contraer matrimonio, dejan de ser pareja, toman caminos diferentes.

Ante el inminente fracaso de su matrimonio, los cónyuges optan por diversas soluciones. Algunos con madurez, y sensibilidad, cuando el vínculo de origen era sólido y auténtico, y más aún si hay hijos, tratan de salvar del naufragio la nave conyugal; con éxito o sin él, al menos lo intentan. Otros soportan indefinidamente una situación que, de matrimonio no tiene más que el nombre y, víctimas de su soledad o infelicidad matrimonial, buscan compensación por diversos medios, ya sea mediante uniones ilícitas, o en la variada gama de conductas neuróticas propias de las frustraciones. Y otros más, cada vez en mayor número en la sociedad contemporánea, se divorcian.

En este último supuesto, el divorcio no vino a ser más que la manifestación legal de la real ruptura del matrimonio.

a. Divorcio, Significado

La palabra divorcio deriva de la voz latina *divortium* que significa separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. Divorcio es la antítesis del matrimonio.

Divorcio es rompimiento del vínculo, de la unión. Seguir sendas diferentes los que antes marchaban por el mismo camino. En sentido figurado puede decirse que viven divorciados los cónyuges que ya no comparten los intereses fundamentales de la existencia.¹⁴

b. Concepto Jurídico de Divorcio.

El "divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido".¹⁵ Según Bonnecase: "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial"¹⁶ y 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 de procedimiento.

De esta manera nuestro Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal en su artículo 266 dice: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a

¹⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, 3ª. Edición. Editorial Harla. México, 1987 p. 196

¹⁵ DE LA PAZ Y FUENTES, Víctor M. Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio, Editor Fernando Leguizamo Cortes, México, 1984. P 49

¹⁶ BONNECASE, Julian. Elementos de Derecho Civil Tomo I. Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana Baja California. 1985. P 552

los cónyuges en aptitud de contraer otro". Mismo concepto aceptado por el artículo 252 del Código Civil para el Estado de México.

El divorcio es y sobre todo en el pasado una figura sumamente controvertida. Razones de peso se esgrimen en pro y en contra del divorcio. Los opositores al mismo aducen que el divorcio es factor primordial de la disgregación familiar y de la descomposición social por ser la familia la célula social. Los que defienden el divorcio exponen que no es el mismo el origen de la ruptura del matrimonio, sino solamente la expresión legal y final del fracaso conyugal cuyas causas suelen ser innúmeras y que, ante la real quiebra del matrimonio se convierte en indebida, injusta y hasta inmoral la persistencia del vínculo legal, pues impide, a los que no pueden divorciarse, intentar una nueva unión lícita que podría prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida. Al divorcio se le ha llamado acertadamente, un mal menor o un mal necesario. Es un mal, porque es la manifestación del rompimiento de la unidad familiar, pero es un mal menor y por ello necesario porque evita la vinculación legal de por vida de los que ya están desvinculados de hecho. El divorcio ha asumido formas y producido efectos diversos, dependiendo de cada cultura en particular; pero siempre ha estado presente en todos los órdenes jurídicos.

c. Clasificaciones.

Existen diversos tipos de divorcio que responden a clasificaciones establecidas a partir de dos criterios fundamentales:

Por sus efectos, han existido, y existen dos clases de divorcio:

1). El divorcio vincular (*divortium quad vinculum*), llamado divorcio pleno, que es precisamente aquel que rompe el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias.

2). El divorcio por simple separación de cuerpos (*separation quad thourum et mensam*), llamado divorcio menos pleno, que es aquel que no permite la celebración de un nuevo matrimonio en tanto únicamente consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio, como el deber de fidelidad, los alimentos, etc.

Este último no es en realidad un divorcio sino sólo un estado en el que los esposos han sido dispensados de las obligaciones de cohabitación y débito carnal.

Como consecuencia de la extinción del deber de cohabitación, termina también la figura del domicilio conyugal. Cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio voluntario.

d. En Atención a la Voluntad de los Cónyuges.

En lo que toca a la forma de obtener el divorcio en función del papel de la voluntad de los cónyuges, éste se clasifica en:

1).- Divorcio unilateral o repudio. Es aquel en el que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio. Es clásico el derecho de repudio concedido al varón en el derecho romano. Actualmente la misma facultad se confiere a la mujer en el derecho uruguayo, y a cualquiera de los cónyuges en el derecho soviético;

2).- Divorcio por mutuo consentimiento, voluntario o por mutuo disenso. Es aquel que requiere del acuerdo voluntario de ambos

cónyuges para poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causa alguna: puede existir, y de hecho siempre existen causas para la separación, pero éstas se ocultan, generalmente para beneficio de los hijos;

3).- **Divorcio causal, necesario o contencioso.** Es aquel que se reclama por uno de los cónyuges en contra del otro, por existir e invocarse una de las causales establecidas en la ley, requiere de la existencia de una causa o razón suficientemente grave, que haga imposible o al menos difícil la convivencia conyugal; la acción se otorga al esposo que no hubiere dado causa para el divorcio. Y cuando, sin culpa de alguno de los esposos, la vida en común se deteriora por enfermedad, impotencia o locura, también se tiene la facultad de disolver el vínculo matrimonial. En este caso la acción se concede al cónyuge sano.

e. Divorcio Causal.

El Divorcio Causal, a su vez, ha sido subclasificado en:

1). Divorcio Sanción.

En él se supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio, y el divorcio, la sanción que se aplica al culpable; por ello, la acción corresponde al cónyuge inocente, quien es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la acción prescriba.

2). Divorcio Remedio.

En él no puede hablarse de cónyuge culpable, pues no le es imputable la causal, como en el caso de las enfermedades graves, contagiosas e incurables - la impotencia o la locura - pero siendo éstas motivo para no poder llevar a cabo una convivencia normal, se da la

acción a los cónyuges para poner fin a la relación. También se consideran causales remedio en nuestro Código Civil:

a). La falta de convivencia de los cónyuges por más de dos años (incluyendo los casos de declaración de ausencia y presunción de muerte).

b). El hecho de que alguno de los cónyuges hubiere demandado la nulidad del matrimonio o el divorcio, y su demanda haya sido desestimada o se hubiere desistido de la acción. En este caso puede no haber culpable por haber obrado creyendo tener causa.¹⁷

¹⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. Op. Cit. P 149 y 150.

4. ALLANAMIENTO.

a. Concepto.

Del latín *applanare*, del adverbio *ad* y *plunus*, llano). Se puede considerar como una figura autocompositiva, entendiendo por "autocomposición" la solución a la controversia propuesta (no impuesta violentamente) por uno o ambos elementos subjetivos parciales (partes) sacrificando su interés jurídico propio; arreglo que es aceptado por la otra parte (algunos autores por eso conciben a la autocomposición como un acuerdo de las partes interesadas para resolver privadamente un pleito, prescindiendo o excluyendo el caso del conocimiento y resolución judicial).

La autocomposición ha sido considerada también como una forma anormal de dar terminación al procedimiento (Rosenberg) (la normal es la sentencia) o como forma de dar fin al proceso de conocimiento (Alcalá Zamora y Castillo).

Allanamiento a la demanda es una actitud activa que puede asumir el demandado, una vez que ha sido vinculado en la relación procesal, es decir, una vez que ha sido introducido en el proceso, es según Alcalá Zamora, una figura autocompositiva unilateral de solución de litigios (solución al litigio, parcial dada por una de las partes, en la que se ofrece el sacrificio del interés propio); en la que el demandado se conforma expresa e incondicionalmente con el contenido de la pretensión que se le reclama. Y por eso es una forma anormal de terminar el procedimiento en la que es obvio que el arreglo se obtiene por la extinción de la fuerza procesal de resistencia, al volver llano (sin obstáculos) el camino del actor. Esto ocurre si los elementos torales de una demanda son

admitidos o sólo en algunos aspectos, al allanarse; es decir, si se contesta admitiendo cabalmente los hechos, el derecho y la pretensión.¹⁸

Allanarse, es sujetarse, someterse o avenirse a alguna cosa.

Gómez Orbaneja¹⁹ define el allanamiento como una declaración de voluntad del demandado por lo que éste muestra su conformidad con la pretensión del actor.

Hugo Alsina²⁰ dice: "el allanamiento es el acto por el cual el demandado admite, más que la exactitud de los hechos, la legitimidad de la pretensión del actor".

El maestro español Prieto Castro²¹ dice que: "el objeto del allanamiento es la pretensión del actor".

Dentro de la demanda se contiene una entidad jurídica de gran importancia: es la pretensión jurídica. Esta ha sido definida por Carnelutti como "la exigencia de subordinación del interés ajeno al interés propio",²² pero es particularmente interesante señalar que el litigio se caracteriza porque una de las partes pretende mientras que la otra resiste a la pretensión.

De Carnelutti se desprende el concepto de razón, que contribuya a perfilar más aún el de pretensión. Para él puede haber pretensión sin fundamento, y hasta prosperar si la ampara la fuerza, pero en el campo del derecho sólo puede actuar si va acompañada de la razón, la cual no es otra cosa que "la afirmación de la conformidad de la pretensión con el

¹⁸ Cfr. ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, Autocomposición y Autodefensa p. 184 y ss.

¹⁹ GOMEZ ORBANEJA Eduardo, Derecho Procesal Tomo I p. 367.

²⁰ ALSINA Hugo, Derecho Procesal Civil y Comercial Tomo II p. 367.

²¹ Cfr. PRIETO CASTRO. Sistema Tomo I. p. 444.

²² Cfr. CARNELUTTI. Sistema Tomo I. p. 44

derecho objetivo”,²³ añadiendo que “afirmación del derecho es una declaración y no una opinión.”

La pretensión, dice Eduardo Coutore²⁴ es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que esta se haga efectiva.

Pero la pretensión no es la acción, la acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Este poder jurídico existe en el individuo aun cuando la pretensión sea infundada.

b. Allanamiento y Confesión.

Para comprender bien los conceptos es preciso partir de una distinción que hoy parece no constituir problema para la doctrina.

El objeto del allanamiento es sólo y directamente la pretensión procesal planteada por el actor.

El allanamiento es una conducta o acto procesal que implica el sometimiento por parte del demandado o de quien resiste en el proceso, a las pretensiones de quien acciona²⁵.

El allanamiento es únicamente acto procesal; es un acto de postulación que como acatamiento por la afirmación de derecho y no declaración sobre los hechos. De todo lo anterior deducimos lo inexacto de que el allanamiento implique el reconocimiento expreso de la procedencia de la acción, según lo expone Pallares²⁶.

²³ Ibidem, p. 9

²⁴ COUTORE, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, p. 20 y 21

²⁵ GOMEZ LARA Cipriano. Teoría General del Proceso, novena edición, Harla, México, 1995, p. 21

²⁶ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, 4ª edición, Porrúa México, 1963, p. 70

Por otro lado, allanarse también puede significar procesalmente que alguna parte se conforme con una resolución del tribunal²⁷ aunque en este caso sería más propio hablar de conformarse y no de allanarse, puesto que el allanamiento propiamente dicho es un concepto que se refiere a una conducta exclusiva del demandado o del resistente, al someterse a la pretensión el actor o accionante.

Sobre la confesión Lessona²⁸ dice: "La confesión es la declaración judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por interrogatorio de la parte contraria o por el juez directamente) mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con animo de suministrar una prueba al contrario en perjuicio propio, reconocer total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos.

Marttiolo²⁹ define la confesión de la siguiente manera: "la confesión, considerada como prueba, es el testimonio que una de las partes hace contra sí misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo".

Del concepto de que la confesión no es sino el testimonio de la parte en el proceso, deriva que ella debe recaer sobre los hechos personales del confesante.

²⁷ Ibidem, p. 71

²⁸ LESSONA. Tratado de las pruebas p. 475

²⁹ MARTTIROLO, Cit. Por. PALLARES EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil, p. 132

La palabra confesión no es en la ciencia del derecho unívoca. En realidad, se refiere a actos u omisiones tan diversos como contrarios los unos de los otros en algunos casos. Confiesa el que declara, confiesa el que calla; confiesa igualmente quien contesta de modo categórico y expreso, y también confiesa el que contesta con evasivas, y así sucesivamente³⁰.

Teniendo en cuenta los diversos aspectos que la confesión ofrece, puede hacerse de ella la siguiente clasificación: 1) por el lugar, en judicial o extrajudicial; 2) por el origen, espontánea o provocada; 3) por el modo, expreso o tácito; 4) por la forma en verbal o escrita.

1). La Confesión es judicial cuando es prestada en juicio. Ninguna dificultad existe respecto de la confesión hecha ante el juez de la causa sea en la forma espontánea o provocada por absolución de posiciones.

La confesión extrajudicial, como su nombre lo indica es la prestada fuera de juicio³¹.

2). Se dice que la confesión es espontánea, cuando es prestada sin previo requerimiento del juez o de la parte contraria. Puede ser prestada en cualquier estado del juicio y no está sujeta a ninguna formalidad.

La confesión provocada es la que se produce mediante interrogatorios y bajo juramento a petición de la parte contraria o por disposición del juez. Sólo puede exigirse en las oportunidades expresamente determinadas por la ley y se realiza de acuerdo con formalidades estrictas que aseguran la eficacia del acto.

³⁰ PALLARES Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, p. 132

³¹ Cfr. GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil, Quinta Edición, Harla, México. P. 137.

3). La confesión es expresa cuando se presta en forma categórica, que no deja lugar a dudas sobre la intención del confesante. Hace prueba plena contra quien la realiza.

Es tácita, en los casos en que la ley autoriza al juez a tener por confesado un hecho, que son los casos mencionados en el artículo 322 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

4). En nuestro régimen procesal solamente la confesión por absolución de posiciones puede considerarse como una confesión verbal o judicial.

La confesión extrajudicial puede ser oral o escrita, según se preste ante testigos o se haga mediante un documento.

c. Allanamiento y Reconocimiento.

Carlo Crome³² dice: "No es todavía clara en nuestra doctrina, la distinción entre reconocimiento de derecho, que se refiere a la relación jurídica controvertida en sí, y la confesión, dejando la valoración jurídica controvertida a la apreciación del juez".

La distinción entre la confesión y el reconocimiento se hace consistir en que la confesión es el testimonio que rinde una de las partes sobre hechos propios. Es acto de ciencia y no de declaración de voluntad, el confesante declara lo que sabe no lo que quiere. La declaración de voluntad, por su propia naturaleza, es incapaz de engendrar conocimiento, por ejemplo: si digo: subrayada verbalmente el acto de mi voluntad, "yo quiero que Juan firmó el recibo que obra en autos" el "yo quiero" resulta inadecuado e incapaz para producir

³² CROME Carlo. Parte General del Derecho Privado Frances Moderno, p. 429.

conocimiento. En cambio la frase "me consta" que constituye una declaración de ciencia, o esta otra "confieso haber firmado el recibo", son adecuadas y hacen referencia a un acto de conocimiento no de voluntad.

El reconocimiento puede abarcar tanto los hechos como el derecho.

La afirmación o negación del derecho ajeno constituye la materia de la institución que trato, pero la terminología en nuestra lengua no corresponde literalmente con la que es normal en los derechos extranjeros, particularmente en el italiano, por lo que es conveniente establecer claridad en cuanto a ella.

Y, en primer lugar deslindar las expresiones que muchas veces se emplean como sinónimas por razones idiomáticas. Allanamiento y reconocimiento circulan, sobre todo en los autores modernos, como valores equivalentes, ello es uno de los tantos resultados de la influencia de los trabajos alemanes e italianos, cuando esa influencia era menor, o en absoluto inexistente, la expresión reconocimiento no se empleaba por los tratadistas y aún hoy en día puede decirse que carece de sentido en nuestro léxico procesal en el que su empleo no pasa de ser una traducción del italiano³³.

Pero no se detienen ahí los inconvenientes lingüísticos: sino que, a su vez el "reconocimiento" italiano se halla influenciado por la denominación de la paralela institución germana "anerkenntnis"³⁴.

³³ Cfr. SENTIS MELENDO. Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina, p. 616

³⁴ LIEBMAN T. El reconocimiento de la demanda, p. 463

Liebman³⁵ admite que “anerkennnis” es el nuevo nombre con que se indica el reconocimiento que tiene por objeto la pretensión misma del actor.

En el libro de Goldschmidt “Teoría General del Proceso” traducida al castellano por el maestro español Prieto Castro; se trata de equiparar los preceptos de la legislación española a los de la ordenanza procesal alemana. Ese deseo aparece muy claramente en la nota del traductor que figura en la pagina 197 de la obra de Goldschmidt y, en el cual se indica que “allanamiento es en alemán anerkennnis, es decir también reconocimiento”. Si esa voz alemana se traduce por allanamiento, ello se debe a que es el termino que se emplea para designar una institución que guarda relación con la que los alemanes designan con aquél, si no se omitiera, el termino allanamiento y se utilizará la traducción idiomática exacta, no nos entenderíamos porque “reconocimiento a la demanda” no es expresión admitida en nuestra terminología jurídica.

Es acertada la opinión del maestro español Sentís Melendo³⁶ al decir que la voz allanamiento representa un acto en que predomina la voluntad; la voz reconocimiento, por el contrario, expresa un acto en el que predomina la inteligencia. Por allanamiento entiende el sometimiento a la pretensión; por reconocimiento habría que entender la aceptación de los fundamentos o de la razón de una pretensión.

Uno de los autores que más acentuadamente acusan la influencia de la terminología alemana y de la italiana es Prieto Castro,³⁷ para quien el allanamiento o reconocimiento es la manifestación de “conformidad”

³⁵ Idem.

³⁶ SENTÍS MELENDO. Estudios de Derecho Procesal, p. 617.

³⁷ PRIETO CASTRO. Exposición Tomo I, p. 270

más bien que en el de reconocimiento, debe entenderse que figura el elemento intelectual.

Por eso, como representación del allanamiento es exacto el concepto del maestro Alcalá Zamora³⁸ para quien el allanamiento no es ni más ni menos que renuncia a continuar la contienda" sin que implique confesión de los hechos afirmados por el demandante. Esto es el allanamiento; renunciamiento, ausencia de lucha; que es cosa distinta de un reconocimiento.

d. Figura Jurídica a que corresponde el allanamiento

Puede asegurarse que el problema más interesante y complejo es determinar si el allanamiento es un acto procesal, o un negocio jurídico. El distinguido maestro Alcalá Zamora³⁹ dice que el allanamiento es "un acto procesal del demandado". Con esta manera de contemplar la cuestión, parece que coincide con Prieto Castro⁴⁰ para quien el negocio jurídico constituye una construcción casi abandonada.

Cabe pues asegurar que el allanamiento es un acto procesal, debiendo abstenerse de considerarlo como un negocio jurídico, hasta en tanto quede bien delimitada esta figura y el encuadramiento dentro de ella se realice con absoluta firmeza.

Sin embargo, para Carnelutti⁴¹ no existe duda acerca de la categoría de negocio jurídico del allanamiento, que lo mismo que el desistimiento es un negocio jurídico unilateral; a diferencia de la

³⁸ ALCALA ZAMORA. Ensayos, p. 445

³⁹ Idem.

⁴⁰ Cfr. PRIETO CASTRO. Exposición, Tomo I, p. 214

⁴¹ Cfr. CARNELETTI, Op. Cit., p. 198

transacción que es bilateral. Por eso dice que en el allanamiento una parte "se adapta totalmente a la voluntad de la otra".

Para el distinguido maestro Pallares el allanamiento es un acto procesal y por esa circunstancia ha de realizarse dentro del juicio y no es eficaz hacerlo fuera de él.

e. Formas de Allanamiento.

Entendiendo que la actitud del demandado al allanarse ha de considerarse como excepcional a anormal. Por eso no ha de extrañar la exigencia de que el allanamiento sea categórico y terminante, empleándose formas precisas que no dejen lugar a dudas.

Pablo de María⁴² dice que el allanamiento debe hacerse lisa y llanamente, es decir, que no se ponga limitación a lo que el actor pide, pues de otro modo no habrá la conformidad requerida, agregando que "el allanamiento se debe producir al contestar la demanda, pues de lo contrario no podrá paralizar el juicio".

Sentís Melendo⁴³ dice: Se puede formular una regla general diciendo que todo momento del proceso es inadecuado para allanarse. No se comprende que por haber llegado al momento probatorio pueda impedirse al demandado cesar en su actitud de discusión y defensa, y hacer constar así con todas sus consecuencias procesales".

Es así, que todos los derechos que se litigan, como todos los que no son irrenunciables, pueden renunciarse en cualquier tiempo y el juez que debe fallar conforme al mérito del proceso, no puede desentenderse de un allanamiento en cualquier época que se haga.

⁴² PABLO DE MARIA. Lecciones, Tomo I, p. 111

⁴³ SENTÍS MELENDO. Estudios, p. 641.

1). Allanamiento puro y allanamiento condicional.

Para la distinción del allanamiento puro y el allanamiento condicional, no creemos que deba admitirse la del allanamiento condicional, ya que siendo entonces necesario que se cumpla la condición pura que el allanamiento lleve a efecto puede considerarse que éste se halla totalmente desnaturalizado.

El allanamiento es un acto puro y por eso carece de eficacia el que se hace con reservas o bajo condiciones.

2). Allanamiento total y allanamiento parcial.

El allanamiento puede ser parcial, en el sentido de ser eficaz aunque no comprenda todos los puntos de la demanda, pero el allanamiento típico la abarca en toda su extensión.

Nada tiene de extraño dice Sentís Melendo⁴⁴ que la parte demandada se someta a unas pretensiones del actor y no a otras, de manera que la sentencia de allanamiento deba contemplar una parte de la litis, continuando el proceso, en forma ordinaria o común en cuanto a la otra.

3). Allanamiento expreso y allanamiento tácito.

Suele admitirse que el allanamiento puede ser también expreso o tácito, según que se reconozcan los hechos invocados en la demanda o que se siga una conducta de acuerdo con las pretensiones dando cumplimiento a lo pedido en la demanda. En este último caso, el maestro español Cervantes⁴⁵ se refiere a que el demandado se presente al juzgado y consigne la cantidad o cosa que se le pide, que el juez

⁴⁴ Ibidem p. 637.

⁴⁵ CERVANTES. Tratado Tomo II, p. 101

mandará entregar al demandado, quedando terminado el proceso por no haber contienda.

Para el maestro Alsina⁴⁶ el allanamiento puede ser expreso o tácito, en tanto que en lo primero ocurre cuando el demandado reconoce categóricamente los hechos y el derecho invocados en la demanda; lo segundo cuando el demandado, sin contestar la demanda deposita la cosa o ejecuta el acto que se le reclama.

La declaración puede hacerse en forma expresa o mediante conducta concluyente, pero nunca podrá encontrársela en el silencio o en la pasividad.

Por su propia índole consideramos que el allanamiento debe ser expreso. De aquí que aceptamos la tesis de Prieto Castro,⁴⁷ para quien el allanamiento ha de ser siempre expreso, sin que sean admisibles las formas vagas.

f. Resolución que debe dictarse (Sentencia).

Ha sido muy corriente en la práctica española⁴⁸ en la cual la rutina ha hecho que una vez producido el allanamiento, el juez se limite a decretar una providencia "por allanado con las costas".

Que el proceso en el cual se produce el allanamiento ha de terminar por sentencia, vemos que lo establecen el Código Alemán en su artículo 307, el de Bolivia en su artículo 253, el de Uruguay en su artículo 322, el de Chile en su artículo 303, el proyecto Couture en su artículo 113 y nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 274.

⁴⁶ ALSINA, Hugo. Tratado. Tomo II, p. 141

⁴⁷ PRIETO CASTRO. Exposición. p. 273

⁴⁸ CALDERON Manuel. Litiscontestación en Revista General de Legislación y Jurisprudencia Tomo 107 p. 260.

Entre los autores, esto es también la regla general, los tratadistas italianos han mantenido la teoría de la necesidad de la sentencia, rechazándose que el juez deba limitarse a dejar constancia de las declaraciones de las partes por entender que estas tienen derecho a obtener esa sentencia.

O como dice Alsina, una vez allanado el demandado el juez debe dictar sentencia sin más trámites, a fin que el actor pueda beneficiarse con los efectos de la cosa juzgada. La jurisprudencia argentina⁴⁹ en resoluciones dedicadas especialmente al estudio del concepto del allanamiento, ha resuelto que el juez no puede eludir el pronunciamiento, debiendo dictar sentencia que es la única forma de terminar el juicio cuando el actor no ha desistido de la acción, ni ha habido transacción, ni se ha producido la caducidad.

La jurisprudencia mexicana⁵⁰ sobre la materia afirma que en cualquier estado del proceso en que el allanamiento se produzca, acarrea el resultado de que se pronuncie sentencia que ponga término al juicio, cuando el actor muestre su conformidad con el allanamiento, o en caso contrario, la sentencia debe decidir si el acto fue o no ejecutado en la forma y términos convenidos, cuando el allanamiento consiste en cumplimiento del derecho declarado.

g. Contenido de la Resolución.

El proceso con allanamiento debe dar lugar a una sentencia y la importancia es determinar cuál es el fondo de esa resolución.

⁴⁹ ALSINA, Hugo. Tratado, Tomo IX, p. 765.

⁵⁰ Semanario Judicial de la Federación. Época VI, Volumen IV, p. 100.

Prieto Castro⁵¹ lo contesta categóricamente: " el juez no entra en el examen de los hechos y dicta sentencia que tiene como contenido el allanamiento del demandado ". En este aspecto Prieto Castro contempla el Código alemán, cuyo precepto es terminante en este sentido y el cual "vincula al juez que ya no puede ni debe examinar si los hechos alegados por el actor son ciertos y aptos para fundamentar la petición del actor".

No obstante, el proceso no queda concluso, al contrario, hay que dictar sentencia de allanamiento a petición del actor en la cual se condena al demandado según su allanamiento.

En este caso hay, pues sentencia, pero cuyo contenido es el allanamiento. Por eso, cuando Prieto Castro⁵² dice que el allanamiento, "es un medio cómodo de obtener la cosa juzgada", casi podría haber añadido que la cosa juzgada que se obtiene será la que se forme sobre el allanamiento o la pretensión del actor más que sobre la relación discutida o los fundamentos de la demanda.

El maestro Alcalá Zamora⁵³ se manifiesta en otro sentido al decir, que la confesión implica reconocimiento de los hechos y el allanamiento reconocimiento a la pretensión jurídica; y sobre todo al señalar que "allanamiento no implica necesariamente confesión de los hechos afirmados por el demandante, sino que renuncia a continuar la contienda que de iure se considera como reconocimiento de que la pretensión del actor es fundada aunque de facto pueda responder a otros motivos.

⁵¹ PRIETO CASTRO. Exposición, Tomo I. p. 270.

⁵² Ibidem. p. 271.

⁵³ ALCALA ZAMORA. Ensayos, p. 444 y 445.

CAPITULO II

A. MARCO HISTORICO.

1. DIVORCIO EN GRECIA.

El matrimonio en Grecia fue siempre monógamo, señala Ahrens, pero era legalmente lícito el concubinato. Además, la abandonada educación de las mujeres y el sentido griego, condujeron a mirar con indulgencia, y aun a admitir en el trato a las cortesanas, muchas veces de gran cultura intelectual. En los tiempos homéricos, se realizaba el matrimonio todavía por una especie de compra; después mediante un contrato, a cuya celebración concurría la sanción religiosa. En Lacedemonia subsistió, para llevar a la mujer a la casa, la forma de raptó. Más tarde, llegó a estar en uso, como signo de un matrimonio legítimo y garantía para dificultar el divorcio, la dote, en la cual el marido no tenía más que el usufructo, debiendo afianzar con hipoteca... El divorcio podía tener lugar por parte del marido y por medio de la mera devolución o abandono de la mujer; pero ésta, si era abandonada sin razón, podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagasen los intereses y sus alimentos. También la mujer podía pedir el divorcio ante el arconta. El adulterio se castigaba (en Tenedos, con la muerte). El adúltero sorprendido infraganti podía ser muerto por el marido conforme a las leyes áticas.

Una ley de Solón, en Atenas, daba a la mujer como al marido el derecho de repudiar a su cónyuge, menciona Montesquieu, y esta ley fue tomada por los romanos para incluirla en las Doce Tablas. Herodoto cita el caso de dos reyes de Esparta que se vieron obligados a repudiar

a sus mujeres porque eran estériles; lo que autoriza a pensar que la esterilidad fue también entre los griegos una causal de repudiación. Concuerdan los autores en afirmar que como en la mayoría de los pueblos antiguos, el adulterio fue en Grecia otro motivo de divorcio, citándose al respecto una ley de Solón que castigaba al hombre que tenía relaciones ilícitas con mujer casada (muerte en caso de violencia, indemnización al marido, en otro caso), sin imponer al adúltero más pena "que la vergüenza de su propia deshonra", según la afirmación de Plutarco. Recuérdase que el sentido de la moral conyugal no fue demasiado riguroso en este pueblo, recogiénose la alusión de Plutarco, que refiere: "El marido espartano anciano, casado con mujer joven, si tenía entre sus amigos algún guerrero joven, gracioso y bueno, de quien se agradase, podía introducirle con su mujer y, mejorando de casta, hacer propio lo que así se procrease"¹.

Esta practica no debe resultar extraña si se conceptúa, a través de los antecedentes y de las versiones de la historia griega antigua, que la mujer legítima tenía una doble misión que realizar: proporcionar hijos a su cónyuge y mantener el fuego sagrado del hogar. Lo prueba acabadamente Demóstenes al afirmar como costumbre tener tres clases de mujeres: la cortesana para los placeres; la concubina para los cuidados diarios que nuestra salud exige, y la mujer legítima destinada a la procreación de los hijos legítimos, y a ser fiel guardiana de nuestra casa.

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IX, Buenos Aires, 1979, p. 41

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, en los Estados griegos sólo se considera adulterio el cometido por, o con mujer casada. El marido es libre de tener concubinas y trato con cortesanas, sin que se considere tal actuación constitutiva de adulterio, ni de simple censura. Pero no todo contacto sexual de casada con varón distinto de su marido, se considera adulterio. Hay, por imperativo de la necesidad de mantener el culto familiar, que perpetuar la especie, mediante sucesión legítima. Sólo los hijos de la mujer legítima son legítimos, capaces, mediante la iniciación, de mantener el culto de los antepasados. Por eso cuando el marido no es capaz de hacer concebir a la mujer, puede buscar auxiliares, estando la mujer obligada a recibirlos, sin que el hecho constituya adulterio.

Fustel de Coulanges ratifica el testimonio de Plutarco -antes mencionado- diciendo: "En el caso de que un matrimonio fuera estéril por culpa del marido, tampoco por eso debía dejar de constituirse la familia y un hermano o pariente del marido debía sustituirle, obligándose la mujer a entregarse a ese hombre. El hijo que naciera era considerado como del marido y continuaba su culto"².

Haciendo mérito de una afirmación de Plutarco, y otras de Xenofonte, cabe convenir que si en Atenas la situación no era muy brillante, en cuanto a virtud conyugal se refiere, en Esparta no había prácticamente adulterio. Según Aristóteles, las mujeres espartanas "eran las mas corrompidas de Grecia", razón por la que es fácil explicarse la arrogante contestación de los espartanos sobre el adulterio: "En Esparta no hay adulterio".

² Idem.

Atenas impuso a los adúlteros dos clases de sanciones: 1). Pecuniarias y 2). Infamantes. La autoridad del cónyuge masculino inocente era omnimoda y podía llegar fácilmente hasta el uxoricidio. El marido estaba obligado a repudiar a la adúltera, que pasaba a ser entregada como esposa legítima del cómplice. Según el testimonio de Thonisseh, en Atenas la ley autorizaba al marido a matar impunemente al amante de su mujer legítima y de la concubina mantenida para tener hijos libres, exigiéndole solamente la sorpresa del adulterio o de la deslealtad aunque no el arrebató, ya que sorprendidos los adúlteros, el marido podía proceder con toda calma y sin prisas. El mismo autor refiere la muerte dada por Ephileo fríamente a Eratóstenes, a despecho de sus súplicas y a la vista de sus amigos, sosteniendo que en tres casos no se consideraba justificada la muerte del adúltero: cuando el marido hubiera atraído al delincuente, cuando se cometiera el delito en una casa de prostitución, o cuando la mujer fuera prostituta conocida. El marido tenía derecho a ejecutar al amante de su esposa o concubina, sorprendido infraganti, tanto en el domicilio conyugal como fuera del mismo, salvo que fuese sorprendido en una casa de prostitución; y siempre que no concurrieran cualesquiera de las tres circunstancias anteriormente expuestas, pues en tal caso la muerte del adúltero se consideraba homicidio común.

Todos los textos que se refieren a la muerte del adúltero sorprendido en adulterio, hablan del amante, pero no de la mujer, por lo que muchos creen que solamente podía ejercerse el derecho contra el

hombre, aunque Alimena estima que era igualmente lícita la muerte de la adúltera.³

³ *Ibidem*, p. 41 y 42

2. DIVORCIO EN ROMA.

De interés especial para nuestra legislación es el conocimiento del derecho romano por ser su antecedente directo y remoto.

Desde los orígenes de Roma el divorcio fue conocido y regulado jurídicamente. Tenía lugar en diferente forma si el matrimonio había sido celebrado *cum manus* o *sine manus*, es decir, quedando la mujer bajo la potestad del marido en el primer caso, o libre de ella en el segundo.

En el matrimonio *cum manus*, el divorcio consistía en un derecho de repudio por parte del marido. Según Cicerón, este tipo de divorcio fue admitido desde la Ley de las Doce Tablas. En esta forma de matrimonio el repudio era un acto unilateral y exclusivo del marido, quedando el mismo con la única obligación de restituir la dote de la mujer.

Si el matrimonio había sido celebrado en forma solemne por medio de la *confarreatio*, se disolvía por la *disfarreatio* en la que se necesitaban también ciertas formalidades, como el hacer una ofrenda a Júpiter, dios tutelar del matrimonio, acompañada de expresiones verbales. El sacerdote podía negarse a officiar en la *disfarreatio* cuando no existe alguna de las causas de divorcio reconocidas por el derecho sacro.

El matrimonio celebrado por *coemptio* (compra de la mujer), se disolvía por la *remancipatio*, otra especie de venta a semejanza de una *manumissium*, forma de salir de la esclavitud.

La *remancipatio* de la mujer casada equivalía a la emancipación de la hija, era realmente un repudio.

En el matrimonio celebrado *sine manus* el derecho de disolver el vínculo era recíproco y asumía a su vez dos formas: el divorcio *bona gratia* que no requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el

mutuo consentimiento, llamado también *divortium comuni consensu*. Requería únicamente darle carácter de seriedad y notoriedad a la intención de divorciarse a través de una declaración expresa; actualmente es el llamado divorcio voluntario. La segunda forma era el repudio sin causa *repudium sine nulla causa* por la sola voluntad de cualquiera de los esposos y sin la intervención del magistrado o sacerdote y sin necesitarse el consentimiento de la otra parte. Las consecuencias de la repudiación eran un tanto semejantes, para ambos consortes. La mujer que repudiaba perdía su dote y las donaciones matrimoniales. Si era el marido perdía el derecho a la dote y las donaciones, y cuando éstas no existían tenía que darle a la mujer la cuarta parte de su patrimonio. Es evidente que los orígenes del derecho romano, prevalecen aun hasta la actualidad, en nuestro derecho, ya que, preponderantemente la voluntad de los cónyuges continua considerándose como una forma de divorcio en nuestro país, subsistiendo también el que llamaban de repudiación, sólo que ahora, lo conocemos como divorcio necesario⁴.

Bajo el imperio de Augusto se promulgo la "Ley Julia de Adulteris", que exigía la notificación de la voluntad ante siete testigos mediante un acta *libellus repudii*, o por medio de palabras, bastando decir *tua res tibi habeto* o sea, "ten para ti tus cosas".

A fines de la República y bajo la época del Imperio, la de mayor esplendor y extensión del poder romano, advino el relajamiento de las costumbres, otrora severas, de los patricios. El divorcio proliferó en forma alarmante y coadyuvó, al disolver la sólida unidad familiar primitiva

⁴ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I., p. 356 y 368.

romana, a la decadencia del Imperio y a su posterior caída en manos de los bárbaros.

Bajo el Imperio de Justiniano, se reconocían cuatro tipos de divorcio: 1) el mutuo consentimiento, suprimido posteriormente; 2) a petición de un cónyuge invocando una causa legal; 3) la voluntad unilateral y sin causa legal con sanción para el cónyuge demandante, y 4) el *bona gratia* que se fundaba en la impotencia, la cautividad prolongada o el voto de castidad.

Las causas de divorcio eran para el hombre las siguientes. A) que la mujer hubiera encubierto algún crimen contra la seguridad del estado; b) Adulterio probado de la mujer; c) Atentado contra la vida del marido; d) Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos; e) Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo, y f) Asistencia de la mujer a espectáculos públicos (banquetes o circo) sin permiso del marido.

Las causales para la mujer: a) La falta de traición oculta del marido; b) Atentado contra la vida de la mujer; c) Tentativa de prostituirla; d) Falsa acusación del adulterio; e) Locura, y f) Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella en el mismo pueblo.

El siguiente emperador Justino, tuvo que restablecer el divorcio por mutuo consentimiento por exigirlo así la opinión pública, ya que esta forma se encontraba arraigada profundamente en el espíritu del pueblo romano.

A partir de Constantino, en el siglo III en que empezó a difundirse el cristianismo, el divorcio se hizo más difícil, aunque no fue suprimido. El cónyuge que repudiaba tenía que precisar las causas legítimas de

repudiación. Con posterioridad, en distintas constituciones imperiales se publicaron diversas penas contra el autor de alguna repudiación sin causa legítima, o contra el esposo culpable⁵.

Para concluir, debemos señalar que las formas de divorcio romano son cuatro: 1ª. Por mutuo consentimiento: permitido primero, lo prohíbe Justiniano y lo restablece Justino; 2ª. Bona gratia (que no contempla sanciones): tiene lugar por impotencia, elección de la vida monacal o cautiverio; 3ª. Repudio o divorcio unilateral: es lícito si hay justa causa, y da lugar a la imposición de sanciones al culpable; 4ª. Repudio sin causa: es válido pero motiva la imposición de sanciones al repudiante.

Como podemos apreciar el divorcio en el derecho romano, los orígenes de éste, han dado pauta a la existencia de los tipos y formas de divorcio que actualmente conocemos, cambiándose únicamente la terminología romana y ajustándose las causas a la época actual, pero guardándose esencialmente sus efectos jurídicos.

⁵ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, 1987, p. 205 y ss.

3. DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO

Tiene como característica la indisolubilidad del matrimonio, por considerarlo un sacramento perpetuo. Al respecto el canon 1118 declara: "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte".

Establece solamente ciertas formas de disolver el vínculo matrimonial: el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados. Con respecto al primero, el canon 119 señala. "El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por la disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga"⁶.

La segunda forma de disolver el matrimonio consiste en el llamado privilegio paulino, expresado en el canon 112.

a. El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio paulino.

b. Este privilegio no tiene aplicación en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte bautizada y otra que no lo está".

De acuerdo con los cánones 1121, 1123, 1124 y 1126, el cónyuge convertido y bautizado puede contraer un nuevo matrimonio válido.

⁶ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. p. 207.

Aparte de las dos causas señaladas que permiten la disolución del vínculo matrimonial y otorgan libertad a los excónyuges de contraer nuevo matrimonio, el derecho canónico regula el llamado divorcio-separación. Consiste el mismo en la separación de lecho, mesa y habitación con persistencia del vínculo. Las causas para pedir la separación son varias, entre ellas el adulterio (canon 1129), el separarse el cónyuge de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia, y la sevicia (canon 1131).

La influencia del derecho canónico fue evidente en Europa medieval. Pese a ello, persistió el divorcio vincular sobre todo en los países de influencia de derecho germánico por lo arraigado de su uso. Fue hasta el Concilio de Trento (1545-1563) cuando se elevó el matrimonio a la categoría de sacramento, que se prohibió totalmente el divorcio vincular, salvo las dos únicas excepciones ya señaladas del matrimonio no consumado y del privilegio Paulino⁷.

⁷ Ibidem, p. 208.

4. DIVORCIO EN EL CODIGO FRANCES O NAPOLEON

Planiol advertía que en la ley francesa original es decir la Ley de 1792, se consignaban siete causales de divorcio, y que estas se habían reducido a tres en el Código Civil de 1804 ó Código Napoleón, nosotros encontramos que en el mismo cuadro esquemático que él formula, resulta que las causales que existían en la Ley de 1792 eran ocho, a saber: mala conducta notoria; abandono durante dos años, sevicias, injurias graves, condenas criminales, locura, estado de ausencia durante cinco años y emigración en los casos prohibidos; incompatibilidad de caracteres. A la vez, en el Código Napoleón y en la ley de 1884 se daban cuatro causales y no tres: adulterio, excesos y sevicias, injurias graves y condenas criminales. En la resta que practicó éste último Ordenamiento, se aprecio que la causal de divorcio fundada en la emigración solamente se justificaba por las circunstancias excepcionales de la época y la incompatibilidad de caracteres -que podía ser invocada por uno de los esposos- era unánimemente reprobada, pues permitía la disolución del vínculo cuando uno solo de los esposos la solicitaba; calificándosele como una fuente indeterminada de divorcios.

Igualmente se suprimió el abandono voluntario, al cual también se le denominó malicioso; pero la jurisprudencia francesa lo restableció considerándolo como una injuria grave.

La materia de la locura que en algunas legislaciones requiere que sea incurable y que dure varios años fue suprimida; pensando que en esos casos debe prevalecer el deber de asistencia que se deben los cónyuges. Con esa inspiración también fue derogada como causal.

Por último, la supresión de la ausencia se inspiró en una apreciación más acertada de la función jurídica que ella tiene a su alcance. Para esto deben de tomarse diversas alternativas, a saber: si la desaparición de una persona, - como la falta de certeza sobre su existencia - puede entenderse como una conducta voluntaria, entonces debe apreciarse como abandono o como injuria grave y, por ella, decretarse el divorcio. Por el contrario, si la unión sólo podía disolverse por la muerte y la ausencia; culmina con la presunción de ella, entonces resultaba que se abra la sucesión, que se entreguen los bienes; pero que la presunta viuda tenga que divorciarse.

El Código Civil francés hizo reaparecer en su redacción definitiva el divorcio por mutuo consentimiento; apreciándose en él la fuerte influencia que en su favor había ejercido el Primer Cónsul; adivinándose -en el primer examen de las actas oficiales de la comisión- su imperiosa voluntad, probablemente inspirada en su interés personal, que anticipaba la formula para poder divorciarse de Josefina Beauharnais, ya que no le daba el heredero que necesitaba para sus "sueños de Imperio". No obstante lo anterior, ese mutuo consentimiento no era como el "divortium bona gratia" de los romanos, pues se le había rodeado de formalidades que lo obstaculizaba. Se requería que los divorciantes perseveraran en su idea de divorciarse durante un año, y obtener el consentimiento de una especie de tribunal de familia y una vez que se decretaba la disolución se transmitía a los hijos, en nuda propiedad, la mitad de los bienes de cada cónyuge; constituyéndose -además- un impedimento para un nuevo matrimonio durante los tres años siguientes. Por último, cabe apreciar que esta fórmula no es en realidad un divorcio sin causa; pero la verdad es que la misma no se presenta al Tribunal, de

manera que no existe necesidad de que este conozca las motivaciones que lo determinaron.

El Código Napoleón restableció la separación de cuerpos para aquellos esposos a quienes sus convicciones religiosas prohibieran gestionar los trámites del divorcio. Dicha separación podía invocarse en razón de las mismas causales del divorcio. No obstante lo anterior, no estaba autorizada la separación por mutuo consentimiento⁸.

⁸ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil Tomo III, Derecho de Familia, 1988, p. 367 y 368.

5. EL DIVORCIO EN MEXICO.

a. Código Civil de 1870.

Nuestro sistema positivo, en el Código de 1870 en su propia Exposición de Motivos, anticipa que el Capítulo V trata del divorcio; pero propiamente de su relajación y no de aquel que disuelve el vínculo del matrimonio, -insistiendo en que el mismo es indisoluble- sino en cuanto a la exclusiva y limitada separación de los cónyuges. Agrega esa parte expositiva que de las seis causales sobre las que se ha legislado, cuatro de ellas constituyen delitos, a saber: el adulterio; la propuesta del marido para prostituir a la mujer; el conato de alguno de ellos para corromper a los hijos; y la calumnia. Las dos causales restantes reconocen a la sevicia (malos tratos) que como la misma Comisión aclara "casi siempre es adulterio" aún cuando no siempre llega a ese extremo y el abandono del domicilio conyugal; agregando que todas ellas son justas causas del divorcio, ya que además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza, y hacen sumamente difícil la unión conyugal.

El artículo 239 de dicho ordenamiento, a la letra disponía:

El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende solo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código.

El artículo subsecuente, 240 del primero de los Códigos Civiles del siglo pasado, preceptua las siguientes siete causales como legítimas para fundar el divorcio:

1ª El adulterio de uno de los cónyuges;

2ª La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;

3ª La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

4ª El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción;

5ª El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años;

6ª La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél;

7ª La acusación falsa hecha por su cónyuge al otro⁹.

Dentro de ese sistema, la primera de las causales antes catalogadas presenta singulares circunstancias, pues por una parte, el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; pero reserva esa declaración para el evento de que el que intenta el divorcio por esa causal, esté convencido de haber cometido igual delito, o de haber inducido al adulterio al que lo cometió. Sin embargo, deja a la facultad discrecional del juez el conceder la separación, si lo cree conveniente, atendidas las circunstancias del caso. (Artículo 241 y 245 de esa Ley). En cambio, la misma conducta del marido queda sujeta a cuatro circunstancias concurrentes: 1ª Que el adulterio haya sido cometido en la casa común; 2ª Que haya habido concubinato entre los adúlteros,

⁹ DUBLAN. Manuel y Lozano José María. Legislación Mexicana, Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República, Tomo XI. 1879, p. 218.

dentro o fuera de la casa conyugal; (obviamente el legislador de entonces confundió la naturaleza de aquella unión, calificada en Roma como inferior, caracterizándolo el que los participantes deben ser personas libres de vínculo conyugal). 3ª que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; y 4ª Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra; o que por su causa se haya maltratado de alguno de estos modos a la mujer legítima.

Es evidente que el legislador del siglo pasado establecía en principio, una sanción de mayor relieve a la mujer que había sido infiel y no obstante que desde el punto de vista moral -a primera vista- la diferencia aparentemente es injusta, -puesto que la falta es idéntica en ambos casos -se apreciaba que bajo el aspecto social era menos grave la conducta del marido, puesto que la mujer -al tomar el riesgo de esa conducta- llevaba implícita la posibilidad de introducir al hogar familiar a un hijo que no fuere del marido, que consecuentemente iba a usurpar derechos legítimos; advirtiendo que la Comisión redactora que "Hay sin duda mayor inmoralidad en el adulterio de la mujer, mayor abuso de confianza, más notable escándalo y peores ejemplos para la familia, cuyo hogar queda para siempre deshonorado.

Independientemente del resto de las causales que forman parte del catálogo que hemos transcrito -del artículo 240 ya señalado- se reconoce la fórmula del llamado divorcio voluntario o por mutuo consentimiento; pero limitado al lecho y a la habitación; con la subsistencia del resto de las obligaciones personales que resultan de la unión conyugal, aún la personalísima de la fidelidad; pero con la singular modalidad consistente en que la separación así obtenida, no puede durar más de tres años, aún cuando dicho plazo podrá prorrogarse hasta

por el mismo término, previa substanciación de nuevo y diverso procedimiento judicial.

En esta materia, el legislador de 1870 tuvo presente la posible horrible situación de los cónyuges que ya no pueden vivir juntos, con la implícita triste verdad de que nada hay peor que un matrimonio en desacuerdo. A este respecto, analiza la Comisión que cuando ese desacuerdo llega al extremo de hacer conveniente la separación, ella es casi siempre resultado de alguna de las diversas causas que justifican el divorcio. Más en algunas ocasiones, -como ya lo advertimos- al apreciar que sería vergonzoso externar revelaciones muy íntimas, entonces se apela al divorcio voluntario, como remedio a sus males y como fórmula que les evita esa afrenta; envolviendo en el misterio los secretos de la familia y no deja en el corazón de los hijos, la huella de las humillaciones. A este procedimiento no se le califica como un bien, sino como un mal mucho menor.

Dentro de las reglas singulares que participan de las fórmulas que venimos exponiendo, destaca el texto del artículo 247 del mismo Código Civil que disponía:

“El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad”.

Igualmente tiene significación el que en el procedimiento convencional, las partes estaban obligadas a pactar en escritura, tanto la situación de los hijos como la administración de los bienes durante el tiempo de la separación; sujetándose este convenio a la aprobación judicial.

No podía solicitarse la separación sino en los casos en que ya hubieren pasado dos años desde la celebración del matrimonio y citando a los pretendientes para la celebración de una junta en la que el juez trataría de restablecer entre ellos la concordia. Si no lo lograra, volverá a citarlos para el mismo propósito, pero hasta después de tres meses, después de los cuales el juez podrá decretar la separación. Al hacerlo, deberá también aprobar el convenio en materia de bienes. Esta separación no podrá exceder de tres años; pero si los consortes insisten en ella, el juez procederá a duplicar todos los plazos.

El artículo 261 del mismo Ordenamiento disponía que la demencia, la enfermedad declarada contagiosa o cualquier otra calamidad semejante de uno de los cónyuges, no autoriza el divorcio; pero el juez con conocimiento de causa, y sólo a instancia de uno de los consortes, puede suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos la obligación de cohabitar; quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge desgraciado.

El último de los aspectos interesantes que reglamentaba el primero de los Códigos del siglo pasado, encontramos que en todo juicio de divorcio, las audiencias eran secretas y en ellas intervenía el Ministerio Público como parte. (Artículo 278)¹⁰.

b. Código Civil de 1884.

El Código de 1884 siguió la misma definición que había reconocido el Ordenamiento que le había precedido; declarando la no disolución del

¹⁰ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. p. 369 y ss.

vínculo conyugal y la suspensión de algunas de las obligaciones civiles que le corresponden a los cónyuges; pero amplió a catorce el catálogo de causales; apareciendo trece de ellas en su artículo 227 y la complementaria en el artículo 230.

En efecto, en el primero de esos preceptos, se señala el siguiente catálogo:

Son causas legítimas de divorcio:

I. El adulterio de uno de los cónyuges.

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

III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

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

V. El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción.

VI. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa o aún cuando sea con justa causa, si siendo esta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio. (El Código de 1870 exigía que el abandono se prolongara por más de dos años).

VII. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro.

VIII. La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro.

(Las cinco causales subsiguientes son nuevas en este ordenamiento):

IX. La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley.

X. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

XI. Una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

XII. La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

XIII. El mutuo consentimiento¹¹.

La inclusión de la fracción XIII es novedosa, por cuanto que aún cuando en el Código de 1870 existía la fórmula, esta no se enumeraba en el catálogo, sino que era motivo de una disposición específica, como lo era el artículo 246.

El artículo 230 reconoce la décima cuarta causal, consistente en que:

“Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio; pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido”.

¹¹ DUBLAN, Manuel y Lozano José María. Op. Cit. p. 334.

Este precepto se encontraba vigente en el texto del Código de 1870, en el que tenía el número 244, y es el que nosotros llamamos "divorcio fallido".

En la substanciación del divorcio voluntario, este Ordenamiento al que ahora venimos refiriéndonos, reduce a un mes el término de tres meses que había establecido el Código Civil de 1870 para la celebración de la segunda junta en la que debería de procurar restablecer la concordia entre los cónyuges. A la vez, suprime el segundo término de tres meses para decretar la separación. Igualmente el artículo 235 preceptúa que la sentencia que apruebe la separación fijará el plazo que esta deba durar conforme al convenio de las partes¹².

c. Ley de Divorcio vincular de 29 de diciembre de 1914

La Ley de 1914 ya no hace una enumeración de causas, y de acuerdo con su exposición de motivos, se ve el propósito evidente de terminar con los matrimonios desavenidos. Al efecto, su artículo primero dispuso: "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

En esta forma tan amplia en que la ley de 1914 reconoció el divorcio vincular necesario, se comprendían dentro de la primera serie

¹² MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. p. 334

de causas, es decir, las que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, las siguientes: a). Impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie; b). Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias, y c). Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no podían cumplir los fines matrimoniales.

En la segunda serie de causas, podían considerarse a su vez, las siguientes: a). Faltas graves de algunos de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal. Es decir, se incluían los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas, que arrojaran una mancha irreparable; b). Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de la tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos; y c). El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos¹³.

d. Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

La Ley sobre Relaciones Familiares, expedida en el Palacio Nacional de la ciudad de México, a los 9 días del mes de abril de 1917, en su Considerando Único se limita a exponer en esta materia que "sólo tendrá que añadirse a los considerandos de la ley respectiva que, a fin de que esta no sirva para eludir las disposiciones legales de los diversos

¹³ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I. Introducción, personas y familia p. 376.

Estados de la República, o de algún país extranjero, se ha prevenido que no se podrá promover divorcio ante los Jueces de Distrito y Territorios Federales, si los que lo solicitan no tienen cuando menos un año de domiciliados en la jurisdicción del juez correspondiente”.

El artículo 75 de esta Ley dispuso:

“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

El catalogo de causales que enumera el artículo 76 de ese cuerpo preceptivo, incluye doce; pero como todas las leyes que le antecedieron, agrega el llamado “divorcio o nulidad de matrimonio fallido” en su artículo 79. Sin embargo, cabe agregar que reduce el término de tres años a un año, -a partir de la celebración del matrimonio- para que los cónyuges puedan solicitar el divorcio por mutuo consentimiento; reiterándose en su fase procedimental, la celebración de tres juntas, con el propósito de restablecer la concordia y cerciorarse de la completa libertad (como lo disponían las leyes anteriores) de los pretendientes del divorcio¹⁴.

e. Código Civil de 1928.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente desde el 2 de octubre de 1932, con sus múltiples reformas y adiciones, regula el divorcio en los artículos 266 a 291.

Permite este ordenamiento tanto el divorcio vincular como la simple separación judicial con persistencia del vínculo. En cuanto al divorcio vincular se divide el mismo en dos clases: el necesario y el

¹⁴ MAGALLON IBARRA, Jorge. Op. Cit. p. 376 y 377.

voluntario. El primero puede ser pedido por un sólo cónyuge en base a causa específicamente señalada por la ley (art. 267 fracciones I a XVI; XVIII, XIX, XX y 268). El divorcio voluntario es el solicitado por mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Este segundo presenta a su vez dos aspectos que dependen de las circunstancias en que se encuentren en cada caso los esposos. Estas dos formas diferentes que asume el divorcio voluntario son el judicial y el administrativo. El judicial ante un juez de lo familiar y el administrativo ante un juez del Registro Civil.

1). Divorcio Separación. Divorcio no vincular.

Consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Persisten en esta situación los demás deberes derivados del matrimonio tales como fidelidad, los alimentos, etc.

Como consecuencia de la extinción del deber de cohabitación, termina también la figura del domicilio conyugal. Cada cónyuge tiene derecho de señalar su propio domicilio voluntario.

a). Causas de Divorcio Separación.

En el Código Civil vigente puede demandarse la separación judicial basado únicamente en dos causales señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 267, que a la letra dicen:

Art. 267, F. .VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

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

Estas dos fracciones, conocidas en la doctrina como "causas eugenésicas", otorgan la opción a uno de los cónyuges de pedir el divorcio vincular o solamente la separación judicial, de acuerdo con el texto del artículo 277 que señala:

El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

El legislador estableció estas causales con sus consecuencias disyuntivas de divorcio o simple separación tomando en cuenta dos factores primordiales: 1º. Que la convivencia de los cónyuges en las circunstancias de enfermedad descritas puede ser nociva y hasta peligrosa para el esposo sano y para los hijos, y 2º los posibles sentimientos religiosos o afectivos del cónyuge sano y la ausencia de culpa en el que da la causa. No se quiere romper el vínculo, sino sólo suspender la convivencia sin incurrir el que quiere separarse en la causal de divorcio señalada en las fracciones VIII y IX que hablan de la "separación de la casa conyugal". Al extinguirse el domicilio conyugal no puede haber separación del mismo, justificada ni injustificada.

El divorcio separación no puede pedirse por mutuo consentimiento ni por ninguna otra causal distinta de las dos transcritas anteriormente.

2). Divorcio vincular.

Es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio y establecidas expresamente en la ley.

El Código no define el divorcio. Se limita a expresar sus efectos en el artículo 266: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En el artículo 267, se señalan las causas de divorcio en sus veinte fracciones, excepto la diecisiete que se refiere al mutuo consentimiento. Las restantes del artículo 267 y el art. 268 enumeran las causas de divorcio contencioso o necesario¹⁵.

a). Divorcio Voluntario de tipo administrativo

Es el solicitado por mutuo acuerdo ante el juez del Registro Civil del domicilio conyugal, por los cónyuges que reúnan los requisitos señalados en el artículo 272 del Código Civil y que son los siguientes: 1º que los cónyuges convengan en divorciarse; 2º que ambos sean mayores de edad; 3º que no tengan hijos de ambos; 4º que hayan liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen estaban casados, y 5º que tengan más de un año de matrimonio (art. 274). Si cumplen estos requisitos pueden concurrir al Registro Civil de su domicilio, personalmente, con las copias de las actas certificadas respectivas en que conste que son casados y mayores de edad. El juez previa identificación de los consortes (se acostumbra acompañarse con testigos de identificación), levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio; citará a los cónyuges para que se presenten a

¹⁵ Cfr. MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. p. 218 y ss.

ratificarla a los quince días. Si los cónyuges realizan la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarara divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta de matrimonio anterior. Si los consortes no reúnen los requisitos señalados, el divorcio no producirá efectos. El Código Civil añade que, entonces, los cónyuges sufrirán las penas que establezca el código de la materia, que es en este caso el Código Penal, y la materia respectiva será la correspondiente al delito de falsedad en declaraciones ante autoridad pública¹⁶.

b). Divorcio Voluntario de tipo Judicial

Cuando los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo consentimiento tienen hijos, o son menores de edad, tienen que recurrir al juez de lo familiar de su domicilio, para solicitar el divorcio. Con la solicitud de divorcio debe adjuntarse un convenio en que se fijen los siguientes cinco puntos: 1º la persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. La persona designada puede ser uno de los cónyuges; 2º el modo de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento, como después; 3º el domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento; 4º los alimentos que un cónyuge dará al otro, su forma de pago y su garantía, o que no habrá obligación de alimentos de ninguno hacia el otro (por la ley la mujer tiene derecho a alimentos por un tiempo igual al que duro el matrimonio, si estuvo únicamente ocupada de las labores del hogar y no tiene bienes propios), y 5º la forma de administrar la sociedad conyugal durante el

¹⁶ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. 1997, p. 1190

procedimiento y la de liquidación de la misma al ejecutoriarse el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad. Deben comprobar además, que llevan más de un año de casados, lo que se prueba con la presentación del acta de matrimonio, pues antes de ese término no puede pedirse el divorcio por mutuo consentimiento.

El procedimiento de divorcio voluntario judicial lo regula el Código de Procedimientos Civiles vigente, en los artículos 674 a 682. Los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo consentimiento deben acudir al juez de lo familiar de su domicilio presentando el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil. Deben adjuntar una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de sus hijos menores. Recibida la solicitud, el tribunal cita a los cónyuges y al Ministerio Público a una primera junta de aveniencia, después de los ocho días y antes de los quince de admitida la solicitud. El juez debe intentar conciliar a los cónyuges. Si no lo logra, aprobará provisionalmente el convenio, oyendo previamente el parecer del agente del Ministerio Público. Dictara también el juez todas las medidas provisionales señaladas en el artículo 282 del Código Civil, y que consisten en: 1ª proceder a la separación provisional de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles; 2ª señalar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos; 3ª las que estime convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal; 4ª dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta, y 5ª poner a los

hijos al cuidado de la persona que, de común acuerdo, hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. Si insistiesen los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada. En la misma el juez volverá a exhortar a la reconciliación de los cónyuges. Si ésta no se logra, y en el convenio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores e incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia de divorcio y decidirá sobre el convenio presentado. Los cónyuges pueden hacerse representar por procurador, excepto en las juntas de aveniencia en que se requiere su comparecencia personal. El cónyuge menor de edad, al igual que en el divorcio necesario, requiere de un tutor especial durante todo el trámite del divorcio voluntario. En cualquier caso en que los cónyuges dejaran pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente. Asimismo, la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre si aún no hubiera sentencia ejecutoriada. En este caso, no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde la reconciliación (art. 276 CC).

La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio (tanto al necesario como al de mutuo consentimiento). En estas circunstancias los herederos del fallecido tienen los mismos derechos y

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

obligaciones que tendrían si no hubiere existido juicio de divorcio (art. 290)¹⁷.

c). Divorcio Contencioso o Necesario.

Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley.

El Código Civil para el Distrito Federal es actualmente uno de los más casuísticos del mundo. Enumera actualmente veintiuna causas de divorcio.

Las causas de divorcio son de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni aplicarse por analogía ni por mayoría de razón, según tesis sentada por la Suprema Corte¹⁸.

A este tipo de divorcio nos habremos de referir en el próximo capítulo, al estudiar sus causas y procedimientos, por lo que dejamos para esa parte las referencias necesarias.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 1190 y 1191.

¹⁸ MONTERO DUHALT, Sara. *Op. Cit.* p. 122 y 123

CAPITULO III.

A. MARCO LEGAL Y COMPARATIVO.

1. DIVORCIO NECESARIO EN EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO.

Como ya lo mencionamos anteriormente es la Disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley.

Por su parte el artículo 252 del Código Civil del Estado de México se refiere expresamente al divorcio en los siguientes términos:

“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

a. Causas de Divorcio Necesario (Análisis).

Las causales de divorcio necesario se encuentran reguladas por el artículo 253 del Código Civil del Estado de México, mismo que contiene dieciocho causales de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón, según tesis sentada por la Suprema Corte¹.

¹ Cfr. Amparo Directo 1271/959. María Concepción Taboada de Olvera. Unanimidad de 4 votos. Sexta Epoca, Vol. XXXIII, Cuarta Parte, p. 145.

Es decir, las causas son de aplicación restrictiva y también en este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que, "siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez lo es de la sociedad, el Estado, preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados en la ley. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aquél sólo por las causas específicamente enumeradas en la ley" ²

Art. 253 Código Civil: Son causas de Divorcio Necesario:

I. *"El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges"*.

Se entiende por adulterio en su acepción gramatical "el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados", "violación de la fe conyugal".

El adulterio en nuestro derecho asume dos formas diferentes: como causa de divorcio y como delito. Un cónyuge puede demandar al otro por adulterio como simple causa de divorcio, o puede optar por la vía penal para acusarlo de delito cuando el mismo se ha configurado en su forma típica, o sea, cometer el adulterio en la casa conyugal o con escándalo.

En el primer caso, probado el adulterio, el cónyuge demandante obtendrá sentencia de divorcio a su favor. En el segundo, probado el delito, el culpable será condenado a la sanción penal respectiva y el

² Amparo Directo 3536. Emigdio Torres Ulrich. 26 de enero de 1956, mayoría de votos. Ponente: el señor Mtro. García Rojas. Srio. Lic. Raúl Ortiz Urquidí. 3°. Sala Boletín 1956, pág. 90 Ediciones Mayo Civil No. 920, p. 418

cónyuge demandante tendrá a su favor sentencia como prueba plena para obtener el divorcio, si opta por las dos consecuencias.

Es cierto que probar el adulterio, es muy difícil, sin embargo, en la práctica, existe una prueba contundente, para acreditar la existencia del adulterio y esta es, que el cónyuge ofendido exhiba una copia certificada del acta de nacimiento de un menor que haya sido concebido por su cónyuge con otra persona y que tal circunstancia conste en la misma; dicho documento resulta ser una prueba más que evidente e incuestionable para el juzgador, ya que para haber concebido a ese menor, tuvo necesariamente que haber ayuntamiento carnal y consecuentemente haber cometido adulterio, por lo que, con lo anterior el Juez no puede dudar de la procedencia de la causal invocada por el demandante³.

En este caso, el cónyuge que tiene la causa debe interponer la demanda dentro de los seis meses siguientes contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio (art. 254).

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

Esta causa implica una conducta desleal de la mujer hacia su prometido al no confesarle su estado de gravidez antes de contraer matrimonio, y por consiguiente, querer atribuirle una falsa paternidad.

La Ley pide para que opere esta causal que el hijo sea declarado ilegítimo. Están relacionados con esta causal los arts. 307 fracción I,

³ Cfr. PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México, sexta edición. 1991, p. 63 y ss.

308, 309, 316 fracción I, y 341 relativos a las normas que regulan la paternidad y filiación.

III. *"La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer"*.

Implica esta causal una conducta inmoral, humillante, y en ciertos casos delictiva. Se puede configurar el delito de lenocinio si se prueba que el marido recibió dinero o cualquiera otra retribución por prostituir o permitir la prostitución de su mujer.

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

Contempla esta fracción una conducta inmoral del que quiere provocar un delito en el otro y totalmente lesivo para éste. La conducta señalada por esta fracción, puede constituir un delito, cuya descripción se encuentra en el artículo 218 del Código Penal para el Estado de México.

Asimismo esta causal no requiere para actualizarse que la provocación se haga públicamente.

La incitación para cometer un delito puede tomar dentro del matrimonio innumerables formas, puede ser de palabra, por escrito y hasta por medio de ciertos actos de desprecio, con los que de una manera u otra se lleva a la provocación.

Puede emplearse también la violencia física o la moral a través de amenazas. En ambos casos se esta cometiendo también otro tipo de delito y el cónyuge ofendido podría tener más de una causal acumulada.

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

Se completa esta causal con lo que expresa el artículo 255 en el sentido de que los hijos pueden ser de ambos o de uno sólo de ellos, añadiendo que *“la tolerancia en la corrupción... debe constituir en actos positivos, y no en simples omisiones”*. Creemos que la expresión de que la tolerancia debe consistir en actos positivos no se compagina con el sentido gramatical y usual de la palabra tolerar: *“sufrir, llevar con paciencia, disimular algunas cosas que no son lícitas, soportar, llevar, aguantar”*, que significa todo ello conducta de inactividad. La tolerancia, bien visto, significa un no hacer. No puede darse, por lo tanto, la tolerancia en actos positivos.

Puede configurarse mediante esta causal la comisión del delito de corrupción señalado en el artículo 210 del Código Penal para el Estado de México, en relación con el 211 también del citado código.

El vocablo corrupción tiene un sentido tan amplio que caven dentro de él toda clase de conductas inmorales y de miserias humanas como son entre otras: la embriaguez, la farmaco-dependencia, la mendicidad, el robo, o la comisión de cualquier delito.

Si los actos inmorales se cometen en hijos mayores de edad, no se configura el delito de corrupción, pero sí, la causal de divorcio.

Para que la causal exista es necesario que los cónyuges ejecuten actos inmorales tendientes a corromper a sus hijos o que permitan que estos actos los ejecute un tercero con su expresa o tácita condescendencia. No configura la causal la conducta tolerante o débil de los padres con respecto a los hijos que observen conductas corruptas.

Los jueces gozan de un amplio arbitrio para distinguir entre la conducta verdaderamente inmoral de un padre, o en la simple debilidad o falta de carácter que les impide intervenir o los lleva a perdonar las conductas indebidas de sus hijos.

La ley no exige que la tolerancia de los padres sea interesada o produzca la explotación de las malas costumbres de sus hijos. Basta que la corrupción sea provocada o tolerada por los padres para que se configure la causal de divorcio.

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

VII. *"Padecer enajenación mental incurable"*.

Configuran estas dos fracciones las llamadas por la doctrina causas eugenésicas o causas remedio.

El cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular o por la separación de cuerpos.

La fracción VI nombra dos enfermedades, la sífilis y la tuberculosis que en la época de la redacción del Código (1956), eran terribles por contagiosas, crónicas, incurables y hereditarias. Con los avances de la medicina moderna, ambas son perfectas y prontamente curables si se detectan en sus primeras etapas.

Se consideran estas causas como de tracto sucesivo, por ello no funciona el término de caducidad de seis meses que exige la ley en las causales que se dan en un hecho determinado en el tiempo. El problema consiste en saber si el cónyuge sano puede pedir el divorcio en las primeras etapas de estas enfermedades. La respuesta lógica sería no,

pues en esas previas etapas la mayor parte de las enfermedades no reúnen las características pedidas por la ley: crónica o incurable que sea al mismo tiempo contagiosa o hereditaria.

Cuando estas condiciones se dan en un sujeto, antes de contraer matrimonio, se consideran impedimentos para su celebración. Si se realiza el matrimonio mediando impedimentos, el cónyuge sano tiene a su favor la acción de nulidad que debe pedir dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio (art. 232). Si se deja pasar ese término de caducidad, la acción que corresponde es la de divorcio basada en la fracción VI del artículo 253 que se está analizando.

Incluye esta causa, "la impotencia incurable que sobrevenga después del matrimonio". La impotencia es también un impedimento para contraer matrimonio (art. 142 F. VIII). Podrá pedirse nulidad por esta causa, pero dentro del termino de caducidad señalado en el párrafo precedente: sesenta días.

El tratamiento jurídico que se le da a esta particular causa de divorcio "la impotencia incurable", que es a su vez impedimento para casarse, puede presentar graves problemas en la practica si se aplica rigurosamente la interpretación literal. Si se contrae matrimonio con este impedimento se puede pedir la nulidad dentro de los sesenta días siguientes a la realización del matrimonio. Es muy difícil suponer que en tan corto tiempo pueda determinarse que la impotencia sea incurable. Lo más probable es que no se pida la nulidad y se deje correr el término de caducidad. En este caso ya no se tendría, como en las demás enfermedades, causa de divorcio, pues como tal se necesita que la impotencia sea "sobrevenida después de celebrado el matrimonio", y en

el supuesto que analizamos la impotencia existía de origen, antes de contraer matrimonio.

Un segundo problema con respecto a esta cuestión es determinar si la impotencia sobrevenida después de celebrado el mismo, puede actuar en cualquier momento del matrimonio. Es decir, ¿la impotencia natural derivada de la edad avanzada puede constituir causa de divorcio?

Para aplicar esta causal se requiere una interpretación sistemática del texto legal. El legislador la colocó en la misma fracción de las enfermedades; habrá que considerarla como tal y no como una manifestación natural derivada de la edad avanzada.

En cuanto a la frac. VII que se refiere a la enajenación mental incurable, la causal contenida en esta fracción se complementa con el artículo 256, que señala el plazo de dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad para que se de esa peculiar causa de divorcio. En estas condiciones, el cónyuge sano tiene dos opciones: pedir el divorcio basado en esta causal, o solicitar simplemente el divorcio-separación sin extinguir el vínculo matrimonial (art. 261 del Código Civil). Si opta por el divorcio vincular, podrá pedir la separación judicial provisional mientras transcurren los dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad su cónyuge y durante el procedimiento de divorcio, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 259 y 266 del Código Civil.

Las causas eugenésicas las estableció el legislador en razón del interés privado del cónyuge sano, y en vista del interés superior de la salud pública en cuanto a procurar una descendencia sana y sin taras.

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

Esta significa el incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio a uno de los cónyuges: vivir juntos en el domicilio conyugal.

No importa que el cónyuge que deja la casa sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes de sostenimiento del hogar.

El Código no habla de abandono de un cónyuge por el otro, sino únicamente de separación de la casa conyugal.

Si además del abandono físico de la casa conyugal, se incumple el deber de alimentos y asistencia que en su caso debe cumplir el cónyuge abandonador, se estará además dentro de otra causal, la XII, que se analizara con posterioridad.

Con el abandono del hogar y el incumplimiento de las demás obligaciones inherentes al matrimonio y a la paternidad, se puede configurar un delito: el abandono de personas, regulado por el art. 225 del Código Penal para el Estado de México.

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

El cónyuge que abandona la casa conyugal porque ya no soporta la vida en común, en base a que el otro le ha dado una o muchas causas de divorcio, debe demandar el mismo antes de que transcurra un año, o corre el peligro de ser él el demandado por abandono de hogar.

Se entrevé en esta causal una aparente injusticia: el cónyuge que debió ser acusado se convierte en acusador y puede vencer en el juicio como cónyuge "inocente". Sin embargo el Código es congruente en sus

preceptos. Por un lado existe la obligación de convivir en el domicilio conyugal y no le está permitido a ninguno de los dos romper unilateralmente con este deber.

En segundo lugar la ley señala un término de caducidad de seis meses para pedir el divorcio cuando la causa no es de carácter permanente o de tracto sucesivo (art. 262). Si el cónyuge con causa deja pasar seis meses, sin interponer la demanda de divorcio se da la presunción del perdón tácito y de acuerdo con el artículo 263 "ninguna de las causas enumeradas en el artículo 253 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito".

Lo grave de la cuestión estriba en las consecuencias diversas del divorcio con respecto a los dos cónyuges, entre otras, el derecho a alimentos a favor del cónyuge inocente.

Es por ello totalmente aconsejable para el cónyuge que abandona justificadamente al otro, que interponga a tiempo la demanda de divorcio, o interrumpa la separación antes de que transcurra el año para no caer en la causa IX que estamos analizando.

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

El estado de ausencia y el de presunción de muerte no operan en forma autónoma como disolución del vínculo matrimonial, sino que el cónyuge que demanda tiene que probar con la sentencia que declara este estado, la causa de divorcio.

Esta causa es absolutamente inútil en la legislación, pues para obtener una sentencia en que se declare la ausencia o la presunción de muerte, se necesita el transcurso de varios años, y ya se ha señalado

que con el sólo lapso de seis meses de la separación del hogar conyugal se tiene causa suficiente de divorcio.

La única utilidad que puede reportar una sentencia de declaración de ausencia o de presunción de muerte para el caso de divorcio es que constituye la misma prueba plena en sí, para obtenerlo.

XI. *“La sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para el otro”.*

La sevicia significa genéricamente, crueldad: consiste la misma en los malos tratamientos de hecho que revelan crueldad, sin que impliquen peligro para la vida del ofendido. Son todos aquellos actos ejecutados por un cónyuge con el ánimo de hacer sufrir al otro.

Las amenazas son las palabras o hechos mediante los cuales se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que le puede ocurrir a él o a sus seres queridos. La amenaza puede constituir también un delito, con independencia de la causal de divorcio en materia civil.

Injuria es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, de manifestarle desprecio.

Sintetizando: mediante la sevicia se hace sufrir, con las amenazas se intimida y con las injurias se ofende.

En esta causal pueden quedar resumidas casi todas las demás.

Para calificar la sevicia, las amenazas o la gravedad de las injurias, el juez cuenta con un gran margen de arbitrio. Tiene que tomar en cuenta diversos factores, entre ellos la frecuencia y reiteración de la conducta del ofensor, el grado de educación de los cónyuges, la clase social a que pertenecen y sus particulares formas de convivencia. Así, lo que para un cónyuge sensible y refinado pueden significar ciertas

expresiones o actos, ofensas imperdonables, en otra pareja puede ser el trato común y cotidiano y hasta expresiones afectuosas.

XII. *“ La negativa de los cónyuges de darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 151 y 152 ”.*

Como esta causal remite a otros artículos, preciso es recordar el contenido de los mismos.

El artículo 150 señala ciertos deberes de los cónyuges, principalmente la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a las cargas del mismo en las personas de los cónyuges y de sus hijos. Estas cargas deberán distribuírselas de común acuerdo y en la forma y proporción convenida en razón de sus posibilidades.

El artículo 151 dice: que el acreedor alimentario tendrá derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrá demandar el aseguramiento de esos bienes, para hacer efectivos estos derechos.

El artículo 152 actualmente se encuentra derogado.

El incumplimiento de la obligación alimentaria a parte de considerarse como causal de divorcio, también puede constituir un delito que se encuentra regulado por el artículo 225 del Código Penal para el Estado de México denominado Abandono de Familiares.

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

La simple acusación que haga un cónyuge del otro, constituye una profunda deslealtad, aunque la misma no fuere calumniosa. Habiendo calumnia de por medio, implica esa conducta una aversión profunda del

cónyuge calumniador respecto del otro que evidencia la ruptura total del afecto conyugal. Al respecto, la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el juez familiar, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de un desprecio y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común”.

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

Para que se configure esta causal se necesitará forzosamente que exista una sentencia que cause ejecutoria en la cual se declare culpable a un cónyuge de un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

Dos interpretaciones se le han dado a la inclusión de esta causal: la primera, el derecho del cónyuge inocente de no compartir la infamia cometida por el otro; la segunda: la interrupción de la vida conyugal prolongada por más de dos años, por culpa del cónyuge delincuente.

En cuanto a la calificación de infamante para el delito, se estará forzosamente a la interpretación judicial, pues el Código Penal no clasifica a los delitos en infamante o no infamantes. En un sentido amplio, cualquier condena penal, excepto de delito político, constituye una infamia, entendida la misma como descrédito en el honor, la reputación, o el buen nombre de una persona.

Pueden contribuir en la clasificación de infamante, las circunstancias en que el delito se cometió. Por ejemplo, no es lo mismo un homicidio con agravantes, que el producido en riña con provocación. Queda al arbitrio del juez, el determinar si el delito es o no infamante, y con ello, causa de divorcio.

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

Requiere esta causal que se reúnan dos circunstancias: el hábito vicioso y la amenaza de la ruina de la familia, o el vicio que provoca una constante desavenencia conyugal.

El juez puede calificar en cada caso si se reúnen las dos circunstancias, pues puede suceder que los hábitos de vicio señalados en alguno de los cónyuges, hayan sido siempre tolerados por el otro y no amenacen la ruina de la familia, y ante circunstancias posteriores (el interés sentimental en un tercero por parte del cónyuge demandante, por ejemplo) toma esos vicios como causa de divorcio.

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

Cuando el delito de esta naturaleza lo cometa un cónyuge contra el otro, éste puede optar por acusarlo penalmente, o pedir divorcio, o ambas acciones.

La esencia de la causal que señalamos consiste realmente en la conducta desleal hacia el cónyuge, que implica además, falta de consideración, de respeto y de protección a los intereses del cónyuge. Significa que el matrimonio se ha roto en su esencia.

XVII. *"El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacía los hijos ya lo sean éstos de ambos o de uno sólo de ellos"*.

Esta causal se asemeja mucho a las conductas de violencia familiar que actualmente regula el Código Civil y Código Penal, ambos para el Distrito Federal, que a parte de ser una causa de divorcio pueden llegar a constituir también un delito, que de configurarse como tal deberá ser sancionado conforme al Código de la materia.

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

El divorcio no es más que la forma legal que se da a una situación de hecho. Cuando se demanda el divorcio por cualquier causa, significa ello que el matrimonio se ha deteriorado de tal manera que ya no existe entre los cónyuges la tradicional affectio maritalis de que hablaban los romanos. Los que están casados, o al menos uno de ellos, ya no quiere seguir casado con su cónyuge. En algunas ocasiones, la demanda de divorcio no significa más que un deterioro en las relaciones conyugales de gravedad menor que puede ser reparado; por ello, el desistimiento de la demanda, la reconciliación y el perdón ponen fin al procedimiento de

divorcio y las cosas vuelven a su estado original, como si nunca hubiera habido demanda de divorcio.

Más en la mayoría de los casos, la petición de divorcio es la declaración ante la autoridad competente de que el matrimonio ha quedado roto de hecho con anterioridad.

En estas condiciones, cuando los cónyuges han roto de hecho el vínculo afectivo que los unía y viven separados por un tiempo más o menos largo (dos años pide la fracción XVIII que estamos comentando), parece que existe causa justa para pedir y obtener la sentencia de divorcio que dé seguridad jurídica a una situación incierta.

Esta causal responde a la necesidad de adecuar la situación jurídica de los cónyuges a su realidad. Implica simplemente disolver jurídicamente una relación que ha dejado de existir, con la ventaja de que no es necesario ventilar las causas que dieron origen a la desavenencia, por tanto, se trata de una causal en la cual no se señala cónyuge culpable.

2. TRAMITACION DEL DIVORCIO NECESARIO CONFORME AL CODIGO PROCESAL CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO.

Para que proceda un divorcio necesario se requieren los siguientes supuestos:

- a. Existencia de un matrimonio valido,
- b. Acción ante juez competente,
- c. Expresión de causa específicamente determinada en la ley,
- d. Legitimación procesal
- e. Tiempo hábil,
- f. Que no haya habido perdón
- g. Formalidades procesales.

a. Existencia de un matrimonio válido.

Este requisito se cumple con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio cuya disolución se solicita a través de la demanda de divorcio.

b. Acción ante juez competente.

El procedimiento de divorcio necesario se sigue en la vía ordinaria civil, y el ejercicio de esta acción en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México se ventilará ante el juez de lo Familiar del domicilio conyugal (art. 52 C.P.C.) y en el caso de divorcio por abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado (art. 51 F XIII C.P.C.).

Cuando no existe domicilio conyugal porque la separación de los cónyuges haya sido tiempo atrás, es competente para conocer del juicio, el juez del domicilio del demandado (art. 51 F. IV C.P.C.).

c. Expresión de causa específicamente determinada.

Ya quedó expresado anteriormente que las causas en nuestro sistema de divorcio, son de carácter limitativo y no ejemplificativo; cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ser ampliadas por analogía ni por mayoría de razón. La causa que se invoque debe forzosamente ajustarse a las señaladas en las dieciocho causales que se analizaron anteriormente (art. 253 f. I a XVIII CC).

Por lo demás la causa no tiene que ser única, pueden involucrarse al mismo tiempo dos o más causales; pero todas y cada una de ellas específicamente determinadas en sí.

d. Legitimación procesal.

La acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges. Es una acción personalísima, entendiéndose por tal que sólo puede ser iniciada y continuada hasta la obtención de la sentencia, por los propios interesados, en este caso los cónyuges. En consecuencia, ningún tercero puede ejercitar la acción de divorcio. Ello no quiere decir que tengan que llevar por sí mismos el proceso y que se requiera en todo caso su comparecencia personal. Pueden perfectamente actuar a través de procurador.

"El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que

haya llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda" (art. 262 CC). Significa también que esta acción no es transmisible ni en vida ni por causa de muerte: "La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio (art. 273).

En cuanto a la capacidad de las partes para actuar, el cónyuge menor de edad puede asumir en el juicio de divorcio tanto el papel de actor como de demandado, pero en ambos casos se le nombrará un tutor dativo. Así lo exige el art. 620. "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: II. De un tutor para negocios judiciales".

El tutor en este caso no funciona como representante legal del menor. Se limitará a asistir, a aconsejar al cónyuge menor en la secuela del procedimiento judicial.

e. Tiempo hábil.

La acción de divorcio necesario puede ser iniciada en cualquier momento del matrimonio, pero siempre dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a noticia del cónyuge ofendido los hechos en que se funde la demanda (art. 262 CC).

Cuando la causa consiste en un hecho determinado en el tiempo (injurias, adulterio único, etc.) el término de caducidad es de seis meses a partir del momento en que se configura la causal, o en que se entera el cónyuge demandante. Si deja transcurrir los seis meses sin interponer la demanda, caduca su derecho con respecto al hecho específico en que

consistió la causa que pudo invocar, pero podrá invocarlo por nuevos hechos que constituyan causa de divorcio, aunque sean de la misma especie (art. 265 parte final).

Cuando la causa de divorcio es permanente, de las llamadas de "tracto sucesivo", como vgr. el abandono de hogar, las enfermedades, no existe término de caducidad, en cualquier momento puede solicitarse el divorcio en razón de que la causa sigue vigente.

f. Que no haya habido perdón.

Así lo expresa textualmente el art. 263 CC: "Ninguna de las causas enumeradas en el art. 253 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito".

"Una vez iniciado el divorcio, ponen fin al juicio, tanto la reconciliación de los cónyuges, como el perdón del ofendido. En ambos casos deberán notificarlo al juez; pero la omisión de la notificación no destruye los efectos de la reconciliación, o del perdón en su caso (arts. 264 y 265 CC).

g. Formalidades Procesales.

El juicio de divorcio debe llevarse con todas las formalidades de carácter procesal que exige el Código Adjetivo de la materia. Es un juicio de carácter ordinario, que se tramita a través de diversas etapas procesales que son:

1). Etapas Procesales en el Juicio de Divorcio Necesario:

a). Etapa de Instrucción.

- Fase Postulatoria.

La primera fase del proceso es la postulatoria, la cual tiene por objeto que las partes expongan sus pretensiones ante el juez, así como los hechos y preceptos jurídicos en que se basen. Esta fase se concreta en los escritos de demanda y de contestación de la misma, realizados por el actor y del demandado respectivamente. En esta misma fase el juez debe resolver sobre la admisibilidad de la demanda y ordenar el emplazamiento de la parte demandada. En ella también, se le da oportunidad al demandado para que conteste la demanda⁴

Se inicia el procedimiento con la demanda en la cual el cónyuge ofendido reclamara entre otras y como prestación principal, la disolución del vínculo matrimonial, fundando dicha pretensión en una o más causales de divorcio establecidas limitativamente en el artículo 253 del Código Civil del Estado de México; y teniendo mucho cuidado en cumplir con los requisitos que al efecto señala el artículo 589 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, el cual nos permitimos transcribir:

"Todo juicio principiará por demanda en la cual se expresarán:

- I. El Tribunal ante el cual se promueve;
- II. El nombre del actor y la casa que señale para oír notificaciones;
- III. El nombre del demandado y su domicilio;
- IV. Lo que se pide, designándose con toda exactitud en términos claros y precisos;

⁴ Cfr. GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil, Harla, 1991, p. 19.

- V. Los hechos en que el actor funde su petición numerándolos y narrándolos sucintamente con claridad y precisión de tal manera que el demandado pueda preparar y producir su contestación y defensa;
- VI. El valor de lo demandado si de ello depende la competencia del juez;
- VII. Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales aplicables; y
- VIII. El termino de prueba que estime necesario el actor, en su caso, para demostrar su derecho”.

Con la demanda deberá adjuntarse copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos si los hubiera, dando con ello cabal cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 580 y 581 del C.P.C.

“A toda demanda o contestación deberá acompañarse necesariamente:

I. El poder que acredite la personalidad del que comparece en nombre de otro;

II. El documento o documentos que acrediten el carácter con el que el litigante se presente en juicio en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación, o cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido por otra persona;

III. Una copia en papel común del escrito y de los documentos cuando haya de correrse traslado al colitigante. Si excedieren los documentos de veinticinco fojas, quedarán en la secretaría para que se destruyan las partes. Cuando estas sean varias se exhibirán todas las copias necesarias para los traslados correspondientes”.

Haciendo la aclaración que este artículo se cita en atención a que como ya se mencionó anteriormente la acción de divorcio es una acción personalísima que sólo puede ser intentada por el interesado, aunque ello no impide que se nombre representante para comparecer en el juicio.

“También deberá acompañarse a toda demanda, o contestación, el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho.

Si no los tuviere a su disposición, designará el archivo o lugar en que se encuentren los originales.

Se entenderá que el actor tiene a su disposición los documentos y deberá acompañarlos precisamente a la demanda, siempre que existan los originales en un protocolo o archivo público del que pueda pedir y obtener copias autorizadas de ellos”.

El artículo 266 del Código Civil del Estado de México señala:

“Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

- I. Separar a los cónyuges en todo caso;
- II. Proceder en cuanto al depósito o separación de los cónyuges en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles del Estado;
- III. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;
- 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;

V. Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta;

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

Admitida la demanda, por el juez de lo familiar se correrá traslado de ella a la persona contra quien se proponga, emplazándola para que la conteste dentro del termino que se le fije. Dicho término podrá ser hasta de nueve días, y dentro de él, fijará el juez el que estime prudente según la naturaleza de la reclamación de que se trate y la mayor o menor urgencia y necesidad de que pueda haber menester pronta resolución al negocio. El demandante en su demanda, puede indicar o advertir al juez la necesidad de un breve término para el traslado y el motivo, y el juez prudencialmente acordará lo que estime justo”. (Artículo 594 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México).

El artículo 599 de la ley antes citada, establece:

“El demandado deberá formular la contestación refiriéndose a cada uno de los hechos aducidos por el actor, confesándolos o negándolos si son propios, o expresando los que ignore, por no serlo, o refiriéndolos como crea que tuvieron lugar. El silencio y las evasivas harán que se tengan por confesados o admitidos los hechos sobre los que no se suscitó controversia”.

“Las excepciones y defensas que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda; sólo las

supervenientes y aquéllas de que no haya tenido conocimiento podrán oponerse hasta antes de la conclusión, del término probatorio, pero no serán admitidas después de cinco días de que haya tenido conocimiento de los hechos en que se funda. En ese caso se probarán dentro de dicho término probatorio si lo que de él quedare fuere menor de diez días. En caso contrario, se completará dicho término con los días que faltaren". (artículo 600 del C.P.C. del Estado de México).

El artículo 601 de la ley antes citada dispone:

"El demandado que oponga reconvención o compensación, lo hará precisamente al contestar la demanda y nunca después. En este caso se correrá traslado de ella al actor para que conteste dentro del término que se le fije, observándose al efecto respecto de dichas reconvenciones o compensación y de la contestación que a ellas dé el actor, lo dispuesto en los artículos anteriores sobre demanda y contestación".

"El demandado al contestar la demanda, si opusiere excepciones, podrá indicar el término a su juicio que necesite para demostrarlas".(artículo 602 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México).

El artículo 604 de la ley en comento establece:

"Cuando haya transcurrido el término del emplazamiento, sin haber sido contestada la demanda, se tendrán por confesados los hechos, siempre que el emplazamiento se haya hecho personal y directamente al demandado, su representante o apoderado; quedando a salvo sus derechos para probar en contra. En cualquier otro caso, se tendrá por contestada en sentido negativo".

“Las declaraciones a que se refiere el artículo precedente se harán a instancia del actor y para ese fin el Juez examinará escrupulosamente si las citaciones, notificaciones y emplazamientos fueron hechos al demandado en forma legal”. (Art. 605 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México).

En lo que respecta a esta etapa haremos un breve paréntesis ya que es aquí donde se centra la atención del presente trabajo, ya que es en la contestación de la demanda donde el demandado que ya ha sido vinculado en la relación procesal, es decir ya que ha sido introducido en el proceso, puede asumir como actitud el allanamiento ante la demanda de divorcio necesario entablada en su contra. Dicho allanamiento ya lo hemos dicho es una figura autocompositiva unilateral de solución de litigios caracterizada porque la parte resistente del litigio despliega una actividad tendiente a resolver su conflicto, dicha actividad radica en consentir el sacrificio del interés propio en beneficio del interés ajeno; aclarando que dicho allanamiento casi siempre se hace al contestar la demanda porque debido a su propia naturaleza, consiste en que el demandado reconozca en dicho acto la procedencia de la acción intentada; de ahí el nombre que recibe el presente trabajo, aunque también puede hacerse durante el curso del juicio con posterioridad a la contestación de la demanda.⁵

- Fase Probatoria

Esta fase tiene por objeto que ambas partes, en sus respectivos papeles de actor y demandado, aporten las pruebas que estimen

⁵ Cfr. GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil, Harla, 1991, p. 18 y 19

pertinentes, para demostrar sus afirmaciones y hechos, respecto de las causales de divorcio invocadas por uno o por ambos cónyuges, ya sea en su carácter de actor en el principal o actor en la reconvención; y por otro lado el demandado en cualquiera de los dos casos anteriores trate de justificar la procedencia de sus excepciones y defensas.

Al respecto, el artículo 606 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México dispone que:

“Contestada que fuere la demanda o dada por contestada en alguno de los casos de los dos artículos precedentes, lo mismo que cuando se trate de la compensación o reconvención, el juez abrirá el juicio a prueba por un término que no exceda de treinta días.

Dentro de dicho término y con vista de lo expuesto por las partes acerca del plazo que estimen necesario para la demostración de sus respectivas acciones y excepciones, el Juez prudencialmente fijará el término que estime equitativo, según la naturaleza del negocio y la mayor o menor necesidad de que sea resuelto prontamente”.

También se encuentra relacionado el artículo 607 de la misma ley, el cual dispone:

“Ninguna parte puede oponerse a que se reciba el negocio a prueba, ni tampoco a la recepción de éstas, aun alegando que las ofrecidas son inverosímiles o inconducentes. El auto que ordene la apertura del término de prueba y la recepción de pruebas no amerita recurso alguno”.

“El termino de prueba fijado por el juez se dividirá en dos periodos comunes a las partes e improrrogables cada uno de ellos.

El primer período que será el de una tercera parte del término de prueba servirá para que cada parte proponga en uno a varios escritos la prueba que le interese.

El segundo periodo comprenderá las dos terceras partes restantes del término probatorio, se utilizará para desahogar las pruebas que hubiesen propuesto las partes.

No podrán suspenderse los términos expresados en el artículo anterior sino por fuerza mayor que impida proponer o practicar la prueba dentro de ellos".(art. 609 del C.P.C. para el Estado de México).

En materia de divorcio pueden emplearse los medios de prueba que enumera el artículo 281 del C.P.C., escogiendo los más idóneos y congruentes debiendo estar relacionados con los hechos controvertidos según el caso, ambos cónyuges podrán ofrecer las pruebas que estimen pertinentes para probar los hechos narrados en su demanda y contestación, o sea, para probar al juez la existencia de la o las causales de divorcio aducidas.

Al respecto, el artículo 609 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México dispone:

"La ley reconoce como medios de prueba:

- I. La confesión;
- II. Documentos públicos;
- III. Documentos privados;
- IV. Dictámenes periciales;
- V. Reconocimiento o inspección judicial;
- VI. Testigos;

VII. Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia;

VIII. Derogada.

IX. Presunciones.

"Para la prueba de cada parte se abrirá cuaderno separado que se agregará después a los autos".

Artículo 610 del C.P.C. para el Estado de México: "El juez proveerá a los escritos en que se proponga prueba conforme se vayan presentando y señalará día y hora en que haya de practicarse dentro del segundo periodo cada diligencia de prueba".

"De cada prueba que se proponga por una parte, se dará conocimiento a la contraria y se recibirá con su citación". (Art. 611 del C.P.C. para el Estado de México).

El artículo 613 de la ley en comento dispone:

"Como excepción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 610, sólo podrán practicarse después de vencido el segundo periodo del término probatorio las diligencias que pedidas en tiempo legal no pudieron practicarse por causas independientes del interesado o que provengan de caso fortuito, de fuerza mayor o dolo del colitigante. En estos casos el Juez, si lo cree conveniente podrá mandar concluir las, a solicitud de parte dando conocimiento de ello a la contraria y señalando al efecto por una sola vez un término prudente, sin necesidad de substanciar artículo. La determinación que tal cosa ordene no es recurrible".

"El secretario del Juzgado o Tribunal tendrán especial cuidado de la puntual cumplimentación del artículo 169 respecto a la certificación del término de prueba y asentar con toda claridad el principio y fin de cada periodo de dicho término". (art. 615 del C.P.C. para el Estado de México).

En cuanto a esta etapa procesal, también hay que observar las normas especiales aplicables a cada tipo de prueba. Estas normas se encuentran contenidas en los artículos 267 al 385 del Código Adjetivo de la materia.

Las pruebas tales como: confesional, testimonial, pericial y reconocimiento o inspección judicial se desahogaran en la audiencia de Ley, a la cual deberán concurrir los cónyuges, en sus respectivos papeles de actor y demandado, además de testigos o peritos si los hubiere.

Hay otros tipos de prueba como, por ejemplo, la documental pública ó privada, la consistente en fotografías, copias fotostaticas, etc., que se dice quedan desahogadas por su propia y especial naturaleza, es decir, se encuentran ya integradas en el expediente.

La audiencia de desahogo de pruebas debe celebrarse el día y hora que para ese efecto señale el juez que conoce del asunto, iniciándose con la indicación de las personas que comparecen y deban intervenir. Acto continuo se procede al desahogo de las pruebas, primero las de la parte actora y después las de la demandada.

- Fase Preconclusiva (Alegatos).

La tercera fase del proceso, conocida como preconclusiva o de alegatos, "tiene por objeto que las partes formulen sus conclusiones o

alegatos, precisando y reafirmando sus pretensiones, con base en los resultados de la actividad probatoria desarrollada en la fase anterior. Esta fase preconclusiva tiene un doble sentido: primero, en cuanto que en ella las partes formulan sus conclusiones o alegatos y; segundo, en tanto que con ella concluye o termina la actividad de las partes en el proceso, al menos durante primera instancia. Es oportuno resaltar que los alegatos son una serie de razonamientos con los que los abogados de las partes, o las personas que pueden estar autorizadas al efecto, pretenden comunicar al juez o tribunal de la pretensión o pretensiones sobre las que están llamados a decidir. Los alegatos pueden realizarse en forma verbal o escrita".⁶

"Cuando no haya controversia sobre los hechos pero sí sobre el derecho, se citará desde luego para la audiencia de alegatos dentro de los cinco días siguientes". (Art. 616 del C.P.C. para el Estado de México).

El artículo 617 de la ley antes citada por su parte señala:

"En caso contrario, concluida la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes, se agregarán al cuaderno principal los cuadernos que contengan las de cada una de ellas, sin necesidad de petición ni mandamiento judicial".

"Cualquiera de las partes tiene derecho a pedir que se señale día para la audiencia de alegatos, lo cual hará el juez, fijando una fecha que estime conveniente dentro de un plazo no mayor de quince días, y

⁶ OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil, segunda edición, México 1997, p. 36.

dentro de ese plazo los autos estarán en la Secretaría a la vista de las partes para que tomen apuntes. La citación para la audiencia produce efectos de citación para sentencia". (Art. 618 del C.P.C. para el Estado de México).

El art. 619 de la ley en comento a la letra dice.

"En la audiencia de alegatos se observarán las siguientes reglas:

I. El secretario leerá las constancias de autos que soliciten los interesados o que el juez señale;

II. Alegará primero el actor y en seguida el demandado. También alegará el Ministerio Público cuando fuere parte en el negocio;

III. Sólo se concederá el uso de la palabra por dos veces a cada una de las partes, quienes, en la réplica y duplica, deberán alegar tanto sobre la cuestión de fondo como sobre las incidencias que se hayan presentado en el proceso;

IV. Cuando una de las partes estuviere patrocinada por varios abogados, no podrá hablar, por ella, más que uno sólo en cada turno;

V. En los alegatos procurarán las partes la mayor brevedad y concisión;

VI. No se podrá usar de la palabra por más de media hora cada vez. Los Tribunales tomarán las medidas prudentes que procedan, a fin de que las partes se sujeten al tiempo indicado. Sin embargo, cuando la materia del negocio lo amerite, los Tribunales podrán permitir que se amplíe el tiempo marcado o que se use por otra vez de la palabra, observándose la más completa equidad entre las partes, y

VII. Las partes, aun cuando no concurran o renuncien al uso de la palabra, podrán presentar apuntes de alegatos, antes de que concluya la

audiencia. Los de la parte que no concurra o renuncie al uso de la palabra serán leídos por el Secretario”.

b). Etapa de Juicio.

- Fase Conclusiva (Sentencia).

En esta fase, el juzgador, tomando como base las pretensiones y afirmaciones de las partes, y valorando los medios de prueba practicados con anterioridad, emite la sentencia definitiva, en virtud de la cual decide sobre el litigio sometido a proceso. Con esta etapa termina normalmente el proceso, al menos en primera instancia.⁷

Para dictar sentencia. El juez deberá valorar las pruebas rendidas en la inteligencia de que, si le quedara duda acerca de algún punto controvertido, podrá en cualquier momento, antes de la sentencia, decretar la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria. Ajustándose a las reglas de valuación de la prueba que establecen los artículos 386 a 416 del Código Adjetivo de la materia.

En relación a esta fase los artículos 622 y 623 del C.P.C. refieren en que momento el juez debe dictar la sentencia.

“Terminada la audiencia de que trata el capítulo anterior (alegos), puede en ella, si la naturaleza del negocio lo permite, pronunciar el juez su sentencia”.

“Si en la audiencia no pronunciase el juez su sentencia, en ella misma se citará para la sentencia, que se pronunciará dentro del término de diez días”.

Al dictar el juez la sentencia si se hubiere probado la o las causales de divorcio en que se basó la demanda, declarará disuelto el

⁷ Cfr. GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil, Haría, México, 1991, p. 22.

vínculo matrimonial, dejando por lo tanto a los excónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, y determinará además, lo relativo a la situación de los hijos, de los bienes, y al pago de alimentos.

c). Sentencia Ejecutoriada.

Notificada la sentencia, si no fuere apelada dentro de los cinco días que señala el artículo 433 del C.P.C., a petición de parte y por declaración judicial se declarará que la sentencia ha causado ejecutoria (art. 226 del C.P.C.), al declararse que la sentencia ha causado ejecutoria se considerará como verdad legal lo determinado en la misma y se procederá a ejecutarla según sus términos.

d). Envío de Copia de Sentencia al Juez del Registro Civil.

Entre los puntos resolutivos de la sentencia de divorcio se incluye la de enviar al Juez del Registro Civil que corresponda, copia certificada de la sentencia, a fin de que se levante el acta de divorcio correspondiente como lo disponen los artículos 274, 107, 108 y 109 del Código Civil del Estado de México.

3. DIVORCIO NECESARIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

El artículo 266 del Código Civil nos dice que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

a. Causas De Divorcio.

Las causas de divorcio las encontramos en el artículo 267 del Código que estamos analizando ahora; cabe señalar que con las adiciones que ha sufrido este artículo actualmente tenemos 21 causales de divorcio.

Artículo 267. Son causas de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato; y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.
- IV. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XVII. (El mutuo consentimiento),

XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos. (esta fracción fue adicionada por Decreto en el D. O. de la Fed. El 27 de dic. de 1983, entrando en vigor noventa días después).

XIX. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 ter., de este código.

XX. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello. (las fracciones XIX y XX fueron adicionadas por Decreto en el D. O. de la Fed. De 30 de dic. De 1997, entrando en vigor 30 días después).

El artículo 268 señala la ultima causa de divorcio necesario; la demanda de nulidad o de divorcio que no fue probada, y el desistimiento de la demanda o de la acción.

4. TRAMITACION DEL DIVORCIO NECESARIO CONFORME AL CODIGO PROCESAL CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

Para que proceda un divorcio necesario se requieren los siguientes supuestos:

- a. Existencia de un matrimonio valido,
- b. Acción ante juez competente,
- c. Expresión de causa específicamente determinada en la ley,
- d. Legitimación procesal
- e. Tiempo hábil,
- f. Que no haya habido perdón
- g. Formalidades procesales.

a. Existencia de un matrimonio valido.

Este requisito se cumple con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio cuya disolución se solicita a través de la demanda de divorcio.

b. Acción ante juez competente.

El procedimiento de divorcio necesario se sigue en la vía ordinaria civil. Por ello es juez competente en materia de divorcio necesario, el juez de lo Familiar del domicilio conyugal (art. 159 C.P.C.) y en el caso de divorcio por abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado (art. 156 F XII C.P.C.).

Cuando no existe domicilio conyugal porque la separación de los cónyuges haya sido tiempo atrás, es competente para conocer del juicio, el juez del domicilio del demandado (art. 156 F. IV C.P.C.).

c. Expresión de causa específicamente determinada.

Ya quedó expresado anteriormente que las causas en nuestro sistema de divorcio, son de carácter limitativo y no ejemplificativo; cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ser ampliadas por analogía ni por mayoría de razón. La causa que se invoque debe forzosamente ajustarse a las señaladas en las veinte causales que se citaron anteriormente (art. 267 f. I a XVI, XVIII, XIX, XX, y 268 CC).

Por lo demás la causa no tiene que ser única, pueden involucrarse al mismo tiempo dos o más causales; pero todas y cada una de ellas específicamente determinadas entre sí.

d. Legitimación procesal.

La acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges. Es una acción personalísima, entendiéndose por tal que sólo puede ser iniciada y continuada hasta la obtención de la sentencia, por los propios interesados, en este caso los cónyuges. En consecuencia, ningún tercero puede ejercitar la acción de divorcio. Ello no quiere decir que tengan que llevar por sí mismos el proceso y que se requiera en todo caso su comparecencia personal. Pueden perfectamente actuar a través de procurador.

“El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda” (art. 278 CC). Significa también que esta acción no es transmisible ni en vida ni por causa de muerte: “La muerte de uno de los cónyuges pone fin al

juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio (art. 290).

En cuanto a la capacidad de las partes para actuar, el cónyuge menor de edad puede asumir en el juicio de divorcio tanto el papel de actor como de demandado, pero en ambos casos se le nombrará un tutor dativo. Así lo exige el art. 643. "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: II. De un tutor para negocios judiciales".

El tutor en este caso no funciona como representante legal del menor. Se limitará a asistir, a aconsejar al cónyuge menor en la secuela del procedimiento judicial.

e. Tiempo hábil.

La acción de divorcio necesario puede ser iniciada en cualquier momento del matrimonio, pero siempre dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a noticia del cónyuge ofendido los hechos en que se funde la demanda (art. 278 CC).

Cuando la causa consiste en un hecho determinado en el tiempo (injurias, adulterio único, etc.) el término de caducidad es de seis meses a partir del momento en que se configura la causal, o en que se entera el cónyuge demandante. Si deja transcurrir los seis meses sin interponer la demanda, caduca su derecho con respecto al hecho específico en que consistió la causa que pudo invocar, pero podrá invocarlo por nuevos hechos que constituyan causa de divorcio, aunque sean de la misma especie (art. 281 parte final).

Cuando la causa de divorcio es permanente, de las llamadas de "tracto sucesivo", como v.gr. el abandono de hogar, las enfermedades, no existe término de caducidad, en cualquier momento puede solicitarse el divorcio en razón de que la causa sigue vigente.

f. Que no haya habido perdón.

Así lo expresa textualmente el art. 279 CC: "Ninguna de las causas enumeradas en el art. 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito".

"Una vez iniciado el divorcio, ponen fin al juicio, tanto la reconciliación de los cónyuges, como el perdón del ofendido. En ambos casos deberán notificarlo al juez; pero la omisión de la notificación no destruye los efectos de la reconciliación, o del perdón en su caso (arts. 280 y 281 CC).

g. Formalidades Procesales.

El juicio de divorcio necesario se tramita en la vía ordinaria civil y debe llevarse con todas las formalidades que exige el Código de la materia. Este juicio es regido por los artículos 255 a 429 inclusive del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, juicio que se tramita a través de diversas etapas procesales que son las siguientes:

1). Etapas Procesales del juicio de Divorcio.

a). Etapa de Instrucción.

- Fase Postulatoria.

Esta fase se encuentra integrada por las actuaciones que fijan la litis: principalmente por la demanda del actor y la contestación del

demandado a la demanda, en su caso, puesto que puede haber la eventualidad de que el mismo no la conteste, y , en consecuencia, sea declarado rebelde o contumaz. Originalmente, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, había, además, la réplica del actor y la duplica del demandado, las cuales fueron suprimidas posteriormente por considerárseles inútiles e ineficaces, y para abreviar el procedimiento.⁸

Se inicia el procedimiento con la demanda en la cual el cónyuge ofendido reclama entre otras y como prestación principal la disolución del vínculo matrimonial, señalando una o más causales de divorcio establecidas limitativamente en el artículo 267 del Código Civil, además de la señalada en el artículo 268 del mismo Ordenamiento Legal, y teniendo mucho cuidado en cumplir con los requisitos que señala el artículo 255 del C.P.C.

Con la demanda deberá adjuntarse copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos dando cabal cumplimiento a lo dispuesto por el art. 95 del C.P.C.

Al admitirse la demanda o antes si hubiere urgencia se dictará provisionalmente, las disposiciones marcadas en el artículo 282 del Código Civil.

Admitida la demanda el Juez de lo Familiar mandará emplazar al cónyuge que haya dado causa al divorcio, y que dentro del juicio tendrá el carácter de demandado, a fin de que produzca su contestación, dentro del termino de nueve días.⁹

⁸ DORANTES TAMAYO, Luis. Teoría del Proceso, 5ª. Edición, 1997, p. 294.

⁹ Cfr. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Artículo 256.

Con la contestación a la demanda, continúa el procedimiento y el demandado indicará si son o no ciertos los hechos señalados en la demanda y, por lo tanto, si ha incurrido o no en la o las causales de divorcio que se le imputan, oponer excepciones y defensas, con las que se le dará vista al actor por el término de tres días, (situación que no ocurre en el Estado de México). En su caso, puede también, en el mismo escrito de contestación, promover reconvencción, o sea, hacer valer a su vez, causas de divorcio en contra del demandante. Respecto de la reconvencción o contrademanda, los papeles de actor y demandado se invertirán.¹⁰

De presentarse la reconvencción el juez deberá correr traslado de ella al cónyuge demandante, para que la conteste dentro del término de seis días.¹¹

En caso de no haber contestado la demanda la parte demandada dentro del plazo que se le concede para tal efecto se hará la declaración de rebeldía.¹²

Es importante señalar que el demandado al contestar la demanda de divorcio necesario puede optar por allanarse a la misma ya que esta actitud es un derecho exclusivo del demandado y que debido a la naturaleza de esta figura autocompositiva que se caracteriza porque la parte resistente del litigio despliega un actitud tendiente a resolver su conflicto, sacrificando el interés propio en beneficio del interés ajeno, produce efectos de citación para oír sentencia, conforme a lo preceptuado por el artículo 274 del C.P.C; cabe aclarar que esta actitud

¹⁰ Cfr. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Artículo 260.

¹¹ *Ibidem*. Artículo 272.

¹² *Ibidem*. Artículo 271.

la puede asumir en cualquier parte del juicio pero normalmente se hace al contestar la demanda, y producirá los mismos efectos.

- Fase Conciliatoria.

En esta fase, se trata de avenir a las partes en conflicto.

A diferencia del procedimiento llevado ante los tribunales del Estado de México, en el Distrito Federal una vez contestada la demanda, y en su caso la reconvenición o al hacerse la declaración de rebeldía, el juez señalará fecha y hora para que se celebre la audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes.

Llegado el día de la audiencia, el juez, con o sin asistencia de las partes procederá a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio.

Si asistieran las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada.¹³

En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y el juez, que dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinará, en su caso, las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento.

¹³ Ibidem. Artículo 272-A

- Fase Probatoria.

Esta fase se puede dividir en cuatro periodos: el de ofrecimiento de pruebas, el de admisión o rechazo de éstas, el de preparación de las mismas, y el de su recepción o desahogo. El nombre de cada uno de estos periodos está indicando cuál es el contenido general de ellos.¹⁴

A más tardar al día siguiente que se haya celebrado la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales, el juicio se abrirá a prueba, concediéndose diez días comunes a ambos cónyuges para ofrecer cada uno las pruebas que estimen pertinentes para probar los hechos narrados en su demanda y contestación, o sea, para probar al juez la existencia de la, o las causales de divorcio aducidas (art. 290 C.P.C.). Es importante señalar que con las reformas de mayo de 1996 las pruebas documentales, deben adjuntarse con el escrito inicial de demanda y en la contestación, en su caso, y anunciarlas, de lo contrario cuando se abra el periodo probatorio no serán admitidas, sólo aquellas que tengan el carácter de supervenientes.

En materia de divorcio pueden emplearse los medios de prueba a que alude el artículo 289 del C.P.C., escogiendo los más adecuados según el caso. No deben olvidarse las condiciones de admisibilidad de las pruebas, como que sean pertinentes, idóneas y congruentes; deben estar directamente relacionadas con los hechos que se investigan, las pruebas deben ser ofrecidas relacionándolas con cada uno de los puntos controvertidos, además que debemos especificarle al juez qué pretendemos demostrar con dicha probanza, es decir, razonarla. En el caso de que se hayan ofrecido testigos y peritos hay que proporcionar

¹⁴ DORANTES TAMAYO, Luis. Teoría del Proceso, 5ª. Edición, 1997, p. 294

nombres, domicilios, etc., para preparar la prueba, citar a la contraparte si la prueba es confesional que implica la absolución de posiciones y para ello se debe exhibir el pliego que las contenga; de lo contrario nuestras pruebas serán desechadas, situación completamente distinta en el Estado de México;¹⁵ estas reglas especiales para efectuar el ofrecimiento de cada una de las diferentes pruebas, se encuentran contenidas en los artículos 291 a 298 del Código citado.

Transcurrido el término de diez días para ofrecimiento de pruebas, el juez debe dictar resolución en la cual determinará que pruebas de las ofrecidas se admiten.

En seguida se pasará a la recepción y práctica de las pruebas exclusivamente de aquellas que hubieren sido admitidas, y en cuanto a ello, también hay normas especiales aplicables a cada tipo de prueba. Estas normas se encuentran contenidas en los arts. 308 al 383 del C.P.C.

Hay pruebas tales como la confesional, testimonial, pericial y reconocimiento o de inspección que se desahogan, en la Audiencia de Ley, a la cual deberán concurrir los cónyuges, en sus respectivos papeles de actor y demandado personalmente, además de testigos o peritos en su caso.

Hay otros tipos de prueba como, por ejemplo, la documental, pública o privada, la consistente en fotografías, copias fotostáticas, etc., que se dicen quedan desahogadas por su propia y especial naturaleza, es decir, se encuentran ya integradas en el expediente.

¹⁵ Cfr. GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil, Harla, 1991, p. 128.

De cualquier manera, la audiencia establecida en el art. 385 del citado código, debe celebrarse el día y hora que para ese efecto señale el juez que conoce del asunto, iniciándose con la indicación de las personas que comparecen y deban intervenir. Acto continuo se procede al desahogo de las pruebas, primero las de la parte actora y después las de la parte demandada.

- Fase Preconclusiva (Alegatos).

Concluida la recepción de las pruebas, establece el art. 393 que el Tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados y, concluidos los alegatos, el juez se reservará para dictar la sentencia que proceda.

Para dictar sentencia, el juez deberá valorar las pruebas rendidas en la inteligencia de que, si le quedara duda acerca de algún punto controvertido, podrá en cualquier momento, antes de la sentencia, decretar la practica o ampliación de cualquier diligencia probatoria.

b). Etapa de Juicio.

- Fase Conclusiva (Sentencia).

Al dictar el juez la sentencia si se hubiere probado la o las causales de divorcio en que se basó la demanda, declarará disuelto el vínculo matrimonial, dejando por lo tanto a los excónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, y determinará además, lo relativo a la situación de los hijos, de los bienes, y al pago de alimentos.

c). Sentencia Ejecutoriada.

Notificada la sentencia, si no fuere apelada dentro de los nueve días que señala el artículo 692 del C.P.C., a petición de parte y por declaración judicial se declarará que la sentencia ha causado ejecutoria

(arts. 427 y 428 del C.P. C.), al declararse que la sentencia ha causado ejecutoria se considerará como verdad legal lo determinado en la misma y se procederá a ejecutarla según sus términos.

d). Envío de Copia de Sentencia al Juez del Registro Civil.

Entre los puntos resolutive de la sentencia de divorcio se incluye la de enviar al Juez del Registro Civil que corresponda, copia certificada de la sentencia, a fin de que se levante el acta de divorcio correspondiente como lo disponen los artículos 291 y 114 del Código Civil.

CAPITULO IV.

A. EL ALLANAMIENTO EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO NECESARIO UNA VEZ CUBIERTAS LAS FORMALIDADES PROCESALES EXTINGUE LA LITIS DEL JUICIO.

1. FORMALIDADES QUE DEBE REUNIR EL ALLANAMIENTO EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO NECESARIO.

Al hablar de formalidades en este caso nos referimos a las formalidades procesales que debe reunir como tal la figura del allanamiento para que surta efectos plenos cuyo objeto es obtener un valor absoluto y establecer la garantía de seguridad en un juicio de divorcio necesario.

El allanamiento a la demanda como ya se ha dicho es un acto procesal mediante el cual el demandado reconoce expresamente la procedencia de la acción intentada en su contra, en la que se conforma expresa e incondicionalmente con el contenido de la pretensión que se le reclama.

Es un acto de disposición de los derechos litigiosos materia del juicio, por lo que únicamente pueden realizarlo con eficacia jurídica quienes están facultados para disponer de ellos.

Implica una confesión de los hechos en que se funda la demanda, pero es algo más que una confesión porque ésta sólo concierne a los hechos y el allanamiento también abarca los fundamentos de derecho invocados por el actor; lo anterior se desprende del contenido del

artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.¹

“Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente, ante el juez de los autos si se trata de juicio de divorcio, sin perjuicio de la parte final del artículo 271.”²

El allanamiento como forma autocompositiva se caracteriza porque la parte resistente del litigio despliega una actividad tendiente a resolver su conflicto. La actividad que despliega el resistente en el litigio, en este caso, radica en consentir el sacrificio del interés propio en beneficio del interés ajeno. Así pues, como figura autocompositiva, el allanamiento implica una actividad que realiza el demandado en el proceso en primera instancia, antes de que se dicte sentencia, actividad por la cual da solución al conflicto en el que era parte resistente y se convierte en parte sometida.

En cuanto a las formalidades procesales que debe reunir el allanamiento en los juicios de divorcio necesario debemos decir que ni el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, ni el del Distrito Federal señalan cuales son esas formalidades, y este último solo exige la ratificación del escrito de allanamiento ante el juez de los autos, razón por la cual nosotros habremos de referirnos a ciertas reglas o principios característicos de esta figura y que son los siguientes:

¹ Cfr. Pallares Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, p. 79

² Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Artículo 274.

El allanamiento es una declaración de voluntad del demandado que tiene por objeto el sometimiento a la pretensión procesal planteada por el actor.

Es un acto procesal del demandado que normalmente se lleva a cabo al contestar la demanda porque debido a su propia naturaleza, consiste en que el demandado reconozca en dicho acto la procedencia de la acción; también puede hacerse durante el curso del juicio con posterioridad a la contestación de la demanda; por ser un acto de disposición de los derechos objeto del litigio, no es válido el que hagan los representantes legales del demandado, si no están autorizados para ello por sus representados. El allanamiento en esta clase de juicios debe ser expreso, es decir que ocurre cuando el demandado reconoce categóricamente los hechos y el derecho invocados en la demanda y se somete a las pretensiones del actor; tampoco puede estar sujeto a plazo o condición, de manera que por ser un acto puro, carece de eficacia el que se hace con reservas o bajo condición; asimismo, debe ser liso y llano, es decir, abarcar en toda su extensión todos los puntos de la demanda, es decir, que no se ponga limitación a lo que el actor pide pues de otro modo no habrá la conformidad requerida. Así también, el allanamiento debe ser categórico y terminante para lo cual deben emplearse fórmulas precisas que no dejen lugar a dudas sobre este particular.

En la práctica, al menos en los Juzgados en materia Familiar del Distrito Federal, cuando una persona se allana a una demanda de divorcio necesario, el juez del conocimiento, ordena la ratificación del escrito de allanamiento, y una vez hecho lo anterior por parte del demandado, si el actor manifiesta su conformidad con el allanamiento, y

ratifica su escrito inicial de demanda, en este momento se acaba la litis y se cita a las partes para oír sentencia, situación que no ocurre en el Estado de México, pero a ello nos referiremos más adelante.³

³ Idem.

2. EFECTOS DEL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA DE DIVORCIO NECESARIO CONFORME AL CODIGO PROCESAL CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO DE MEXICO.

a. En el procedimiento que se ventila en los Juzgados de lo Familiar en el Distrito Federal produce los siguientes efectos procesales:

Hay uno que nadie discute y es llamado la reversión a la vía ejecutiva. Si el demandado se allana a la demanda en todas sus partes, el actor está facultado para proceder ejecutivamente en su contra.

Puede también pedir al juez que pronuncie sentencia definitiva, pero en este caso se presenta la duda de que si el juez está obligado a condenar al demandado. La doctrina y la jurisprudencia han variado en este punto. Unas veces han aplicado un principio del derecho romano, según el cual "el que confiesa se condena a sí mismo", y resuelven que el juez está obligado a pronunciar siempre sentencia condenatoria. En otras ocasiones han decidido lo contrario.⁴

Nosotros creemos que el juez ante la figura del allanamiento está obligado a condenar al demandado, puesto que existe no solamente un reconocimiento o sumisión de la parte atacada a la pretensión litigiosa contra ella dirigida; sino que además existe una confesión de los hechos y aceptación de los fundamentos de derecho invocados por la parte actora.

⁴ Cfr. PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, p. 80.

En la ley adjetiva civil vigente en el Distrito Federal en su artículo 274 sólo impone al juez la obligación de citar para sentencia o de convertir el juicio ordinario en ejecutivo. Lo anterior se ve robustecido con la siguiente tesis jurisprudencial:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VI Segunda Parte-2

Página: 517

DIVORCIO. EFECTOS DEL ALLANAMIENTO PARCIAL DE LA DEMANDA. El artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal expresamente dispone: "Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente ante el juez de los autos si se trata de juicio de divorcio, sin perjuicio de lo previsto en la parte final del artículo 271". De un adecuado y correcto análisis del contenido del numeral transcrito, se desprende que en el mismo no se prohíbe el allanamiento parcial a una demanda de divorcio y al no existir impedimento en ese sentido debe concluirse que la parte reo puede allanarse sólo a una parte de la demanda y oponerse al resto, debido a que tratándose de un divorcio necesario, las causales que dan origen a éste y que se encuentran enumeradas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, son autónomas e independientes una de otra o de otras, razón por la que sí cabe el allanamiento o sumisión de cualquiera de ellas por la parte demandada, sin que ello implique

confesión total de todos los puntos que se cuestionan en la demanda, los que lógica y jurídicamente serán objeto de controversia.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1582/90. Alma Peralta Di'Gregorio. 28 de junio de 1990. Mayoría de votos de los magistrados José Joaquín Herrera Zamora y Víctor Manuel Islas Domínguez, en contra del voto del magistrado Martín Antonio Ríos. Ponente: José Joaquín Herrera Zamora. Secretario: Gonzalo Hernández Cervantes.

b. En el procedimiento que se ventila ante los Juzgados Familiares del Estado de México los efectos que produce los encontramos en el artículo 621 del Código de Procedimientos Civiles que aparece como una limitante o obstáculo a lo dispuesto por el artículo 620 del mismo ordenamiento legal invocado.

Art. 620 C.P.C. "Cuando la demanda fuere confesada expresamente, en todas sus partes, y cuando el actor manifieste su conformidad con la contestación, sin más tramite se pronunciará sentencia".

Art. 621 C.P.C. "Se exceptúa del caso a que se refiere el artículo anterior, cuando se trate de juicio de divorcio necesario, en cuyo caso no bastará la sola confesión de la parte demandada y la conformidad del actor para que se pronuncie sentencia, pues siempre deberá abrirse a prueba y fallarse con vista de las probanzas que se rindan y que adminiculen o no la confesión".

Es manifiesta la confusión del texto legal citado al hablar de "confesada" en vez de "allanamiento" en vista de que la confesión como

actitud del demandado (o la hipótesis reversible del actor) consiste en la admisión de los hechos de la demanda aunque rechazando el derecho y la pretensión, por lo que el litigio judicial continúa. A este respecto el artículo 616 del C.P.C. para el Estado de México refiere que "Cuando no haya controversia sobre los hechos pero sí sobre el derecho, se citará desde luego para la audiencia de alegatos dentro de los cinco días siguientes.

Por su parte, de la simple lectura que se haga del artículo 621 del C.P.C, se advierte que a diferencia del procedimiento que se lleva en el Distrito Federal, en el Estado de México el allanamiento como tal no produce el efecto de obligar al juez a pronunciar sentencia, pues el juicio debe continuar con todas sus etapas y fases procesales que lo componen, incluyendo en éstas la apertura a prueba, mismas que servirán para que el juez al dictar sentencia determine si ha quedado debidamente probado el allanamiento lo que aparece en este ordenamiento como una limitante a la actividad asumida por el demandado, situación que consideramos errónea y a mayor abundamiento la trataremos en el siguiente apartado.

3. LO INUTIL QUE RESULTA EXIGIR SE ABRA A PRUEBA UN JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO SI EL DEMANDADO YA SE ALLANO AL CONTESTAR LA DEMANDA.

Siendo el allanamiento a la demanda la actitud o acto procesal que puede asumir el demandado una vez que ha sido vinculado en la relación jurídica procesal por medio del cual se conforma expresa e incondicionalmente con el contenido de la pretensión que se le reclama reconociendo con ello la procedencia de la acción intentada en su contra y tomando en consideración que el allanamiento casi siempre se efectúa al momento de contestar la demanda, porque debido a la propia naturaleza de esta figura autocompositiva consiste en que el demandado reconozca en este acto la procedencia de la acción intentada; creemos que resulta inútil la exigencia de abrir a prueba un juicio de divorcio necesario si el demandado ya se allano, es en atención a que el allanamiento una vez que ha cubierto las formalidades procesales, es decir que sea expreso, liso y llano, incondicional, ratificado ante la presencia judicial por el demandado y aceptado por el actor extingue la litis en el juicio, entendiéndose por litis “el conflicto de intereses entre las partes calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”.⁵

⁵ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 271.

El allanamiento que se haga a la demanda en todas sus partes termina con la controversia poniendo fin a la relación procesal resultando en consecuencia inútiles la fase probatoria y preconclusiva (alegatos) ya que la finalidad de estas dos fases antes señaladas consiste básicamente en tratar de demostrar la verdad o falsedad de una proposición o la existencia o inexistencia de un hecho o, excepcionalmente de un derecho, y reiterando que el allanamiento a la demanda debe ser en todas sus partes, comprendiendo la relativa a los hechos de la misma, no encontramos cual sea la intención de alargar un procedimiento con la exigencia de abrirlo a prueba ya que para este momento ya existe una confesión expresa con respecto a los hechos que motivaron dicha demanda.

Resumiendo lo anterior podemos decir que cuando el demandado se allana a la demanda de divorcio necesario, es decir se somete a las pretensiones del actor, no es necesario realizar las etapas probatoria y de alegatos por lo cual el juez debe "citar a las partes para oír sentencia", es decir, pasar directamente a la etapa resolutive, tal como se hace en los procedimientos que se ventilan en estas condiciones ante los tribunales del Distrito Federal; por lo que consideramos errónea, pero sobre todo inútil la exigencia de abrir un asunto de esta naturaleza a prueba como lo regula el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, puesto que el allanamiento es un derecho exclusivo del demandado, el cual una vez presentado o promovido pasa también a ser un derecho de la parte actora. Y con dicho allanamiento el actor debe quedar facultado para proceder ejecutivamente en contra del demandado.

Es importante señalar que en el presente caso que estamos analizando "el allanamiento a la demanda es en todas sus partes" por lo que no se puede decir que afecta derechos irrenunciables (que más bien debería hablarse de deberes irrenunciables vgr. Alimentos), así que esto último no puede alegarse en contra de lo que aquí proponemos, y que es que cuando el allanamiento se presente en estas circunstancias, en los Juicios de Divorcio Necesario en el Estado de México es innecesario realizar las etapas probatoria y de alegatos.

En este criterio adoptado por nosotros resulta aplicable lo establecido por la Comisión redactora del Código Civil Federal de 1928 que en una parte de su Exposición del Motivos refiere al divorcio diciendo que "es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también esta interesada la sociedad en que los hogares no sean focos de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos".⁶

No se entiende porque entonces en el caso que nos ocupa, los mismos legisladores refiriéndonos al caso concreto de la Ley adjetiva Civil para el Estado de México y los mismos tribunales hablando en términos generales obstaculizan el propósito de la ley con argumentos estrictamente formalistas que están desprovistos de validez y que lo único que consiguen es alargar y complicar los procedimientos de divorcio necesario que tienen implícita la particularidad del allanamiento por parte del demandado.

⁶ *Ibidem*, p. 1190

A mayor abundamiento debemos recordar que existen familias que se originan y desenvuelven dentro de un matrimonio y que también existen familias sin que exista de por medio la figura del matrimonio entre los progenitores ya que inclusive en ocasiones sólo existe uno de ellos tal es el caso de las madres solteras que deben cumplir a la vez con el papel de madre y padre, al no existir la figura paterna, y no obstante ello, esto no es obstáculo y mucho menos justificación para que los integrantes de esa familia se desenvuelvan de manera normal en una sociedad; ya que a veces resulta ser mejor, misma situación que a veces se presenta en el concubinato.

Así podemos decir que si bien la protección de la familia hace imperativo preservar en lo posible los lazos afectivos entre sus miembros y conservar el respeto, los sentimientos de solidaridad y amor, y la disposición de apoyo recíproco entre los cónyuges, que en ocasiones suelen subsistir entre ellos, aún después de una ruptura necesaria (disolución del vínculo matrimonial), es en beneficio de las partes, pero sobre todo en bien de los hijos, y a fin de lograrlo debe evitarse un juicio desgastante y enconado entre ellos, y permitirles que solucionen sus diferencias de común acuerdo y terminen el litigio a través de la figura del allanamiento que el juez debe evidentemente aprobar si cumple con los requisitos de ley.

La teoría del proceso menciona a la autocomposición "vocablo difundido por el genio del autor italiano Francesco Carnelutti que sostiene es la solución que al conflicto de intereses (litigio caracterizado por la pretensión de una de las partes, frente a la resistencia de la contraparte) proporciona uno o los dos contendientes; dicho de otra manera, es el arreglo al pleito proveniente de las mismas partes que

tienen disposición de su derecho material⁷; y que dicha autocomposición que a su vez comprende entre otras la figura del allanamiento considerada como una forma anormal de dar terminación al procedimiento; con ello se advierte que en la materia civil en general es reconocida la conveniencia de concluir el litigio por medio del allanamiento a una demanda, por lo que siendo más indeseables las diferencias surgidas entre los cónyuges, reclaman con mayor urgencia una vía de solución que evite el desgaste de la relación y econo que son invariable e inevitable consecuencia de una controversia judicial; la parcial, incompleta e interesada versión de los hechos producidos en un proceso judicial; las exageraciones o peor aún las mentiras vertidas por los “defensores” de las partes, producen en éstas generalmente disgusto e indignación, que son destructivos del respeto y de los lazos de amor que antaño unieron a una familia.

Asimismo consideramos que resulta inútil la apertura y desarrollo de la fase probatoria y preconclusiva (alegatos) en los juicios de divorcio necesario si el demandado ya se allano a dicha demanda puesto que a nuestro parecer esta contraviniendo el principio de economía procesal que rige todo procedimiento judicial y que por mandato constitucional debe existir siempre; éste principio busca que el proceso se desarrolle, al decir del maestro Eduardo Pallares, con el mayor ahorro de tiempo, de energías y de costo, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.⁸

⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 271.

⁸ DE PINA Rafael (Cit. Por. ARELLANO GARCIA Carlos. Teoría General del Proceso 6ª. Edición, p. 34.)

Por su parte el maestro Rafael de Pina asevera que por este principio se “afirma la necesidad de que los conflictos de intereses susceptibles de ser resueltos mediante la actividad jurisdiccional en un proceso, sean sometidos a reglas que permitan llegar a una decisión con el menor esfuerzo y gasto, y en el menor tiempo posible, en beneficio de los litigantes, y en general, de la Administración de Justicia”⁹.

Podemos afirmar que este principio está regido por el artículo 17 Constitucional, en la parte que establece expresamente “Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”.

De lo anterior podemos intuir claramente que el principio de economía procesal aquí citado busca el menor desgaste tanto material como emocional, no solamente para las partes que se encuentran en conflicto o dicho de otra manera envueltos en una contienda judicial (en el presente caso en un juicio de divorcio necesario), sino que dicho principio es extensivo aún para el Estado que por medio de los Tribunales competentes, es el encargado de administrar justicia; así que en este orden de ideas podemos decir que es inexplicable entonces que en ese particular se enfatice la necesidad de continuar con un procedimiento con todas sus etapas si ya no existe controversia alguna entre las partes interesadas en el; siendo que el demandado a asumido como actitud el allanamiento a la demanda de divorcio necesario y la parte actora ya manifestó su conformidad con dicho allanamiento.

⁹ Idem.

4. LA NECESIDAD DE DEROGAR EL ARTÍCULO 621 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MEXICO.

Para tratar de explicar el por qué de esta propuesta debemos analizar primero el contenido de los artículos 620 y 621 de la ley adjetiva civil para el Estado de México, ya que ambos numerales van relacionados el uno con el otro, y por supuesto ambos se refieren a la figura del allanamiento.

El artículo 620 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México dice textualmente:

“Cuando la demanda fuere confesada expresamente, en todas sus partes, y cuando el actor manifieste su conformidad con la contestación, sin más trámite se pronunciará sentencia”.

Asimismo y toda vez que aquí hemos abordado la figura del allanamiento como parte integrante de la propuesta que hacemos, aprovechamos este momento para recalcar la manifiesta confusión del texto legal antes citado al hablar de “confesada” en vez de “allanamiento” en vista de que la confesión como actitud del demandado consiste en la admisión de los hechos de la demanda aunque rechazando el derecho y la pretensión, por lo que el litigio judicial continúa; y el allanamiento trae consigo el reconocimiento y sumisión por parte del demandado a la pretensión litigiosa contra él dirigida, además de una aceptación expresa y categórica de los hechos y el derecho, como se puede advertir de lo preceptuado por los artículos 274 del C.P.C. para el Distrito Federal y 620 del C.P.C. del Estado de México

(donde encontramos la confusión). Cabe apuntar que dicha confusión existía también en el C.P.C. para el Distrito Federal por la reforma que sufrió el artículo 274 en fecha 27 de diciembre de 1983; situación que a la postre fue aclarada por la nueva reforma que sufrió el citado artículo en enero de 1987 para quedar como actualmente lo encontramos y que habla de "allanamiento" con lo cual quedo despejada cualquier duda que pudiera haber existido.

"Se exceptúa del caso a que se refiere el artículo anterior, cuando se trate de juicio de divorcio necesario, en cuyo caso no bastará la sola confesión de la parte demandada y la conformidad del actor para que se pronuncie sentencia, pues siempre deberá abrirse el asunto a prueba y fallarse con vista de las probanzas que se rindan y que adminiculen o no la confesión"¹⁰.

Este último artículo que hemos señalado (621) señala una excepción o limitante a la vez, al artículo que le antecede en los casos de divorcio necesario, lo cual creemos es indebido, tan es así que consideramos que el multicitado artículo 621 del Código de Procedimientos Civiles debería ser derogado, dejando de existir con esto ese caso de excepción que se marca en los casos de divorcio necesario, ya que el allanamiento es la figura a que se refiere el artículo 620 del mismo Código, es un derecho exclusivo del demandado, que una vez presentado o promovido pasa también a ser un derecho de la parte actora.¹¹

¹⁰ Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México. Artículo 621.

¹¹ Cfr. BAILÓN VALDOVINOS Rosalío. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México Comentado y Criticado. Editorial Pac., p. 143

Así también podemos señalar que para estar en aptitud de realizar la propuesta consistente en derogar el numeral antes citado debemos de atender al contenido íntegro de este trabajo de investigación, pero sobre todo a las manifestaciones vertidas en los apartados que anteceden y que componen este último capítulo y que en obvio de repeticiones innecesarias esperamos se nos tengan por reproducidas íntegramente en este apartado final.

En otro orden de ideas encontramos sustento para creer que es necesaria la derogación del multicitado artículo 621 del C.P.C. para el Estado de México en otro artículo del mismo ordenamiento legal que es el 215 primer párrafo el cual dice expresamente: "Los Jueces y Tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito". Del contenido de dicho artículo observamos que el allanamiento también puede quedar comprendido en esta disposición puesto que al no existir controversia debe atenderse a la voluntad de las partes y en el presente caso a su deseo de ya no permanecer unidos en matrimonio.

Por tanto si el allanamiento termina el pleito por la desaparición de la oposición procesal por obra de una de las partes, el juez debe quedar constreñido y limitado a declarar formalmente el autoarreglo de la controversia, ante el reconocimiento de la acción como también algunos tratadistas denominan al allanamiento de la demanda. Situación que se ve robustecida con la simple lectura que se haga a lo preceptuado por el artículo 209 del C.P.C. para el Estado de México que a la letra dice: "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y

decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos”.

Otra idea que nos hace insistir en la propuesta de derogar el artículo 621 a que nos referimos es porque creemos que dicho artículo ya no es acorde a la realidad que actualmente se vive en nuestro país por todos nosotros, ya que si bien es cierto el criterio adoptado por los creadores de dicho numeral era preservar el núcleo familiar lo cual no dudamos haya sido bueno, también es cierto que actualmente creemos que ya no cumple con el fin para el que fue creado y que si las leyes de nuestro sistema jurídico mexicano son dinámicas por tratar de buscar una evolución, esta no debe ser la excepción y por tanto debe desaparecer dicho numeral por el bien de nuestra sociedad.

A manera de ejemplo y para evidenciar que el multicitado artículo a que nos referimos aparece como letra muerta en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México podemos señalar que ante la imperiosa necesidad de una pareja unida en matrimonio por disolver este vínculo que hasta ese momento los une y si existen hijos y aun bienes que conformen la sociedad conyugal si es que bajo ese régimen se casaron puede presentarse el caso que una vez esta situación a un abogado litigante, el cual se va a encargar de la tramitación del divorcio de dichos consortes, dicho abogado les sugiera el divorcio por mutuo consentimiento, o en su caso y para evitar las juntas de avenencia que se presentan en esta clase de divorcio, así como la perdida de tiempo por toda la tramitación del juicio de divorcio necesario en el Estado de México que se señale como domicilio del demandado una dirección de un domicilio que se encuentre

comprendido en el Distrito Federal por la cercanía y así poder llevar a cabo la tramitación de un juicio de divorcio necesario donde el demandado se allane a la demanda y lograr su propósito de disolver el vínculo matrimonial de manera pronta, lo cual habrán conseguido por medio de una simulación que en este caso burlo el contenido integro del artículo 621 y su intención implícita en el mismo de preservar en lo posible el núcleo familiar, evitando con ello la perdida de recursos materiales y emocionales para las partes y para el Estado (materiales), ya que de nada serviría prolongar dicho juicio.

También es importante señalar que cuando una pareja o al menos uno de ellos decide tramitar la disolución del vínculo matrimonial es porque la mayoría de las veces se han rebasado los límites de la tolerancia y la comprensión, entre otros y que por lo tanto es muy difícil hacerlos cambiar de opinión una vez que ya lo han iniciado y que en ocasiones resulta benéfico no solamente para ellos sino principalmente para los hijos puesto que en ocasiones la relación familiar se encuentra tan deteriorada por factores económicos, emocionales, etc. , que lejos de ser el divorcio un mal, en muchas ocasiones resulta ser un remedio para todos los integrantes de esas familias.

Para estar en aptitud de realizar una derogación del artículo a que nos hemos referido en este último apartado se debe de atender y realizar en concordancia con los límites y reglas que al efecto establece la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México en su Título Cuarto en todo lo relativo al Poder Legislativo y facultades del Ejecutivo para iniciar, promulgar y publicar leyes decretos o acuerdos que expida la legislatura del Estado, así como a la Constitución Política Federal.

CONCLUSIONES.

1.- Para ampliar nuestra cultura jurídico - histórica en general, debemos estudiar nuestras raíces, avocándonos en esta ocasión a los orígenes del divorcio en el derecho romano, que prevalecen aún hasta la actualidad en nuestro derecho, ya que preponderantemente, la voluntad de los cónyuges continúa considerándose como una forma de divorcio en nuestro país, subsistiendo también el que llamaban de repudiación, sólo que ahora lo conocemos como divorcio necesario.

2.- En el cuerpo del presente trabajo de investigación hemos abordado el tema del divorcio necesario que es aquel que se reclama por uno de los cónyuges en contra del otro, por existir e invocarse una de las causales establecidas en la ley, así como su tramitación ante los Tribunales del Estado de México como parte integrante del mismo, por lo cual nos atrevemos a decir (aunque no sea materia de esta investigación) que a pesar de las diversas opiniones existentes en torno a que el divorcio es "causa" de desintegración familiar o que por el contrario es un mal necesario; nosotros compartimos la idea que el divorcio como institución no puede ser considerado de bueno o malo, sino que se debe contemplar y ser considerado como un medio útil en las relaciones familiares que afortunadamente encontramos regulado por la ley en nuestro sistema jurídico mexicano, que puede y debe ser perfeccionado. La utilidad de ésta figura estriba en que aporta un principio de solución a un conflicto entre cónyuges ofreciendo un instrumento de tipo legal o jurídico para resolver un problema afectivo.

3.- Asimismo nos atrevemos a asegurar que lejos de considerar al divorcio como una forma de desintegración familiar debemos estar conscientes que la real causa de divorcio es el rompimiento o agotamiento de las relaciones y de los sentimientos que llevaron al matrimonio a la pareja (en el derecho romano se conocía como *affectio maritalis*). Y que esta ruptura franca no afecta a los hijos e hijas, como se suele afirmar desde posturas moralizantes; al contrario, frente a las desavenencias cotidianas y conflictos graves que llevan a la ruptura, circunstancias que realmente los dañan, la separación franca y honesta les reporta una mejoría. Así es que si todos nosotros como parte de la sociedad, estamos interesados en el fortalecimiento de la familia debemos centrar nuestra atención en fortalecer los sentimientos de los integrantes del núcleo familiar más que en la cantidad de sentencias de divorcio.

4.- Como resultado de un estudio comparativo, realizado entre el artículo 267 del Código Civil aplicado en Materia Común para el Distrito Federal y el artículo 253 del Código Civil vigente en el Estado de México, se infiere que el divorcio en el derecho mexicano se presenta como una alternativa funcional que la sociedad pone al servicio de los cónyuges cuando su relación ha dejado de ser satisfactoria o ha dejado de cumplir sus fines o se ha vuelto tan conflictiva que deja de tener sentido real el mantener vivo el vínculo matrimonial en esas circunstancias. También debe ser considerado como un estabilizador de las relaciones familiares en casos de conflicto, pues tiene la virtud, como instrumento jurídico de sentar las bases de organización entre los divorciantes y entre éstos y

sus hijos para cuando la convivencia deje de existir (claro esta, derivada de la disolución del vínculo matrimonial).

5.- Cabe apuntar que el divorcio en México es susceptible de ser mejorado tanto en las leyes sustantivas como adjetivas, ya que la mayoría de las causales de divorcio buscan un culpable y con ello lejos de ayudar a la estabilidad de las relaciones familiares, lo único que propicia son conflictos mayores entre las parejas que se divorcian ya que representa un desgaste emotivo y económico el tratar de probar dichas causales, puesto que en ocasiones se requiere mucho tiempo para ello.

6.- El divorcio, considerado como una expresión legal y final que evidencia el fracaso de una relación conyugal permite a los divorciantes intentar una nueva unión lícita que puede prosperar y convertirse en la base de una nueva familia constituida sólidamente que en todo caso puede surgir a raíz de la quiebra inevitable de un matrimonio válido que de permanecer con vida el vínculo matrimonial se convertiría en indebido, injusto y hasta inmoral.

7.- En nuestra legislación, como etapas procesales, son consideradas la instrucción y el juicio; la instrucción se desenvuelve en tres fases, la postulatoria, probatoria y preconclusiva; y la etapa del juicio propiamente hablando es cuando se pasa físicamente el expediente al juez para que dicte la sentencia que en derecho proceda.

8.- La relación procesal en un juicio de divorcio necesario se inicia con la presentación de la demanda, y una vez emplazado el demandado éste da contestación a la misma substanciándose todo el procedimiento, culminando con la sentencia definitiva.

9.- El allanamiento a la demanda como figura autocompositiva es el acto procesal mediante el cual el demandado reconoce expresamente la procedencia de la acción intentada en su contra; y recordando que dicho allanamiento normalmente se lleva a cabo al contestar la demanda porque debido a su propia naturaleza consiste en que el demandado reconozca en dicho acto la procedencia de la acción intentada en su contra, ello no es obstáculo para que se realice durante el curso del juicio con posterioridad a la contestación de la demanda hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia; sea en cualquiera de los dos casos anteriores, el juez debe evidentemente aprobarlo si cumple con los requisitos o formalidades necesarios; aún cuando se presente en los casos de divorcio necesario.

10.- El allanamiento a la demanda para que pueda surtir efectos plenos debe reunir ciertos requisitos o formalidades procesales que a pesar de no estar contemplados en su totalidad por la ley, la doctrina y la practica nos muestran que son:

Por ser un acto de disposición de los derechos litigiosos materia del juicio, únicamente pueden realizarlo con eficacia jurídica quienes están facultados para disponer de ellos.

Normalmente se lleva a cabo al contestar la demanda, aunque también puede hacerse durante el curso del juicio con posterioridad a la contestación de la misma.

El allanamiento siempre debe ser expreso y categórico.

Debe ser liso y llano y no estar sujeto a plazo o condición.

El allanamiento debe ser ratificado ante el Juez que conoce del asunto, por el demandado y si hecho lo anterior, el actor manifiesta su conformidad con el allanamiento, en ese momento se termina la litis.

En consecuencia, creemos que una vez reunidos tales requisitos, el juez debe quedar constreñido a dictar sentencia, aún en los casos de divorcio necesario.

11.-En este mismo orden de ideas consideramos que existe un sinnúmero de razones para creer que resulta inútil la exigencia de la ley adjetiva civil del Estado de México de abrir a prueba un asunto de divorcio necesario si el demandado ya se allano al contestar la demanda; puesto que el demandado al allanarse a la demanda en todas sus partes, a la vez se conforma expresa e incondicionalmente con el contenido de la pretensión que se le reclama, y si el allanamiento cumple con todas las formalidades procesales extingue la litis del juicio; por lo que en consecuencia resultan inútiles la fase probatoria y preclusiva (alegatos) cuyo objetivo es tratar de demostrar la existencia o inexistencia de un hecho o de un derecho. Por tal razón pensamos que es errónea la disposición contenida en el artículo 621 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México que exige la apertura a prueba en esta clase de juicios.

Otra razón importante que apoya el criterio sostenido por nosotros la encontramos plasmada en una parte de la Exposición de Motivos del Código Civil vigente en donde se refiere al divorcio de la siguiente manera "es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente, pero también esta interesada la sociedad en que los hogares no sean focos de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer juntos". De lo anterior podemos concluir que si la ley como tal permite la disolución del vínculo matrimonial en casos de excepción, también debe de eliminar toda clase de obstáculos formalistas contemplados por las mismas leyes, a los cuales debemos sumarle los del personal que labora en los Tribunales; estos obstáculos desprovistos de validez, consiguen alargar y complicar los procedimientos de divorcio necesario que tienen la particularidad del allanamiento por parte del demandado, contraviniendo con esto, el criterio adoptado por la Comisión Redactora del Código Civil vigente para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

12.- Así también, podemos señalar que la protección a la familia hace imperativo preservar en lo posible los lazos afectivos entre sus miembros aún cuando esté a punto de desintegrarse aquella, tratando de conservar el respeto, los sentimientos de solidaridad y de amor, así como el apoyo recíproco entre la pareja y entre éstos y sus hijos debe evitarse en lo posible un juicio de divorcio necesario desgastante tanto emocional y económicamente cuando los cónyuges manifiestan su

decidida voluntad de no permanecer unidos, permitiéndoles solucionar sus diferencias y terminar el litigio a través de la figura del allanamiento (cuando debido a las circunstancias se presente éste en los casos de divorcio necesario).

13.- Al aparecer la figura del allanamiento al momento de contestar una demanda de divorcio necesario hace que se vuelva inútil abrir dicho juicio a prueba puesto que también contraviene el principio de economía procesal que por mandato constitucional debe regir todo procedimiento y que ante todo busca que el proceso se desarrolle con el mayor ahorro de tiempo, de energías y de costo en beneficio de las partes, haciéndose extensivo al mismo Estado encargado de Administrar Justicia, ya que la finalidad del allanamiento es terminar la controversia entre las partes.

14.- En el presente trabajo de investigación hemos abordado la figura del allanamiento y la observancia del mismo a la luz de la legislación procesal civil del Estado de México, como parte integrante de esta crítica; aprovechamos para recalcar la manifiesta confusión del texto legal antes citado que en el artículo 620 habla de "confesada" en vez de "allanamiento", toda vez que como ya lo hemos mencionado en el presente trabajo, se trata de figuras que a pesar de tener similitudes, su naturaleza y fin es completamente distinto. Así que como consecuencia de lo anterior aprovechamos la oportunidad para hacer latente la necesidad de reformar el texto del numeral al que hacemos referencia, a fin de que al igual que en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se establezca expresamente la palabra "allanamiento"

en vez de "confesada" como actualmente se encuentra, ya que esto da motivo a múltiples confusiones.

15.- En base a las consideraciones vertidas en este análisis y crítica que nos tomamos la libertad de hacer y de las cuales apreciamos que es errónea pero sobre todo inútil la exigencia de abrir un asunto de divorcio necesario a prueba, aún a pesar de existir el sometimiento expreso del demandado a las pretensiones reclamadas por el actor (allanamiento a la demanda), creemos que es necesario derogar el artículo 621 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México que actualmente aparece como un caso de excepción, pero a la vez como una limitante exclusiva de los casos de divorcio necesario, ya que el contenido de este artículo aparece como letra muerta en la ley, esto en base a que estimamos ha dejado de estar acorde con la realidad, y por lo tanto debe desaparecer de la ley, claro está con el único fin de buscar una evolución y subsanar errores procesales que pudieran obstaculizar un procedimiento de esta naturaleza.

BIBLIOGRAFIA

A) DOCTRINA:

ALCALA ZAMORA, CASTILLO, Niceto. Ensayos de Derecho Procesal Civil, penal y Constitucional. Buenos Aires, Argentina. 1944.

_____. Proceso, Autocomposición y Autodefensa, 2ª. Edición, México, UNAM, 1970. 328 p.

ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal y Comercial, Tomos I y II. Buenos Aires Argentina, 1942.

ARELLANO GARCIA, Carlos. Derecho Procesal Civil, 3ª. Edición, editorial Porrúa, S.A. México, 1993, 663 p.

_____. Practica Forense Civil y Familiar, 13ª. Edición, editorial Porrúa S. A. México, 1992, 825 p.

_____. Teoría General del Proceso, 6ª. Edición, editorial Porrúa S.A. México 1998. 470 p.

BAILON VALDOVINOS, Rosalio. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México Comentado y Criticado. Editorial Pac. México 1990. 231 p.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, 5ª. Edición, editorial Harla S.A. de C.V. México, 1996, 493 p.

BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México, 14ª. Edición, editorial Porrúa, S.A. México, 1992, 825 p.

BONNECASE, Julian. Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana B.C. 1985. 724 p.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 12ª. Edición, editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1979. 812 p.

CARNELUTTI UTEHA, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Argentina. 1944. 149 p.

CASTILLO LARRAÑAGA José y DE PINA, Rafael. Instituciones de Derecho Procesal Civil, 3ª edición. 427 p.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 3ª. Edición, editorial Porrúa S.A. México, 1994, 526p.

_____. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, 4ª. Edición, editorial Porrúa S.A. México, 1997, 623 p.

COUTURE, Eduardo. Instituciones de Derecho Procesal Civil. 1945.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia, 2ª. Edición, editorial Porrúa, S.A. México, 1981, 312 p.

DE LA PAZ Y FUENTES, Víctor M. Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio, editor Fernando Leguizamo Cortes, México, 1984. 239 p.

DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Tomo I, 18ª. Edición, editorial Porrúa, S.A. México, 1993. 406 p.

DE PINA, Rafael - DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, 26ª. Edición, editorial Porrúa S.A. México, 1998. 525 p.

Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 10ª. Edición, editorial Porrúa, S. A. México 1997.

DORANTES TAMAYO, Luis. Teoría del Proceso, 5ª. Edición, editorial Porrúa S.A. México 1997. 390 p.

Enciclopedia Jurídica Omeba, editorial Driskill, S.A. Buenos Aires Argentina. 1981.

FAIREN GUILLEN, Víctor. La Transformación de la Demanda en el Proceso. 1949.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, 4ª. Edición, editorial Porrúa S. A. México 1980. 754 p.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 46ª. Edición, editorial Porrúa, S.A. México, 1994, 444 p.

GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil, 5ª. Edición, editorial Harla S.A. de C.V. México, 1995. 452 p.

_____. Teoría General del Proceso, 9ª. Edición, editorial Harla S.A. de C.V. México, 1995, 334 p.

LESSONA, Carlos. Teoría de la Prueba en Derecho Civil, 3ª. Edición, Madrid España. 1928.

- LIEBMAN, Enrico Tulio. El Reconocimiento de la Demanda, en Estudios de Derecho Procesal en Honor de Giusoppe Chiovénda. 1927.
- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, editorial Porrúa, S.A. México 1988. 586 p.
- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 5ª. Edición, editorial Porrúa S.A. México, 1992. 429 p.
- MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho, 27ª. Edición, editorial Porrúa S.A. México, 1981. 452 p.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl. Derecho Civil. 3ª. Edición, editorial Porrúa, S.A. 1986. 633 p.
- OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil, 2ª. Edición, editorial Harla S.A. de C.V. México, 1997. 465 p.
- PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, 16ª. Edición, editorial Porrúa S.A. México, 1984. 881 p.
- _____. El Divorcio en México, 6ª. Edición, editorial Porrúa S.A. México 1991. 346 p.
- PENICHE LOPEZ, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil, editorial Porrúa, S.A. México, 1994. 359 p.
- PEREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia, Fondo de Cultura Económica. México, 1994. 368 p.
- PRIETO CASTRO, Leonardo. Exposición del Derecho Procesal Civil de España, 2ª. Edición, Zaragoza, España. 1944. 845 p.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I, 25ª. Edición. editorial Porrúa, S.A. México, 1993. 537 p.
- _____. Derecho Civil Mexicano. Tomo II, 8ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993. 805 p.
- ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo II. Buenos Aires, Argentina. 1955.
- SENTIS MELENDO, Santiago. Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina "El allanamiento a la demanda". Buenos Aires Argentina, 1946. 826 p.

B) LEGISLACION.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Civil del Estado de México.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

C) JURISPRUDENCIA.

Octava Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: VI Segunda Parte-2.

Página: 517

DIVORCIO. EFECTOS DEL ALLANAMIENTO PARCIAL A LA DEMANDA.

Ocatava Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: V Segunda Parte-1

Página: 189

DIVORCIO NECESARIO. LAS CAUSALES QUE LE DAN ORIGEN SON AUTONOMAS E INDEPENDIENTES.