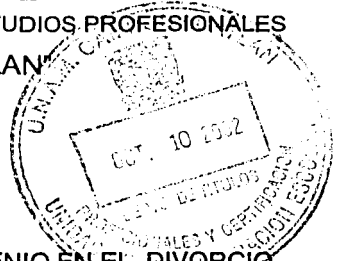


124

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"



MODIFICACION DE CONVENIO EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO, A TRAVES DE UN INCIDENTE Y NO DE UN JUICIO AUTONOMO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: KARINA GONZALEZ COLIN

ASESOR: DR. LAZARO TENORIO GODINEZ



TESIS CON PALLA DE ORIGEN

OCTUBRE, 2002



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

PAGINACIÓN

DISCONTINUA

AGRADECIMIENTOS:

A TI, MI DIOS:

*Aunque de sobre sé que contigo las palabras están de más,
que al transcribirlas en esta hoja son profanas y ausentes,
nunca como hoy, he sentido la necesidad de expresarte de ésta manera,
toda la alegría que invade a mi ser;
nunca como hoy, he sentido la necesidad de agradecerte en estas líneas,
toda tu infinita bondad.*

*Es mucho lo que tengo que decirte, más sin embargo,
no tengo palabras suficientes para hacerlo,
no hay en mi prosaico lenguaje, frases divinas que endulcen tu oído;
de ante mano sé, que tu conoces cuan grande es mi amor hacía ti,
sabes de la paz y tranquilidad que inspira en mí, tu divina presencia;
pero hoy, en estos párrafos, quisiera dejar plasmadas aquellas letras que te
hablen de mi profundo agradecimiento, pues he recibido tanto de ti mi Señor,
y te he dado tan poco;
es por eso, que hoy te digo, mi Dios: mil gracias,
gracias por darme vida,
gracias por cada instante,
por cada segundo que mis ojos contemplan tu poder y tu misericordia,
gracias por todas tus bendiciones,
gracias por estar siempre conmigo,
por no abandonarme nunca, y guiar mis pasos,
gracias por llenarme de tu luz, en los momentos de la terrible oscuridad de mi
alma, y sobre todo,
gracias por dejarme llegar hoy aquí,
gracias por dejarme cumplir un sueño más,
gracias por ser mi esperanza, mi camino y mi fin.*

*A ti mi Señor, mil gracias,
mi vida y mi alma esperan y confían en tu bondad,
en tu gracia, en tu misericordia y la vida eterna a tu lado.
Por siempre mi Dios, mil gracias.*

A MIS PADRES:

JUAN GÓNZALEZ NOGUEZ Y EFRAINA COLÍN ESQUIVEL.

*Gracias por permitirme vivir,
gracias por ser el instrumento de Dios
para existir y estar hoy aquí.*

A TI MAMÁ:

*En especial, mil gracias por tantas cosas que he recibido,
gracias, por dejar crecer en ti un ser, -
un ser, que ahora te agradece ese sacrificio y tanto dolor;
gracias por cuidarme, por tus desvelos,
por tu sufrimiento y tus angustias;
gracias por ser una ejemplo de fortaleza y amor,
gracias por ser una luchadora constante;
gracias por todo tu esfuerzo y trabajo,
porque gracias a ello, no sólo yo,
sino también mis hermanas,
pudieron darte una alegría similar a la que hoy, se te doy;
gracias, porque por ti puedo estar hoy aquí,
puedo realizar este sueño compartido,
puedo ofrecerte este pequeño esfuerzo de mi parte,
que ante tus ojos es un gran triunfo,
pero sabes que ese triunfo es más que mío, sólo tuyo.*

*Gracias por toda tu comprensión,
por todo tu amor, por todo tu cariño, por tu apoyo,
por tus consejos y sobre todo,
gracias por estar conmigo, por guiarme, y darme vida.
Confío en que Dios nos permita estar siempre juntas
y pueda ser yo, ahora tu apoyo y el árbol en el cual
te detengas para descansar y cobijarte.
Mil gracias mamá, mi eterno agradecimiento
y mi profundo amor por siempre.*

A MI TÍO:

JOAQUIN GÓNZALEZ NOGUEZ.

*No tenga palabras para agradecerle toda su ayuda,
ayuda incondicional que a lo largo de este tiempo me ha brindado.
Gracias, porque ha sido usted como un padre para mí,
lo admiro, lo respeto y lo quiero mucho.
Gracias, porque por usted y por mi madre,
fue posible que yo llegara hoy aquí.
Gracias, por su confianza y por su apoyo sin límite.
Con gran admiración y respeto,
mil gracias tío.
Que Dios lo bendiga, lo proteja y lo cuide.*

AL LICENCIADO JUSTINO ARANDA GARCÍA:

*Con especial recuerdo y gran cariño.
Quien por mucho tiempo fue para mí,
más que un compañero de trabajo, más que un amigo;
fue pues, un padre, un padre tierno y comprensivo,
fue mi guía, mi ejemplo a seguir, mi fortaleza y mi consuelo
en los momentos difíciles, en los momentos
de angustia, de desesperación y de incertidumbre.
De sobra sé que estas palabras son por él conocidas,
pues nunca me cansaré de agradecerle toda su amabilidad
su disponibilidad y su paciencia.
Sé, que es por él sabido mi perenne agradecimiento,
por toda su ayuda, su apoyo y su comprensión.
Sin embargo, una vez más le digo:
gracias, por ser una persona capaz de ayudar a quien lo necesita,
gracias, por todos sus conocimientos que amablemente me ha brindado,
gracias, por sus palabras de aliento, de consuelo, por ser el refugio en los
momentos difíciles, por sus ganas de vivir; y,
gracias, por todas las cosas buenas que recibí de usted.
Gracias también le doy a Dios, por haberlo puesto en mi camino,
por haberme permitido conocerlo y compartir
tantos momentos lindos que guardaré siempre en mi corazón.
Gracias por todo licenciado, espero que Dios este siempre con usted,
lo bendiga, le dé paz y felicidad a su alma,
lo cobije con su luz y su misericordia.
Gracias por todo, lic.,
mil gracias, mi eterno agradecimiento y mi cariño por siempre.*

**A MIS HERMANAS:
IVONNE Y ELIZABETH.**

*Mil gracias por todo su apoyo y comprensión,
gracias por ser mis hermanas y estar al pendiente de mí;
gracias por cuidarme y enseñarme,
gracias por darme la fortuna de ser tía;
espero que Dios las bendiga y
les permita ver a sus hijos crecer,
y que el día de mañana, al recuento de su vida,
puedan decir que fueron excelentes madres,
tienen el ejemplo y confío que así será.
Gracias por todo.*

**A MIS SOBRINOS:
ILSE YASARETH, LUIS EDGAR, CHRISTIAN EFRÉN Y GABRIELA IVONNE.**

*En verdad, doy gracias a Dios
por permitirme ser tía de cuatro diablillos
a los que agradezco infinitamente
tantos momentos lindos que me han dado;
lamento que les haya tocado una tía bastante enojona,
pero eso no resta el gran cariño que les tengo,
han sido como mis hijos y como tal los quiero;
confío en que Dios les permita ser felices,
les dé vida, salud y amor,
para que el día de mañana den a sus padres
un poco de lo que han recibido y sean dichosos.
No olviden que los amo.
Gracias, por su comprensión y su cariño.
Que el Señor los bendiga, los guarde y los colme de sus bendiciones.*

**A MIS CUÑADOS:
GABRIEL MARTÍNEZ SÁNCHEZ Y EFRÉN TINOCO CUEVAS.**

*Gracias por su ayuda y comprensión,
gracias por darme la oportunidad de ser tía
y darme como sobrinos a esos cuatro niños que adoro,
gracias por hacer felices a mis hermanas,
por cuidarlas y hacerlas crecer.
Gracias.*

**A MI ASESOR DE TESIS:
DOCTOR LÁZARO TENORIO GODÍNEZ.**

*Con todo mi respeto, con toda mi admiración y mi cariño sincero.
Que palabras puedo decirle a la persona que me ha dado tanto
a lo largo de este tiempo, que frases pueden emplearse para
agradecerle todo lo que he recibido de usted,
que palabras se pueden usar y plasmar en estas líneas, para retribuirle
un poco de lo que me ha brindado.*

*No existen pues, en este mundo, frases llenas de agradecimiento como
las que yo quisiera expresarle, no existen frases que lleven en sus trazos
todo el cariño sincero y la gratitud tan grande que siento por usted;
más sin embargo, sólo le diré una vez más, lo que siempre le he dicho:
Mil gracias licenciado, mil gracias por creer en mí, por confiar en mí,
por darme la oportunidad de aprender a su lado, por crecer
con sus conocimientos y por toda su ayuda, su paciencia, su comprensión,
su apoyo, su dedicación, su esfuerzo y su aprecio,
espero nunca defraudarlo, pues ha puesto su confianza en mí
y eso ha sido mi mayor tesoro.*

*De sobra está decirle, lo que ha significado en mi vida,
ha sido como un padre, un padre que me ha enseñado a luchar,
un padre que sirve día a día de ejemplo, de guía, un padre que nos da las
herramientas necesarias para triunfar,
y que espera de cada uno de nosotros lo mejor en nuestras vidas,
un padre que sufre con nuestras angustias y tristezas,
un padre que se regocija con nuestras victorias, un padre que nos apoya
y que en los momentos de derrota,
nos ayuda a levantarnos, nos da la mano y nos impulsa a seguir adelante,
nos enseña el camino y nos prepara para llegar a la meta;
eso ha sido para mí y lo será por siempre;
aun cuando al paso del tiempo tengamos que separarnos, dejemos el nido y
volemos con nuestras propias alas, cuando deje de ser el árbol
sobre el cual descansamos, aun ahí sus consejos, su sabiduría, su ejemplo,
nos acompañará y nos ayudará a lograr la felicidad y el triunfo profesional.
No me cansare de agradecerle a Dios la oportunidad
que me dio de conocerlo, de ponerlo en mi camino y permitirme ser su alumna.
Pido a mi Señor que lo conserve por muchos años más,
tiene tanto que dar, tanto que ofrecer, tanto que enseñar,
que la vida misma será vana para que pueda usted transmitir
ese cúmulo de cosas buenas a los demás.
Pido a Dios porque lo llene de dicha y felicidad tan merecida,
porque lo colme de sus bendiciones
y lo siga guiando por el camino de gloria y triunfo
que hasta hoy ha venido andando.
Pido a Dios, por su familia, porque siga siendo ejemplo de unidad y amor.
Que Dios los bendiga, los guarde y los proteja.
Mil gracias por todo licenciado, en verdad, mil gracias por siempre.*

A MIS COMPAÑEROS DE ESCUELA:

*Con especial recuerdo y agradecimiento
a todos mis compañeros y amigos de Acatlán,
pues juntos caminamos a lo largo de cinco años
por los pasillos de nuestra escuela,
juntos escuchamos a los profesores en sus aulas, y
juntos concluimos lo que para todos significaba un sueño, una ilusión.
Gracias por tantos momentos agradables que pasan a formar parte
de nuestra historia, de una historia por nosotros compartida.*

A MIS AMIGOS:

**SUSANA HAYDEE RODRÍGUEZ MERA, LAURA MEJÍA SOSA, CLAUDIA SALINAS
RODRÍGUEZ Y JUAN JIMÉNEZ GARCÍA.**

*No tengo palabras en verdad para agradecerles
todo lo buenos que han sido conmigo,
no tengo palabras para agradecerles
todo lo que han hecho por mí,
pero sobre todo, no tengo palabras para agradecerles
todo su aprecio, su apoyo y su comprensión.
De sobra saben que es mucho el cariño que siento
por todos ustedes, que es mucho mi agradecimiento y mi aprecio.
De todos y cada uno poseo gratos y lindos momentos
que llevaré siempre conmigo,
a todos y a cada uno los guardo en un pedacito de mi corazón.
Y, aún después del tiempo y la distancia,
cuando cada uno de nosotros haya encontrado su camino,
siempre, los tendré presentes y mi agradecimiento y mis buenos deseos
los acompañaran a donde vayan.
Mil gracias por tanto y por todo.
Gracias le doy a Dios por haber puesto en mi vida
a compañeros de trabajo tan lindos como ustedes
quienes han sabido ser más que compañeros, buenos amigos.
Confío en que nuestra amistad dure por muchos años más,
por siempre.
Que Dios los bendiga, los proteja y les dé
la felicidad que se merecen.*

**A MIS AMIGOS DE TODA LA VIDA Y A TODOS AQUELLOS QUE DE UNA U OTRA
FORMA ME APOYARON EN LA REALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO.**

Mil gracias.

**CON ESPECIAL GRATITUD A LOS INTEGRANTES DEL HONORABLE SINODO,
PROFESORES:**

**DR. LÁZARO TENORIO GODÍNEZ.
LIC. ARTURO GÓNZALEZ JIMÉNEZ.
LIC. JAVIER PÉREZ JIMÉNEZ.
LIC. JOEL HÉCTOR VILLAREAL LUNA.
LIC. ANICETO BAUTISTA CARTE.**

*Mi infinito agradecimiento por todas sus
atenciones y facilidades proporcionadas
durante la realización de este trabajo.
Gracias, por su tiempo y dedicación,
gracias, por su amabilidad y disposición,
gracias, por formar este sínodo y
gracias, sobre todo, porque son también parte trascendental
en la realización y culminación de este sueño,
que hoy empieza a hacerse realidad.
Mil gracias.*

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MUY EN ESPECIAL, A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ACATLÁN:**

*Mi muy querida Universidad,
mi mayor agradecimiento es para ti,
pues me diste la oportunidad de ser una más de tus hijos,
de tus discípulos, de tus pupilos que glorifican y enaltecen tu nombre.
Gracias, pues a través del Campus Acatlán me permitiste recibir bastos
conocimientos en esas tus aulas que tanto añoro.
Gracias, por darme las armas con las cuales lucharé
por un lugar en el campo profesional en el que tu me preparaste.
Gracias, por ser la parte toral de mi gran sueño.
Gracias por abrirme tus puertas, por cobijarme
y acogerme en tus brazos.
Espero nunca defraudarte y verdaderamente
poder enaltecerte y glorificarte.
Mil gracias.*

A TODOS Y CADA UNO DE MIS PROFESORES:

*Que a lo largo de estos cinco años me dieron
tantas cosas de ellos mismos,
pues además de brindarme sus conocimientos
en el campo del derecho,
también dejaron en mí, huellas de su persona.
Todos sin excepción, fueron excelentes profesores,
pero sobre todo, excelentes seres humanos
que llevaré siempre en mi recuerdo,
y a los que les estaré eternamente agradecida por su ayuda,
y sobre todo por sus conocimientos compartidos.
Gran valor tienen ante mis ojos, pues gracias a ellos,
gracias a su vocación de enseñar, de servir,
nuestro país será cada vez menos inculto
y el progreso será la meta alcanzada por todos.
Mil gracias.*

Muy en especial a los Profesores:

*María del Carmen Verónica Ramírez Marín, Claudia Ávila Pérez,
Patricia Vasconcelos Aguilera, Alejandro Lemus Lara,
Ricardo H. Zavala Pérez, Mario López Hernández,
Andrés Francisco Bocanegra y Fuentes,
Antonio Solano Sánchez Gavito, Abel Caro Sandoval,
Julio Antonio Ramírez Chelala, Francisco Javier Huizar Ortega,
Andrés Oviedo de la Vega, Raúl Chávez Castillo, Carlos Enrique Castro Esparza,
y Leoncio Camacho Morales.*

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO	
I. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL DISTRITO FEDERAL.	1
1.1. DEL MATRIMONIO.	1
1.1.1. En el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1870.	5
1.1.2. En el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1884.	8
1.1.3. En la Ley Sobre Relaciones Familiares, de 1917.	8
1.1.4. En el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928.	14
1.2. DEL DIVORCIO.	17
1.2.1. En el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1870.	18
1.2.2. En el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1884.	25
1.2.3. En la Ley Sobre Relaciones Familiares, de 1917.	30
1.2.4. En el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928.	38
1.3. DE LOS INCIDENTES.	45
1.3.1. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, de 1872.	46
1.3.2. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, de 1880.	48
1.3.3. En el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1884.	50
1.3.4. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios Federales, de 1932.	52

CAPITULO SEGUNDO

I. CONCEPTOS GENERALES.

2.1. DEL MATRIMONIO.	55
2.1.1. Concepto.	55
2.1.2. Naturaleza Jurídica.	60
2.2. DEL DIVORCIO.	72
2.2.1. Concepto.	74
2.2.2. Naturaleza Jurídica.	77
2.3. DEL CONVENIO.	78
2.3.1. Concepto.	78
2.3.2. Naturaleza Jurídica.	85
2.4. DE LOS INCIDENTES.	88
2.4.1. Concepto.	88
2.4.2. Naturaleza Jurídica.	93
2.4.3. Clasificación de los Incidentes.	96
2.4.4. Procedimiento en la Tramitación de Incidentes.	98

CAPITULO TERCERO

I. TIPOS DE DIVORCIO.

3.1. DIVORCIO ADMINISTRATIVO.	111
3.2. DIVORCIO JUDICIAL.	115
3.2.1. Divorcio Voluntario.	120
3.2.2. Divorcio Necesario.	122

CAPITULO CUARTO

I. SECUENCIA PROCEDIMENTAL DEL DIVORCIO VOLUNTARIO.

4.1. SOLICITUD PARA OBTENER EL DIVORCIO VOLUNTARIO ANTE UN JUEZ DE LO FAMILIAR.	155
4.1.1. Convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal.	161
4.2. REPRESENTACION SOCIAL DEL MINISTERIO PUBLICO.	177

4.3. JUNTAS DE AVENENCIA.	183
4.4. SENTENCIA DEFINITIVA.	190

CAPITULO QUINTO

I. ESTUDIO TEORICO – PRACTICO RELATIVO A LA MODIFICACION DEL CONVENIO PRESENTADO EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO, UNA VEZ EJECUTORIADA LA SENTENCIA DEFINITIVA.

210

5.1. CRITERIO OBSERVADO EN PRIMERA INSTANCIA.	213
5.2. CRITERIO OBSERVADO EN SEGUNDA INSTANCIA.	217
5.3. CRITERIO OBSERVADO POR LA AUTORIDAD FEDERAL.	222
5.4. APORTACIÓN PERSONAL.	238

CONCLUSIONES	261
---------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	272
---------------------	-----

INTRODUCCION

En nuestro país, como en todo el mundo, la familia ha sido y es considerada como la base de toda sociedad; esencialmente en México, y a raíz de la promulgación de la Ley Sobre el Matrimonio, del veintitrés de julio de mil ochocientos cincuenta y nueve, se estatuye en los Registros Civiles al contraer matrimonio, la lectura obligada de la llamada Epístola de Melchor Ocampo, la cual, entre otras cosas, consideraba a la familia como la célula esencial de la sociedad y al matrimonio, como el único medio moral de fundarla, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo; más sin embargo, no siempre la familia o mejor dicho, los individuos que la conforman, se encuentran en la disponibilidad de mantenerla unida durante toda la vida, no siempre, se encuentran lo suficientemente preparados o no son aptos para resistir y sobrevivir con las cargas y obligaciones que el matrimonio acarrea, por lo que, a pesar del esfuerzo de Melchor Ocampo y del interés que el Estado tiene en conservar a la familia, se da y cada vez con más frecuencia, la ruptura de ese matrimonio y por ende de la familia, situación tan real y tan cotidiana en todos los tiempos, que el propio derecho no pudo en su momento desconocer y se vio en la necesidad de regular lo que acababa con tan fabulosa pretensión, esto es, el divorcio, traducido en la disolución del vínculo matrimonial, y tan antiguo como el mismo matrimonio.

Si adoptamos una posición un poco irreverente, diremos, que el derecho se ha empeñado en crear más formas de disolver el matrimonio que de mantenerlo unido, ya que resulta en muchas ocasiones más complicado y laborioso casarse, que divorciarse; pues existen en nuestra legislación civil, tres formas de divorcio, siendo divorcio necesario, voluntario judicial y voluntario administrativo, para que de acuerdo al supuesto en el que se encuentren los consortes opten por el que mejor les convenga.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

No debemos olvidar ni menospreciar, la utilidad de esta figura jurídica, ya que si bien, acaba con la ilusión del Estado y la buena intención de Melchor Ocampo, también, viene a solucionar un sin fin de problemas y dificultades que se suscitan entre los cónyuges haciendo imposible la vida matrimonial y que a la larga, si no se aplicara convertiría a la propia sociedad y en especial a sus integrantes, en verdaderos seres infelices, llenos de frustración, resentimiento y odio.

Ahora bien, considerando pues la utilidad y aplicabilidad del divorcio en la sociedad, en el presente trabajo nos abocaremos en específico, a uno de los tipos de éste, siendo el divorcio voluntario judicial o por mutuo consentimiento, y más aun, abordaremos esencialmente una situación que se presenta una vez que se decretó la disolución del vínculo matrimonial por la autoridad competente, con relación a la modificación del convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil.

Respecto a este tema en especial, resulta por todos sabido, que para obtener el divorcio por mutuo consentimiento, tal y como lo dispone nuestra legislación civil, concretamente el numeral 273, los solicitantes, deben exhibir un convenio en el cual se establezca la forma de cómo regirán sus vidas en el futuro, cuestiones relacionadas con la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces habidos en el matrimonio, así como el modo de subvenir a sus necesidades alimentarias, la designación de la persona a la que le corresponderá el uso de la morada conyugal durante el procedimiento, la casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos, la cantidad que por concepto de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, la forma de administrar y liquidar la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se contrajo el matrimonio y por último, las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga consigo a los menores ejercerá su derecho de convivencia con ellos.

Cuando el pacto exhibido por los divorciantes cumple mínimo con estos rublos, el juez de lo familiar, en su caso, decretará la disolución del vínculo matrimonial, en virtud de la sentencia que para tal efecto dicte, pero en el presente trabajo, nos situaremos en un momento posterior a éste, esto es, ya los consortes tomaron la decisión de dar por concluido su matrimonio mediante el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento, ya presentaron ante la autoridad competente su solicitud y exhibieron su convenio, el cual cumplió con los requisitos exigidos por la ley, en consecuencia, el juzgador decretó el divorcio y la sentencia causó ejecutoria; pero con el paso del tiempo y por la naturaleza misma del individuo quien se encuentra en constante cambio y en constante evolución, las disposiciones plasmadas en el pacto original, llegan a resultar inaplicables e inútiles a su realidad, y es aquí, donde verdaderamente nos detendremos con especial interés, pues la primer interrogante que le surgiría a aquel que se encuentre en tal circunstancia sería ¿cómo voy a adecuar ese convenio ahora obsoleto, a mi nueva situación, a mis nuevas necesidades, cómo voy a demandar la modificación parcial o total de un acuerdo que fue ya elevado a cosa juzgada?. En específico, es éste el tema que trataremos a lo largo del presente trabajo, la modificación del convenio de divorcio voluntario una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, la vía idónea para ello y su tramitación, ya que tal vez a simple vista parezca obvia la respuesta, pero a lo largo del desarrollo nos daremos cuenta que en la práctica, no lo es.

Iniciaremos pues, en el Capítulo Primero, exponiendo los antecedentes históricos de las tres figuras esenciales e indispensables en este trabajo, el matrimonio, el divorcio y los incidentes, señalando como a lo largo de nuestras legislaciones civil y procesal civil, se ha considerado y regulado a cada una de ellas; retomaremos esencialmente, lo plasmado en los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, y los Códigos Procesales de 1872, 1880, 1884 y 1932.

En el Segundo Capítulo, citaremos los conceptos generales que conforman el presente estudio, mostrando la definición que del matrimonio nos da la doctrina y el Código Civil, así como, su naturaleza jurídica. En los mismo términos, se hablará del divorcio y del convenio. Por último, expondremos lo relativo a los incidentes, su clasificación y el procedimiento en su tramitación. Lo anterior, con el fin de conocer a fondo estas figuras, que como hemos dicho, son la parte toral del presente trabajo, pues debemos partir de la idea, de que no puede existir el divorcio si no existe previamente un matrimonio que disolver, y que en el divorcio voluntario judicial el papel que juega el convenio es trascendental.

Con relación al Capítulo Tercero, abordaremos en él, los distintos tipos de divorcio que consagra nuestra legislación civil, esto es, administrativo y judicial, este último en sus dos modalidades, por mutuo consentimiento y necesario, tratando de explicar a grandes rasgos cada uno de ellos, sus características, sus requisitos de procedibilidad y su tramitación ante las autoridades competentes.

Por lo que respecta al Cuarto Capítulo, nos abocaremos específicamente a la secuencia procedimental del divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, hablaremos pues, de la manera de echar andar la maquinaria judicial iniciando el procedimiento de la disolución del vínculo matrimonial mediante esta forma, señalando, las características que debe poseer la solicitud que deberán presentar los divorciantes con el fin de obtener el divorcio ante un juez de lo familiar; así como, las peculiaridades del convenio a que se refiere el precepto 273 del Código Sustantivo Civil, recalcando lo conducente respecto a cada una de las fracciones de dicho artículo; así también, comentaremos la participación que en este tipo de divorcio tiene el Ministerio Público, su función y sus facultades; la forma en la cual se llevan a cabo las juntas de avenencia que exige la ley, y por último, de la sentencia definitiva, su estructura y contenido.

Finalmente, en el Capítulo Quinto, expondremos el resultado de una investigación de campo realizada en los Juzgados y Salas Familiares del Tribunal

Superior de Justicia del Distrito Federal, con relación a la vía idónea por la cual debe llevarse al cabo la modificación de convenio en el divorcio voluntario una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, título y tema del presente estudio; así también, analizaremos y desmembraremos el contenido de diversas resoluciones, tesis y jurisprudencias emitidas por los Tribunales Federales, todo esto con el fin de establecer y rebatir el criterio de cada uno de estos funcionarios en cuanto al tema en discusión, siendo de esta forma, en la cual dejaremos clara nuestra postula como aportación personal, dando así por concluido el presente trabajo.

CAPITULO PRIMERO

I. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL DISTRITO FEDERAL.

1.1. DEL MATRIMONIO.

En nuestro país y a partir de la dominación española, la regulación del matrimonio y de las relaciones jurídicas entre los cónyuges se establecían de acuerdo con el derecho canónico; la Iglesia Católica, a través de sus miembros, ministros y de los Tribunales Eclesiásticos, intervino para dar validez al matrimonio y resolver las cuestiones que surgían con ese motivo; esta situación prevaleció en México hasta mediados del siglo XIX, en efecto, el veintisiete de enero de mil ochocientos cincuenta y siete, se publicó la Primera Ley que fundó en México las oficinas del Registro Civil, considerada dentro de las llamadas Leyes de Reforma, y cuyos artículos relativos al matrimonio disponían:

"Artículo 65. Celebrado el Sacramento ante el párroco y previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el Oficial del Estado Civil a registrar el contrato de matrimonio.

Artículo 66. El registro tendrá el año, mes, día y hora en que efectúa; los nombres, apellidos, origen, domicilio y edad de los contrayentes, de sus padres, abuelos o curadores y de los padrinos; el consentimiento de los padres o curadores o la constancia de haberse suplido por la autoridad competente en caso de disenso; la partida de la parroquia; el consentimiento de los consortes; la declaración de dote, arras, donación propter-nupcias, y cualquiera relativa a los derechos que mutuamente adquieren los consortes; los nombres, etc., de los testigos, que deben ser dos por el marido y dos por la mujer, expresándose si son parientes y en que grado; la solemne declaración que hará el Oficial del Estado Civil de estar registrado legalmente el contrato.

Artículo 71. El matrimonio será registrado dentro de cuarenta y ocho horas después de celebrado el Sacramento.

*Artículo 72. El matrimonio que no esté registrado, no producirá efectos civiles."*¹

¹ VERDUGO. Agustín. Principios de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. México, 1885. págs. 433 - 435.

Posteriormente, Don Benito Juárez García, el veintitrés de julio de mil ochocientos cincuenta y nueve, promulgó un Decreto llamado "LEY SOBRE EL MATRIMONIO", el cual lo definía y concretaba como un contrato civil reglamentado por el estado, y cuyos numerales más sobresalientes textualmente establecían:

Artículo 1°. El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquéllas y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.

Artículo 2°. Los que contraigan el matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados.

Artículo 3°. El matrimonio civil no puede celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer. La bigamia y la poligamia continúan prohibidas y sujetas a las mismas penas que les tienen señaladas las leyes vigentes.

Artículo 5°. Ni el hombre antes de catorce años, ni la mujer antes de los doce, pueden contraer matrimonio. En casos muy graves, y cuando el desarrollo de la naturaleza se anticipe a esta edad, podrán los gobernadores de los Estado y el del Distrito, en su caso, permitir el matrimonio entre estas personas.

Artículo 9°. Las personas que pretendan contraer matrimonio se presentarán a manifestar su voluntad al encargado del Registro Civil del lugar de su residencia. Este funcionario levantará un acta en que conste el nombre de los pretendientes, su edad y domicilio, el nombre de sus padres y abuelos de ambas líneas, haciendo constar que los interesados tienen deseo de contraer matrimonio. De esa acta, que se asentará en un libro, se sacarán copias que se fijarán en los parajes públicos, a fin de que llegando la noticia al mayor número posible de personas, cualquiera pueda denunciar los impedimentos que sepa tiene los que pretende el matrimonio. Cuando se trate de personas que no tiene domicilio fijo, el acta permanecerá en los parajes públicos por dos meses.

Artículo 10. Pasados los términos que señala el artículo anterior, y no habiéndose objetado impedimento alguno a los pretendientes, el Oficial del Registro Civil lo hará constar así, y a petición de las partes se señalará el lugar, día y hora en que deba celebrarse el matrimonio. Para este acto se asociará con el alcalde del lugar y procederá de la manera y forma que se expresa en el artículo 15.

Artículo 15. El día designado para celebrar el matrimonio ocurrirán los interesados al encargado del Registro Civil, y éste, asociado del alcalde del lugar y dos testigos más por parte de los

contrayentes, preguntará a cada uno de ellos, expresándolo por su nombre, si es su voluntad unirse en matrimonio con el otro. Contestando ambos por la afirmativa, les leerá los artículos 1, 2, 3 y 4 de esta ley, y haciéndoles presente que formalizada ya la franca expresión de consentimiento y hecha la mutua tradición de las personas queda perfecto y concluido el matrimonio, les manifestará: Que éste es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo, que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del genero humano.... (lo que en la actualidad se conoce como la Epístola de Melchor Ocampo).

Artículo 17. Concluido el acto del matrimonio, se levantará el acta correspondiente, que firmarán los esposos y sus testigos, y que autorizará el encargado del Registro Civil y el Alcalde asociado, asentándola en el libro correspondiente. De esta acta dará a los esposos, si lo pidiesen testimonio en forma legal.”²

En ambas leyes se desconoció por completo el carácter religioso que hasta entonces, había tenido el matrimonio como sacramento, para hacer de él, en adelante, sólo un contrato civil, encomendándose a los jueces del estado civil las solemnidades del mismo, como una facultad del estado.

Con posterioridad a estos ordenamientos, se dieron en nuestro país muchas y variadas leyes y decretos promulgados en su mayoría, por el entonces Presidente de la República Mexicana, Don Benito Juárez García, tales como la LEY DEL REGISTRO CIVIL del veintiocho de julio de mil ochocientos cincuenta y nueve; DECRETO DE JUÁREZ, del cuatro de diciembre de mil ochocientos sesenta; Ley del dos de mayo de mil ochocientos sesenta y uno, sobre IMPEDIMENTOS DE MATRIMONIO; Decreto del cinco de julio de mil ochocientos sesenta y dos, sobre MATRIMONIOS CELEBRADOS EN ARTÍCULO DE MUERTE; y, DECRETO DE JUÁREZ del cinco de diciembre de mil ochocientos sesenta y siete, revalidando los matrimonios del Imperio; así como, las promulgadas durante la intervención francesa y el Imperio de Fernando José Maximiliano de Habsburgo, como son Decretos del veintinueve de marzo, dos de abril y tres de noviembre de mil ochocientos sesenta y cuatro; LEY DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL, en el

² Leyes de Reforma. Gobierno de Comonfort y Juárez. (1856-1863). El Liberalismo Mexicano en Pensamiento de Acción. Volumen V, Empresas Editoriales, S.A., México, 1955, págs. 114 - 125.

Imperio, del primero de noviembre de mil ochocientos sesenta y cinco, y el CÓDIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO, del seis de julio de mil ochocientos sesenta y seis, mismas que fueron el inicio y dieron la pauta a una legislación más estable, unificada y concreta, en la entonces conflictiva y exageradamente golpeada República Mexicana.

Algo trascendental y no que puede quedar fuera de nuestro estudio, tal vez los es, el hecho de que bajo el gobierno de Sebastián Lerdo de Tejada, el día veinticinco de septiembre de mil ochocientos setenta y tres, se publicó el Decreto 7,200 que DECLARA ADICIONES Y REFORMAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, de mil ochocientos cincuenta y siete, en la cual, la idea del matrimonio como contrato civil fue elevada a la categoría de ley constitucional; el texto en su parte conducente decía:

"Son adiciones y reformas a la misma Constitución:

*Artículo 2°. El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del Estado Civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan."*³

Como consecuencia lógica de la reforma en comento, el catorce de diciembre de mil ochocientos setenta y cuatro, siendo aún Presidente Sebastián Lerdo de Tejada, se publicó la LEY ORGÁNICA, bajo el numeral 157, la cual, en la parte relativa rezaba así:

"Artículo 22. El matrimonio es un contrato civil y tanto él como los demás actos que fijan el estado civil de las personas, son de las exclusivas competencias de los funcionarios del orden civil en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Artículo 23. Corresponde a los Estados legislar sobre el estado civil de las personas y reglamentar la manera con que los actos relativos deben celebrarse y registrarse, pero sus disposiciones

³ DUBLÁN, Manuel y José María Lozano. Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones expedidas desde la Independencia de la República. Edición Oficial, Tomo XII, México, 1882, págs. 502 - 503.

deberán sujetarse a las siguientes bases:.... VII. El matrimonio civil no podrá celebrarse más que por un hombre con una sola mujer, siendo la bigamia y la poligamia delitos que las leyes castigan. VIII. La voluntad de los contrayentes libremente expresada en la forma que establezca la ley, constituye la esencia del matrimonio civil; en consecuencia, las leyes protegerán la emisión de dicha voluntad e impedirán toda coacción sobre ella. X. El matrimonio civil no podrá celebrarse por personas que por incapacidad física no puedan llenar los fines de ese estado, ni por aquéllas que por incapacidad moral no pueden manifestar su consentimiento. El matrimonio que en estos casos llegare a celebrarse deberá declararse nulo a petición de una de las partes. XIII. La ley ni impondrá ni proibirá los ritos religiosos respecto del matrimonio. Los casados son libres de recibir o no las bendiciones de los ministros de su culto, que tampoco producirán efectos legales.”⁴

Debemos aclarar, que cuando la Constitución General de la República y Ley Orgánica en estudio fueron reformadas, ya había sido promulgado el Código Civil del Distrito Federal, de mil ochocientos setenta, pero por razón de método, es que lo exponemos con anterioridad.

1.1.1. En el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1870.

Hacia el año de mil ochocientos setenta, se promulga en nuestro país, el CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, el cual, estuvo vigente en la residencia de los Poderes Federales y el Territorio de la Baja California, desde el primero de marzo del año siguiente, siendo entonces Presidente de la República, Don Benito Juárez García, derogando expresamente toda la legislación anterior, este ordenamiento sigue las directrices del Código Civil de Napoleón, aceptando la idea del matrimonio contrato en los términos de una

⁴ Recopilación de Leyes, Decretos y Providencias de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión. Formulada por la Redacción del Diario Oficial. Tomo XX, relativo a de julio a diciembre de 1874, Imprenta del Gobierno en Palacio, México, pág. 585 y sigs.

"Sociedad Legítima", de la que lógicamente, queda excluida la competencia canónica, como se observa en los preceptos relativos:

"Artículo 159. El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Artículo 160. La ley no reconoce esponsales de futuro.

Artículo 161. El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige."⁵

Asimismo, en los numerales 198 a 201 y 204 a 207, obligó a ambos cónyuges a guardarse fidelidad, a socorrerse mutuamente y a contribuir a los objetos del matrimonio; confirió al esposo la potestad marital sobre la mujer, obligando a ésta a vivir con aquél y a obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos, en la administración de los bienes, y a recabar la licencia del esposo para comparecer en juicio, para enajenar bienes y para adquirirlos a título oneroso; obligó al marido a dar protección y alimentos a la esposa; en los preceptos 383, 392-I y 393, otorgó al padre en exclusiva la patria potestad sobre los hijos, ya que sólo a falta de aquél podía la madre entrar al ejercicio de esa potestad; en los artículos 2102 y 2131 a 2204, permitió las capitulaciones matrimoniales expresas, pero en defecto de ellas estableció el régimen legal de gananciales minuciosamente reglamentado; en sus numerales 383 y 3460 a 3496, clasificó a los hijos en legítimos y fuera de matrimonio, subdividiendo a estos últimos, en naturales y en espurios, principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón de la diversa categoría a que pertenecían.

En su parte expositiva, la legislación en comento establecía:

"Título Quinto, DEL MATRIMONIO. El Capítulo I contiene las calidades y condiciones que la ley requiere para que se celebre debidamente el matrimonio. La comisión ha hecho algunas

⁵ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. (1870). Tip. de Aguilar e Hijos, México, 1879, pág. 143.

innovaciones y fijado claramente los puntos que han sido objeto de alguna duda.... Se ha sostenido la edad de catorce y doce años como bastante para contraer matrimonio; porque entre nosotros es esa una verdad práctica, y porque es un deber del legislador prevenir los delitos, que en esta materia serían inevitables, especialmente en los pueblos pequeños ó muy lejanos. Conforme a las leyes vigentes sólo los padres ó los abuelos paternos deben dar el consentimiento. Como la comisión ha creído que las madres y abuelas deben ejercer la patria potestad, ha creído también que tiene el mismo derecho que los padres. Esta disposición quedará mejor fundada al tratarse de la patria potestad.... La comisión ha creído también, que supuesta la disminución que se ha hecho de la edad para la mayoría, no hay ya una razón tan fundada como antes para designar distinta época en este caso, y por lo mismo propone que hasta los veintiún años, tanto los hombres como las mujeres necesitan el consentimiento del ascendiente para contraer matrimonio.... El Capítulo III, de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio. En él se han prevenido la fidelidad; la vida conyugal; la racional autoridad del marido; la justa prohibición a la mujer de enajenar sus bienes y obligarse sin licencia de su marido; el modo de suplir ésta; los casos en que no es necesaria y la declaración expresa de que el marido es el legítimo administrador de los bienes, con las debidas restricciones para el caso de que sea menor de edad. Como todos estos puntos son de derecho común, no parece necesario fundarlos; pero hay además dos que la comisión juzga conveniente explicar. El primero es el precepto que impone a la mujer rica la obligación de dar alimentos al marido pobre e impedido de trabajar. Si la reciprocidad es necesaria y útil en todos los actos de la vida social, en el matrimonio es la condición más sólida de la felicidad. En consecuencia, así como el marido está obligado a dar alimentos a la mujer, aunque éste sea pobre, así también debe tener derecho a ellos cuando además de carecer de bienes, esta impedido de trabajar. Esta segunda condición evitará el abuso a que la primera pudiera dar lugar; pues el marido de una mujer rica verá que tiene obligación de trabajar, y que la sola pobreza no le autoriza para vivir a expensas de su consorte. El segundo es la limitación puesta a la obligación que la mujer tiene de seguir a su marido. En dos casos debe cesar esa obligación. El primero cuando así se haya pactado en las capitulaciones matrimoniales, el segundo cuando el marido se traslade a país extranjero."⁶

⁶ Ibid., páas. 14 - 17.

1.1.2. En el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1884.

El día treinta y uno de marzo de mil ochocientos ochenta y cuatro, como Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Don Manuel González, promulga el segundo CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, que además de derogar al anterior, comenzó a regir desde el primero de junio de ese año; en él, se siguió el lineamiento general que había marcado su antecesor, introduciendo como única innovación importante, el principio de la libre testamentifacción que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las legítimas en perjuicio principalmente, de los hijos de matrimonio; pero de nuestro tema en estudio, todo continuó igual, como podrá verificarse por la lectura de los siguientes preceptos:

"Artículo 155. El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Artículo 156. La ley no reconoce esponsales de futuro.

*Artículo 157. El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige."*⁷

Este Código, también incluyó las disposiciones "DEL MATRIMONIO" en el Título Quinto y particularmente en su Capítulo Primero, lo definió, dentro "DE LOS REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO", en la misma forma que el de mil ochocientos setenta.

1.1.3. En la Ley Sobre Relaciones Familiares, de 1917.

⁷ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. (1884). Tip. y Lit. La Europea de Aguilar Vera y Compañía, México, 1906, pág. 33.

La LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES, que derogó los Capítulos y Títulos relativos del Código Civil de mil ochocientos ochenta y cuatro, fue expedida por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, Don Venustiano Carranza, el nueve de abril de mil novecientos diecisiete y publicada en el Diario Oficial, de los días catorce del mismo mes al once de mayo siguiente, fecha en que entró en vigor, como lo disponía su artículo 10° transitorio.

Los cambios aportados en esta Ley que produjeron una transformación substancial en la familia y en el matrimonio, pueden condensarse en cinco puntos, a saber: 1. Formuló en su numeral 13, la misma definición del matrimonio que el viejo Código Civil de mil ochocientos setenta, pero substituyó el adjetivo indisoluble por el de disoluble, para quedar como: "el matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida"; 2. Igualó dentro del matrimonio al hombre y a la mujer, suprimiendo la potestad marital y confiriendo a ambos consortes la patria potestad, si bien, distribuyó en la ley las cargas del matrimonio, porque a manera de regla general impuso al marido el deber de dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar y a la vez atribuyó a la mujer la obligación de atender a todos los asuntos domésticos; por lo que, élla será la especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar; en los demás deberes recíprocos de los cónyuges se repitió el texto de los Códigos Civiles de mil ochocientos setenta y mil ochocientos ochenta y cuatro, o sea, se conservó el deber de fidelidad, de socorro mutuo y de contribución de uno y otro a los objetos del matrimonio, así como también, el deber de la mujer de vivir con su marido; 3. Borró la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sea los adulterinos y los incestuosos, pero dispuso que los hijos naturales sólo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido, y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho que ya les otorgaban los Códigos Civiles de mil ochocientos setenta y mil ochocientos ochenta

y cuatro; 4. Introdujo la adopción en nuestro Derecho Civil; 5. En las relaciones patrimoniales de los cónyuges, substituyó el régimen legal de gananciales, por el régimen legal de separación de bienes.

En la exposición de motivos de la Ley citada, de lo conducente se señalaba:

“Que en el informe que presentó esta Primera Jefatura del Ejército Constitucionalista al Congreso Constituyente se expresó, de una manera terminante, que pronto se expedirían leyes para establecer la familia “sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo de propagar la especie y fundar la familia”.... Que el cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia, pues el derecho canónico aceptó las relaciones familiares establecidas por el derecho romano en todo aquello que no fue influida por el carácter de sacramento que se dio al matrimonio; carácter que, lejos de disminuir la autoridad del marido sobre la mujer, la robusteció, cuando menos desde el punto de vista moral, pues al comparar al marido con Cristo y a la mujer con la Iglesia, dio tanto poder a aquél, que los mismos teólogos llegaron a sostener que, al celebrarse el matrimonio, el sacerdote oficiaba como testigo y no como ministro, pues el verdadero ministro era el contrayente.... la familia es la base de la sociedad, se hace indispensable realizar cuanto antes la promesa hecha en el mencionado informe, reglamentando el matrimonio de tal manera, que se aseguren los intereses de la especie y los de los mismos cónyuges, sobre todo de aquel, que por razones de educación u otras análogas, está expuesto a ser una víctima, más bien que un colaborador, de tan importante función social.... Que las modificaciones más importantes relativas a las instituciones familiares deben ocuparse, desde luego, de facilitar el matrimonio suprimiendo las publicaciones que la práctica ha demostrado que son inútiles; pero sin que esto sea óbice para que se cuiden los intereses de los contrayentes y de la sociedad exigiendo de ellos y de los testigos que presenten sobre su aptitud legal para casarse, bajo penas severas y no irrisorias como las actuales, que se produzcan con toda verdad y con plena conciencia, a cuyo fin debe exigirse a los testigos que garanticen haber conocido a los pretendientes, con bastante anterioridad al acto; y sin que la facilidad que se quiere dar para contraer matrimonio impida que se exija al pretendiente menor de edad, no sólo el consentimiento del padre, sino también el de la madre, pues ambos progenitores están igualmente interesados en el porvenir de su hijo y ambos tienen sobre él los derechos y obligaciones que la naturaleza les

otorga; aunque sí debe prevenirse un disenso irracional ordenando que el ascendiente que haya dado su consentimiento, no pueda revocarlo sin motivo justificado; Que asimismo es necesario, en interés de la especie, aumentar la edad requerida para contraer matrimonio, a fin de que los cónyuges sean lo suficientemente aptos para llenar las funciones fisiológicas y morales que les están encomendadas y, por la misma causa, conviene también incapacitar legalmente a los incapacitados ya por la naturaleza para las funciones matrimoniales, es decir, a los que padezcan de impotencia física incurable, a los enfermos de sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, así como a los ebrios habituales, pues todos los que se encuentran en los casos mencionados dejan a sus descendientes herencias patológicas que los hacen débiles e incapaces de un trabajo eficiente, tanto en el orden físico como en el intelectual y transmiten a su vez a las generaciones posteriores su misma debilidad, redundando todo ello en perjuicio de la patria, cuyo vigor depende de la fuerza de sus hijos, y en perjuicio también de la misma especie que, para perfeccionarse, necesita que la selección natural se añada una cuerda y prudente selección artificial encaminada a orientar y mitigar los rigores de aquélla; Que siendo de alta trascendencia para los fines de la unión conyugal que ésta se contraiga de una manera espontánea, no sería conveniente obligar a cumplir la promesa de matrimonio; pero tampoco sería justo dejar, como hasta ahora, sin responsabilidad, al que elude el cumplimiento de ella, toda vez que ese género de proposiciones, si no se hacen con fines inmorales, cuando menos originan, para el que las acepta, la pérdida de un tiempo precioso para él y la sociedad, y en muchas ocasiones perjuicios pecuniarios, se ha juzgado conveniente establecer, en caso de falta de cumplimiento de tal promesa, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se causen al burlado, aunque exigiendo, a fin de evitar los abusos que pudieran sobrevenir, un principio de prueba por escrito; Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad entre éstos, y no en el imperio que, como resto de la "manus" romana, se ha otorgado al marido, y deben, además, consignarse en los preceptos legales las prácticas que emanan de la costumbre, a fin de hacer que la ley sea suficientemente respetable y debidamente respetada; por todo lo cual, se ha creído conveniente determinar de un modo expreso que ambos cónyuges tienen derecho a consideraciones iguales en el seno del hogar; que la mujer está dispensada de vivir con su marido cuando éste se establezca en lugar insalubre o inadecuado a la posición social de la mujer; que el marido está obligado a sostener el hogar, sin perjuicio de que la mujer

coadyuve, si tiene bienes o trabaja; que la falta de cumplimiento de esas obligaciones, por parte del marido, constituye un delito; que el cuidado directo del hogar y de la prole corresponde a la mujer, y como consecuencia de esto último, que ella no puede obligarse a prestar servicios personales a extraños, sin el previo consentimiento del marido....”⁸

En base a lo anterior, la Ley Sobre Relaciones Familiares, en lo conducente estableció:

“Artículo 1°. Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán personalmente, o por medio de apoderado legitimamente constituido, ante el Juez del Estado Civil a que esté sujeto el domicilio de cualquiera de los pretendientes, un escrito en que conste: I. El nombre y apellido completos de cada uno de los solicitantes; el lugar de su nacimiento, el de su residencia, su edad, ocupación, y si alguno de ellos o los dos han sido casados, expresando en caso afirmativo, el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha en que ésta se verificó; II. El nombre y apellido completos del padre y la madre de cada uno de los pretendientes, si viven, o son ya difuntos, el lugar de su nacimiento, el de su última residencia y ocupación; III. Que no tiene impedimento legal para celebrar el contrato de matrimonio; y IV. Que es su voluntad unirse en matrimonio legítimo. Esta solicitud deberá ir firmada por los pretendientes, y si no pudieren o no supieren escribir, firmará, por el que no pudiere o supiere hacerlo, un testigo conocido, mayor de edad y vecino del lugar. Firmarán también la solicitud, en caso de que los pretendientes o alguno de ellos sea menor de edad, sus padres o tutores. Si alguno de los pretendientes fuere menor de edad, y no tuviese padre o tutor, se acompañará a la solicitud autorización del juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, que lo faculte para contraer matrimonio con la persona que, en unión de él, firma dicha solicitud. Si alguno de los pretendientes hubiere estado en tutela por causa de demencia o idiotismo, se acompañará igualmente a la solicitud la resolución del juez que haya declarado la cesación de la tutela, por haber desaparecido la causa que la motivó. Los pretendientes pueden acompañar a la misma solicitud las constancias expedidas por dos o más médicos titulados, en las que, bajo la protesta de decir verdad, se asegure que dichos pretendientes no tienen impedimento para celebrar el matrimonio que desean contraer, por estar en el uso expedito de sus facultades mentales, no tener

⁸ Ley Sobre Relaciones Familiares. (1917). 2ª Edición, Ediciones Andrade, México, 1964, págs. 1 - 4.

alguna de las enfermedades que menciona la ley, ni defecto físico que les impida entrar en el estado matrimonial. La solicitud deberá ser autorizada por dos testigos mayores de edad, vecinos del lugar, que conozcan a los pretendientes cuando menos tres años antes de la fecha de ella, los que lo declararán así bajo protesta de decir verdad, asegurando, además, que saben y les consta de ciencia cierta que aquéllos tienen la edad requerida por la ley para poder contraer matrimonio, y que carecen de impedimento legal para celebrarlo. Si no hubiere dos testigos que conozcan a la vez a los dos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos, que llenen el requisito indicado.

Artículo 2°. El Juez del Estado Civil a quien se presentare una solicitud de matrimonio con los requisitos antes mencionados, o haciendo que se subsanen los defectos que tuviere, procederá inmediatamente a hacer que los pretendientes, testigos y demás personas que la subscriben, ratifiquen ante él, separadamente, su contenido; y enseguida, a continuación de las mismas diligencias, determinará que se proceda a la celebración del matrimonio, por estar satisfechos los requisitos exigidos por la ley para poder contraerlo, señalando, al efecto, dentro de los ocho días siguientes, día, hora y lugar para dicha celebración.

Artículo 4°. La celebración del matrimonio se hará en público y en el día, hora y lugar señalados al efecto. Los testigos que firmen una solicitud de matrimonio que estén presentes al celebrarse éste podrán ser parientes o extraños a los contrayentes.

Artículo 5°. En el acta de matrimonio, además de las formalidades que expresamente exige el artículo 3° deberán hacerse constar: I. Los nombres, apellidos, edad, profesiones, domicilios y lugar del nacimiento de los contrayentes; II. Si éstos son mayores o menores de edad; III. Los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los padres; IV. El consentimiento de los padres, abuelos o tutores o la habilitación de edad; V. Que no hubo impedimento, o que se dispensó; VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, tomándose y entregándose mutuamente por marido y mujer y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la sociedad; VII. Los nombres, apellidos, edad, estado, profesiones y domicilios de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes y, si lo son, en que grado y en que línea.

Artículo 13. El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Artículo 14. La promesa del matrimonio no obliga a celebrar el contrato; pero si fuere hecha por escrito, obligará al que la hace a responder a la otra parte de los daños y perjuicios que le ocasionare por la falta de cumplimiento de dicha promesa.

Artículo 15. El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige.

Artículo 16. Cualquiera condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta.”⁹

Esta Ley fue abrogada o derogada por el precepto 9° transitorio del Código Civil, del treinta de agosto de mil novecientos veintiocho, publicado como suplemento o sección tercera del Diario Oficial del veintiséis de mayo del mismo año, este ordenamiento legal entró en vigor el primero de octubre de mil novecientos treinta y dos, por decreto publicado en dicho Diario, de fecha primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos.

1.1.4. En el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928.

Siendo entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Plutarco Elías Calles, se promulga, el treinta de agosto de mil novecientos veintiocho, en nuestro país, el CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES, EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, que actualmente rige en la capital con diversa denominación, entrando en vigor hasta el primero de octubre de mil novecientos treinta y dos, cuando fungía como Presidente Pascual Ortiz Rubio. Dicho Código, continuó con la tradición de las legislaciones anteriores y considerando lo expuesto por la Constitución Política en su artículo 130, estimaba acertada la idea contractualista del matrimonio, aunque no existía en él, una definición de éste, de los numerales relativos, implícitamente se obtenía.

Siguiendo las directrices de la Ley Sobre Relaciones Familiares, las aportaciones más importantes de esta legislación referentes al matrimonio son con

⁹ *Ibid.*, págs. 9 - 15.

relación al régimen patrimonial bajo el cual debían celebrarlo, obligando a los contrayentes a que en el acto mismo eligieran expresamente y reglamentaran o la sociedad conyugal o la separación de bienes, estableciendo en forma indirecta en su precepto 172 este último régimen legal, dado que capacitó a cada uno de los cónyuges a administrar, contratar o disponer libremente de sus bienes y ejercitar las acciones y excepciones relativas a los mismos, salvo disposición expresa en las capitulaciones matrimoniales; otorgó a toda clase de hijos naturales sin distinción alguna, no sólo el derecho al apellido, sino también, el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con el progenitor que los había reconocido; en los casos de concubinato con duración no menor de cinco años, estableció sólo a favor de la concubina, derechos hereditarios en la sucesión intestamentaria, o derechos alimenticios en la sucesión testamentaria, pero en una proporción menor que le correspondería a la esposa; amplió la obligación de proveer alimentos, no solamente al cónyuge, a los ascendientes, a los descendientes y a los hermanos del deudor alimentista, sino que lo extendió también, a favor de los parientes colaterales dentro del cuarto grado tanto en vida del deudor como después de su muerte, en virtud de la obligación de dejar alimentos en el testamento a favor de tales parientes.

Con relación a lo anterior, la exposición de motivos expresaba lo siguiente:

"La equiparación legal del hombre y la mujer se hacía necesaria, en vista de la fuerza arrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para que se dedique a todas las actividades sociales, y en muchos países toma parte activa en la vida política. En tales condiciones, era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil, sustentada por el código anterior... Se exigió para contraer matrimonio que los cónyuges presenten un certificado médico que compruebe que no padecen sífilis, tuberculosis o alguna enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, y con el mismo propósito de evitar la degeneración de la especie, se estableció como impedimento para contraer matrimonio padecer alguna de esas enfermedades o hacer uso excesivo y habitual de bebidas

embragantes, o de drogas enervantes. Se obligó a que, al contraerse matrimonio, forzosamente pactaran los cónyuges acerca de si establecían comunidad o separación de bienes, procurándose por este medio garantizar debidamente los intereses de la esposa en el momento más propicio, cuando el hombre desea hacerla la compañera de su vida. De esta manera, se combaten prejuicios muy arraigados que impiden, por falsa vergüenza o mal entendida dignidad, tratar de asuntos pecuniarios cuando se funda una familia, que imperiosamente exige muchos y continuos gastos... La mujer casada mayor de edad puede administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos. También puede administrar los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, si así lo hubiere convenido con su esposo. La mujer casada tiene derecho de pedir que se dé por concluida la sociedad conyugal, cuando, teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente... Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución... Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en la Proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Esos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato es, como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado; hecho que el legislador no debe ignorar...¹⁰

¹⁰ Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. (1928). 9ª Edición, Editorial Información Aduanera de México, México, 1948, págs. 7 - 12.

En consideración a lo antes transcrito, el Código Civil de mil novecientos veintiocho, en lo relativo señaló:

“Artículo 146. El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige. (Las formalidades a que se refiere este numeral son las que hay que satisfacer en el momento de la celebración y que se encuentran consignadas en el reglamento de las Actas de Matrimonio contenidas en los artículos 97 a 113 del mismo ordenamiento legal, y las que en síntesis se concretan al escrito que deben presentar ante el oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes, conteniendo los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de los padres, y la voluntad de unirse en matrimonio, firmado por los solicitantes, acompañando también, las actas nacimiento, la declaración de dos testigos mayores de edad, certificado médico, el convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y futuros; así como lo relacionado a la celebración del matrimonio levantando el acta correspondiente)

Artículo 148. Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce.

Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Artículo 167. El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan...

Artículo 178. El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes.”¹¹

1.2. DEL DIVORCIO.

¹¹ *Ibíd.*, págs. 83 - 91.

Con relación al Divorcio, debemos decir como premisa que, siendo la culminación del fracaso de un matrimonio, su existencia va ligada a la de éste último; esto es, el divorcio no puede darse si no hay previamente un matrimonio en decadencia que disolver; en consecuencia, como hemos dicho en el capítulo que antecede, en nuestro país y a partir de la dominación española la regulación del matrimonio se establecía de acuerdo con el Derecho Canónico, por ende, el divorcio seguía las directrices que éste marcaba y se daba sólo en los casos excepcionales que en él se señalaban, ya que el divorcio separación del lecho y habitación, ha sido considerado en la doctrina Católica desde tiempos bíblicos, más sin embargo, en nuestra legislación civil no siempre o al margen de la regulación del matrimonio se reguló el divorcio como la disolución del vínculo, toda vez, que el primero se consideraba indisoluble.

1.2.1. En el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1870.

El Código en mención, fue promulgado en el año de mil ochocientos setenta, con vigencia en la residencia de los Poderes Federales y Territorio de la Baja California, desde el primero de marzo del año siguiente, fungiendo en ese entonces, como Presidente de la República, Don Benito Juárez García, y derogando expresamente toda la legislación antigua, en las materias que abrazan los cuatro libros de que se componía.

Con relación al divorcio, en su parte expositiva señaló:

“El capítulo V trata del divorcio, no en cuanto al vínculo del matrimonio, que es indisoluble, sino en cuanto a la separación de los cónyuges. De las seis causas que se señalan, cuatro son delitos; 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. De los dos restantes, la sevicia casi siempre será delito;

pero aunque no llegue a ese extremo, ella y el abandono del domicilio conyugal en los términos que se establecen, son justas causas de divorcio; porque además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza, y hacen sumamente difícil la unión conyugal. El adulterio de la mujer siempre será causa de divorcio; pero cuando el marido haya cometido igual delito, queda a la prudencia del juez decretar aquel, porque no es justo que el culpable tenga ese terrible derecho. El adulterio del marido dará causa al divorcio, solo en ciertos casos. La razón de esta diferencia, que a primera vista parece injusta, es la de que si bien bajo el aspecto moral la falta es la misma, bajo el aspecto social es menor la del marido. La mujer siempre introduce en la familia un vástago extraño que usurpa derechos legítimos, y disminuye las porciones que la ley ha designado. 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. Respecto de las otras causas, se han establecido también algunas reglas aconsejables por la prudencia. Al examinar esta delicada materia surgió una cuestión grave en su esencia y grave en sus resultados; el divorcio voluntario. La primera impresión que deja en el alma este pensamiento, le es totalmente desfavorable, porque no sólo parece poco moral, sino contrario a los fines del matrimonio y perjudicial para los hijos y para los mismos cónyuges. Pero, si penetrando al hogar doméstico, se examina concienzudamente la horrible situación de dos personas que no pueden ya vivir juntas: si se estudia en todos sus pormenores la vida conyugal: si se atiende a la educación de los hijos y se calculan los amargos frutos que respecto de ellos produce la desavenencia de los padres, es seguro que se conocerá fácilmente la tristísima verdad de que nada hay peor que un matrimonio en desacuerdo. Por otra parte: cuando este desacuerdo llega al extremo de hacer conveniente la separación, casi siempre es fundado en alguna causa de las que autorizan el divorcio. Algunas veces sucederá lo contrario; pero la experiencia nos prueba, que el solo desamor, aunque terrible por sí mismo, casi nunca inspira a los consortes la idea de separarse. Lo más probable es, que no queriendo revelar, por vergonzosas quizás, las causas de su determinación, apelan al divorcio voluntario, que poniendo algún remedio a los males que sufren, les evita la vergüenza o tal vez la afrenta, envuelve en el misterio los secretos de la familia y no deja en el corazón de los hijos la negra huella del crimen de alguno de sus padres o acaso de entrambos. La cuestión, examinada prácticamente, cambia de aspecto; y el divorcio voluntario es, ya que no un bien, un mal mucho menor; porque evita la deshonor de la familia y los malos ejemplos que la desavenencia de los padres deja a los hijos en triste legado. Y

como no es perpétuo; y como la simple voluntad de los consortes puede ponerle término a cualquiera hora, queda siempre la fundada esperanza de que el tiempo, el amor de los hijos y mil circunstancias que de pronto no pueden preverse, aceleren el momento de la reconciliación. Por tan fundados motivos la comisión estableció reglas para el divorcio voluntario, fijando tiempo y edad para pedirlo, y poniendo prudentes trabas en el curso del juicio, a fin de dar tiempo a que calmen las pasiones. Previno también que por escritura formal se arregle la suerte de los hijos, y dio todos los recursos que en los juicios de mayor interés. Y al fin, para cuando no haya otro arbitrio, autorizó la separación por tres años, que pueden prorrogarse, previo nuevo juicio seguido con los mismos requisitos que el primero. Algunas razones tuvo presentes la comisión para no autorizar nuevas separaciones, después de los tres primeros años; pero se decidió a consentirlas, porque le pareció concluyente una observación fundada en la experiencia y deducida de la índole misma del corazón humano. Si pasados los tres años, no han sido parte para restablecer la armonía, ni el amor de los hijos, ni la conciencia del deber, ni el aislamiento, ni la edad, ni otras mil consideraciones sociales, fuerza es convenir en que los peligros de completa desgracia crecen a la par que se robustece la posibilidad de que la causa del divorcio sea tan justa como irremediable. Y pues que a pesar de todo, y previo un nuevo juicio, los consortes insisten en separarse, la prudencia, el orden de la familia y la misma justicia autorizan la nueva separación. Inútil es decir cuánto se agravan estas razones, pasados nuevos plazos: puede creerse entonces que ya no hay esperanza. Algunas opiniones colocan entre las causas de divorcio la demencia y la enfermedad contagiosa. La comisión, reconociendo la fuerza de ellas, se decidió sin embargo en contra; porque no le pareció justo aumentar con un mal moral la desgracia del cónyuge enfermo. Más no creyendo tampoco equitativo obligar al sano a sufrir contra su voluntad, dejó a la prudencia del juez suspender la cohabitación, sin tocar a las demás condiciones del matrimonio. Para el divorcio no voluntario se han establecido las reglas que más adecuadas se juzgaron, ya en beneficio de los hijos, ya en favor del cónyuge inocente, ya para asegurar el buen éxito del juicio, y ya en fin para garantizar la filiación del hijo no nacido. Al tiempo mismo que se priva el culpable de los derechos paternales, y de las donaciones que se le hayan hecho por su consorte o en consideración a éste, se le deja la propiedad y la administración de sus bienes. Puede en ciertos casos recobrar la patria potestad después de muerto el inocente, y queda obligado respecto de los hijos como lo estaba antes del divorcio. El juicio tendrá todas las instancias que concede la ley para los de mayor interés: la muerte de uno de los cónyuges le pone término, y durante él y aun después de

ejecutoriada la sentencia, la voluntad de la parte extingue la acción y pone fin al divorcio.”¹²

Los numerales relativos al divorcio, que estableció esta legislación del siglo antepasado, en el Libro Primero, Título Quinto “Del matrimonio”, Capítulo V, “Del Divorcio”, versaban de la manera siguiente:

“Artículo 239. El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código.

Artículo 240. Son causas legítimas de divorcio: 1ª El adulterio de uno de los cónyuges; 2ª 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 cualquier 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 de esta con aquel; 7ª La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Artículo 241. El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, salvo la modificación que establece el artículo 245.

Artículo 242. El adulterio del marido es causa de divorcio solamente cuando en él concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Que el adulterio haya sido cometido en la casa común; 2ª Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal; 3ª Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; 4ª Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

Artículo 243. Es causa de divorcio el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La connivencia debe consistir en actos positivos, sin que sean causa de divorcio las simples omisiones.

Artículo 244. 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

¹² Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. (1870). Tip. de Aguilar e Hijos, México, 1879, págs. 17 - 20.

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.

Artículo 245. El adulterio no es causa precisa de divorcio, cuando el que intenta éste es convencido de haber cometido igual delito, o de haber inducido al adulterio al que lo cometió. El juez sin embargo, puede otorgar el divorcio, si lo cree conveniente, atendiendo las circunstancias del caso.

Artículo 246. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos siguientes; en caso contrario, aunque vivan separados, se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

Artículo 247. 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.

Artículo 248. Los cónyuges que pidan de conformidad su separación de lecho y habitación acompañarán a su demanda una escritura que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación.

Artículo 249. Mientras se resuelve de un modo definitivo sobre la separación los cónyuges vivirán y administrarán los bienes de la manera que hayan convenido, sujetándose este convenio a la aprobación judicial.

Artículo 250. La separación no puede pedirse sino pasados dos años de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia, y si no lo lograre aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, y no citará nueva junta hasta después de tres meses.

Artículo 251. Pasados los tres meses, sólo a petición de alguno de los cónyuges, citará el juez otra junta, en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si esta no se lograre dejará pasar aún otros tres meses.

Artículo 252. Vencido este segundo plazo, si alguno de los cónyuges pidiere que se determine sobre la separación, el juez decretará ésta siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente.

Artículo 253. Al decidir sobre la separación, el juez aprobará el convenio de que habla el artículo 249, si por él no se violan los derechos de los hijos o de un tercero.

Artículo 254. La sentencia admite los recursos que se conceden en los juicios de mayor interés.

Artículo 255. Si dentro de los ocho días siguientes a cualquier de los plazos señalados en los artículos 250 y 251, no promueve ninguno de los cónyuges, dichos plazos correrán de nuevo.

Artículo 256. Mientras no cause ejecutoria la sentencia que se pronuncie sobre la separación sólo podrán observarse los arreglos provisorios en lo que no perjudiquen los derechos de terceros.

Artículo 257. La sentencia que apruebe la separación, fijará el plazo que ésta debe durar conforme al convenio de las partes, con tal que no exceda de tres años.

Artículo 258. Si pasado el término, los consortes insisten en la separación, el juez procederá como está prevenido en los artículos 248 a 257, duplicando todos los plazos fijados en ellos.

Artículo 259. Lo mismo se hará si concluido el término de la segunda separación, insisten en ella los consortes; pero en esta vez no se duplicarán ya los plazos. Lo dispuesto en este artículo se observará siempre que concluido el término de una separación, los consortes insistan en el divorcio.

Artículo 260. Los cónyuges de común acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo.

Artículo 261. La demencia, la enfermedad declarada contagiosa o cualquiera 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.

Artículo 262. El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de un año después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

Artículo 263. La reconciliación de los cónyuges deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio. Pone también término al juicio si aun se está instruyendo; pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

Artículo 264. La ley presume la reconciliación, cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella, ha habido cohabitación de los cónyuges.

Artículo 265. El cónyuge que no ha dado causa al divorcio, puede aun después de ejecutoriada la sentencia, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él; más en este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron al anterior, aunque sí por otros nuevos aun de la misma especie.

Artículo 260. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: 1ª Separar a los cónyuges en todo caso. 2ª Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el

marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio, no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya. 3ª Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 268, 269 y 270. 4ª Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre. 5ª Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios a la mujer. 6ª Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que queden encinta.

Artículo 267. En los juicios de divorcio son admisibles como testigos aun los parientes y domésticos de los cónyuges, quedando reservada al juez la calificación de la fe que deba darse a sus dichos, según las circunstancias.

Artículo 268. Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos lo fueren y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los artículos 546, 547, 555 y 556 en su respectivo caso.

Artículo 269. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, los tribunales podrán acordar, a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los hijos menores.

Artículo 270. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Artículo 271. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, pero los recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas 3ª, 5ª y 6ª señaladas en el artículo 240.

Artículo 272. En los demás casos, y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos a la muerte del cónyuge inocente.

Artículo 273. El cónyuge que diera causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste, el cónyuge inocente conservará lo recibido, y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Artículo 274. Ejecutoriado el divorcio, vuelven a cada consorte sus bienes propios, y la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, si no es ella la que dio causa al divorcio.

Artículo 275. Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos aun cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente.

Artículo 276. Cuando la mujer de causa para el divorcio, conservará el marido la administración de los bienes comunes y dará alimentos a la mujer, si la causa no fuere adulterio de ésta.

Artículo 277. La muerte de uno de los cónyuges, acaecida durante el pleito de divorcio, pone fin a él en todo caso, y los herederos del muerto tiene los mismo derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera habido pleito.

Artículo 278. En todo juicio de divorcio las audiencias serán secretas y se tendrá como parte al Ministerio Público.

Artículo 279. Ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al del estado civil, y éste al margen del acta del matrimonio pondrá nota, expresando la fecha con que se declaró el divorcio, y el tribunal que lo declaró.”¹³

De lo transcrito con antelación, se pueden observar ciertas circunstancias que de forma muy personal se estiman hasta cierto punto dignas de ser recalçadas, principalmente en lo que se refiere al divorcio teniendo como causa el adulterio, pues es evidente que el legislador de entonces, tomando en cuenta el aspecto social, cultural y sobre todo religioso, que reinaba en antaño, proveía a la infidelidad de la mujer un castigo mayor que a la del marido, resultando a todas luces injusto, desproporcional y machista. Lo curioso del divorcio por mutuo consentimiento, consiste en que la separación así obtenida, no podía durar más de tres años, aun cuando este plazo era prorrogable con la sustanciación de otro juicio similar, dándole a este tipo de divorcio el calificativo de un mal mucho menor.

1.2.2. En el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1884.

Siendo Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Don Manuel González, el treinta y uno de marzo de mil ochocientos ochenta y cuatro,

¹³ *Ibid.*, págs. 148 - 151.

promulga, el segundo CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, el cual deroga al anterior, y comienza a regir desde el primero de junio de ese año. En él, se siguió el lineamiento general que había trazado el Código Sustantivo Civil, de mil ochocientos setenta, con relación al divorcio en cuanto a la separación y suspensión de algunas de las obligaciones civiles que del matrimonio derivaban. Luego entonces, pocas fueron las variantes en este tema, mismas que apuntaremos a continuación.

La primera diferencia entre estos dos Códigos, es la numeración, pues en el anterior, el capítulo del divorcio comenzaba a partir del artículo 239 al 279, mientras que en esta nueva legislación, empieza en el 226 al 256, por lo que, transcribiremos resaltando aquellos que fueron reformados, y los que quedaron intactos.

"Artículo 226. El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código. (art. 239 ant.)

Artículo 227. 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 cualquier 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 conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción; VI. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aun cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga, por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio; VII. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; VIII. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro; IX. La negativa de uno de los cónyuges a administrar 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 consentimiento. (art. 240 ant.)

Artículo 228. El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Que el adulterio haya sido cometido en la casa común; 2ª Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal; 3ª Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; 4ª Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima. (arts. 241 y 242 ant.)

Artículo 229. Es causa de divorcio el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La tolerancia debe consistir en actos positivos, sin que sean causa de divorcio las simples omisiones. (art. 243 ant.)

Artículo 230. 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. (art. 244 ant.)

Artículo 231. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos siguientes; en caso contrario, aunque vivan separados, se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio. (art. 246 ant.)

Artículo 232. Los cónyuges que pidan de conformidad su separación de lecho y habitación acompañarán a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación. (art. 248 ant.)

Artículo 233. La separación no puede pedirse sino pasados dos años después de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia, y si no lo lograre aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, con audiencia del Ministerio Público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de un tercero. (art. 250 ant.)

Artículo 234. Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición de cualquiera de los cónyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si ésta no se lograre, decretará la separación, siempre que le conste que los cónyuges quieren

separarse libremente, y mandará reducir a escritura pública el convenio a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 235. La sentencia que apruebe la separación fijará el plazo que ésta deba durar conforme al convenio de las partes. (art. 257 ant.)

Artículo 236. Lo dispuesto en los artículos anteriores se observará siempre que al concluir el término de una separación, los cónyuges insistan en el divorcio.

Artículo 237. Los cónyuges de común acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo. (art. 260 ant.)

Artículo 238. La demencia, la enfermedad declarada contagiosa o cualquiera otra calamidad semejante de uno de los cónyuges no autoriza el divorcio, salvo el caso de la fracción 11ª del artículo 227, 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. (art. 261 ant.)

Artículo 239. El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de un año después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda. (art. 262 ant.)

Artículo 240. Ninguna de las causales enumeradas en el artículo 227 puede alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón o remisión expresa o tácitamente.

Artículo 241. La reconciliación de los cónyuges deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio. Pone también término al juicio si aun se está instruyendo; pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliación. (art. 263 ant.)

Artículo 242. La ley presume la reconciliación, cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella, ha habido cohabitación de los cónyuges. (art. 264 ant.)

Artículo 243. El cónyuge que no ha dado causa al divorcio, puede aun después de ejecutoriada la sentencia, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él; más en este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron al anterior, aunque sí por otros nuevos aun de la misma especie. (art. 265 ant.)

Artículo 244. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: I. Separar a los cónyuges en todo caso. II. Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio,

no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya. III. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 245, 246 y 247. IV. Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre. V. Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios a la mujer. VI. Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que queden encinta. (art. 266 ant.)

Artículo 245. Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos lo fueren y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los artículos 446, 447 y 448 en su respectivo caso. (art. 268 ant.)

Artículo 246. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los hijos menores. (art. 269 ant.)

Artículo 247. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos. (art. 270 ant.)

Artículo 248. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, a menos que el divorcio haya sido declarado con motivo de enfermedad, pero los recobrará muerto aquel, si el divorcio se ha declarado por las causas 7ª, 8ª y 12ª, señaladas en el artículo 227. (art. 271 ant.)

Artículo 249. En los demás casos, y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos a la muerte del cónyuge inocente. (art. 272 ant.)

Artículo 250. El cónyuge que diera causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste, el cónyuge inocente conservará lo recibido, y podrá reclamar lo pactado en su provecho. (art. 273 ant.)

Artículo 251. Ejecutoriado el divorcio, vuelven a cada consorte sus bienes propios, y la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, si no es ella la que dio causa al divorcio. (art. 274 ant.)

Artículo 252. Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos aun cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente. (art. 275 ant.)

Artículo 253. Cuando la mujer de causa para el divorcio, conservará el marido la administración de los bienes comunes y

dará alimentos a la mujer, si la causa no fuere adulterio de ésta. (art. 276 ant.)

Artículo 254. La muerte de uno de los cónyuges, acaecida durante el pleito de divorcio, pone fin a él en todo caso, y los herederos del muerto tiene los mismo derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera habido pleito. (art. 277 ant.)

Artículo 255. En todo juicio de divorcio las audiencias serán secretas y se tendrá como parte al Ministerio Público. (art. 278 ant.)

Artículo 256. Ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al del estado civil, y éste al margen del acta del matrimonio pondrá nota, expresando la fecha con que se declaró el divorcio, y el tribunal que lo declaró. (art. 279 ant.),”¹⁴

Como puede observarse, este ordenamiento jurídico, redujo los trámites necesarios para obtener el divorcio separación de cuerpos, sin tantas trabas como la legislación anterior, disminuyendo el número de audiencias solamente a dos y los plazos de tres meses sólo a un mes, evitando duplicar los plazos de tres meses señalados por el precepto 258.

1.2.3. En la Ley Sobre Relaciones Familiares, de 1917.

Tiempo antes de que esta ley fuese promulgada, en la etapa de la Revolución Mexicana, Don Venustiano Carranza expidió en el Estado de Veracruz, dos Decretos, uno de fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos catorce y otro del veintinueve de enero de mil novecientos quince, por medio de los cuales, pretendió introducir el divorcio vincular. El primero de ellos, denominado “Ley del divorcio vincular”, modificó la fracción IX, de la Ley Orgánica del catorce de diciembre de mil ochocientos setenta y cuatro, de las Adiciones y Reformas a la Constitución, la cual reconocía la indisolubilidad del matrimonio; dicho decreto establecía, que el matrimonio legítimamente contraído sólo podía disolverse por la

¹⁴ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. (1884). Tip. y Lit. La Europea de Aguilar Vera y Compañía, México, 1906, págs. 46 - 51.

muerte de uno de los consortes, y que permitía la disolución de la unión durante la vida de los cónyuges, por mutuo y libre consentimiento de las partes o por las causas graves que determinaren los casados.

Una vez declarado disuelto el vínculo conyugal, considerando al divorcio como medio legítimo para disolver el matrimonio en vida de los esposos, recuperaban éstos, la capacidad para contraer nueva unión legítima y a fin de que fuera posible, se consideró indispensable modificar el Código Civil de mil ochocientos ochenta y cuatro, para hacerse efectiva esa reforma; por lo que, el segundo de los decretos en mención lo reformó a distancia, en los numerales 155, 226 al 256 y otras disposiciones de dicha legislación, estableciendo que: "para evitar cualquier mala inteligencia en los preceptos de la ley que no se ha creído necesario reformar la palabra divorcio, que antes sólo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima" quedando así, en concordancia con los principios de esas disposiciones. Los preceptos reformados establecían:

"Artículo 155. El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en sociedad legítima para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

*Artículo 266. El divorcio es la disolución legal del vínculo del matrimonio, y deja los cónyuges en aptitud de contraer otro."*¹⁵

En su parte expositiva señaló:

"El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas; da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por

¹⁵ Decreto publicado en el número 5 de El Constitucionalista, que aparece reproducido por el Patronato del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. Órgano Consultivo de la Secretaría de Gobernación. En Veracruz, México, el 27 de abril de 1915, pág. 58.

error o ligereza, fueron al matrimonio, a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida.”¹⁶

La LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES, fue expedida por Don Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, el nueve de abril de mil novecientos diecisiete y publicada en el Diario Oficial, de los días catorce del mismo mes, al once de mayo siguiente, fecha en que entró en vigor, como lo disponía su numeral 10° Transitorio, la cual, derogó los Capítulos y Títulos relativos del Código Civil de mil ochocientos ochenta y cuatro.

Dicha ley, teniendo como base a las disposiciones consignadas en los decretos mencionados con antelación, estableció en el capítulo respectivo del divorcio, en su parte expositiva lo siguiente:

“Que la promulgación de la ley del divorcio y las naturales consecuencias de éste hacen necesario adaptar al nuevo estrado de cosas los derechos y obligaciones entre los consortes, así como las relaciones concernientes a la paternidad y filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, emancipación y tutela, tanto por causa de minoridad, como por otras incapacidades... Que las legislaciones posteriores, aunque reconocieron al matrimonio como contrato, no llegaron a modificar las antiguas relaciones que producía por los aspectos político y religioso con que fue considerado, sino antes bien, al aceptar la idea canónica del la indisolubilidad del vínculo matrimonial, llegaron a darle, con relación a los bienes de los cónyuges, el carácter de una sociedad universal, duradera por tiempo ilimitado, que sólo dejaba de subsistir por voluntad expresa de los cónyuges y previa autorización judicial que no debía otorgarse sino por causa grave, idea que no se compadece con el objeto actual del matrimonio, ya que, siendo sus objetos esenciales la perpetuación de la especie y la ayuda mutua, no es de ninguna manera indispensable una indisolubilidad que, en muchos casos, puede ser contraria a los fines de las nupcias, ni mucho menos una autoridad absoluta de uno sólo de los consortes, con perjuicio de los derechos del otro, cuando en realidad lo que se necesita es una cooperación libre y espontánea de ambos... Que en las relaciones pecuniarias de los esposos es en donde más se deja sentir la influencia de las

¹⁶ Ibid., pág. 50.

antiguas ideas, pues mientras el marido sea administrador de los bienes comunes y represente legítimo de la mujer, quien no puede celebrar ningún acto ni contrato sin la autorización de aquel, se conserva prácticamente el sistema romano que colocaba por completo a la mujer bajo la potestad del marido; y como por otra parte la indisolubilidad del vínculo matrimonial estableciendo la comunidad perpetua de vida, dio origen a la de intereses, creando así la sociedad legal, salvo el caso de que previamente se estableciera una voluntaria o se pactara la separación de bienes, la mujer, y muy especialmente la mexicana que es toda abnegación y ternura, ha sido frecuentemente víctima de explotaciones inicuas que el Estado debe impedir, y mucho más ahora que, establecido el divorcio, se hace necesario evitar que, satisfecha la codicia de los aventureros o arruinada la mujer, sea ésta abandonada, después de haber perdido su belleza y su fortuna... Que por lo que se refiere al divorcio, sólo tendrá que añadirse a los considerandos de la ley respectiva que, a fin de que ésta no sirva para eludir las disposiciones legales de los diversos Estados de la República, o de algún país extranjero, se ha prevenido que no se podrá promover divorcio, ante los jueces del Distrito y Territorios Federales, si los que lo solicitan no tienen cuando menos un año de domiciliados en la jurisdicción del juez correspondiente... Que en materia de paternidad y filiación, ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables y menos ahora que considerado el matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que lo rigen sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, que antes se perjudicaban solamente porque, reputado el matrimonio un sacramento, se veían privados de los efectos de la gracia, razón que no puede subsistir hoy que nuestra sociedad liberal no debe estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar, tanto más cuanto que, dada la disolubilidad del vínculo matrimonio, es fácil ya no sólo reconocer, sino aun legitimar a algunos de los hijos antes sólo se podían designar, y por idénticas razones, se ha facilitado el reconocimiento de los hijos.”¹⁷

Con relación a los preceptos relativos al divorcio, situados en el Capítulo VI, denominado “Del divorcio”, la multicitada ley señaló:

“Artículo 75. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio; y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

¹⁷ Ley Sobre Relaciones Familiares. (1917). 2ª Edición, Ediciones Andrade, México, 1964, págs. 1 - 6.

Artículo 76. Son causas 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 perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores; IV. Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria; V. El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos; VI. La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio; VII. La sevicia, las amenazas o las injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común; VIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; IX. Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años; X. El vicio incorregible de la embriaguez; XI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión XII. El mutuo consentimiento.

Artículo 77. El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes: I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común; II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal; III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

Artículo 78. Es causa de divorcio el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, o de uno sólo de ellos. La tolerancia debe consistir en actos positivos, sin que sean causa de divorcio las simples omisiones.

Artículo 79. Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido.

Artículo 80. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos siguientes; en caso contrario, aunque vivan separados, se tendrán por unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

Artículo 81. Los cónyuges que pidan de conformidad su divorcio deberán acompañar, en todo caso, a su demanda, un convenio que arregle la situación de los hijos y la manera de liquidar sus relaciones en cuanto a los bienes.

Artículo 82. El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez de primera instancia del domicilio de los cónyuges remitirá extracto de ella al juez del Estado Civil del mismo lugar, para que éste lo haga publicar en la tabla de avisos, y citará a los solicitantes a una junta, en la cual procurará restablecer entre ellos la concordia, y cerciorarse de la completa libertad de ambos para divorciarse. Si no lograre averarlos, se celebrarán todavía, con el mismo objeto, dos juntas más que el juez citará a petición de ambos cónyuges. Esta petición no podrá hacerse sino después de transcurrido un mes desde la última junta celebrada. Entre una y otra junta deberá mediar cuando menos un mes.

Artículo 83. Si celebradas las tres juntas mencionadas, los cónyuges se mantuvieren firmes en el propósito de divorciarse, el juez aprobará el arreglo con las modificaciones que crea oportunas, oyendo al efecto la del Ministerio Público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de tercera persona.

Artículo 84. Mientras se celebran las juntas y se declara el divorcio aprobando el convenio de los interesados, el juez autorizará la separación de los consortes de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos menores.

Artículo 85. Si el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento quedare en suspenso por más de seis meses, no podrá reanudarse sino volviendo a efectuarse las publicaciones en las tablas de avisos de la oficina del juez del Estado Civil y las juntas de que habla el artículo 82.

Artículo 86. Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo; pero en este caso no podrán volver a solicitar su

divorcio en la misma forma sino pasado un año desde su reconciliación.

Artículo 87. Cuando las enfermedades enumeradas en la fracción IV del artículo 76, no sean utilizadas por un cónyuge como fundamento del divorcio podrán sin embargo, ser motivo para que el juez, con conocimiento de causa y a instancia de uno de los consortes, pueda suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando, no obstante, subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge desgraciado.

Artículo 88. El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de seis meses después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se fundó la demanda.

Artículo 89. Ninguna de las causales enumeradas en el artículo 76 puede alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón o remisión expresa o tácita.

Artículo 90. La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio o al procedimiento de divorcio voluntario, en cualquier estado en que se encuentre, si aun no hubiere sentencia ejecutoriada; pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

Artículo 91. La ley presume la reconciliación cuando, después de presentada una demanda de divorcio, ha habido cohabitación de los cónyuges.

Artículo 92. El cónyuge que no ha dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie sentencia que ponga fin al litigio, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él; más en este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie.

Artículo 93. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras duren los procedimientos judiciales, las disposiciones siguientes: I. Separar a los cónyuges en todo caso. II. Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio, no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya. III. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 94, 95, y 96. IV. Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre. V. Dictar las medidas conducentes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer. VI. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que queden encinta.

Artículo 94. Ejecutoriada el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fueren y no hubiere ascendientes en quienes recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a la ley.

Artículo 95. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los menores.

Artículo 96. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Artículo 97. El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo su poder y derechos sobre la persona de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, pero los recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas VI, VII, VIII y IX del artículo 76. La madre que conserve la patria potestad de sus hijos, la perderá si vive en mancebia o tiene un hijo ilegítimo.

Artículo 98. En los demás casos, y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos, a la muerte del cónyuge inocente.

Artículo 99. El cónyuge que diera causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiere dado y prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste, el cónyuge inocente conservará lo recibido, y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Artículo 100. Ejecutoriada el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes, si los hubiere; y en todo caso, se tomarán todas las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges y con relación a sus hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes a la subsistencia y educación de los hijos varones, hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas, hasta que contraigan matrimonio, aunque sean mayores de edad, siempre que vivan honestamente.

Artículo 101. Si la mujer no ha dado causa al divorcio tendrá derecho a alimentos, mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado de trabajar y no tenga bienes propios con que subsistir. El cónyuge que deba pagar los alimentos podrá librarse de esa obligación, entregando desde luego el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a cinco años.

Artículo 102. Por virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140, y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso el

cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio

Artículo 103. La muerte de uno de los cónyuges, acaecida durante el juicio de divorcio, pone fin a él en todo caso, y los herederos del muerto tiene los mismo derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio.

Artículo 104. En todo juicio de divorcio las audiencias serán secretas y se tendrá como parte al Ministerio Público.

Artículo 105. Ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al del Estado Civil, ante quien se celebró el matrimonio, para que ponga nota al margen del acta respectiva, expresando la fecha con que se declaró el divorcio, y el tribunal que lo declaró, y además, haga publicar un extracto de la resolución durante quince días en las tablas destinadas a ese efecto.

Artículo 106. No se podrá pedir divorcio voluntario ni entablar demanda de divorcio ante un juez de primera instancia del Distrito Federal o de un Territorio, sino cuando los cónyuges tengan su domicilio en la jurisdicción de dicho juez, por lo menos un año antes de la fecha de la misma demanda.”¹⁸

De lo anterior se observa, que esta legislación retomó los principios plasmados en el Código Civil de mil ochocientos ochenta y cuatro, y que sus principales cambios, radican en la definición de divorcio al darle el carácter de disoluble, en las causales previstas para demandarlo y en el trámite del juicio de divorcio voluntario.

1.2.4. En el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928.

El treinta de agosto de mil novecientos veintiocho, siendo Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Plutarco Elías Calles, se promulga el CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES, EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, que actualmente rige en la capital de nuestro país, bajo distinta denominación, entrando en vigor hasta el

¹⁸ *Ibíd.*, págs. 24 - 33.

primero de octubre de mil novecientos treinta y dos, como lo disponía su artículo 1º transitorio, cuando era ya Presidente Pascual Ortiz Rubio; dicha legislación, continuó con las directrices marcadas por las anteriores, teniendo al divorcio como el medio legal de disolver el vínculo del matrimonio y dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro, como lo establecían los Decretos emitidos por Venustiano Carranza y la Ley sobre Relaciones Familiares.

En su exposición de motivos, con relación al divorcio, textualmente señaló:

*"Se dispuso que en el Registro Civil se levantaran actas relativas a la adopción, divorcio, ausencia, presunción de muerte y pérdida de la capacidad legal para administrar bienes, porque estas instituciones jurídicas constituyen verdaderos estadios civiles, y se puso la institución del Registro Civil bajo la estrecha vigilancia del Ministerio Público. Se equipararon en cuanto fue posible las causas de divorcio en lo que se refiere al hombre y a la mujer, procurándose que quedaran debidamente garantizados los intereses de los hijos, que casi siempre resultan víctimas de la disolución de la familia. Se estableció una forma expedita para obtener el divorcio por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo liquidan la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. En tales circunstancias, los cónyuges no necesitan recurrir a la autoridad judicial para que decrete el divorcio, sino que personalmente se presentarán ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio y, previa identificación de los consortes y comprobación de las circunstancias que se han mencionado, el mismo registrador los declarará divorciados, levantándose el acta correspondiente. El divorcio es este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no 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."*¹⁹

¹⁹ Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. (1928). 9ª Edición, Editorial Información Aduanera de México, México, 1948, págs. 10 - 12.

Por lo que respecta a los numerales que este nuevo Código estableció respecto al divorcio, se encuentran de los preceptos 266 al 291 y son los que se transcriben a continuación:

"Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Artículo 267. Son causas de divorcio: I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges; II. El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo; III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier 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 cualquier 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; 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 presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia; XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; XII. La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166; XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años; XV. Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal; XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona

extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión; XVII. El mutuo consentimiento.

Artículo 268. Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

Artículo 269. Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio.

Artículo 270. Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio, debe consistir en actos positivos, y no en simples omisiones.

Artículo 271. Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad.

Artículo 272. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse. El Oficial del Registro Civil previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad o no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establece el Código de la materia. Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 273. Los cónyuges que se encuentren en el caso del párrafo último del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos: I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de

ejecutoriado el divorcio; II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; III. La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento; IV: La cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo; V: la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Artículo 274. El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

Artículo 275. Mientras que se decrete el divorcio, el juez autorizará la separación de los consortes de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligaciones de dar alimentos.

Artículo 276. Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar su divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación.

Artículo 277. El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causales 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.

Artículo 278. El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de seis meses siguientes al día en que hallan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

Artículo 279. Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón expreso o tácito.

Artículo 280. La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

Artículo 281. El cónyuge que no ha dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie sentencia que ponga fin al litigio, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él; más, en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los

mismos hechos que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie.

Artículo 282. 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. Depositar en casa de persona de buenas costumbres a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio, y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio, no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya. III. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos; IV. Dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicio en sus bienes a la mujer; V. Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto de 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.

Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes: Primera. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor. Segunda. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer éste. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor. Tercera. En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos.

Artículo 284. Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los menores.

Artículo 285. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Artículo 286. El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Artículo 287. Ejecutoriada el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes, se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges, o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones, hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas, aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente.

Artículo 288. En los casos de divorcio, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito. En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia ni a la indemnización que concede este artículo.

Artículo 289. En virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio. El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse, sino después de dos años, contados desde que se decretó el divorcio. Pero que los cónyuges que se divorcian voluntariamente pueden volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

Artículo 290. La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tiene los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio.

Artículo 291. Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al Oficial del Registro Civil, ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente y, además, para que publique un extracto de la resolución, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto."²⁰

²⁰ *Ibid.*, págs. 110 - 115.

Como podemos observar, este Código retoma las ideas plasmadas en sus antecesores, al mismo tiempo que integra las de la Ley Sobre Relaciones Familiares; sus únicas innovaciones, que son trascendentales, radican en la inserción del trámite de divorcio, llamado administrativo, dando esta nueva opción para declarar disuelto el vínculo matrimonial, al mismo tiempo en que desaparece de sus páginas el procedimiento del divorcio voluntario, remitiéndolo al Código de Procedimientos Civiles.

1.3. DE LOS INCIDENTES.

Durante la Colonia, todo lo relativo a la impartición de justicia se encontraba en manos de los conquistadores, aplicando sus normas y atendiendo a sus principios jurídicos, y no fue, sino hasta la etapa independiente, cuando México sintió la necesidad y la obligación de formular sus propias leyes en base a su nueva y confusa realidad social.

Por lo que se refiere a los incidentes, tema en estudio, diremos que éstos fueron conocidos por la ley española y la jurisprudencia con el nombre de artículos, denominación que aun se conserva en nuestro Código de Procedimientos Civiles en su numeral 78, cuando establece que: *“Sólo formarán artículo de previo y especial pronunciamiento la nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento. Los incidentes que se susciten con motivo de otras nulidades de actuaciones o de notificaciones se tramitarán y resolverán en los términos de lo dispuesto por el artículo 88.”*

Diversas legislaciones efímeras fueron las que regularon los procesos en el México Independiente, cuando aún se seguía aplicando la legislación española; el primer Código Procesal, trascendental, fue el expedido por el entonces Presidente

Ignacio Comonfort, el día cuatro de mayo de mil ochocientos cincuenta y siete, seguido por el de mil ochocientos setenta y dos, mil ochocientos ochenta, mil ochocientos ochenta y cuatro y mil novecientos treinta y dos.

1.3.1. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, de 1872.

Por decreto del nueve de diciembre de mil ochocientos setenta y uno, el entonces Presidente de la República, Sebastián Lerdo de Tejada, promulga en nuestro país, el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, mismo que debió observarse desde el quince de septiembre de mil ochocientos setenta y dos, esto es, al año siguiente de su promulgación, dicho ordenamiento estableció, con relación a los incidentes, en el Título XIV "De los Incidentes", Capítulo I "De los Incidentes en general", lo siguiente:

"Artículo 1406. Son incidentes las cuestiones que se promueven en un juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal.

Artículo 1407. Cuando fueren completamente ajenas al negocio principal, los jueces de oficio deberán repelerlos, quedando a salvo al que los haya promovido, el derecho de solicitar en otra forma legal lo que con ellos pretendía.

Artículo 1408. Los incidentes que pongan obstáculo al curso de la demanda principal, se substanciarán en la misma pieza de autos, quedando entretanto en suspenso aquella.

Artículo 1409. Los que no pongan obstáculo a la prosecución de la demanda, se substanciarán en pieza separada, que se formará con los escritos y documentos que ambas partes señalen, y a costa del que los haya promovido.

Artículo 1410. Impide el curso de la demanda todo incidente sin cuya previa resolución es absolutamente imposible de hecho o de derecho continuar sustanciándola.

Artículo 1411. Promovido el incidente, y formada en su caso la pieza separada; se dará traslado al colitigante por el término de seis días.

Artículo 1412. Si alguna de las partes pidiere que el incidente se reciba a prueba, el juez señalará un término que no pase de la mitad del que la ley establezca para el negocio principal.

Artículo 1413. Si ninguna de las partes hubiere pedido prueba, mandará el juez traer a la vista los autos para sentencia.

Artículo 1414. Rendidas las pruebas, se unirán a los autos y se mandaràn traer a la vista con citación.

Artículo 1415. Si dentro de los dos días siguientes al en que la citación se hubiere hecho, se pidiere vista, o el juez la creyere necesaria, se oirá en ella a los abogados de las partes, a cuyo fin quedarán por tres días los autos en la secretaría del juzgado.

Artículo 1416. El juez dictará su sentencia dentro de los ocho días siguientes a la citación o a la vista en su caso.

Artículo 1417. La sentencia es apelable en ambos efectos; y el recurso se substanciará conforme a la naturaleza del juicio.

Artículo 1418. Si el negocio principal no fuere apelable, tampoco lo será el incidente que en él se promueva.

Artículo 1419. En los casos previstos por el artículo 299 del Código Civil y en los juicios de divorcio conocerá el juez civil de las incidencias criminales; pero si ellas fueren de tal gravedad que constituyan verdadero delito, observará lo que disponga el Código de Procedimientos Criminales.”²¹

Con relación a la sentencia por la cual se resolvía un incidente, esto es, la sentencia interlocutoria, señalaba en el Título VII “De las sentencias”, Capítulo I “Reglas generales”:

“Artículo 841. Las sentencias son definitivas o interlocutorias.

Artículo 843. Sentencia interlocutoria es la que decide un incidente o un punto que no sea de puro trámite; ésta, conforme al artículo 126 se llama auto.”²²

La vigencia de este Código fue escasa, ya que fue abrogado por el del quince de septiembre de mil ochocientos ochenta.

²¹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California. (1872). Tip. de Aguilar e Hijos, México, 1871, págs. 183 - 184.

²² *Ibid.*, pág. 180.

1.3.2. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, de 1880.

Mediante decreto del primero de junio de mil ochocientos ochenta, el entonces Presidente de la República, Don Porfirio Díaz, promulga en nuestro país, el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, para que con las reformas y adiciones que contenía se observara desde el primero de noviembre del mismo año. Esta legislación respecto a los incidentes, determinó en el Título XIV "De los Incidentes", Capítulo I "De los Incidentes en general", lo siguiente:

"Artículo 1366. Son incidentes las cuestiones que se promueven en un juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal.

Artículo 1367. Cuando fueren completamente ajenas al negocio principal, los jueces de oficio deberán repelerlos, quedando a salvo al que los haya promovido, el derecho de solicitar en otra forma legal lo que con ellos pretendía.

Artículo 1368. Los incidentes que pongan obstáculo al curso de la demanda principal, se substanciarán en la misma pieza de autos, quedando entretanto en suspenso aquella.

Artículo 1369. Los que no pongan obstáculo a la prosecución de la demanda, se substanciarán en pieza separada, que se formará con los escritos y documentos que ambas partes señalen, y a costa del que los haya promovido.

Artículo 1370. Impide el curso de la demanda todo incidente sin cuya previa resolución es absolutamente imposible de hecho o de derecho continuar sustanciándola.

Artículo 1371. Promovido el incidente, y formada en su caso la pieza separada; se dará traslado al colitigante por el término de tres días.

Artículo 1372. Si alguna de las partes pidiere que el incidente se reciba a prueba, el juez señalará un término que no pase de diez días.

Artículo 1373. Rendidas las pruebas, el juez citará a las partes a una audiencia verbal que se verificará dentro de tres días, para que en ella aleguen lo que a su derecho convenga.

Artículo 1374. La citación para la audiencia produce los efectos de citación de sentencia, que pronunciará el juez dentro de cinco días, concurran o no las partes a la audiencia.

Artículo 1375. Si ninguna de las partes hubiere pedido prueba, se procederá como previene el artículo anterior.

Artículo 1376. La sentencia en los incidentes es apelable en los casos y efectos en que lo fuere la sentencia en lo principal, sustentándose el recurso conforme a la naturaleza del juicio.

Artículo 1377. En los incidentes criminales que surjan en negocios civiles, se observará lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales.”²³

Por lo que se refiere a las sentencias interlocutorias señalaba textualmente este ordenamiento legal, en el Título VII “De las sentencias”, Capítulo I “Reglas generales”:

“Artículo 784. Las sentencias son definitivas o interlocutorias.

Artículo 786. Sentencia interlocutoria es la que decide un incidente o un punto que no sea de puro trámite; ésta, conforme al artículo 106 se llama auto.”²⁴

En la exposición de motivos de este Código, se estableció:

“El artículo 1412, 1372 del N.C., se reformó en el sentido de que el término de prueba en los incidentes no pasará de diez días. Según las circunstancias del caso, el juez podrá señalar dentro del término indicado el que le parezca necesario, pero con tal que no exceda de diez días. Esta regla pareció, más segura que la que establece el Código vigente, señalando como término probatorio la mitad del que debe concederse en el negocio principal. El artículo 1414, 1373 del N.C., se reformó expresándose que rendidas las pruebas, el juez citará a las partes a una audiencia verbal que se verificará dentro de tres días, para que en ella aleguen lo que a su derecho convenga. El texto vigente ordena que, rendidas las pruebas, se unirán a los autos y se mandaràn traer a la vista con citación. Pareció conveniente completar la sustanciación con los alegatos de las partes, para que el juez pueda pronunciar su fallo con pleno conocimiento de causa, y en ese sentido se hizo la corrección indicada. Con el mismo objeto se adicionó este Capítulo con el artículo 1374, que ordena que la citación para la audiencia de que se habla en el artículo anterior, produce los efectos de citación para sentencia, la cual pronunciará el juez dentro de cinco días, concurren o no las

²³ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California. (1880). Imprenta de Francsco Díaz de León, México, 1880, pág. 177.

²⁴ *Ibid.*, pág. 146.

partes a la audiencia. Debe entenderse que este término corre para el juez desde el día siguiente al en que se verificó o debió verificarse la audiencia verbal. Se reformó el artículo 1413, 1375 del N.C., ordenándose que si ninguna de las partes hubiere pedido prueba, se procederá como previene el artículo anterior, es decir, se citará a las partes a audiencia verbal, para que en ella aleguen lo que a su derecho convenga y esa citación producirá los efectos de citación para sentencia. Hechas las correcciones anteriores, quedaron inútiles los artículos 1415 y 1416, que por lo mismo se suprimieron. El artículo 1417, 1376 del N.C., se reformó en los términos consultados por la Comisión, la que dice a este respecto: El artículo 1417 establece, como regla absoluta, que la sentencia pronunciada en los incidentes, es apelable en ambos efectos: la Comisión es de opinión que debe serlo en los efectos en que proceda el mismo recurso en el negocio principal. Si en este, como en los juicios ejecutivos, la apelación de la sentencia definitiva sólo se otorga en uno de sus efectos, lo natural, lo lógico es que sólo en uno de sus efectos se conceda la apelación en un incidente del mismo juicio. Esto se funda en el principio bien conocido de que lo accesorio o incidental sigue la naturaleza de lo principal, y en que es repugnante que no concediéndose en el negocio principal la apelación más que en el efecto devolutivo, se otorgue en ambos en un incidente del mismo negocio. Por estas razones la Comisión fue de opinión que debía reformarse este artículo en los términos que quedan indicados. Se adicionó este Capítulo con el artículo 1377, que dispone: 'En los incidentes criminales que surjan en negocios civiles, se observará lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales.' Formado ya este Código, que deberá publicarse juntamente con las reformas hechas al de Procedimientos Civiles, fue necesario referirse a lo que dispone en esta materia, que es de su exclusiva competencia. La reforma hecha en el artículo 1417 determinó la suspensión del 1418; y la adición de que acaba de hablarse en el número anterior, motivó la supresión del artículo 1419."²⁵

1.3.3. En el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1884.

²⁵ *Ibid.*, págs. 5 - 8.

Por decreto del quince de mayo de mil ochocientos ochenta y cuatro, el entonces Presidente Constitucional de la República, Manuel González, promulga en nuestro país, el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, para que comience a regir el primero de junio del mismo año. Esta legislación respecto de los incidentes, estableció en el Título Décimoprimer "De los Incidentes", Capítulo I "De los Incidentes en general", lo siguiente:

"Artículo 861. Son incidentes las cuestiones que se promueven en un juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal.

Artículo 862. Cuando fueren completamente ajenas al negocio principal, los jueces de oficio deberán repelerlas, quedando a salvo al que las haya promovido, el derecho de solicitar en otra forma legal lo que con ellas pretendía.

Artículo 863. Los incidentes que pongan obstáculo al curso de la demanda principal, se substanciarán en la misma pieza de autos, quedando entretanto en suspenso aquella.

Artículo 864. Los que no pongan obstáculo a la prosecución de la demanda, se substanciarán en pieza separada, que se formará con los escritos y documentos que ambas partes señalen, y a costa del que los haya promovido.

Artículo 865. Impide el curso de la demanda todo incidente sin cuya previa resolución es absolutamente imposible de hecho o de derecho continuar sustanciándola.

Artículo 866. Promovido el incidente, y formada en su caso la pieza separada; se dará traslado al colitigante por el término de tres días.

Artículo 867. Si alguna de las partes pidiere que el incidente se reciba a prueba, el juez señalará un término que no pase de diez días.

Artículo 868. Rendidas las pruebas, el juez citará a las partes a una audiencia verbal que se verificará dentro de tres días, para que en ella aleguen lo que a su derecho convenga.

Artículo 869. La citación para la audiencia produce los efectos de citación de sentencia, que pronunciará el juez dentro de cinco días, concurran o no las partes a la audiencia.

Artículo 870. Si ninguna de las partes hubiere pedido prueba, se procederá como previene el artículo anterior.

Artículo 871. La sentencia en los incidentes es apelable en los casos y efectos en que lo fuere la sentencia en lo principal.

Artículo 872. En los incidentes criminales que surjan en negocios civiles, se observará lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales.”²⁶

De lo anterior se observa, que este Código siguió las mismas directrices que su antecesor, ya que el único numeral que fue reformado es el marcado con el 871, al suprimirse la frase: “sustanciándose el recurso conforme a la naturaleza del juicio”.

En cuanto a las sentencias interlocutorias señalaba textualmente, en el Título Séptimo “De las sentencias”, Capítulo I “Reglas generales”:

*“Artículo 599. Las sentencias son definitivas o interlocutorias.
Artículo 601. Sentencia interlocutoria es la que decide un incidente, un artículo sobre excepciones dilatorias o una competencia.”²⁷*

El último precepto citado, retoma la idea de nombrar a los incidentes “artículos” como la legislación española lo hacía, suprimiendo la frase: “o un punto que no sea de puro trámite;...”

1.3.4. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios Federales, de 1932.

Siendo Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Pascual Ortiz Rubio, mediante decreto del veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y dos, promulga en nuestro país, el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES, entrando en vigor el primero de octubre del mismo año.

²⁶ Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. (1884). Tip y Lit. La Europea de J. Aguilar Vera y Compañía, México, 1906, págs. 148 - 150.

²⁷ *Ibid.*, pág. 104.

En esta legislación, se suprime el capítulo relativo a los incidentes, dejándolos de manera aislada en diversos numerales; en vía de ejemplo, los siguientes: en el precepto 42, al señalar que la excepción de cosa juzgada deberá tramitarse incidentalmente; el 78, se refiere a los incidentes que se susciten con motivo de la nulidad de actuaciones, pero usando el sinónimo de artículo; el incidente de costas está previsto en el 141; en los numerales 186 y 187, se fija la tramitación de la recusación, por vía incidental; en el 237, se establece la tramitación de las providencias precautorias, después de iniciado el juicio, en forma incidental; los incidentes de liquidación de sentencia, están regulados por los artículos 521, 522 y 531; los gastos de administración de los síndicos y la remoción de éstos, por no rendir cuentas, se tramitan como incidentes, según los preceptos 765 y 766; en los juicios sucesorios, el incidente derivado de los avalúos practicados por peritos se prevé en los numerales 825 y 826; las rendiciones de cuentas, en esos juicios, así como la liquidación de la repartición de herencia, lo señalan los artículos 852 y 855; toda cuestión que surja en los negocios de jurisdicción voluntaria, se substanciará en forma de incidente, 899 y 900; el incidente para la venta de bienes de menores se establece en el 920; y en el 938, se fijan cuáles son las cuestiones de jurisdicción voluntaria que se tramitan en vía incidental, con intervención del ministerio público.

Con relación a las sentencias interlocutorias, en el Título Segundo "Reglas generales", Capítulo II "De las actuaciones y resoluciones judiciales" estableció:

*"Artículo 79. Las resoluciones son:... V. Decisiones que resuelven un incidente promovido antes, o después de dictada la sentencia, que son las sentencias interlocutorias."*²⁸

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior, diremos, que a lo largo de estas páginas hemos pretendido dar al lector, un panorama general de todas y cada una

²⁸ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios Federales. (1932). Tip. y Lit. La Europea de J. Aguilar Vera y Compañía, México, 1933, pág. 19.

de las normas vigentes a lo largo de la historia legislativa en México, con relación a las figuras jurídicas que estimamos fundamentales para el desarrollo del presente trabajo, figuras tales, como el matrimonio, el divorcio y los incidentes, abordando estos temas torales, desde las primeras leyes dictadas por Don Benito Juárez García, hasta los Códigos anteriores a los que actualmente nos rigen; por lo que, una vez recordando la forma en la que nuestra legislación reguló a estos tres puntos trascendentales, en el capítulo que precede, nos abocaremos a conocer el criterio que respecto a éstos la doctrina sustenta, explicando pues, su definición, su naturaleza jurídica y de los incidentes, además, su clasificación y el procedimiento en su tramitación, agregando lo relativo al convenio, con la finalidad de comprender más a fondo a cada una de ellas.

CAPITULO SEGUNDO.

I. CONCEPTOS GENERALES.

2.1. DEL MATRIMONIO.

2.1.1. Concepto.

La palabra *MATRIMONIO* proviene del latín: *MATRIMONIUM*, *matris*: madre y *monium*: cargas, o sea que el significado etimológico del matrimonio parece comprender *las cargas de la madre*;²⁹ lo que hace que la mayoría de los doctrinarios hagan alusión a las palabras empleadas por el Papa Gregorio IX, en sus Decretales del año de mil doscientos veintisiete, referente a que, para la mujer el hijo es oneroso antes del parto, doloroso en el parto y gravoso después del parto.

Desde cualquier punto de vista, el matrimonio constituye a la célula fundamental en toda organización social, que es la familia; lo que ha dado pie a que diversos estudiosos de nuestra doctrina civil, más concretamente del derecho de familia, se preocupen por definirlo, autores como:

RAFAEL ROJINA VILLEGAS, para quien: "el matrimonio se presenta como manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie."³⁰

Asimismo, ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, en su obra "Derecho de Familia", editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, en el año

²⁹ MAGALLÓN Ibarra, Jorge Mario. El Matrimonio, Sacramento-Contrato-Institución. Editorial Tipográfica Editora Mexicana, S.A., México, 1965, pág. 5.

³⁰ ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo, Derecho de Familia. 7ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987, pág. 202.

de mil novecientos noventa, da la definición del matrimonio atendiendo al concepto sociológico del mismo, al indicar que: "la familia se forma legalmente a través de la institución del matrimonio definida como: una relación estable de cohabitación sexual y domiciliar, entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que pueda surgir."

Por otro lado, la Doctora en Derecho, SARA MONTERO DUHALT, lo define como: "la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley."³¹

El Doctor en Derecho y Catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México, IGNACIO GALINDO GARFIAS, al darnos el concepto de matrimonio, lo considera éste desde dos puntos de vista: como ACTO JURÍDICO y como ESTADO PERMANENTE de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio. "La celebración del matrimonio (ACTO), produce un efecto primordial: da nacimiento a un conjunto de RELACIONES JURÍDICAS entre los cónyuges (ESTADO). El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los intereses superiores de la familia, a saber: la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado."³²

Por su parte, el autor EDGARD BAQUEIRO ROJAS, estatuye: "en síntesis y atendiendo a las numerosas características que el matrimonio ha tenido en

³¹ MONTERO Duhalt, Sara. Derecho de Familia. 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987, pág. 97.

³² GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. 20ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000, pág. 493.

diversos tiempos y lugares podemos concretarla como la comunidad de vida de hombre y mujer reconocida, regulada y amparada por el derecho." ³³

Para MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, el matrimonio es "un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden disolver a su gusto." ³⁴

En sentido opuesto, JULIEN BONNECASE, considera que: "el matrimonio es una institución constituida por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por tanto, a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todo momento irradian de la noción de derecho." ³⁵

El DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, señala con relación al matrimonio que: "son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de norma jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores. De ahí que se pueda afirmar que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne. Ello a pesar de que el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lo define simplemente como un contrato civil." ³⁶

³³ BAQUEIRO Rojas, Edgard. Derecho Civil. Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos, Volumen 1, Editorial Haría, México, 1999, pág. 73.

³⁴ PLANIOL, Marcel y Georges, Ripert. Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 8, Editorial Oxford University Press, México, 1999, pág. 114.

³⁵ BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 1, Editorial Oxford University Press, México, 1999, pág. 248.

³⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. 14ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., UNAM, México, 2000, pág. 2085.

De la definición anterior, debemos decir, que en la actualidad la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su numeral 130, ya no define o da específicamente el carácter de contrato civil al matrimonio, como anteriormente lo hacía; esto, con la reforma sufrida el veintidós de enero del año mil novecientos noventa y dos, publicada en el Diario Oficial, el veintiocho del mismo mes y año, la cual, entre otras cosas, suprimió la frase: "El matrimonio es un contrato civil...", para quedar sólo en su párrafo sexto: "Los actos del estado civil...", pudiendo considerar dentro de éstos, al matrimonio.

En atención a lo expuesto, podemos concluir, que persiste entre los doctrinarios, la dificultad entrañable pese a sus reconocidos esfuerzos, por encontrar un concepto unitario del matrimonio; esto, si tomamos en consideración que para cada lugar, cada época, cada cultura, cada momento histórico, cada religión, e incluso para cada una de las personas, el matrimonio puede concebirse de distinta manera, ya que cada ser humano puede tener una percepción sobre él, de acuerdo a su propia ideología.

Ahora bien, con el fin de encontrar esa unificación en el concepto del matrimonio, nuestra legislación, concretamente, el Código Civil para el Distrito Federal vigente, lo define en su precepto 146 de la manera siguiente: *"Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige."*

Dicha definición, no se aparta de la idea empleada tanto por la doctrina, como por la legislación vigente a lo largo de nuestra historia, ya que todas ellas convergen en algún punto de forma muy especial, con ligeras variantes dado la época y el momento histórico; esto es, en el transcurso de la historia legislativa civil en México, más concretamente en los Códigos Civiles de mil ochocientos setenta, mil ochocientos ochenta y cuatro y mil novecientos veintiocho, así como,

en la Ley Sobre Relaciones Familiares, se hablaba ya, de una *unión*, sea sociedad legítima (C.C. 1870 y 1884), o contrato civil (L.S.R.F y C.C. 1928), más sin embargo, en la definición actual, no se considera, ni sociedad legítima ni contrato civil, toda vez que, en nuestro Código Sustantivo Civil vigente, se ha suprimido textualmente el carácter de contrato que en las diversas leyes e incluso en la Constitución Política Mexicana, se venía sosteniendo; *entre un hombre y una mujer*, (principio fundamental en esta figura jurídica, considerando la monogamia como forma moral de constituir la familia, empleada en todas las legislaciones; así mismo, dejando a un lado el homosexualismo y lesbianismo, no aceptado ni reconocido legalmente en nuestro país); *que se unen con vínculo Indisoluble* (C.C. 1870 y 1884) o *disoluble* (L.S.R.F., C.C. 1928 e implícitamente C.C. vigente); *para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida* (C.C. 1870 y 1884, L.S.R.F.), *para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada* (C.C. vigente).

De manera muy personal, consideramos, que la definición que establece nuestra legislación civil vigente, es acertada y viene a llenar una laguna que existió durante muchos años, más concretamente, desde el Código Civil de mil novecientos veintiocho, ya que no se daba, en ninguno de sus artículos, definición legal sobre el matrimonio y teníamos que atender a lo expuesto por los doctrinarios, que como ya vimos, no terminaban de ponerse de acuerdo; por lo que, con lo señalado en el numeral 146, ya contamos con un concepto que debemos considerar de manera obligatoria y el cual, abarca distintos aspectos tanto sociales, morales y culturales; así como, reconoce a los cónyuges la libertad consagrada en nuestra Carta Magna, en su precepto 4°, respecto a la libre procreación y sobre todo, la igualdad que existe entre el hombre y la mujer teniendo presente la protección de genero.

2.1.2. Naturaleza Jurídica.

Una vez concluida la exposición relativa a la diversidad en la concepción del matrimonio, nos ocuparemos de una problemática tal vez, más discutida por los diversos autores del derecho civil, esto es, lo relacionado con su NATURALEZA JURÍDICA, ya que si definirlo es difícil, por ende, su naturaleza lo es más, y sin que se haya llegado a un consenso total, por lo cual, dada la amplitud del tema, señalaremos sólo lo siguiente:

Tomaremos al maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS, como guía en nuestro estudio, ya que él, aborda el tema de manera amplia al mencionar en el Título II. MATRIMONIO, Capítulo III. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO, de su libro "Derecho Civil Mexicano", ya citado con anterioridad, las diversas corrientes que se han manifestado a lo largo de la historia en la doctrina, no sólo netamente mexicana, sino también de aquella extranjera que ha influenciado de manera tal sobre ésta.

A manera de introducción, nos señala el autor en comentario, que el matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista a saber: 1. Como Institución; 2. Como Acto Jurídico Condición; 3. Como Acto Jurídico Mixto; 4. Como Contrato Ordinario; 5. Como Contrato de Adhesión; 6. Como Estado Jurídico; y, 7. Como Acto de Poder Estatal.

1. Por lo que respecta a la idea del *MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN*, ROJINA VILLEGAS, nos dice que: en este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio, lo anterior, si consideramos a la institución jurídica como un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Continúa diciendo, que desde el punto de vista que sostiene Ihering, la institución jurídica, debe quedar integrada por un conjunto de normas que persigan la misma finalidad y que el matrimonio, constituye una verdadera institución por cuanto que, los diferentes preceptos que regulan tanto el

acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será, la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas; desde este punto de vista, se toma en cuenta sólo la estructura legal que en forma destacada viene a determinar el conjunto de derechos y obligaciones que caracterizan el estado matrimonio. También, puede entenderse el matrimonio como una institución de acuerdo con las ideas de Hauriou, para quien la institución es una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos, por lo que, el matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos, siendo fundamental para Hauriou, la existencia de la idea de obra y de la finalidad común, pues la primera, constituye la idea fuerza que permite realizar efectivamente los fines propuestos, en tanto que la segunda, permite la unificación de las distintas actividades merced a una orientación común; en el matrimonio, tanto desde el punto de vista de su estructura normativa, cuanto de las finalidades que persiguen los consortes, es evidente la idea de obra que permite la constitución de un estado de vida permanente entre dos seres de distinto sexo para la perpetuación de la especie y la realización de finalidades espirituales comunes.

Por su parte, JULIEN BONNECASE, en su obra "Tratado Elemental de Derecho Civil", ya consultada con antelación, señala en contra de la idea del matrimonio como contrato, que ante todo, éste es una institución jurídica, en el sentido verdadero del término, únicamente que esta institución es puesta en movimiento por medio de un acto jurídico, por tanto, definir al matrimonio como un acto jurídico, es considerar sólo uno de sus aspectos. Bonnecase, considera necesario distinguir con tres términos diferentes, tres cosas distintas: 1. El

matrimonio, es decir, la institución del matrimonio; 2. El acto del matrimonio, es decir, el acto jurídico que pone en movimiento la institución con respecto a los dos interesados; y, 3. El contrato de matrimonio, o convención relativa al patrimonio de los esposos. "Ahora bien, considerado en su objeto, el matrimonio está constituido por un conjunto de reglas destinadas a coordinar las aspiraciones biológicas del hombre, desde el punto de vista de la perpetuidad y de la vida de la especie, para dar a la familia un estatuto que facilite su desarrollo, bajo los auspicios de la noción de derecho, impidiendo que el equilibrio se rompa, que el individuo, valor en sí, se sacrifique en extremo al grupo, lo que por otra parte sería contrario al punto de vista experimental, ya que la naturaleza ha creado, en cierta forma, una especie de armonía preconstituida." ³⁷

En forma de crítica a todo lo anterior, el Doctor JORGE MARIO MAGALLÓN IBARRA, nos dice: "que creemos que el matrimonio tiene un carácter institucional porque en él encontramos precisamente un conjunto de principios, una "colección metódica" de elementos sociales y jurídicos que se regulan dentro de la idea del propio matrimonio, y que mediante él -al celebrarse- se funda la base orgánica de una nueva familia, o sea, se establece una nueva célula social; se principia una nueva vida para ambos esposos. Pero por encima de ello, advertimos que existe un desarrollo equivocado y exagerado de la teoría de la institución en materia matrimonial, pues no nos cabe duda que sí hay una institución en el matrimonio, pero que el matrimonio no es sólo una institución y mucho menos de aquéllas a las que se refiere preferentemente la teoría del derecho público. En otros términos, el matrimonio dando cabida a una institución no se agota en ella, pues es algo anterior a la institución misma y ésta representa no su idea primaria sino en todo caso, su idea final. Si confundiéramos esos términos sería tanto como identificar un edificio con sus propios cimientos." ³⁸

³⁷ Ob. cit., pág. 248.

³⁸ Ob. cit., pág. 241.

Respecto de esta teoría, podemos decir, que ciertamente como lo señala el maestro ROJINA VILLEGAS y JULIEN BONNECASE, considerando la acepción de la palabra institución, como un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público, el matrimonio tendría el carácter de institución, ya que está regulado como un todo orgánico en la parte conducente del Código Civil vigente, y persigue un fin; pero de la misma forma, podemos decir, que lo expuesto por el Doctor MAGALLÓN IBARRA, no se aparta de la realidad, ya que el matrimonio, no puede ser visto sólo como una institución, no se le puede dar ese carácter por el sólo hecho de que se encuentra regulada tanto su celebración, como los derechos y obligaciones que acarrea para los consortes, persiguiendo un propósito o un fin; en virtud de que, éste, es en verdad, una forma de vida, una realidad social y una realidad jurídica, es pues, una entidad total y al calificarlo así, sólo se abarcaría una parte de lo que encierra el matrimonio, de lo que significa y lo que resulta de él, en otras palabras no cumpliría con todas las expectativas que del matrimonio se derivan.

2. El considerar la naturaleza del *MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO CONDICIÓN*, según lo expuesto por el maestro ROJINA VILLEGAS, se debe a LEÓN DUGUIT, quien define al acto condición, como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. Por virtud del matrimonio, se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes. De acuerdo con lo expuesto, podemos encontrar en la definición del matrimonio todos los elementos que caracterizan el acto condición, ya que implica una manifestación plurilateral de voluntades (la de los contrayentes unida a la declaración que hace el Juez del Registro Civil), que tiene por objeto

crear un estado permanente de vida entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones recíprocos, así como, relaciones permanentes que no se agotan por el cumplimiento de las mismas, sino que se siguen renovando de manera indefinida.

3. Con relación a la teoría del *MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO MIXTO*, el maestro ROJINA VILLEGAS, a manera de introducción nos expone la distinción que se da en el derecho de los actos jurídicos privados, públicos y mixtos, agregando, respecto de estos últimos que, son aquellos que se realizan con la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. En consecuencia, el matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también, por la intervención que tiene el Juez del Registro Civil. Este órgano del Estado, desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir, que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico. Teoría ésta, a la que exterioriza su conformidad y adhesión, la Doctora en Derecho, SARA MONTERO DUHALT, al considerar la manifestación de la voluntad tanto de los consortes, como del funcionario del Registro Civil, un elemento de existencia del acto mismo.

4. Respecto a contemplar al *MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO*, son muchos los doctrinarios que comparten y defienden esta teoría, ya que tal y como lo expone el maestro ROJINA VILLEGAS, en nuestro país, desde que el Estado tomó en sus manos todo lo relacionado con el estado civil de las personas, arrebátandole tal potestad a la Iglesia Católica, el matrimonio fue considerado como un contrato, tanto en el derecho positivo, como en la doctrina, (según lo asentado en el capítulo que antecede), ya que las ideas predominantes de la época, estaban bajo la influencia del Derecho Francés y más concretamente, por la ideología plasmada en el entonces Código de Napoleón, de donde nuestros

legisladores se inspiraron a fin de crear las diversas legislaciones vigentes a lo largo de nuestra historia.

En este orden de ideas, ROJINA VILLEGAS nos señala, que a fin de otorgarle el carácter contractual al matrimonio, se invoca principalmente como razón, el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento para tal, ante el Juez del Registro Civil, luego entonces, esta manifestación de voluntad, es considerada en este acto y en los contratos como un elemento esencial, requiriéndose también de la capacidad necesaria en los consortes y que su voluntad no esté viciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez que deben observarse en todo contrato, consistentes respectivamente, en la capacidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto motivo y fin del acto. Sin embargo, el propio ROJINA VILLEGAS, considera inapropiada y que debe ser desechada esta teoría en virtud de que, además de lo sustentado por JULIEN BONNECASE, (a quien más adelante expondremos), debe reconocerse que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participa en forma constitutiva, el Juez del Registro Civil. Asimismo, que en nuestro derecho se caracteriza como acto solemne, ya que requiere para su existencia que se levante el acta matrimonial en el libro correspondiente mediante un sin fin de formalidades, comprobándose así la intervención activa del citado Juez que no sólo declara unidos en matrimonio a los contrayentes, sino que tiene que redactar y levantar una acta cumpliendo estrictas solemnidades en su constitución.

Ahora bien, continuando con la defensa a la teoría contractual del matrimonio, y atendiendo en primer orden, las ideas de doctrinarios mexicanos, abordaremos lo expuesto por el Doctor en Derecho JORGE MARIO MAGALLÓN IBARRA, quien sostiene que: "es acertada, desde el punto de vista jurídico, la calificación o atribución que el legislador ha realizado, del carácter contractual del matrimonio. En efecto, como ya se indica, la técnica jurídica correctamente le ha otorgado al matrimonio un carácter contractual, no sólo porque en él concurren los

dos supuestos indispensables para su existencia y validez, tanto en el derecho canónico como en el civil -su consentimiento se convierte en la unión y su objeto cristaliza en la procreación y ayuda mutua- sino porque además, el derecho no podría otorgarle otra naturaleza que lo explicara y reglamentara más adecuadamente desde el punto de vista jurídico.”³⁹

En apoyo a lo anterior, continua diciendo el Doctor MAGALLÓN IBARRA, que si bien es cierto, el matrimonio no resistiría un análisis técnico comparativo, pues las críticas elaboradas respecto a la teoría contractualista gozan de certeza, en virtud de que éste, en comparación a la diversidad de los contratos, entre otras cosas, no se realiza esencialmente con el ánimo de obtener un beneficio económico o patrimonial, característica de aquéllos; que la autonomía de la voluntad esta limitada, por la función eficaz de la verdadera noción del orden público que no le permite un libre juego ni en la formación, efectos o disolución del contrato; que en la formación del contrato, es indiscutible si éste se celebra por las partes o si de celebra por el Juez, lo cierto es, que se requiere la triple concurrencia de voluntades para su perfeccionamiento; y que su objeto difiere totalmente al del resto de los contratos, pues éste es con el fin de la procreación y ayuda mutua y su disolución no encuentra punto de comparación con las reglas generales comentadas; también lo es que, en realidad siendo un contrato, es un contrato totalmente distinto a los demás figuras que encuadran en esa clasificación. Corroborra esta apreciación, la circunstancia ya explicada, consistente en reglas especiales y aún capítulos propios que no tienen otras figuras jurídicas, como en particular el de la nulidad del matrimonio o como el de las formas previas y concurrentes a su celebración, que están expresamente consignadas en la ley, y que precisamente nos llevan a recalcar que no tiene sino ciertas cosas comunes a los contratos, y ellas son fundamentalmente, la libre expresión del consentimiento para su celebración. Las circunstancias de las notables diferencias que existen y que hemos explicado prolíficamente no nos

³⁹ MAGALLÓN Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, págs. 209 - 210.

puede imponer un criterio distinto, porque a pesar de ellas el matrimonio es y seguirá siendo un acuerdo de voluntades y por tanto, en su forma preliminar un contrato mismo. Como corolario concluiremos afirmando que el carácter "*sui generis*" del matrimonio, no nos permite adecuarlo a ninguna de las clasificaciones o subclasificaciones que los autores han elaborado en relación con los contratos en general, pues si lo hiciéramos incidiríamos en el error de estimar que las formas de ellos son exactas al contenido matrimonial.

Por su parte, SARA MONTERO DUHALT, defiende la teoría contractualista al señalar, que el matrimonio es un convenio porque es un acuerdo de voluntades, en consecuencia, forzosamente un contrato (pero de naturaleza peculiar), ya que crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas. Concluyendo con una definición de matrimonio que atiende a tal consideración el cual dice: "El matrimonio es un contrato solemne de derecho de familia y de interés público que hace surgir entre los que lo contraen el estado civil de casados con todos los derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico a través de la institución del mismo nombre."⁴⁰

A manera de crítica, y en completo desacuerdo a la concepción del matrimonio-contrato, JULIEN BONNECASE, considera que ésta es contraria a la naturaleza de las cosas, ya que la noción del contrato y la del matrimonio no se avienen, son absolutamente incompatibles; lo anterior, en atención, a que el primero, ha sido considerado por el legislador como esencialmente relativo a la vida social vista desde su aspecto económico, y su reglamentación, está absolutamente dominada por la regla de la autonomía de la voluntad siendo soberana en su formación, efectos y disolución. Ahora bien, BONNECASE, funda su crítica en tres aspectos: 1. En las diferencias esenciales en la formación del matrimonio y la de un contrato ordinario. En primer término, el matrimonio, se dice, es un contrato solemne, pero la función del oficial civil, no es sólo la de registrar el consentimiento de los esposos, por el contrario, recibe esa declaración unilateral

⁴⁰ Ob. cit., págs. 112 - 113.

pronunciando a nombre de la ley que están unidos en matrimonio. En segundo lugar, y en oposición al contrato en general, el matrimonio no puede celebrarse en cualquier lugar, sino en aquél donde, por lo menos, es conocido uno de los esposos. Asimismo, las medidas de protección del consentimiento son en ciertos aspectos menores y mayores en otros que en los contratos en general, el consentimiento esta menos protegido en el matrimonio que en los demás contratos, demostrando esto la edad matrimonial. Y por último, la representación jurídica esta excluida del dominio matrimonial, en tanto que desempeña una función plena en el dominio contractual. 2. En los efectos del matrimonio; si fuera posible, la oposición entre el matrimonio y el contrato se revelaría aquí en una forma más absoluta, ya que se suprime la regla de la autonomía de la voluntad con el objeto de que los esposos no traten bajo la apariencia del contrato-matrimonio, de eludir las prescripciones del legislador, ya que los cónyuges no pueden derogar, ni los derechos que resultan de la autoridad conyugal en la persona de la mujer y de los hijos, o que correspondan al marido como jefe ni los derechos que al cónyuge supérstite concedan los títulos de la patria potestad, de la menor edad, de la tutela y de la emancipación, ni de las disposiciones prohibitivas del código. 3. En la disolución del matrimonio comparada con la de los contratos, ya que las causas de disolución del matrimonio están rigurosamente reglamentadas por la ley, y únicamente, podía disolverse por causas precisas y en condiciones, rigurosamente determinadas.

Por nuestra parte, estimamos acertado lo expuesto por el Doctor MAGALLON IBARRA, al señalar, que el matrimonio es un contrato "sui generis", ya que como tiene a bien decir, no podemos considerarlo como un contrato ordinario pues no se adecua a ninguna de las clasificaciones o subclasificaciones que los autores han elaborado en relación con los contratos en general, pero tampoco podemos por exclusión afirmar que no es un contrato ni negar el hecho de que por no ajustarse a los ya conocidos no puede ser una institución o un acto jurídico, lo anterior, si consideramos lo señalado por los autores que mantienen su posición

en contra a esta teoría y que con razonamientos lógicos todos tratan de apartar del matrimonio el carácter contractual.

5. Por lo que se refiere a la teoría del *MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN*, en primer término, ROJINA VILLEGAS, nos dice: que como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez, que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley, ya que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo. Pero si consideramos que en los contratos de adhesión se estatuye que la voluntad de una de las partes prevalece sobre la de la otra, respecto al matrimonio no se puede sostener dicha afirmación, sino más bien, es la voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal. Dicha tesis, se abstiene de explicar el papel del Juez del Registro Civil que, como hemos dicho, es esencial y constitutivo para la existencia del matrimonio. A esta teoría los doctrinarios que se oponen a considerar el matrimonio como un contrato le oponen las mismas observaciones esgrimidas que a la anterior, ya que en el fondo conserva el concepto contractual, aunque algunos ni se ocupan en mencionarla.

6. Al considerar el *MATRIMONIO COMO ESTADO JURÍDICO*, se presenta según ROJINA VILLEGAS, como una doble consecuencia de la institución matrimonio y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Juez del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración. El matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente, que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a

todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial, (su constitución, sus efectos y su disolución), originando derechos y obligaciones entre los consortes. Resultando pues, un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho como sería el concubinato. Por lo que, el matrimonio, no puede definirse como un acto jurídico simplemente, es decir, no se agota en el sólo acto de su celebración, ya que sería un matrimonio incompleto. La plenitud de sus consecuencias jurídicas, la realización de su fin y sobre todo, el cumplimiento de las obligaciones entre marido y mujer y en la relación con los hijos, dependen fundamentalmente del estado matrimonial, además es indiscutible que tales derechos y obligaciones sólo podrán cumplirse satisfactoriamente a través de la vida en común.

7. La teoría del *MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL*, pertenece al jurista italiano ANTONIO CICU, quien explica, que la voluntad de los contrayentes no es más que un requisito para el pronunciamiento que hace la autoridad competente en nombre del Estado, y en todo caso, es este pronunciamiento y no otra cosa el que constituye el matrimonio. Al respecto, ROJINA VILLEGAS, nos expone textualmente la opinión de CICU, por lo cual, sólo diremos lo siguiente: Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil y que ésta no tiene exclusivamente como finalidad la declaración pública de la relación o es una mera formalidad que en su ausencia produjera la nulidad de aquél, es pues, una intervención activa y no meramente certificativa, ya que el oficial, ha de examinar si nada obsta a la celebración del matrimonio, su pronunciamiento vale como consentimiento para el mismo. Es de especial importancia, el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al oficial y por él recogida en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. Deduce de esto, que la ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento, éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio.

Ahora bien, una vez finalizada la exposición acerca de las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, por nuestra parte, y a manera de conclusión a este capítulo, diremos, que atendiendo a la historia legislativa y doctrinaria en México, debemos darle el carácter contractual al matrimonio, esto es, apoyar la teoría matrimonio – contrato, ya que la manifestación de voluntad es considerada en este acto como un elemento esencial, requiriéndose también, de la capacidad de los contrayentes, de la ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto motivo y fin del acto, características de todos los contratos, más sin embargo, nos inclinamos a lo expuesto por el Doctor JORGE MARIO MAGALLON IBARRA, esto es, considerar pues, al matrimonio como un contrato "sui generis", que no se adecua a las clasificaciones de los contratos en general, ya que cuenta con una regulación y características especiales, tanto en su constitución, en su evolución, en su objeto, en su fin y en su disolución; sin descartar la posibilidad de dar una unificación respecto a estas teorías, esto es, no podemos negarle al matrimonio su carácter de institución, ya que está regulado como un todo orgánico en la parte conducente del Código Civil vigente, y persigue un fin; tampoco podemos negar su carácter de acto jurídico condición, ya que implica una manifestación plurilateral de voluntades (la de los contrayentes unida a la declaración que hace el Juez del Registro Civil) con el objeto de crear un estado permanente de vida entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones recíprocos, así como, relaciones permanentes que no se agotan por el cumplimiento de las mismas, si no que se siguen renovando de manera indefinida; ni podemos impugnar que es un acto jurídico mixto, debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Juez del Registro Civil; ni rechazar que es un contrato de adhesión, ya que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquéllos que imperativamente determina la ley, de tal manera, que los contrayentes simplemente se adhieren a ese estatuto para aceptar en sus términos la regulación legal; ni que es un estado jurídico, pues realmente crea para los cónyuges una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las

situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial, (su constitución, sus efectos y su disolución), originando derechos y obligaciones entre éstos; y así mismo, es un acto de poder estatal porque la voluntad de los contrayentes, no es más que un requisito para el pronunciamiento que hace la autoridad competente en nombre del Estado, y en todo caso, es este pronunciamiento y no otra cosa el que constituye el matrimonio. Luego entonces, la naturaleza jurídica del matrimonio sería la de un contrato sui generis, que abarque todas y cada una de las teorías antes mencionadas las cuales no se apartan de la realidad jurídica y social en nuestro país.

2.2. DEL DIVORCIO.

Como premisa diremos, que el matrimonio como acto jurídico formalmente válido, sólo se extingue por tres causas a saber: por la muerte de cualquiera de los cónyuges, por nulidad del acto y por el divorcio; siendo éste último, parte toral del presente trabajo, y del que pretendemos desentrañar una cuestión en especial de tan controversial figura jurídica, contemplada en la legislación civil y procesal civil vigente, en nuestro país; tal reglamentación se debe, principalmente, a que la disolución del matrimonio, no puede llevarse a cabo por la simple decisión de los consortes, esto es, no puede disolverse el vínculo jurídico del matrimonio por el mero acuerdo de las partes sin que medie la intervención del poder estatal que así lo decreta.

Ahora bien, el divorcio como institución jurídica, surgió a la par en el Derecho que el matrimonio, ya que desde que existió entre los hombres y las sociedades una organización jurídica y dieron a éste último, el carácter de ser la única forma legal de constituir a la familia, al mismo tiempo establecieron, con sendas limitantes y variaciones, la forma legal de disgregarlo, levantando con ello,

concretamente en nuestro país, polémicas y confrontaciones ideológicas, sobre todo, por la influencia que siempre ha ejercido la religión católica sobre la sociedad mexicana, y la cual, sólo en casos muy especiales aprueba el divorcio separación de cuerpos, atendiendo al supuesto de que el matrimonio es la base de la familia en las sociedades organizadas, y que su disolución afecta no sólo al grupo familiar sino al grupo social, dañando en forma trascendental a los hijos, en su educación, su desarrollo afectivo, sentimental y espiritual. Por lo cual, se encuentra en constante pugna con intereses superiores de la colectividad, y es precisamente ésta, quien se opone a darle el carácter de disoluble al matrimonio, basándose en distintas opiniones, tomando en consideración diversos puntos de vista y atendiendo a las consecuencias sociales, morales, políticas, afectivas, espirituales, etcétera, que se originan; ve en el divorcio, la destrucción de la familia y por ende, la desintegración de la sociedad, toda vez, que al momento de romperse el vínculo como hemos dicho, no sólo afecta a la pareja como tal, sino también a sus miembros y en consecuencia, a su entorno social, ya que aunque intentemos negarlo, la sociedad mexicana no está del todo preparada para aceptar y observar, que una pareja y mucho menos con hijos, decida separarse y ¿por que no?, unir sus vidas a otra persona; y aquéllos que son el ejemplo frente a los demás de un matrimonio feliz y para toda la vida, no encuentran en el divorcio la forma de solucionar grandes y graves problemas de pareja, no ven que talvez la separación sea la solución y la decisión más sana, prudente e inteligente que los futuros divorciados hayan tomado en toda su vida, ya que no creemos válido estropear no sólo una de esas vidas, sino dos o más, por el hecho de que la sociedad no entienda que, como dicen muchos, el divorcio es un mal necesario, sin olvidar que ciertamente la ruptura del matrimonio también trae tremendos daños a los cónyuges y más aun a los hijos de éstos, pero tendríamos que poner en una balanza que es peor, una destrucción terrible viviendo juntos, o una separación que dé la opción a ambos, de brindarse la oportunidad de encontrar la verdadera felicidad o mínimo la tranquilidad en sus vidas, una solución que dé a los hijos una vida sin problemas sin el tormento de ver como sus padres pelean, discuten, se golpean, como destruyen sus ilusiones y sus sueños, tendríamos

pues, que escuchar como los menores piden a gritos alegarse de una familia que aún sin el divorcio ya esta destruida y no cumple con los fines propios o indispensables del matrimonio.

2.2.1. Concepto.

Después de este preámbulo, y enfocándonos a nuestro tema en estudio, diremos, que la palabra "DIVORCIO proviene del latín: *DIVORTIUM*, que significa disolución del matrimonio. Forma sustantiva del antiguo *DIVORTERE*, que significa separarse (direiteración; voltere, dar vueltas³). Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa dos sendas que se apartan del camino. En un sentido metafórico, más amplio y moderno, divorcio es la separación de cualesquiera cosas que estaban unidas." ⁴¹

Doctrinariamente, los autores en materia civil, no disputan respecto a la definición de la figura jurídica del divorcio, ya que nuestra legislación vigente y desde que esta institución fue contemplada como tal, se le ha dado un significado; más sin embargo, expondremos los criterios de algunos por cuestiones didácticas.

Para el Doctor en Derecho y Catedrático, IGNACIO GALINDO GARFIAS, "el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley." ⁴²

Por su parte, la Doctora en Derecho, SARA MONTERO DUHALT, nos dice que: "el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los

⁴¹ ROJINA, ob. cit., pág. 383.

⁴² Ob. cit., pág. 597.

cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido." ⁴³

El Doctor en Derecho, JORGE MARIO MAGALLÓN IBARRA, señala que: "el divorcio es el rompimiento y disolución del vínculo conyugal que une válidamente a una pareja que, mediante una sentencia, deja a sus partes en aptitud de contraer legalmente un nuevo matrimonio." ⁴⁴

El DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, lo define como: "la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. 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." ⁴⁵

Asimismo, EDGARD BAQUEIRO ROJAS, considera que: el divorcio es la "forma de terminar las relaciones conyugales en vida de los casados. El divorcio es siempre decretado por la autoridad que puede ser judicial o administrativa." ⁴⁶

Por otro lado, atendiendo a la doctrina francesa de gran influencia en nuestro derecho, JULIEN BONNECASE, nos dice que: el divorcio "es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial." ⁴⁷

Así también, MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, señalan que: "el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos; divortium

⁴³ Ob. cit., págs. 196 - 197.

⁴⁴ MAGALLÓN, Instituciones de Derecho Civil, pág. 356.

⁴⁵ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. ob. cit., pág. 1184.

⁴⁶ Ob. cit., pág. 37.

⁴⁷ Ob. cit., pág. 251.

se deriva de divertere, irse cada uno por su lado. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por causas determinadas en la ley.”⁴⁸

Como podemos observar, en primer término, la influencia del derecho y la doctrina francesa se ponen de manifiesto en nuestro país, en segundo lugar, y aunado a lo anterior, tanto los autores franceses como los mexicanos coinciden, de manera tal en la definición que se le da a la figura jurídica del divorcio, que no hay en lo expuesto algo que disienta, en virtud de que, como hemos dicho en líneas precedentes, en México, la idea de esta institución siempre fue plasmada a lo largo de nuestra historia legislativa, por lo que, la polémica de que hablábamos al comenzar este tema se debe no a su definición, sino a sus consecuencias tanto jurídicas, como sociales y morales.

Ahora bien, por lo que respecta a la legislación civil vigente, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 266, establece que: *“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se clasifica en voluntario y necesario...”*

Consideramos que de lo expuesto por el Código Sustantivo Civil, si bien es cierto, resulta ser una definición demasiado concreta, también lo es, que la figura jurídica del divorcio no amerita ni ocasiona dificultad tal, que requiera mayor explicación, ya que repetimos, el conflicto de esta institución radica es en sí, en sus consecuencias.

Y una de esas consecuencias que atañe exclusivamente a los divorciantes, es la plasmada en el numeral 289 de la legislación en consulta, mismo que señala: *“En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio.”* Luego entonces, no existe impedimento legal alguno, para que una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio o decretado éste por el Juez del Registro Civil, los divorciados puedan inmediatamente contraer nuevas nupcias.

⁴⁸ Ob. cit., pág. 153.

2.2.2. Naturaleza Jurídica.

Dado que la definición de la figura jurídica del divorcio no es controvertida, por ende su naturaleza jurídica tampoco lo es, en realidad son pocos los autores de nuestra doctrina civil, específicamente en materia familiar, los que se han detenido a analizarla, en consecuencia, es casi nula la teoría respecto a esta institución, por lo que, sólo diremos lo expuesto por el Licenciado EDUARDO PALLARES, quien respecto a este punto en especial señala únicamente lo siguiente:

"El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros. La definición anterior se infiere, tanto de los artículos relativos a la manera de llevar a cabo el divorcio, como del artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, que previene. *"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."* Por tanto, en sí mismo, el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal, pero ésta sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia ley determina."⁴⁹

Atento a lo anterior podemos decir, en primer término, que según lo expuesto por el Licenciado EDUARDO PALLARES, la naturaleza jurídica del divorcio, la da, la forma por medio de la cual se lleva a cabo o se solicita; luego entonces, es un acto jurisdiccional en los casos del divorcio voluntario y necesario, ya que ambos se solicitan o se tramitan, respectivamente, ante un órgano jurisdiccional, en el caso, los Tribunales de Justicia, más concretamente, un Juez de lo Familiar; y es un acto administrativo, cuando se diligencia ante el Oficial del Registro Civil, esto es, cuando se trata de un divorcio administrativo.

⁴⁹ PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 3ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 36.

En segundo término, y en consideración a que la fuente de información antes transcrita data de mil novecientos ochenta y uno, es procedente aclarar que ciertos comentarios no son aplicables tal cual fueron exteriorizados por el autor, toda vez que, de la fecha de edición del libro en comento, nuestra legislación civil a sufrido senda reforma la cual no ha sido recogida por éste; en consecuencia, debemos decir, con relación al comentario del Licenciado EDUARDO PALLARES, en cuanto a que la naturaleza del divorcio se infiere, tanto de los artículos relativos a la manera de llevar a cabo el divorcio, como del artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, que previene. *"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro"*, que si bien es cierto, que igualmente se infiere de los demás numerales relativos a la manera de disolver el vínculo matrimonial, también lo es, que el precepto en mención, en su segundo párrafo establece claramente este criterio al decir textualmente: *"Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solitita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código"*. Asimismo, es de hacer notar que la denominación del Código Civil a que hace alusión, en la actualidad es distinta, pues la legislación civil vigente se denomina Código Civil para el Distrito Federal, lo anterior, a partir del primero de junio del año dos mil, fecha en la que entraron en vigor las reformas del veinticinco de mayo del mismo año.

2.3. DEL CONVENIO.

2.3.1. Concepto.

Consideramos indispensable señalar como precedente, que este apartado tiene como finalidad, brindar el concepto del convenio, pero de aquél a que se refiere el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, que es sin duda, la parte total de esta investigación.

Por lo que, sin que sea nuestra intención adentrarnos al derecho civil y a la teoría de las obligaciones, dejando a un lado la materia sobre la cual versa nuestro tema a estudio perteneciente al derecho familiar, por razón de método, debemos precisar a grandes rasgos los conceptos básicos sin que éstos interfieran o alteren el fondo de las figuras jurídicas familiares a que hemos venido haciendo alusión.

Luego entonces, a fin de poder dar la definición indispensable del convenio debemos inmiscuirnos someramente, en primer orden, en la teoría de las obligaciones civiles, ya que éste es una fuente de las mismas, (sin olvidar que las obligaciones derivadas del derecho de familia tienen un lugar apropiado que no es precisamente el destinado de éstas); para lo cual, comenzaremos por considerar la exposición que de la palabra obligación en sus dos acepciones nos da el Doctor en Derecho y Catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México, ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ cuando nos dice, que: "la obligación en un sentido amplio, es la necesidad jurídica de cumplir una prestación, de carácter patrimonial, (pecuniaria o moral), a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir o a favor de un sujeto que ya existe."⁵⁰ Continúa diciendo, que: "la obligación en sentido estricto o restringido, es la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial, (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente pueda llegar a existir."⁵¹

Por su parte, MANUEL BORJA SORIANO, señala que: "obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada

⁵⁰ GUTIÉRREZ y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5ª Edición, Editorial Cajica, S.A. Puebla, México, 1981, pág. 28.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 29.

deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor.”⁵²

Así también, RAFAEL ROJINA VILLEGAS, considera que la obligación es “un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo en favor de otra persona, llamada acreedor.”⁵³

Ahora bien, después de establecer la definición de obligación, nos remitiremos a precisar una de sus fuentes, tal vez la más importante, de gran utilidad y aplicabilidad en el mundo del derecho y que resulta fundamental en nuestro tema a estudio, la figura jurídica denominada CONVENIO, para lo cual señalaremos en primer término, la exposición que nos da al respecto nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en su numeral 1792, mismo que a la letra dice: “*Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones*”, al respecto el maestro GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, en la obra anteriormente citada, nos señala que a su consideración, el convenio lato sensu no sólo realiza esas cuatro funciones sino que también la de conservar derechos y obligaciones, continua exponiendo, que el término convenio tiene dos acepciones: una amplia o lato sensu que es la contemplada en el numeral antes transcrito y otra restringida que equivale al concepto de contrato establecida en el artículo 1793 del Código en comento, el que nos dice: “*los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos*”, pudiéndose desprender de estas dos disposiciones legales una acepción más, la de convenio en sentido estricto o stricto sensu, ya que si el contrato, especie del genero convenio, crea y transfiere derechos y obligaciones, y el convenio en sentido amplio, las crea, transfiere, modifica o extingue, se tendrá

⁵² BORJA Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 15ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997, pág. 71.

⁵³ ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto, Obligaciones, Volumen I, 4ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 9.

que, por exclusión, el acuerdo de voluntades que modifique o extinga obligaciones o derechos, puede y recibe el nombre de convenio stricto sensu.

Al respecto, RAFAEL ROJINA VILLEGAS, nos dice que "el convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos;"⁵⁴ continua exponiendo, que: "dentro de la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto: al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir derechos y obligaciones. El convenio, lato sensu, comprende ambas funciones."⁵⁵ A su vez, el convenio stricto sensu es un acto jurídico plurilateral (porque hay manifestación de voluntades, esto es, un consentimiento, que tiene o propone un objeto), que tiene por objeto modificar o extinguir obligaciones y derechos.

Ahora bien, comenzamos este apartado diciendo, que no era nuestra intención adentrarnos al derecho civil y a la teoría de las obligaciones, dejando a un lado la materia sobre la cual versa nuestro tema a estudio perteneciente al derecho familiar, por lo que, una vez expuestos someramente los términos básicos en materia civil a fin de conocer el fondo y la raíz de la figura jurídica del convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, parte toral de esta investigación, continuaremos atendiendo a la rama del derecho que en el presente trabajo nos ocupa, pretendiendo ver de que forma o en que momento el derecho civil se funde o se aparta de las figuras jurídicas familiares.

Luego entonces, partiremos de la premisa, de que el Derecho de Familia tiene cierto matiz especial y se encuentra como una rama del Derecho Civil, y

⁵⁴ ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Sexto, Contratos, Volumen I, 4ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 9.

⁵⁵ Loc. cit.

como una especie del Derecho Privado, aunque con el prefijo de que existen normas e instituciones que no pueden ser alteradas, ni por la voluntad de los individuos, ya que la autonomía de la voluntad esta limitada a normas irrenunciables que protegen los mínimos principios tuitivos de todo individuo, por lo que, en el derecho privado también esta inmersa la presencia del poder estatal, y en específico, en materia familiar todas las cuestiones relativas a ésta son de orden público lo que impide que sus normas sean alteradas por ser imperativas.

En segundo término, diremos, que en forma general, en el momento en que una persona se vincula con otra, -ya que ningún ser puede permanecer completamente aislado-, se crean relaciones interpersonales que dan como consecuencia o caen -debido al orden jurídico que prevalece en toda sociedad- en relaciones jurídicas provenientes de hechos o actos de carácter también jurídico, lo que nos lleva a considerar, que aplicando tal principio a las relaciones que se dan en el momento en que un hombre y una mujer deciden unir sus vidas, su existencia individual, por el acto jurídico de la boda y se constituye el matrimonio, se originan o principian relaciones interpersonales que desembocan en su mayoría, en relaciones jurídicas provenientes de actos y hechos jurídicos; es aquí, donde debido a la poca unificación de las ideas en el derecho de familia, podríamos confundirnos y dudar de la existencia del acto jurídico familiar, y dentro de esa confusión sería susceptible caer y considerar lo establecido en el derecho civil, ya que pocos son los doctrinarios que se abocan y defienden la existencia del acto jurídico en el derecho de familia, dando pie a divergentes opiniones sobre la naturaleza de éste, ya que algunos, lo consideran un acto independiente y autónomo del acto jurídico general y otros, una especie de éste; pero sin considerar necesario profundizar sobre esta polémica, consideraremos lo expuesto por el Catedrático de la Universidad Iberoamericana, MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO, cuando nos dice que: "el acto jurídico familiar, es la declaración de voluntad, unilateral o plurilateral, que tiene por objeto, crear, modificar, transferir, extinguir o reglamentar (regular) vínculos jurídicos que constituyen un estado familiar, cuya relación se integra con deberes, obligaciones y derechos

familiares;" ⁵⁶ continua exponiendo, referente a los hechos jurídicos familiares que éstos "pueden tener, como efecto: crear (concepción, gestación y nacimiento) modificar (enfermedad o enajenación mental) o extinguir (la muerte) vínculos de la relación jurídica familiar con sus deberes, obligaciones y derechos;" ⁵⁷ de lo que se desprende, que tales definiciones nos remontan a la idea que de convenio y contrato nos da nuestra legislación civil en sus numerales 1792 y 1793, respectivamente, pero abocado a la materia familiar, agregándole características de situaciones propias de las personas como entes individuales y como pareja.

Aunado a lo anterior, puede considerarse que los actos jurídicos familiares tienen características especiales que los distinguen de los actos jurídicos a que hace alusión la teoría de las obligaciones, tales distinciones se encuentran principalmente en que en las figuras familiares existe un predominio de lo personal sobre lo patrimonial-económico; existe una primacía de interés social sobre el individual, que limita la autonomía de la voluntad; genera además de los derechos y obligaciones patrimoniales-económicos, deberes conyugales y familiares que tienen características especiales; los derechos subjetivos y deberes familiares son inalienables, intransmisibles, imprescriptibles e irrenunciables; en principio estos actos jurídicos no están sujetos a modalidades de término, condición o modo; la representación está limitada a ciertos y determinados actos; en cuanto a la forma, por regla general es escrita y para algunos actos de constitución de estado familiar la forma solemne; y por último, los fines de la familia y del matrimonio son inmodificables.

Por lo que, consideraremos como definición de CONVENIO FAMILIAR, lo expuesto por el maestro CHAVEZ ASENCIO, referente al acto jurídico familiar dando como resultado lo siguiente: CONVENIO FAMILIAR, es la declaración de voluntad, unilateral o plurilateral, que tiene por objeto, crear, modificar, transferir,

⁵⁶ CHAVEZ Asencio, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. 2ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, pág. 16.

⁵⁷ Loc. cit.

extinguir o reglamentar (regular) vínculos jurídicos que constituyen un estado familiar, cuya relación se integra con deberes, obligaciones y derechos familiares.

Abocándonos al concepto de convenio, pero en particular a aquél que tiene su fundamento en el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, diremos, que es un convenio regulador de conflictos conyugales, es pues, una declaración de voluntad plurilateral que tiene como objeto crear, modificar, transferir, extinguir o reglamentar deberes, obligaciones y derechos (acto jurídico familiar), que se presentarán al momento de disolverse el vínculo jurídico del matrimonio; esto es, es un instrumento que una vez aprobado por la autoridad competente, mediante la sentencia de divorcio respectiva, deja establecida la forma en la que declarado pues disuelto el matrimonio se van a regir diversas situaciones que se presenten en la vida futura de los divorciantes y de los menores habidos en el matrimonio, por lo que, resulta ser un requisito indispensable para que las personas que se encuentran legalmente unidas en matrimonio pero que por diversas razones y de común acuerdo ya no desean permanecer así y deciden poner fin a su relación matrimonial al no cumplirse ya con las perspectivas, derechos, obligaciones y fines del matrimonio, puedan solicitar el divorcio voluntario ante la autoridad competente, en este convenio queda exteriorizada y plasmada su autonomía de la voluntad, restringida, sólo en virtud, de que como hemos dicho anteriormente, las cuestiones que afectan a la familia son de orden público, pero son realmente los cónyuges quienes formulan y proponen el convenio a la autoridad judicial, lo que permite la solución pacífica y más apropiada para los intereses de la familia, de los cónyuges y padres a la vez, quienes están en posibilidad de buscar y llegar a una solución más conveniente y legal al rompimiento interpersonal de su vida conyugal, y de los hijos del matrimonio, quienes son finalmente las personas más vulnerables y a quienes la ley está obligada principalmente a velar por sus intereses; tienen pues los divorciantes, la facultad de resolver sus propias crisis para llegar a una proposición aceptable para ambos, y evitar un juicio en el cual el juez aplicaría la norma y su criterio personal al razonar la sentencia, la cual, no siempre sería la mejor solución para los miembros de la familiar, ya que el

juzgador resolvería de acuerdo con los elementos aportados por las partes, desconociendo realmente las necesidades tanto económicas como afectivas de cada miembro de la extinta familia.

Sin que resulte óbice señalar, que el convenio a que se refiere el multicitado numeral 273, si bien es cierto, pretende o tiene como fin, el de establecer y decidir sobre la situación y circunstancias particulares en las que se encontrarán tanto los excónyuges, como los hijos habidos en el matrimonio una vez disuelto éste, también lo es que, esto no implica decidir sobre el estado de sus miembros, como tiene a bien apuntar la tesis emitida por nuestro más Alto Tribunal, que textualmente señala:

"DIVORCIO VOLUNTARIO, CONVENIOS PARA SOLICITARLO. El convenio que celebren los cónyuges para solicitar el divorcio voluntario es perfectamente lícito, por permitirlo el artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal, y no puede decirse que implique un arreglo sobre el estado civil de los consortes, ya que si fuera así, la ley no hubiera admitido y reglamentado el divorcio voluntario, sino que por el contrario, lo hubiese prohibido expresamente." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: LXXXVII. Página: 1262.

2.3.2. Naturaleza Jurídica.

Con respecto a la naturaleza jurídica del convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, diremos que, atendiendo a lo expuesto y retomando lo esencial de diversos párrafos de la obra multicitada del Maestro MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO, "este convenio regulador de conflictos conyugales es un acto jurídico del derecho familiar de carácter plurilateral y mixto, en el que intervienen los cónyuges, el representante del ministerio público como

auxiliar y el juez de lo familiar para homologarlo y dictar la resolución, no es un acto solemne, pero si jurisdiccional." ⁵⁸

Ahora bien, si nos remontamos a lo señalado en el apartado que antecede, recordaremos que el acto jurídico familiar, es la declaración de voluntad, unilateral o plurilateral, que tiene por objeto, crear, modificar, transferir, extinguir o reglamentar (regular) vínculos jurídicos que constituyen un estado familiar, cuya relación se integra con deberes, obligaciones y derechos familiares; en este caso, el convenio es pues, una manifestación de voluntad de carácter plurilateral y mixto, plurilateral porque se exterioriza y plasma la voluntad de ambos cónyuges; y mixto, porque tienen ingerencia en él, tanto los divorciantes como el juez de lo familiar y el representante del ministerio público; es un acto jurisdiccional, por la intervención que tienen los dos últimos, esto es, se presenta ante una autoridad jurisdiccional, quien previo a un trámite especial aprueba mediante la sentencia correspondiente. (Sin que resulte necesario profundizar más al respecto, dado que en el apartado anterior se realizó una exposición más amplia del punto en cuestión).

Se considera un acto jurídico, porque sobre todo, se reconoce y prevalece (salvo casos excepcionales), la voluntad de las partes, pues son ellos quienes viven de cerca sus problemas y pueden regular las consecuencias surgidas de su conflicto matrimonial de la mejor manera, conviniendo un estatuto que comprenda lo relativo a los hijos, la sociedad conyugal (si bajo ese régimen patrimonial se contrajo el matrimonio) y lo relativo a la familia después del divorcio; es un presupuesto indispensable para que el juez de lo familiar decrete disuelto el vínculo conyugal y que se requiere para regular las nuevas relaciones jurídicas que surgen por la crisis conyugal, tanto de los divorciados como de los menores hijos, una vez que se declara ejecutoriada la sentencia de divorcio.

⁵⁸ Cfr. págs. 80 y 95.

Una de las funciones que realizan, tanto el juez de lo familiar, como el representante del ministerio público en este acto jurídico familiar de carácter mixto, es llevar a cabo la encomienda de la ley de vigilar para que los pactos se ajusten al orden público, al interés social, a las buenas costumbres y a los principios generales del Derecho; esto es, que los cónyuges no se dañen entre sí; que los pactos sean menos dañinos para los hijos, procurando su bienestar en todo momento; que se resuelva el aspecto económico y lo relativo a los bienes conyugales y familiares, para vigilar que no se violen los principios propios y naturales del matrimonio y la familia. Al juez le corresponde adicionalmente decretar disuelto el matrimonio, aprobar el convenio e incorporarlo a la sentencia, tiene pues, una triple función: control de la legalidad, aprobación u homologación del convenio, y su incorporación a la sentencia; mientras que el ministerio público deberá opinar sobre los intereses de los ausentes, menores e incapacitados, actuar como consultor y asesor de jueces y tribunales, estudiar y emitir su opinión sobre el convenio, oponerse a la aprobación de éste y proponer modificaciones, entre otras.

Por su parte, el Licenciado EDUARDO PALLARES, considera que "el convenio es un contrato de derecho público, porque tanto el Estado como la sociedad, están interesados en que se otorgue conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio, velando por los intereses de los menores hijos y de los cónyuges, ya que esto concierne a la institución de la familia. Es un contrato sui generis, porque la ley obliga a los consortes a incluir en él diversas estipulaciones sin las cuales carece de validez y eficacia jurídica, teniendo pues el derecho de pedir que se cumpla el contrato y aún de lograr su ejecución forzosa por la vía judicial." ⁵⁹

⁵⁹ Cfr. págs. 48 - 50.

2.4. DE LOS INCIDENTES.

2.4.1. Concepto.

Respecto a los INCIDENTES, comenzaremos este apartado diciendo, que para el Maestro JOSE BECERRA BAUTISTA "etimológicamente, la palabra *INCIDENTE* viene del latín *INCIDERE* que significa sobrevenir, interrumpir, producirse. *INCIDENCIA* es lo que sobreviene en el discurso de algún asunto, negocio o pleito."⁶⁰

Ahora bien, respecto a la definición de los mismos, en primer orden, consideraremos lo expuesto por el autor antes citado, el cual nos dice que: "los incidentes son pequeños juicios que tienden a resolver controversias de carácter adjetivo, que tienen relación inmediata y directa con el asunto principal."⁶¹

Por otra parte, el Doctor en Derecho y Catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México, CARLOS ARELLANO GARCIA, señala que: "en una de sus acepciones literales, la más cercana a su significación procesal, por incidente entendemos aquel acontecimiento de mediana importancia que sobreviene en el curso de un asunto. Si este significado meramente gramatical lo quisiéramos acoplar a la materia procesal, sólo tendríamos que indicar que el acontecimiento sobreviene en el curso de una proceso en el que interviene una autoridad estatal con facultades jurisdiccionales."⁶² Continúa exponiendo, que: "el incidente es toda cuestión controvertida que surge dentro del proceso como accesoria de la controversia principal. De dicho concepto obtiene los siguientes elementos: a) se dice que el incidente es una cuestión porque es un problema, es una materia que es motivo de discusión. Hay una pugna de pretensiones diversas entre los que, en su calidad de sujetos del proceso tienen en trámite una

⁶⁰ BECERRA Bautista, José. El Proceso Civil en México. 5ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pág. 262.

⁶¹ Loc. cit.

⁶² ARELLANO García, Carlos. Teoría General del Proceso, 6ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997, pág. 128.

controversia; b) la cuestión es controvertida por lo menos en potencia pues, se quiere conocer el punto de vista de la contraria, la que puede oponerse o puede aceptar total o parcialmente la pretensión que se ha hecho valer en el incidente; c) para tener el carácter de incidente, debe surgir la cuestión controvertida dentro de un proceso, pues, si no fuera así sería una controversia independiente y no tendría la calidad de incidente. En ese proceso tendrá el carácter de accesoria a la cuestión que se debate de manera principal; d) el incidente no es la cuestión principal que se debate. Sólo gira alrededor de ella pues, está relacionada pero, no es la misma cuestión principal que es objeto del litigio." ⁶³

Asimismo, el Licenciado EDUARDO PALLARES, al tratar el tema que ahora nos ocupa, nos brinda como premisa, otra acepción etimológica de la palabra INCIDENTE, sin que altere su significado real, al señalar que: "la palabra incidente, deriva del latín, INCIDO INCIDENS (acontecer, interrumpir, suspender) significa en su acepción más amplia, lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal, y jurídicamente, la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal. La palabra incidente puede aplicarse a todas las excepciones, a todas las contestaciones, a todos los acontecimientos accesorios que se originan en un negocio e interrumpen o alteran o suspenden su curso ordinario." ⁶⁴ El mismo autor, en otra de sus obras, nos da una concepción más sencilla de esta figura, cuando nos dice que: "se entienden por incidentes, las cuestiones que surgen durante el juicio y que tienen relación con la cuestión litigiosa principal o con el procedimiento." ⁶⁵

Así también, el Doctor en Derecho y Catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México, JOSE OVALLE FAVELA, nos indica respecto a los incidentes

⁶³ Ibid., pág. 129.

⁶⁴ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 21ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, pág. 410.

⁶⁵ PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 11ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, pág. 110.

que éstos son "los procedimientos que se siguen dentro de un proceso para resolver una cuestión accesoria al litigio principal." ⁶⁶

Por su parte, RAFAEL DE PINA, nos dice, que el incidente es un "procedimiento legalmente establecido para resolver cualquier cuestión que, con independencia de la principal, surja en un proceso. Generalmente (con error) se denomina incidente a la cuestión distinta de la principal." ⁶⁷

HUMBERTO BRISEÑO SIERRA, al respecto nos enuncia que "puede decirse que mirando al desarrollo normal, el incidente es una anomalía en lo que tiene de desviación, sea que se sustancie sumariamente, durante la tramitación de la serie principal o por cuerda separada, y tiene peculiaridades que exigen explicar anticipadamente cierto tipo de cuestiones que provocan la incidencia." ⁶⁸

Otro criterio que debemos considerar, es el expuesto por UGO ROCCO, cuando nos dice que: "El juez, para resolver la cuestión final de mérito, esto es, la referente a la declaración positiva o negativa de certeza de la relación jurídica sustancial deducida en juicio, no puede llegar a ese juicio final si no ha examinado y eliminado antes todas las cuestiones suscitadas por las partes o suscitadas de oficio, que constituyan un antecedente lógico y jurídico de la decisión. Tales cuestiones, puesto que inciden (incidunt) entre la demanda del actor y la del demandado, concerniente a la providencia final solicitada, y la decisión, suelen llamarse con término genérico INCIDENTES, palabra que elípticamente indica las llamadas *cuestiones incidentales*, es decir, aquellas cuestiones que se presentan y surgen en el curso del proceso instaurado y que deben ser decididas en un orden cronológico anterior a la decisión final sobre la relación jurídica sustancial deducida en juicio." ⁶⁹

⁶⁶ OVALLE Favela, José. Derecho Procesal Civil. 8ª Edición, Editorial Oxford University Press, México, 1999, pág. 232.

⁶⁷ PINA DE, Rafael. Diccionario de Derecho. 2ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1970, pág. 199.

⁶⁸ BRISEÑO Sierra, Humberto. Derecho Procesal. 2ª Edición, Editorial Harla, México, 1995, pág. 1196.

⁶⁹ ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen III, Parte Especial, Proceso de Cognición, Editorial Temis Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1972, págs. 217 - 218.

De igual modo, FRANCESCO CARNELUTTI, respecto a los incidentes, señala: "que durante la instrucción, pueden emerger cuestiones que sea necesario resolver antes de la decisión, porque su resolución constituye un medio respecto de ésta. Debido a que tales cuestiones caen en medio, entre la comparecencia y el pronunciamiento, se llaman incidentes o cuestiones incidentales, para distinguirlas de éstas, a las otras cuestiones de mérito (porque su solución sirve para conocer cuál de las demandas merece ser acogida)." ⁷⁰ Continúa diciendo, que: "si una cuestión ha de ser resuelta antes de la decisión, en cuanto sirve de medio para la misma, quiere decir que se refiere al proceso y no al litigio, precisamente porque el medio para la solución del litigio es el proceso; pero debe agregarse que la frase cuestiones de mérito es de uso elástico, en el sentido de que sirve no sólo para denotar las cuestiones concernientes al litigio frente a las cuestiones que se refieren al proceso, sino también las cuestiones prejudiciales, en antítesis con las cuestiones prejudiciales; precisamente por eso no es raro el caso de que se hable de mérito del incidente, justamente cuando en la resolución del incidente se presenten cuestiones prejudiciales." ⁷¹

Ahora bien, por lo que respecta a nuestra legislación actual, es de hacer notar que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no trata de los incidentes en capítulo especial, ni nos brinda una definición de los mismos, se refiere a éstos, cuando nos dice principalmente, en su artículo 88 que: "*Los incidentes se tramitarán, cualquiera que sea su naturaleza, con un escrito de cada parte, y tres días para resolver. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse. Si las pruebas no tienen relación con los puntos cuestionados incidentalmente, o si éstos son puramente de derecho, el tribunal deberá desecharlas. En caso de admitirlas se citará para audiencia dentro del término de diez días, diferible por una sola vez, en que se reciban pruebas, se oigan brevemente las alegaciones, y se cite para sentencia interlocutoria.*" Como podemos observar, del numeral antes transcrito,

⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 5, Editorial Oxford University Press, México, 1999, pág. 977.

⁷¹ Loc. cit.

sólo se desprende su tramitación, más no una definición clara de los mismos, que nos permita entender la idea, la concepción y la naturaleza de estos pequeños juicios, (como tiene a bien llamarlos el maestro JOSE BECERRA BAUTISTA), restándoles así, una importancia que, a consideración nuestra y dada la utilidad y aplicación que esta figura jurídica tiene en la práctica diaria ante los Tribunales de Justicia, debe ser recalcada.

Más sin embargo, ante la falta de una disposición precisa en nuestra ley adjetiva civil, podemos recurrir además de la doctrina, al criterio que el Poder Judicial Federal, ha emitido en diversas tesis aisladas, (las cuales se transcriben a continuación), mismas que nos dan una idea de lo que para ellos son los incidentes, no apartándose este pensamiento de las definiciones de los autores arriba mencionados, con ciertas cuestiones inaplicables, dada la época en que fueron emitidas y ciertas concepciones erróneas que ya fueron superadas, a las que más adelante nos referiremos.

"INCIDENTES. Son incidentes, las cuestiones que se promueven en un juicio, y tienen relación inmediata con el negocio principal; de lo que se deduce que para que exista el incidente, debe existir el juicio, de modo que si éste ha sido terminado por sentencia ejecutoriada, ha dejado de existir, y no existiendo no puede promoverse dentro del juicio, porque éste ha terminado."
 Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo XI. Tesis: Página 259. Tesis Aislada.

"INCIDENTES. Tienen ese carácter, las cuestiones que se promueven en un juicio, y que tiene relación inmediata con el negocio principal, de donde se deduce que para que pueda promoverse un incidente, se requiere que el juicio respectivo no haya concluido y que, por consiguiente, esté en tramitación, de modo que si el juicio ha terminado por sentencia ejecutoriada, no procede ya promover incidente alguno." Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo XXII. Tesis: Página: 477. Tesis Aislada.

De todo lo anterior, podemos decir, que estimamos acertadas las definiciones expuestas por el Doctor en Derecho, JOSE OVALLE FAVELA, y por

RAFAEL DE PINA, cuando señalan, respectivamente, que los incidentes son procedimientos que se siguen dentro de un proceso para resolver una cuestión accesoria al litigio principal, (si consideramos que el procedimiento es una serie de actos y hechos procesales los cuales tiene una realización formal, espacial y temporal); así también, cuando RAFAEL DE PINA, dice que el incidente es un procedimiento legalmente establecido para resolver cualquier cuestión que, con independencia de la principal, surja en un proceso. Generalmente (con error) se denomina incidente a la cuestión distinta de la principal, (si atendemos a que los incidentes son procedimientos legalmente establecidos por nuestra legislación procesal civil (artículo 88), que tienen como finalidad resolver o dirimir cualquier cuestión que se presente durante o después de concluido el juicio principal, pues no solamente resuelve cuestiones que surjan durante el proceso principal, sino también cuando éste haya finalizado).

Ambas concepciones contrarias a las demás transcritas, no minimizan como hemos apuntado anteriormente, la importancia y trascendencia de esta figura jurídica; aunado, a que como hemos dicho, los incidentes, son verdaderos procedimientos, pequeños, talvez, como señala BECERRA BAUTISTA, pero son verdaderos juicios, en los cuales se pueden ventilar cuestiones importantes y trascendentales para las partes, estando latente la igualdad procesal de éstas, no dejarlas en estado de indefinición y haciendo que la impartición de justicia sea más eficaz y expedita.

2.4.2. Naturaleza Jurídica.

Con relación a la naturaleza jurídica de los incidentes, dada la carente importancia que esta figura tiene en el campo del derecho procesal civil, pocos son los autores que se ocupan de definirla y más aun de explicar su naturaleza, por lo que, consideraremos lo expuesto por el profesor JOSE BECERRA BAUTISTA,

en su obra consultada con antelación, quien integra a los incidentes en su Capítulo Segundo, denominado "Procesos Sumarios", lo que nos lleva a considerar como premisa, que la naturaleza jurídica del incidente es precisamente el juicio sumario; en el apartado de referencia hace alusión a manera de aclaración necesaria, a la reforma sufrida por el Código Procesal en mil novecientos setenta y tres, el cual suprimió el vocablo sumariamente y derogó el juicio sumario, cuyos plazos eran breves, convirtiendo en ordinarios a todos los procesos, con amplitud en los plazos, logrando que todos se unificaran en la ampliación de los términos judiciales, salvo honradas excepciones que denominó juicios especiales, la palabra incidentalmente substituyó a sumariamente.

El vocablo sumariamente, significa rapidez, por lo que, los juicios sumarios eran considerados como los procesos que por la naturaleza del derecho sustantivo requerían un trámite con brevedad de plazos o de solemnidades. Continua exponiendo el maestro BECERRA BAUTISTA, que el derogado artículo 430, en sus 17 fracciones, enunciaba esos problemas incluyendo un procedimiento sumarísimo para la calificación de impedimentos matrimoniales; la responsabilidad por incumplimiento de promesa matrimonial; las diferencias que surgían entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposiciones de maridos, padres y tutores, y en general, todas las cuestiones familiares que reclamaban la intervención judicial, y las acciones relativas a servidumbres legales o que constaran en títulos públicos. Como podemos observar, estas cuestiones relativas a la familia, son las que en nuestra legislación procesal vigente se señalan en su numeral 942, dentro del Título Décimo Sexto, Capítulo Único, denominado De Las Controversias de Orden Familiar.

Señala el autor, que en estos casos, no se requería escrito de demanda y bastaba oír a las partes, primero al denunciante o al actor, enseguida a los demandados, puede decirse que era para comenzar un juicio oral, sin formalidades escritas; recibiendo en ese orden sus pruebas en el acto mismo y

dictando ahí la resolución concisa, haciéndose constar todo este proceso sumario en una sola acta.

Nos explica que la nueva terminología sólo emplea, en consecuencia, los vocablos de plano, de oficio e incidentalmente, aún cuando subsistan procedimientos sumarísimos en controversias de orden familiar.

Expone en el renglón correspondiente y concretamente respecto a la naturaleza jurídica de los incidentes que ésta se encuentra definida, en algunos casos, en forma expresa, en la ley procesal y, en otros, queda sólo delineada, brindándonos para una mejor comprensión, en vía de ejemplo los siguientes: el precepto 42, al señalar que la excepción de cosa juzgada deberá tramitarse incidentalmente; el 78, se refiere a los incidentes que se susciten con motivo de la nulidad de actuaciones, pero usando el sinónimo de artículo; el incidente de costas está previsto en el 141; en los numerales 186 y 187, se fija la tramitación de la recusación, por vía incidental; en el 237, se prevé la tramitación de las providencias precautorias, después de iniciado el juicio, en forma incidental; los incidentes de liquidación de sentencia están previstos por los artículos 521, 522 y 531; los gastos de administración de los síndicos y la remoción de éstos, por no rendir cuentas, se tramitan como incidentes, según los preceptos 765 y 766; en los juicios sucesorios el incidente derivado de los avalúos practicados por peritos se prevé en los numerales 825 y 826; las rendiciones de cuentas, en esos juicios, así como, la liquidación de la repartición de herencia, los prevén los artículos 852 y 855; toda cuestión que surja en los negocios de jurisdicción voluntaria, se substanciará en forma de incidente 899 y 900; el incidente para la venta de bienes de menores se prevé en el 920, y en el 938, se fijan cuáles son las cuestiones de jurisdicción voluntaria que se tramitan en vía incidental, con intervención del ministerio público.

Por nuestra parte, haremos mención a otros preceptos de la legislación procesal civil vigente para el Distrito Federal, que hacen alusión a diversos

incidentes no señalados anteriormente, tales como: artículo 72, los incidentes ajenos al negocio principal y los notoriamente frívolos o improcedentes deberán ser repelidos de oficio por los jueces; en el 79, las resoluciones son: fracción V, decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia, que son las sentencias interlocutorias; en el 88, se encuentra el procedimiento para la tramitación procesal de los incidentes; deben acompañarse copias del escrito de demanda incidental, 103; en el 320, se señala la tramitación incidental para el caso de la nulidad proveniente de error o violencia en el desahogo de la prueba confesional; en el 371, la petición de tachas a testigos se substanciará incidentalmente; en los numerales 345 y 386, la impugnación de falsedad de un documento será vía incidente; en el 558, los incidentes relativos al depósito y a las cuentas en el procedimiento de los embargos; dentro de éstos últimos, cabe la interposición de incidentes sobre las materias que prevé el artículo 562, y que son: ampliación y reducción de embargos, venta y remate de los bienes embargados, nombramientos, remociones y remuneraciones de peritos y depositarios, de liquidación de sentencia, rendición de cuentas, daños y perjuicios; y, en el 865, la oposición al proyecto de partición de la masa hereditaria.

2.4.3. Clasificación de los Incidentes.

Respecto a la clasificación que de los incidentes pretende formular la doctrina, repetiremos una vez más, que son pocos los autores mexicanos que se ocupan del tema y que existe divergencia entre sus opiniones, ya que mientras que para algunos sólo hay dos o tres clases de incidentes, para otros se dan varios puntos de vista que conllevan a una diversidad en su agrupación, por lo que, atenderemos a lo señalado por tres de los consultados con anterioridad, comenzando con lo expuesto por el Licenciado EDUARDO PALLARES, quien retoma las ideas de diversos autores clásicos los cuales, distinguieron diferentes tipos de incidentes a saber: "a) los puros y simples, que sólo conciernen al

procedimiento; b) los relacionados con la cuestión litigiosa principal, cuya decisión podía causar un gravamen irreparable en la sentencia definitiva; y finalmente, c) aquellos que resuelven cuestiones que prejuzgan el fondo. Señala que entre las cuestiones incidentales que suspenden el curso del juicio, figuran las relativas a la acumulación de autos, recusación o impedimento del juez, nulidad del procedimiento y las llamadas cuestiones prejudiciales." ⁷²

Por otro lado, el Profesor, JOSE BECERRA BAUTISTA, realiza sólo una distinción respecto a los incidentes y esto, en atención a la forma de su substanciación; esto es, señala que: "la legislación distingue incidentes que se siguen en el cuaderno principal y los que se siguen por cuerda separada. En vía de ejemplo, nos dice que: los incidentes relativos al depósito y a las cuentas mensuales se seguirán por cuerda separada (558), y el artículo 562 establece, que los incidentes de liquidación de sentencia, rendición de cuentas y determinación de daños y perjuicios se seguirán en el cuaderno principal." ⁷³

Ahora bien, uno de los autores que profundiza más acerca del tema en estudio, dando una clasificación clara y concreta de los incidentes previstos en nuestra legislación procesal civil, es el Doctor en Derecho, CARLOS ARELLANO GARCÍA, quien establece que, dado a que se presentan diversas perspectivas a través de las cuales se puede contemplar a los incidentes, dan como resultado numerosas clases de los mismos, él atiende seis puntos de vista distintos, siendo los siguientes: "a) Desde el punto de vista del momento procesal en el que los incidentes han de fallarse, los incidentes se pueden clasificar como aquéllos que se resuelven antes de sentencia frente a los incidentes que se fallan al dictarse la sentencia definitiva. Una tercera categoría la integrarían incidentes que se tramitan y fallan después de la sentencia definitiva; b) Desde el punto de vista de los efectos que pueden originarse en cuanto a la marcha del proceso. Hay incidentes que detiene la marcha del proceso e incidentes que no suspenden la tramitación

⁷² Cfr. Diccionario de Derecho Procesal Civil. pág. 411.

⁷³ Cfr. pág. 265.

de la cuestión principal; c) Desde el punto de vista de su denominación particular, hay incidentes que tienen una denominación legal y otros que carecen de ella, por lo que pudiera hacerse referencia a incidentes nominados e innominados; d) Desde el punto de vista de su procedencia, los incidentes pueden ser procedentes, improcedentes y notoriamente improcedentes. Los dos primeros ameritan una tramitación. Los terceros deben ser rechazados; e) Desde el punto de vista de su objeto los incidentes pueden ser: de incompetencia, de litispendencia, de conexidad, de falta de personalidad, de nulidad de actuaciones, de acumulación, de recusación, de providencia precautoria, de falsedad de documento, de tachas, de inconformidad con lo declarado en confesional, de liquidación de sentencias, de cuentas, de excepción contra sentencia, de depósito, de ampliación o reducción de embargo, de venta y remate de los bienes secuestrados, de determinación de daños y perjuicios, de remoción de sindico, de oposición a los inventarios y avalúos en las sucesiones, de inconformidad a la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, de jurisdicción voluntaria, de venta de bienes de los hijos; f) Desde el punto de vista de la materia, los incidentes pueden ser civiles, penales o mercantiles. En la materia civil pueden suscitarse incidentes penales como lo previene el artículo 386 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal." ⁷⁴

2.4.4. Procedimiento en la Tramitación de Incidentes.

Se estima necesario comenzar este apartado, haciendo una distinción entre aquéllos incidentes que suspenden el juicio principal para ser tramitados y resueltos y aquéllos, en que no se produce ese efecto suspensivo; siendo los primeros los denominados incidentes de previo y especial pronunciamiento, mediante los cuales se tramitan las excepciones de incompetencia, litispendencia, conexidad, falta de personalidad, y la nulidad de actuaciones por falta de

⁷⁴ Ob. cit., pág. 130.

emplazamiento. Los incidentes que no suspenden la tramitación del juicio principal, también se sujetan a lo dispuesto por el artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sólo que la resolución de los mismos queda diferida para cuando se pronuncie la sentencia definitiva. Tal regla, no surte efectos para los incidentes tramitados con posterioridad a la sentencia, ya que éstos deben seguir las directrices del numeral mencionado con antelación.

Ahora bien, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, de lo dispuesto por el precepto 88 del Código Adjetivo Civil, se establece la forma en que debe tramitarse un incidente, dicho artículo es del tenor literal siguiente: *"Los incidentes se tramitarán, cualquiera que sea su naturaleza, con un escrito de cada parte, y tres días para resolver. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse. Si las pruebas no tienen relación con los puntos cuestionados incidentalmente, o si éstos son puramente de derecho, el tribunal deberá desecharlas. En caso de admitirlas se citará para audiencia dentro del término de diez días, diferible por una sola vez, en que se reciban pruebas, se oigan brevemente las alegaciones, y se cite para sentencia interlocutoria."*

Luego entonces, la parte que plantea la cuestión controvertida, esto es, que promueve un incidente, denominado actor incidentista, debe hacerlo a través de un escrito, el cual se presentará ante el juzgado que conoce del juicio principal, debiendo reunir por analogía, los requisitos dispuestos para una demanda inicial, en el numeral 255 del Código en comento, acompañando a dicho curso, las copias de traslado respectivas, como lo establece el segundo párrafo del precepto 103 de la misma legislación, so pena de no admitirse el incidente planteado; en el mismo acto se deben, (según sea el objeto que tenga el incidente), ofrecer las pruebas que se estimen pertinentes y que servirán para acreditar su acción, señalando los puntos sobre los que versen, pero, si éstas no guardan relación con la controversia planteada, o si se refieren a cuestiones puramente de derecho el juzgador debe desecharlas.

A este escrito de demanda incidental, le recae un auto que puede ser admisorio, dilatorio o negatorio, esto es, admisorio cuando el incidente tenga un fundamento legal que lo haga procedente; dilatorio cuando no se rechaza el incidente sino sólo se aplaza su proveído favorable hasta que se cumpla el requisito procesal exigido, por ejemplo: cuando el nombre o domicilio del demandado incidentista resulte confuso, estableciendo, que aclarado que sea, en el término de tres días, se acordará lo conducente; y negatorio, en dos casos a saber: a) cuando el incidente tenga un término de interposición y su presentación resulte extemporánea, por ejemplo: la nulidad de actuaciones debe reclamarse en la actuación subsecuente, ya que de lo contrario aquélla quedará revalidada de pleno derecho, (con excepción de la nulidad por defecto en el emplazamiento), y si es el caso que el incidente respectivo no es la actuación subsecuente éste resulta pues extemporáneo; y, b) cuando el incidente se encuentre en el supuesto a que se refiere el artículo 72 del multicitado Código; esto es, cuando resulte notoriamente frívolo e improcedente, por ejemplo: el incidente es una cuestión controvertida accesoria a la principal debatida en el proceso, por tanto, si el incidente que se promueve es ajeno al negocio principal, en realidad no estaríamos hablando de un incidente sino de otra controversia diferente que no cabe plantearla como incidental y el juzgador de oficio, debe pronunciarse respecto a su procedencia. Sirve de apoyo a este último punto, la tesis cuyo contenido es del tenor literal siguiente:

"INCIDENTES. FACULTAD DEL JUZGADOR PARA OCUPARSE DE SU PROCEDENCIA. Salvo disposición en contrario, el juzgador competente tiene facultades para determinar si es o no procedente cierto incidente o recurso que prevé la ley que le corresponde aplicar, interpuesto por alguna de las partes del procedimiento judicial, aun cuando la legislación de que se trate no le otorgue expresamente esa facultad, pues la misma es propia de su función jurisdiccional." Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: XI, Marzo de 1993. Página: 291.

Si el auto que se dicta es de carácter negatorio, el que promueve el incidente tendrá como recurso para combatirlo, el de apelación; lo anterior, en atención a las tesis jurisprudenciales que se transcriben a continuación, y dado que la ley de la materia es omisa al respecto.

"INCIDENTE, EL AUTO QUE LO DESECHA NO ES SUSCEPTIBLE DE COMBATIRSE A TRAVÉS DEL RECURSO DE QUEJA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). El artículo 723 fracción I, del Código de Procedimientos Civiles, que estatuye que es procedente el recurso de queja "Contra el Juez que se niega a admitir una demanda o desconoce de oficio la personalidad de un litigante antes del emplazamiento.", se entiende referido al caso en que sólo exista una persona a la que afecta una resolución de las indicadas, que, así considerado, tratándose de una demanda será aquella en donde se ejercite una acción principal, esto es, la instancia ante el órgano jurisdiccional en donde se exprese lo que se reclama de una persona y su fundamento, lo cual no ocurre con la promoción de un incidente, que sabido es son las cuestiones que se promueven en un juicio y tienen relación con el negocio principal, lo cual presupone la existencia de más de un interesado, a quienes debe oírse, como lo preceptúa el artículo 88 del invocado código procesal de la materia, al disponer que los incidentes se tramitarán con un escrito (no dice demanda) de cada parte; de todo lo cual resulta que el auto que desecha un incidente no es susceptible de combatirse por medio del recurso de queja, criterio que se corrobora por el texto del referido artículo 723-I del ordenamiento citado, al emplear en su parte final los vocablos "antes del emplazamiento", que se colige rige en el evento de no admitirse la demanda o se desconoce de oficio la personalidad de un litigante, y sin que valga en contrario para tener como improcedente el recurso de queja tratándose de la promoción de un incidente, que se le denomine "demanda incidental". Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo: VIII, Agosto de 1998. Tesis: I.3o.C.153 C. Página: 865.

"QUEJA, RECURSO DE. ES IMPROCEDENTE CONTRA EL AUTO QUE DESECHA UNA DEMANDA INCIDENTAL (CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LOS ESTADOS DE MICHOACÁN, SAN LUIS POTOSÍ, PUEBLA, JALISCO Y DEL DISTRITO FEDERAL). Dichas legislaciones establecen que procede el recurso de queja contra el Juez que se niega a admitir una demanda o desconoce de oficio la personalidad de un litigante antes del emplazamiento.

Si bien este texto no hace diferencia entre demanda principal e incidental, de su análisis se concluye que sólo se refiere a la demanda principal en cuanto que es el escrito con el que se inicia el juicio y el único posible que puede existir antes del emplazamiento. Asimismo, el emplazamiento tiene como efecto, entre otros, prevenir el juicio a favor del Juez que lo hace, prevención que sólo puede derivar del conocimiento de la demanda principal. Además, en diversos códigos de los mencionados se establece, en el título denominado "Del juicio ordinario", que si no se le da curso a la demanda puede promoverse el recurso de queja, lo que confirma que este recurso, en los textos motivo de contradicción, sólo está reservado para el caso de que el Juez se niegue a admitir una demanda principal, únicamente." Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo: X, Noviembre de 1999. Tesis: 1a./J. 76/99. Página: 342.

El auto que admita la demanda incidental, ordenará dar vista mediante notificación personal a la contraria, para que dentro del término de tres días conteste lo que a su derecho convenga, (término que resulta de atender a lo dispuesto por el artículo 137, cuando dice, que si el Código no señala términos para la práctica de algún acto judicial se tendrá por señalado: fracción IV. Tres días para todos los demás casos...), corriéndole traslado con las copias que para tal efecto se hayan exhibido; siendo que en materia familiar, se le apercibe para que en caso de no hacerlo se le declarará rebelde y se tendrá por contestada la demanda incidental en sentido negativo, con fundamento por analogía, en el último párrafo del numeral 271; si fue el caso de que se promovieran pruebas y éstas fueran de admitirse, en este mismo auto se tendrán por admitidas y se ordenará, en su caso, su preparación, fijándose también, la fecha para que tenga verificativo la audiencia incidental, la cual deberá ser dentro de los diez días siguientes.

Una vez notificada personalmente la parte contraria, denominada demandada incidentista, tendrá como hemos señalado, un término de tres días para dar contestación a la demanda incidental entablada en su contra, con los parámetros, por analogía, que señala el precepto 260, pudiendo ofrecer pruebas

de su parte, fijando también los puntos sobre los deben versar, y oponiendo las excepciones y defensas que considere.

A este escrito de contestación de demanda incidental, le recae un auto en el cual, si se opusieron excepciones y defensas se dará vista a la otra parte para que manifieste lo que a su derecho convenga en el término de tres días, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 272-A, aplicado por analogía; así mismo, admitirá en su caso, las pruebas por esta parte ofrecidas, mandando preparar las que así lo ameriten y remitiendo a la fecha de audiencia incidental dada en el auto admisorio de demanda o en su caso, fijando una nueva fecha para tal efecto.

No es óbice señalar, que en los incidentes no existe la posibilidad de la reconvencción; esto es, el demandado incidentista no puede en su escrito de contestación a la demanda, reconvenir a su contrario, pues el precepto 88 de la ley del enjuiciamiento civil, establece que los incidentes se tramitarán cualquiera que sea su naturaleza con un escrito de cada parte, y en el supuesto de que el demandado tuviera una acción que ejercitar, deberá hacerlo en la vía correspondiente, o incidentalmente. Sirve de apoyo a lo anterior, la tesis que se transcribe a continuación.

"RECONVENCIÓN, EN LOS PROCEDIMIENTOS INCIDENTALES ES IMPROCEDENTE LA FIGURA DE LA. Los procedimientos incidentales, cualquiera que sea su naturaleza, por ocuparse de cuestiones accesorias al juicio principal, en los cuales se busca su pronta solución, deben sujetarse a las reglas especiales establecidas en el artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, conforme al cual su tramitación se concreta a un escrito de cada parte, y tres días para resolver, y si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos; en consecuencia, dentro de esa tramitación no se prevé la posibilidad de que el demandado pueda reconvenir al actor incidentista, ya que al existir un procedimiento especial, claro y bien determinado para la sustanciación de los incidentes, que no contempla la reconvencción, ésta resulta improcedente."
Instancia: Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer

Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo: IX, Febrero de 1999. Tesis: I.7o.C.23 C. Página: 535.

Ahora bien, el multicitado artículo 88, es claro al señalar, que si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, pero existe un criterio no del todo apartado de la realidad y la práctica jurídica, el cual, atendiendo a que todas las cuestiones que afecta a la familia son de orden público, especialmente en materia de alimentos, las partes en un incidente, pueden ofrecer pruebas, en cualquier momento y aún hasta en la audiencia respectiva, sin más formalidad o limitación que no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la ley; la tesis en mención dice lo siguiente:

"INCIDENTES, OFRECIMIENTO DE PRUEBAS EN LOS. EXCEPCION A LA REGLA GENERAL TRATANDOSE DE CONTROVERSIAS DE ORDEN FAMILIAR. Si bien conforme a lo dispuesto en el artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por regla general, los incidentes se tramitarán cualquiera que sea su naturaleza, con un escrito de cada parte, y si se promoviere prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos; sin embargo, en los incidentes relativos a controversias de orden familiar, sobre aumento de pensión alimenticia a favor de menores, en los que deben observarse los lineamientos previstos en el Título Décimo Sexto, Capítulo Único, del código adjetivo en cita; por tratarse de cuestiones de orden público, las partes pueden ofrecer pruebas, en cualquier momento y aun hasta en la audiencia respectiva, según el caso; sin más formalidad o limitación que no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la ley, como lo dispone el artículo 914 del propio ordenamiento procesal en consulta." Instancia: Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: VII, Junio de 1991. Página: 295.

La audiencia incidental correspondiente, es de pruebas y alegatos, en ella se desahogan todas y cada una de las probanzas ofrecidas por las partes, las cuales alegarán lo que a su derecho convenga y se les citará para dictar sentencia interlocutoria, la que deberá pronunciarse dentro de los ocho días siguientes a la terminación de la audiencia.

Si es el caso que ninguna de las partes ofreció prueba alguna, como lo dispone el precepto 88, una vez contestada la demanda en el mismo proveído se citará a las partes para oír sentencia interlocutoria, la que el juzgador debe dictar en el término de tres días, con la salvedad de que la resolución del incidente que se promueve no quede diferida para cuando se pronuncie la sentencia definitiva.

Por lo que respecta a la sentencia interlocutoria, diremos, que es aquella que decide los incidentes (o cuestiones incidentales de carácter adjetivo o procesal), promovidos antes, durante o después de dictar sentencia definitiva, surgidos con ocasión del juicio, tiene ese nombre porque se refieren a cuestiones locutorias, es decir, a las que surgen "inter locutus", pues se dictan dentro del proceso; el numeral 79, de la ley en comento, señala en su fracción V, que las decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia, son las sentencias interlocutorias.

En contra de la sentencia interlocutoria, por la cual se resuelve un incidente planteado, procede el recurso de apelación, cuando la sentencia definitiva fuere apelable, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 691 in fine, de la legislación en cita; dicho recurso debe interponerse en el término de seis días, contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación de tal resolución, admitida por el juzgador, dará vista a la parte apelada para que en el término de tres días conteste los agravios y la admitirá en el efecto devolutivo o en ambos efectos según sea el caso, remitiéndose el testimonio respectivo al superior a fin de que resuelva lo que en derecho corresponda, en el término de ocho días. Corroborando la procedencia del recurso de apelación, la siguiente jurisprudencia establece:

"INCIDENTES. La admisión de recursos contra las resoluciones que en los incidentes se pronuncien, debe normarse atendiendo, no a la cuantía de lo que en los mismos incidentes se reclama, sino a la del juicio principal, y si por razón de ésta, la sentencia que en el juicio se dicte es apelable, también lo serán las resoluciones que se dicten en los incidentes." Instancia: Tercera

*Sala. Fuente: Apéndice al Tomo XXXVI. Época: Quinta Época.
Tomo.: Tesis: 402. Página: 733.*

Con lo anterior, damos por concluido el presente apartado, en el cual, dejamos expuesto el criterio sustentado principalmente, por la doctrina, la jurisprudencia y las disposiciones vigentes en nuestras legislaciones civiles, y con relación a las figuras jurídicas torales en el trabajo en cuestión, esto es, el matrimonio, el divorcio, el convenio y los incidentes, estudiamos pues, su concepto, naturaleza jurídica, y de éstos últimos, además, su clasificación y el procedimiento en su tramitación, con la finalidad de conocer a fondo cada una de ellas, para que en lo subsecuente, al referirnos a éstas, tengamos clara la idea de su concepción y nos sea más fácil comprender el porque de su importancia; abocándonos a continuación, más en concreto, a una en específico, siendo del divorcio del que hablaremos en el siguiente capítulo, tratando de brindar un marco general de los tipos de divorcio reconocidos y regulados por las normas civiles vigentes en México, tales como el administrativo, voluntario y necesario, deteniéndonos en cada uno para abordar lo relativo a su diligencia ante la autoridad competente.

CAPITULO TERCERO.

I. TIPOS DE DIVORCIO.

Con relación a este tema diremos, que la doctrina en su afán de dilucidar esta cuestión, nos brinda una distinción entre las clases de divorcio que se conocen y reglamentan en nuestro país, consideraremos pues, lo expuesto por el Profesor MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO, quien nos dice, que: "Para comprender el divorcio, debemos referirnos a las distintas clases de divorcios y entre ellas, en primer término, podemos encontrar una división entre divorcio vincular y no vincular; también se puede contemplar como sanción por un acto de suma gravedad de uno de los cónyuges, o como remedio a una situación insostenible; y por último, se puede dividir en necesario y voluntario." ⁷⁵ Es pues, el maestro CHAVEZ ASENCIO, quien nos da una visión más amplia y clara de las clases de divorcio, ya que diversos autores, tienden a estimar sólo dos de ellas o incluyen a una en otra ya señalada.

Tal es el caso de la Doctora en Derecho, SARA MONTERO DUHALT, "quien considera que el Código Civil para el Distrito Federal, da la opción tanto del divorcio vincular, como la simple separación judicial con persistencia del vínculo, dividiendo al primero, en dos clases: necesario y voluntario, presentando este segundo, 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." ⁷⁶

Asimismo, el Maestro ROJINA VILLEGAS, "comienza el capítulo relativo, hablando sobre la clasificación de los sistemas de divorcio, distinguiendo dos a saber: el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular; sin olvidar que

⁷⁵ CHAVEZ Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 4ª Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1997, pág. 456.

⁷⁶ Cfr. pág. 218.

en páginas posteriores, nos dice, que en nuestra legislación civil vigente, debemos distinguir cuatro formas distintas de divorcio, consistentes en: a) divorcio necesario; b) divorcio voluntario; c) separación de cuerpos; y, d) divorcio voluntario de tipo administrativo." ⁷⁷

Ahora bien, por lo que respecta al DIVORCIO VINCULAR diremos, que es aquél mediante el cual, previo el decreto de una autoridad competente, se disuelve el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, y por causas claramente establecidas en la ley, y que se suscitan entre los esposos posteriormente a la celebración del matrimonio; este tipo de divorcio es el que reconoce y acepta nuestra legislación vigente, desde la llamada Ley Sobre Relaciones Familiares de mil novecientos diecisiete.

EL DIVORCIO NO VINCULAR O SEPARACIÓN DE CUERPOS, es el que se solicita ante autoridad competente, con el fin de concluir la cohabitación con el otro cónyuge, pero sin romper el vínculo matrimonial, por lo que, no es de considerarse un verdadero divorcio, pues mediante él, se crea entre los consortes sólo una situación que presupone un relajamiento de dicho vínculo, pero no lo destruye, ya que todas las obligaciones del estado de matrimonio subsisten, con exclusión como hemos dicho, de la relativa a la vida en común, continuando los demás deberes y obligaciones derivados de éste, tales como fidelidad, ayuda mutua, alimentos, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal, si bajo éste se contrajo, podrá seguir administrando los bienes el cónyuge enfermo, siempre y cuando, la causa no sea la enajenación mental de éste, custodia de los hijos por el consorte sano, etc., y como consecuencia lógica, la inexistencia del domicilio conyugal, ya que ambos tendrán el derecho de señalar su propio domicilio. El numeral 277 del Código Civil para el Distrito Federal, contiene los únicos casos en que se permite la separación de los cónyuges sin pedir el divorcio, cuando nos dice que: *"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*

⁷⁷ Cfr. Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo, Derecho de Familia. págs. 383 - 394.

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”, dichas fracciones son las relativas a: padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; y, padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo. En estos casos, se requiere de la intervención del Juez de lo Familiar, como autoridad competente para decretar la separación de cuerpos solicitada, con conocimiento de causa como lo señala el precepto transcrito y atendiendo como factor primordial al bienestar y la salud del cónyuge sano y de los hijos habidos en el matrimonio. Este tipo de divorcio, es el que se contemplaba y permitía en los primeros Código Civiles de nuestro país, vigentes en mil ochocientos setenta y mil ochocientos ochenta y ocho, así como, el único que permite y autoriza en ciertos casos el Derecho Canónico.

El DIVORCIO SANCIÓN, se encuentra inmerso en las causales que implican la realización por uno o ambos cónyuges, de un acto ilícito o un acto que va en contra de la naturaleza misma del matrimonio; y representa el castigo para el responsable, la disolución del vínculo matrimonial al haber violado los deberes que le impone el matrimonio; las fracciones en que se encuadra este divorcio son las marcadas con los numerales: I a V, VIII y XI a XX, del artículo 267 del Código Sustantivo Civil, mismas, que se refieren a delitos entre los cónyuges, de padres a hijos, o de un cónyuge contra terceras personas, hechos inmorales e incumplimiento de obligaciones fundamentales; la sentencia que decreta el divorcio por alguna de estas causales, exige la prueba plena de la culpa de uno o ambos cónyuges y, por eso mismo, el divorcio implica una sanción contra el o los culpables que se percibe en sus efectos, tales como: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pérdida de la custodia de los menores, etcétera.

El DIVORCIO REMEDIO, es aquél en el que se decreta el divorcio, aún cuando no se alegan y prueban hechos imputables a uno de los cónyuges o a ambos, (no se requiere pues, una conducta culpable en específico), pero el vínculo matrimonial está virtualmente desquiciado y la vida en común se vuelve imposible o intolerable, resultando el divorcio un remedio, una solución y no una sanción. Es aquí, donde se contempla el acontecimiento de situaciones inadecuadas a la vida en común y a los fines del matrimonio, situaciones, en que como hemos dicho, no existe un responsable directo del problema, de la ruptura, pero es viable proceder al divorcio como una alternativa para proteger la salud, tanto del cónyuge sano como de los hijos, contra enfermedades crónicas o incurables, que sean además contagiosas o hereditarias, como la locura, enfermedades mentales, conductas derivadas de dichos trastornos o enfermedades contagiosas que afecta a uno de los cónyuges, contempladas en las fracciones VI y VII, del precepto 267 de la legislación civil vigente; aunado a lo anterior, es de considerarse al divorcio remedio en el supuesto de la fracción IX, del numeral en cita, y el divorcio por mutuo consentimiento, por petición conjunta de los esposos, dispensándose las causas que motivan esa petición, pues a través de él se separan los cónyuges que no han podido conservar la comunidad conyugal y es el divorcio la solución o la prevención de situaciones verdaderamente graves o que pongan en peligro la integridad de alguno de los miembros de la familia.

Con relación al DIVORCIO NECESARIO diremos que, es aquél que sólo procede por alguna de las causales previstas por la ley, específicamente en el multicitado artículo 267 del Código Sustantivo Civil, y que origina todo un proceso judicial.

El DIVORCIO VOLUNTARIO, es a petición conjunta de los cónyuges, esto es, se solicita de común acuerdo; se divide en divorcio voluntario de tipo administrativo, y el de tipo judicial, ambos sin limitación y sin necesidad de expresar la causa o causas que lo originan.

Tanto del divorcio necesario, como del divorcio voluntario de tipo administrativo y judicial, nos abocaremos más específica y abundantemente en apartados posteriores, pero no seguiremos la línea marcada, con relación a incluir al divorcio voluntario de tipo administrativo como una subdivisión del divorcio voluntario, consideraremos pues a la autoridad que participa, esto es, hablaremos primeramente del divorcio administrativo (autoridad administrativa) y después del divorcio judicial: necesario y voluntario.

3.1. DIVORCIO ADMINISTRATIVO.

Con relación al divorcio voluntario administrativo diremos, que es aquél que se solicita de mutuo acuerdo ante el Juez del Registro Civil, encuentra pues, su fundamento legal en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que literalmente señala: *"Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes."*

Ahora bien, lo transcrito anteriormente nos lleva a considerar los siguientes supuestos: 1. Que haya transcurrido un año, como mínimo, de celebrado el

matrimonio. 2. Que se haga manifiesta y prevalezca la voluntad de ambos cónyuges para divorciarse. 3. Que los dos sean mayores de edad. 4. Que en su caso, hayan liquidado la sociedad conyugal (si bajo este régimen patrimonial se celebró el matrimonio). 5. Que la cónyuge no se encuentre embarazada. 6. Que no existan hijos o sean mayores de edad. 7. Que tanto éstos como alguno de los consortes no necesiten de alimentos.

Cubriendo los requisitos anteriores, esto es, encontrándose dentro del supuesto, los cónyuges que así lo decidan se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil, que les corresponda según su domicilio, (aseveración no contemplada en la legislación civil, pero aplicando por analogía, el numeral 156 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y según el propio dicho de los funcionarios del Registro Civil), comprobando, con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, manifestando de manera terminante y explícita, que es su voluntad el divorciarse; éste, previa identificación de los consortes, (tradicionalmente, acompañados de dos testigos), procederá a levantar un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio, citándolos para que se presenten a ratificarla a los quince días, si los cónyuges hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil, los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. En atención al criterio jurisprudencial que a continuación se transcribe, diremos que esta declaración que formula el funcionario, con relación a la disolución del vínculo matrimonial, adquiere la calidad de cosa juzgada, dado el consentimiento expreso de ambos consortes:

"DIVORCIO ADMINISTRATIVO. EL DECRETADO POR EL JUEZ DEL REGISTRO CIVIL ADQUIERE CATEGORIA DE COSA JUZGADA. Si bien es verdad, en términos generales, que las sentencias sólo pueden ser dictadas por autoridad jurisdiccional, también lo es que, en algunos casos expresamente determinados por la ley, se otorga a otra autoridad facultad como sucede en lo previsto por el artículo 272 del Código Civil del Distrito Federal, para que el juez del Registro Civil pueda declarar disuelto un vínculo matrimonial, cuando medien las circunstancias que dicho numeral establece,

es decir, que los solicitantes sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubiesen liquidado la sociedad conyugal, si se hubiesen casado bajo ese régimen, declaración a la que, por seguridad propia de los divorciantes, tiene que otorgársele la categoría de cosa juzgada por haberse pronunciado con el pleno consentimiento de ellos, según se corrobora con la exposición de motivos que se tuvieron en cuenta para señalar nuevos derroteros a la legislación civil." Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: XIII, Enero de 1994. Página: 209.

Para efectos de este trabajo, nos dimos a la tarea de investigar personalmente en el Registro Civil, todo lo concerniente a este tipo de divorcio, dándonos como resultado la siguiente información proporcionada directamente por los empleados de dicha institución, para quienes el divorcio administrativo procede conforme lo dispuesto en el precepto 272 del Código Civil, cuando los cónyuges tienen por lo menos un año de matrimonio, no tienen hijos o teniéndolos no requieren pensión alimenticia y estén casados bajo el régimen de separación de bienes o en su caso sociedad conyugal y ésta ha sido liquidada. Según su propio dicho, se debe acudir ante el Juzgado más cercano a su domicilio. Cumpliendo con los requisitos siguientes: 1. Haber transcurrido un año a partir de la fecha de celebración del matrimonio. 2. Presentar solicitud por escrito firmada por los divorciantes. 3. No tener hijos menores de 18 años. 4. Tampoco tener hijos que siendo mayores de 18 años sean acreedores alimentarios o incapaces. 5. Copia certificada del acta de matrimonio. 6. Convenio de liquidación de la sociedad conyugal, si el matrimonio está celebrado bajo este régimen. 7. Copias certificadas del acta de nacimiento de los divorciantes con copia. 8. Identificación de ambos con copia. 9. Constancia médica de no embarazo (vigente 15 días). 10. Comprobante de domicilio de ambos con copia. 11. Pago de derechos correspondientes. \$1,163.00. 12. Resultado de no embarazo expedido por médico o laboratorio. (No tramitar hasta tener cita en el Juzgado).

El pago de derechos se realiza en las cajas recaudadoras de la Tesorería del Distrito Federal. Quince días después de firmada la solicitud de divorcio, se presentan los solicitantes para ratificar. Duración del trámite: 15 días.

En otro orden de ideas, consideramos, que ante la falta de disposición expresa en la ley, los cónyuges deben comparecer ante el oficial del Registro Civil personalmente, ya que al ser el divorcio voluntario (en este caso de naturaleza administrativa) un acto personalísimo, no es de admitirse representación alguna, lo anterior por analogía en aplicación del artículo 678 del Código Procesal Civil.

Por lo que respecta, a que si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, diremos como premisa que, el numeral en comento, no señala cual de todos los requisitos es indispensable e imperdonable, que produzca tales consecuencias, lo que hace cuestionarnos ¿qué pasaría si el requisito que falta es por ejemplo la liquidación de la sociedad conyugal?, en lo anterior, es menester observar, que entenderemos que al decir "no producirá efectos" se refiere a efectos legales, esto significaría que no existiría dicho acto ante la ley, luego entonces, en el capítulo del Código Civil, relativo a la inexistencia de los actos jurídicos, únicamente se consideran inexistentes cuando falte totalmente el consentimiento de quien lo ejecuta o el objeto sobre el cual recae, atento a lo dispuesto por el precepto 2224, y como en el caso no faltan esos requisitos, el acto sólo cabe considerarse como nulo de pleno derecho.

Ahora bien, en lo concerniente a la parte final del multicitado artículo 272, relativo a las sanciones previstas en las leyes y a que se harían acreedores los consortes que intenten este tipo de divorcio sin cumplir con los supuestos por él exigidos, consideramos, que la única pena respectiva, sería la correspondiente al delito de falsedad en declaración ante autoridad pública, misma que tendría que iniciar el Juez del Registro Civil, o en su caso los hijos que hubiera y que se

encontraran fuera del supuesto señalado, ya que se presupone el común acuerdo de las partes.

Por lo anterior, podemos decir, que este tipo de divorcio facilita de manera tal la disolución del vínculo matrimonial, pues es más que suficiente exteriorizar su voluntad y cumplir con ciertas formalidades para que los cónyuges den por terminado el matrimonio, sin la necesidad de más trámites y sin la intervención de una autoridad judicial, sino simplemente comparecer ante el Juez del Registro Civil, como en un principio lo hicieron para casarse, pero con un fin muy distinto, con un fin completamente contrario al de antes.

3.2. DIVORCIO JUDICIAL.

Como premisa indicaremos, en primer término, que para fijar la competencia a fin de saber ante quien se va a solicitar o demandar (según sea el caso), el divorcio por la vía judicial, debemos de atender a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ya que en su artículo 52, específicamente en la fracción II, señala: "*Los Jueces de lo Familiar conocerán: II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio, a su ilicitud o nulidad; de divorcio...*", por lo que, resulta ser Juez competente por razón de materia, un Juez de Primera Instancia de lo Familiar; aunado a lo anterior, el numeral 156 del Código de Procedimientos Civiles, en su fracción XII, establece, que es Juez competente: "*En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado.*", esta fracción nos da dos supuestos a saber, ya que es pues, competente por razón de territorio, el Juez del último domicilio conyugal de los divorciantes, en las causales que no lleven implícito el abandono, ya que en este caso lo será el juez que corresponda al domicilio del abandonado; así mismo, el

precepto 159, dispone que: *"De las cuestiones sobre estado o capacidad de las personas y en general de las cuestiones familiares que requieran intervención judicial, sea cual fuere el interés pecuniario que de ellas dimanare, conocerán los jueces de lo familiar"*; todo esto con independencia de lo plasmado expresamente en el artículo 273 del Código Civil, en los casos del divorcio voluntario judicial y entendiéndolo tácitamente en los casos de divorcio necesario por lo estatuido en los numerales 266 in fine, y siguientes. Sirven de apoyo a lo expuesto con antelación los diversos criterios jurisprudenciales que se transcriben a continuación:

"DIVORCIO. ES COMPETENTE EL JUEZ DEL DOMICILIO CONYUGAL. Si tanto en el Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de radicación del juez ante quien se promueve una competencia por inhibitoria, como en el del juez al que se pide que se inhíba, se dispone que es juez competente en los juicios de divorcio el del domicilio conyugal, y está fuera de toda duda el lugar en que los cónyuges tienen dicho domicilio, es juez competente el de éste." Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Sexta Época. Tomo: Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 224. Página: 153.

"DIVORCIO, COMPETENCIA EN UN JUICIO DE, EN EL QUE SE INVOQUEN CAUSALES DIVERSAS AL ABANDONO. CORRESPONDE AL JUEZ DEL DOMICILIO CONYUGAL O EN SU DEFECTO AL DEL DEMANDADO. La regla general sobre competencia en tratándose del ejercicio de acciones sobre el estado civil de las personas, dispone que es competente el Juez del domicilio conyugal o el del demandado. En materia de divorcio, la primera regla especial determina la competencia a favor del Juez del lugar de ubicación del domicilio conyugal para conocer del juicio de divorcio, pero esta regla se aplica solamente cuando se invoca una causal que presupone la convivencia de los cónyuges y, por ende, la existencia de un domicilio conyugal, sin que pueda aplicarse cuando el domicilio conyugal se ha desintegrado. La segunda regla especial en materia de divorcio determina la competencia en favor del Juez del lugar del domicilio del cónyuge abandonado, pero solamente se aplica cuando la causal del divorcio invocada lo es el abandono de hogar. De lo anterior resulta que cuando se invoque como causal de divorcio una distinta del abandono, es competente el Juez del lugar del domicilio conyugal y, a falta de éste, el del domicilio del cónyuge demandado." Instancia: Tercera

Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: III, Primera Parte, Enero a Junio de 1989. Tesis: LIV/89. Página: 321.

"DIVORCIO, COMPETENCIA EN UN JUICIO DE. SI AMBOS CONYUGES SE DICEN ABANDONADOS, CORRESPONDE AL JUEZ DEL DOMICILIO DEL ACTOR. En materia de competencia en juicios de divorcio, esta Tercera Sala ha establecido la tesis jurisprudencial visible en las páginas cincuenta y ocho y cincuenta y nueve, segunda parte, Tercera Sala, del Informe de 1988, cuyo rubro es el siguiente: "DIVORCIO, COMPETENCIA EN UN JUICIO DE, CUANDO AMBOS CONYUGES SE DICEN ABANDONADOS Y NO EXISTE PRUEBA SOBRE EL DOMICILIO CONYUGAL. CORRESPONDE AL JUEZ DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO.". En esta tesis se sostiene que si los códigos procesales de dos entidades federativas en relación a los cuales se plantea un conflicto competencial, son coincidentes al establecer, por una parte, que en los juicios de divorcio es competente el del domicilio conyugal, a menos que se plantee como causal del mismo el abandono, en cuyo caso será el del domicilio del cónyuge abandonado; y por otra, determinan que tratándose del ejercicio de acciones del estado civil será competente el Juez del domicilio del demandado, deberá aplicarse la regla general citada en último término para definir el conflicto competencial si en el juicio de divorcio ambos cónyuges se dicen abandonados y no existen elementos en autos que permitan derivar la ubicación del último domicilio conyugal. Ahora bien, el análisis sistemático de las reglas competenciales citadas, conducen a interrumpir la invocada tesis jurisprudencial hasta ahora sustentada, en virtud de que para los casos de juicios de divorcio fundados en abandono de hogar existe la regla competencial específica, a saber, la del Juez del domicilio del cónyuge abandonado. Si ambos cónyuges se dicen abandonados, deberá atenderse exclusivamente a la afirmación de la parte actora en tal sentido y declararse competente al Juez de su domicilio. Esto es así porque en el conflicto competencial no puede juzgarse sobre la existencia del domicilio conyugal previo y sobre los demás elementos de la causal de abandono, ya que ello deberá ser materia del juicio respectivo, lo que permite concluir que la intención del legislador al establecer esta regla competencial específica para juicios de divorcio fundados en abandono de hogar, fue la de definir la cuestión competencial desde el momento mismo de la presentación de la demanda, independientemente de lo que se plantea al respecto al contestarse la misma, ante la imposibilidad señalada de que al resolverse el conflicto se analicen las cuestiones de fondo del asunto; en tal virtud, los preceptos correspondientes deben ser

interpretados en el sentido de que es al Juez del domicilio del cónyuge que se dice abandonado al que corresponde conocer del juicio respectivo, ya que será el juez que conforme a dicha regla conozca del juicio quien decidirá, al resolver el fondo, si efectivamente existió o no el abandono de hogar. Por tal motivo, debe considerarse que no tiene por qué acudirse a la regla general para el ejercicio de acciones de estado civil ante la existencia de una regla competencial específica; ni mucho menos tiene por qué derivarse de los autos del expediente cuál fue el último domicilio conyugal, pues la regla que establece que será competente el Juez del lugar de la ubicación de dicho domicilio sólo es aplicable a los juicios de divorcio que no se funden en abandono de hogar, ya que en esta hipótesis el domicilio conyugal desaparece y, precisamente por la inaplicabilidad de esta regla general para juicios de divorcio el legislador estableció como excepción la regla específica para juicios de divorcio fundados en esta causal. Por tanto, cuando en un juicio de divorcio ambos cónyuges se dicen abandonados, el Juez competente es el del domicilio de la parte actora." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: III, Primera Parte, Enero a Junio de 1989. Tesis: LXXIX/89. Página: 321.

"DIVORCIO, ABANDONO DE HOGAR COMO CAUSAL DE COMPETENCIA. CORRESPONDE AL JUEZ DEL DOMICILIO DEL QUE SE DICE ABANDONADO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE MEXICO). De acuerdo con el artículo 32 del Código Federal de Procedimientos Civiles, las normas aplicables para resolver una contienda competencial son las contenidas en los Códigos de Procedimientos Civiles de las entidades cuyos Jueces compitan. Ahora bien, tanto el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal como el del Estado de México previenen, en su orden, en sus artículos 156, fracciones IV y XII y 51, fracciones IV y XIII, que es juez competente el del domicilio del demandado si se trata de ejercicio de una acción civil, el del domicilio conyugal en los juicios de divorcio y, en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado. Por consiguiente, si la actora demanda el divorcio necesario y señala entre las causales de divorcio el abandono, debe estarse a la regla específica señalada para esa hipótesis, resultando competente el juez del domicilio del cónyuge que se dice abandonado sin que ello implique entrar al fondo del asunto ni prejuzgar sobre dicha causal, misma que es materia del juicio respectivo." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: II, Primera Parte, Julio a Diciembre de 1988. Página: 213.

Ahora bien, es preciso señalar, que debemos entender por domicilio conyugal la definición que de él nos da el artículo 163 del Código Sustantivo Civil, cuando dice que: *"Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales..."* Corroborando lo anterior, citaremos diversos criterios sustentados por nuestro más Alto Tribunal, siendo los siguientes:

"DIVORCIO, CONCEPTO DE DOMICILIO CONYUGAL PARA LOS EFECTOS DEL. Como domicilio conyugal debe entenderse aquel en el que habitan los esposos en forma autónoma, con plena autoridad y libre disposición en el cuidado y dirección del hogar." Instancia: Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: VII, Enero de 1991. Página: 231.

"DOMICILIO CONYUGAL. NO EXISTE CUANDO LOS ESPOSOS VIVEN EN LA CASA DE LOS PADRES, DE OTROS PARIENTES O DE TERCERAS PERSONAS. Cuando los esposos viven en la casa de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en realidad no existe domicilio conyugal, entendiéndose por éste, un lugar donde éstos puedan vivir con autoridad propia, en iguales condiciones y en el que la mujer debe tener a su cargo la dirección y administración del hogar; derechos y prerrogativas que necesariamente se ven limitados por la influencia de la autoridad de las personas a cuyo abrigo viven los cónyuges y a quienes obviamente deben consideración, con perjuicio de la obligación que los cónyuges tienen de contribuir a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente." Instancia: Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo: VI, Septiembre de 1997. Tesis: I.8o.C.146 C. Página: 675.

En segundo lugar, diremos, que en el caso de que alguno o ambos de los cónyuges sean menores de edad, rige lo dispuesto en el numeral 643, fracción II, del Código en cita, según el cual, los emancipados menores de edad siempre necesitan de un tutor para negocios judiciales, siendo indudable que el divorcio voluntario y más aún el divorcio necesario lo son, pues ambos se llevan a cabo ante una autoridad judicial, (Juez de lo Familiar); aunado a lo anterior, en las

disposiciones relativas al divorcio voluntario, específicamente en el precepto 677 del Código Adjetivo Civil, se establece que: *"El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento."* Independientemente de que el matrimonio produzca de pleno derecho la emancipación del menor de edad. En apoyo por analogía, a lo expuesto, resulta aplicable el criterio jurisprudencial que se transcribe:

"MATRIMONIO DE MENORES. NULIDAD DEL (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO). Para que se integre debidamente la relación jurídica procesal, en los juicios sobre nulidad de matrimonio entre menores, nuestro más Alto Tribunal en el país, en la tesis de jurisprudencia con el rubro "REGISTRO CIVIL. NULIDAD DE LAS CONSTANCIAS ASENTADAS EN LOS LIBROS DEL. LITIS CONSORCIO NECESARIO PASIVO.", ha sostenido que la nulidad de las constancias del Registro Civil, debe enderezarse en contra de quienes aparezcan relacionados fundamentalmente con el atestado de que se trate; por lo que, si la parte actora, ostentándose representante de su menor hijo, demanda a la cónyuge de éste, quien al igual que su descendiente es menor de edad y al oficial del Registro Civil en donde éstos contrajeron matrimonio, es indiscutible que aquella relación no se integró debidamente, al no estar representado legalmente el menor contrayente, por medio de un tutor dativo para asuntos judiciales, y porque además, no se le llamó a juicio como reo, sin que pueda considerarse jurídico que en ejercicio de la patria potestad, sea la madre quien comparezca a juicio a litigar en nombre de su menor hijo casado, pues la patria potestad se acaba con la emancipación derivada del matrimonio, tan es así que el artículo 641 del Código Civil del Estado recientemente abrogado (36 del código sustantivo civil en vigor), determinaba que aun cuando el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor de edad no recaerá bajo la patria potestad de sus padres." Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: XII, Diciembre de 1993. Tesis: XXI.2o.31 C. Página: 905.

3.2.1. Divorcio Voluntario.

El divorcio voluntario o voluntario judicial, es aquél por medio del cual se disuelve el vínculo matrimonial, por mutuo consentimiento de los cónyuges, y previo el decreto de autoridad competente (Juez de lo Familiar).

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 273, dispone, que las personas que no se encuentren dentro del supuesto a que se refiere el numeral 272, del mismo ordenamiento, esto es, cuando uno a ambos consortes sean menores de edad, no hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo este régimen patrimonial se contrajo el matrimonio, tengan hijos menores de edad o mayores que requieran alimentos, así como, que alguno de los cónyuges también los necesite, pero sea su voluntad y de común deseen disolver el vínculo matrimonial que los une, deben recurrir al divorcio voluntario judicial, ante un Juez de lo Familiar, como lo establece el anteriormente citado precepto 273, el cual literalmente señala: *“Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:...”*

Su reglamentación de carácter especial se encuentra prevista en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, visible en el Título Décimo Primero, Divorcio por Mutuo Consentimiento, Capítulo Único, de los artículos 674 a 682.

Tanto del convenio a que se refiere el multicitado numeral 273 del Código Sustantivo Civil, como de todo lo relacionado con su tramitación, lo abordaremos en apartados posteriores con mayor amplitud, dado que es el punto toral del presente trabajo.

3.2.2. Divorcio Necesario.

El divorcio necesario es aquél que disuelve el vínculo matrimonial, previo el decreto de la autoridad competente (Juez de lo Familiar), a petición de uno de los cónyuges, y por alguna de las veintinueve causales señaladas en la ley, concretamente en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

La misma legislación, en el numeral 266 in fine, nos da una idea de lo que podríamos considerar como definición de divorcio necesario al señalar: *"...Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código."*

Ahora bien, se habla de las causales por las cuales es procedente demandar el divorcio necesario, mismas que como hemos dicho, se encuentran establecidas en el precepto citado en primer término, el cual, resulta de suma importancia transcribir literalmente y reza de la manera siguiente:

"Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;*
- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;*
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;*
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;*
- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;*
- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;*
- VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;*

- VIII. *La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;*
- IX. *La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;*
- 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 ésta que proceda la declaración de ausencia;*
- XI. *La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;*
- 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 doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;*
- XV. *El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;*
- XVI. *Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;*
- XVII. *La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;*
- XVIII. *El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;*
- XIX. *El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;*
- XX. *El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y*
- XXI. *Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.*
- La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma."*

Es de precisar, que en la parte final del precepto transcrito anteriormente, se habla de que la enumeración de las causales es de carácter limitativo, esto es, no enunciativo; resultando todas y cada una de ellas autónomas, no pudiendo involucrarse unas con otras, ni ampliarse por analogía, ni por mayoría de razón. Resultando aplicables las tesis jurisprudenciales que se transcriben a continuación:

"DIVORCIO. AUTONOMIA DE LAS CAUSALES. La enumeración de las causales de divorcio que hacen el Código Civil para el Distrito Federal, y los códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Sexta Época. Tomo: Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 217. Página: 148.

"DIVORCIO NECESARIO. LAS CAUSALES QUE LE DAN ORIGEN SON AUTONOMAS E INDEPENDIENTES. Tratándose de un divorcio necesario, las causales que dan origen a éste, contenidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, son autónomas e independientes una de otra u otras, por lo cual es dable y legal el allanamiento que alguna de las partes haga respecto de una de ellas, cuando la demanda de divorcio se funde en dos o más causales." Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: V, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1990. Página: 189.

Por otra parte, y tomando en consideración que el matrimonio es una institución de orden público, y que la sociedad y el Estado están interesados en su conservación, sólo por excepción permiten que se rompa el vínculo matrimonial, consecuentemente para decretar su disolución se requiere de la comprobación plena de las causales de divorcio que se hacen valer, según el criterio sustentando en diferentes épocas, por nuestro más Alto Tribunal, en las tesis siguientes:

"DIVORCIO. LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE. La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por

excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial; por lo tanto, tratándose de divorcios necesarios es indispensable que la causal o causales invocadas queden plenamente probadas." Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: IX, Marzo de 1992. Tesis: VI.2o. J/183. Página: 95.

"DIVORCIO. LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE. La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por tanto, en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Sexta Época. Tomo: Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 231. Página: 157.

Algunos doctrinarios, realizan una clasificación sobre las causales de divorcio necesario, autores como el Licenciado EDUARDO PALLARES, quien señala, que "pueden dividirse en cinco grupos, siendo los siguientes: a) Causas en las que los tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, según la gravedad de los hechos, (injurias graves, sevicia, calumnias, abandono del hogar sin causa justificada, etcétera); b) Las contrarias a las anteriores, en las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional, (adulterio, abandono de hogar por más de un año, falta de pago de los alimentos, etcétera.); c) Causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado, (adulterio, incitación a cometer un delito, abandono del domicilio conyugal, etcétera.). En sentido opuesto las que no tienen esa naturaleza jurídica, (padecer alguna de las enfermedades que especifican las fracciones VI y VII, del artículo 267); d) El incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, (especialmente las relativas a los alimentos y la de vivir en el domicilio conyugal). En oposición, aquéllas que sin constituir el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, revelan una condición de inmoralidad; e) Las causas, que deben producir la disolución del vínculo matrimonial, sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha

incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares, (las que consignan las fracciones XIV y XV)."⁷⁸

Así también, SARA MONTERO DUHALT, establece, que "dada la dificultad que implica la clasificación de las distintas causales de divorcio, diversos son los criterios doctrinarios que se emplean para tal fin, siendo algunos los siguientes: causas que implican delito; causas que constituyen hechos inmorales; las contrarias al estado matrimonial o que implican incumplimiento de obligaciones conyugales; causas eugenésicas llamadas también causas remedio; causas que implican conducta desleal, etcétera. La anterior clasificación, poco extensa, nos remite a la expuesta por el Licenciado EDUARDO PALLARES, más sin embargo, continua exponiendo una teoría que le atribuye a los doctrinarios más recientes, al decir que se agrupan las causas en dos únicos sectores: causas que implican culpa y causas objetivas. Manifestando que los últimos avances legislativos muestran un abandono total de las causales resumiéndose todas en una sola: la quiebra efectiva, total y comprobada del matrimonio."⁷⁹ Clasificación esta última, matizada con un carácter muy especial y una visión muy interesante, dado que se aboca al fin y objeto del divorcio, sea cual fuere su naturaleza.

Y por último, ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, al respecto señala: "que la doctrina ha clasificado a las causales de divorcio en dos grandes rubros: las que implican una sanción y las necesarias o remedio; teniendo a las primeras como aquellas que representan a la disolución del vínculo matrimonial, como un castigo para el cónyuge responsable por violar los deberes que le impone el matrimonio, y las segundas, aquellas, que sin existir un responsable directo de la ruptura permiten por razón de salud, proceder al divorcio, pues se presentan como una alternativa para proteger tanto al cónyuge sano como a los hijos. Continua, exponiendo el criterio de otros autores quienes las clasifican en: 1) Causas de orden criminológico, conexas a un hecho castigado por la ley; 2) Causa de orden

⁷⁸ Cfr. El Divorcio en México, págs. 62 - 63.

⁷⁹ Cfr. pág. 223.

eugénico, dada la ineptitud para la vida conyugal; 3) Causas indeterminadas, que abarcan todos aquellos casos de difícil precisión; y 4) Causas de orden individual.⁸⁰ En atención a lo anterior, podríamos decir, que la primera clasificación que la citada autora nos brinda, más bien, cabría considerarla, en el tema relacionado con los tipos de divorcio, aunque no se aleja del todo de la realidad, esto es, resulta válido considerar a las causales como sanción y remedio, pero es viable también, considerar a la figura jurídica del divorcio, como divorcio sanción o divorcio remedio; luego entonces, estimamos más acertada la opinión de darle ese carácter al divorcio en general que específicamente a tal o cual causal. En segundo término, la siguiente clasificación que nos da, se acerca a las ya mencionadas con antelación con sus ligeras variantes, ausencias importantes y poca explicación del porque se presume tal manifestación.

Es necesario recalcar lo dispuesto por el numeral 278 del Código Civil para el Distrito Federal, con relación a la caducidad de la acción en concordancia con las causales de divorcio necesario, el precepto en cita literalmente establece: *"El divorcio necesario 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 tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como, con las demás salvedades que se desprenden de ese artículo."*

De lo anterior cabe decir, que la ley señala un término de seis meses para ejercitar la acción de divorcio necesario, cuando la causal consiste en un hecho determinado, esto es, tiene el carácter de instantánea, y se cuenta con ese tiempo para que a partir del momento en que se configura la causal, se demande, y de no hacerlo caduca el derecho en relación con ese hecho en específico; pero cuando se trata de una causal con carácter de comisión permanente, pues implica una situación constante, y por su propia naturaleza, es de tracto sucesivo y de

⁸⁰ Cfr. pág. 42.

realización continua, puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo, no existe término de caducidad, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita. Luego entonces, la acción de divorcio necesario debe ejercitarse en el término que señala la ley, atendiendo al carácter de la causal en la que se fundamente, ya que resulta ser un presupuesto procesal que el juzgador está obligado a estudiar de oficio. Por otra parte el término de seis meses no es de aplicarse a las causales enunciadas en las fracciones XI, XVII y XVIII, relativas a la sevicia, las amenazas o las injurias graves, la conducta de violencia familiar, y el incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir esos actos de violencia, en consideración, al fin o objeto tuitivo que estas causales defienden o protegen y el daño que la realización de esa conducta ilícita produce a los miembros de una familia, mismo que se intenta evitar, por lo que, el plazo de caducidad para demandar la disolución del vínculo matrimonial basado en alguna de estas fracciones es de dos años.

Con relación a la caducidad de la acción de divorcio necesario, nuestro más Alto Tribunal, en diversos criterios ha sustentado lo siguiente:

"DIVORCIO. CADUCIDAD DE LA ACCION Y NO PRESCRIPCION. El término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio, es un término de caducidad y no de prescripción. Ambas son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, pero se diferencian, fundamentalmente, en que la primera es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio, la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima. En materia de divorcio, dado su carácter excepcional porque pone fin al matrimonio, el término señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose con la incertidumbre, todos los derechos y obligaciones que forman el estado civil de matrimonio, intereses que dejan de ser de orden privado, y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el orden público. La ley

señala término para el ejercicio de la acción de divorcio cuando la causal es un hecho, pero no cuando se trata de una causal que implica una situación permanente, porque en este último caso la causal, por su propia naturaleza, es de tracto sucesivo y de realización continua, y puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita. Cuando la ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio, debe promoverse éste precisamente dentro de él, pues se trata de una condición necesaria para el ejercicio de la acción y la autoridad judicial no sólo está facultada, sino tiene la obligación de estudiar si la acción se ejercitó oportunamente." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Sexta Época. Tomo: Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 218. Página: 149.

"ACCION DE DIVORCIO, CADUCIDAD DEL TERMINO PARA EL EJERCICIO DE LA. De conformidad con lo previsto por el artículo 278 del Código Civil del Estado, la acción de divorcio debe ejercitarse dentro de los seis meses siguientes al día en que el cónyuge que no hubiese dado causa a él, tuviera noticia de los hechos en que funda su demanda. Por tanto, si de una demanda se desprende que los últimos hechos que la motivan acontecieron más de seis meses antes de su presentación, la caducidad de la acción de divorcio es operante, sin que el depósito de la demandante e hijos menores interrumpa ese término, dada la falta de un precepto legal que le sirva de fundamento." Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: X, Julio de 1992. Página: 327.

"DIVORCIO. CADUCIDAD, CASOS EN QUE PROCEDE. No todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, porque ello dependerá de la naturaleza de la causal de que se trate. Consecuentemente, cuando la causa que origine el divorcio sea de tracto sucesivo, esto es, que día a día se cometa el acto que motive el divorcio, como es el caso en el que el incumplimiento de la obligación alimentaria del demandado para con su hija se cometió día a día; no puede correr el término de caducidad, tomando en cuenta los primeros actos que originaron esa causa, supuesto que devienen en seguida otros, en los que se reincide en la misma falta que da origen al divorcio." Instancia: Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990. Página: 142.

Al referirse a las causales en específico y atendiendo al carácter de tracto sucesivo o comisión permanente de éstas, señala:

"DIVORCIO, ADULTERIO PERMANENTE COMO CAUSAL DE. NO OPERA LA CADUCIDAD DE LA ACCION. El plazo de seis meses que establece el artículo 269 del Código Civil para el Distrito Federal, para ejercitar la acción de divorcio por el adulterio de su cónyuge, es fijado exclusivamente para cuando la causal de referencia constituye un hecho aislado, mas no para cuando se configura una situación de carácter permanente y continuo, ya que en este supuesto, por su propia naturaleza, la causal en cuestión se torna de tracto sucesivo y de realización permanente. Consecuentemente, la circunstancia de que la consorte haya tenido conocimiento de la existencia de los hijos procreados por su esposo fuera del matrimonio con una anticipación mucho mayor a la del citado plazo de seis meses, no implica que su acción caducó, puesto que en la especie no se trata de un hecho aislado, sino de una situación permanente y continua, toda vez que en las actas de nacimiento de los hijos aludidos, el enjuiciado manifestó tener el mismo domicilio que la madre de éstos, y entre ambas documentales transcurrió un lapso de siete años; por lo que la acción puede hacerse valer en cualquier tiempo, máxime si se considera que el demandado no manifestó que el adulterio concluyó en alguna fecha determinada." Instancia: Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo: IV, Noviembre de 1996. Tesis: I.5o.C.52 C. Página: 430.

"ALIMENTOS LA OBLIGACION DE PROPORCIONARLOS ES DE TRACTO SUCESIVO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO). Conforme a los supuestos previstos por el Título Sexto Capítulo II del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, la obligación de suministrar alimentos es de tracto sucesivo y permanente, en tanto se den y existan los supuestos legales que le dan origen. Para los cónyuges desde la celebración del matrimonio y respecto de los hijos desde su nacimiento, obligación que subsiste mientras los acreedores tengan necesidad de ellos; de donde el hecho de que el deudor demuestre que en cierto tiempo ha cumplido con la obligación de dar alimentos a sus acreedores, no significa que con posterioridad, lo siga haciendo, por lo que la condena que por no acreditarlo determina la autoridad responsable no es violatoria de garantías." Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: XI, Marzo de 1993. Página: 208.

"DIVORCIO; ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL. COMO CAUSAL DE. TERMINO PARA DEMANDARLO. Según el artículo 262 del Código Civil del Estado de México, el término de seis meses para demandar el divorcio, comprende únicamente aquellas causales que se basan en la realización de hechos instantáneos o únicos, mas no aquellos considerados como de tracto sucesivo, por tener implícita una situación permanente y de realización continua, como es el caso de la separación del hogar conyugal por más de seis meses, causal que por su propia naturaleza permite que la acción de divorcio pueda ejercitarse en cualquier tiempo, siempre y cuando las circunstancias que la motivaron subsistan cuando se ejercita, pues el hecho del abandono se realiza de momento a momento." Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo: II, Diciembre de 1995. Tesis: II.1o.C.T.21 C. Página: 515.

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Sexta Época. Tomo: Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 210. Página: 144.

Y por último, con relación a la obligación por parte del juzgador de estudiar de oficio la caducidad de la acción de divorcio, por ser ésta un presupuesto procesal, establece:

"DIVORCIO, ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DE LA ACCION EN SEGUNDA INSTANCIA. La institución del matrimonio tiene carácter de pública y busca salvaguardar los valores de la familia, esto es, la improcedencia de la acción de divorcio, por falta de uno de sus requisitos esenciales, puede ser estimada por el juzgador, aun de oficio, al ser de orden público las condiciones requeridas para decretarlo, de tal manera, que cuando los agravios se estiman fundados, en cuanto al acreditamiento de uno de los elementos de la acción, la Sala, ante la carencia de la facultad de reenvío, debe pronunciarse respecto de la comprobación de los restantes, aun en forma oficiosa." Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito. Fuente:

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena
Época. Tomo: IV, Septiembre de 1996. Tesis: II.1o.C.T.57 C.
Página: 637.*

A continuación, procederemos a realizar un análisis a grandes rasgos de cada una de las veintiún causales de divorcio necesarias, establecidas, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, por el multicitado precepto 267 del Código en consulta:

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

Expondremos en primer término, la definición que de la palabra adulterio nos da EDGARD BAQUEIRO ROJAS, para quien "consiste en la relación sexual, acceso carnal o cópula fornicaria de alguno de los esposos con persona distinta de su cónyuge, esto incluye la relación homosexual."⁸¹ Ahora bien, aunado a lo que la definición nos hace entender respecto al adulterio como conducta ilícita de tal gravedad, se debe considerar, que va en contra de los principios, objeto y fin del matrimonio, pues afecta el deber de fidelidad, débito carnal y respeto entre los consortes. En segundo lugar, diremos, que la condición que exige esta causal, con relación a que, el adulterio debe ser debidamente probado, resulta un tanto imposible, ya que generalmente las relaciones extramaritales se mantienen clandestinamente, por lo que, debe recurrirse a pruebas de carácter indirecto, como el hecho de que la mujer de a luz a un hijo en ausencia del marido, que un hombre casado registre a un hijo habido con persona distinta a su cónyuge, o cuando exista un acta de matrimonio de fecha posterior con persona distinta. Siendo aplicable, el criterio jurisprudencial siguiente:

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que, debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable." Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: IX, Febrero de 1992. Página: 179.

⁸¹ Ob. cit., pág. 6.

"ADULTERIO, PRUEBA DEL DELITO DE. El elemento material del delito de adulterio, es decir, el acceso carnal por medio del ayuntamiento sexual, no es necesario que se pruebe directamente y a través de la cópula; porque si bien es cierto que el adulterio supone la relación sexual de una persona con otra de distinto sexo que no sea su cónyuge, también resulta cierto, que basta la prueba presuncional para que pueda con certidumbre inferirse la unión sexual; en virtud de que la demostración procesal del fornicio es difícil, y por ende, se puede establecer indirectamente ese hecho mediante pruebas de indicios, testimonios, etc.; siendo suficiente para ello el que la sujeto activo del delito fuera sorprendida en el hogar conyugal en compañía de otra persona del sexo contrario, desnudos en la cama; y que ante la irrupción de quienes declararon, se diera a la fuga el acompañante; porque con todo ello se acredita el hecho revelador de la intimidad carnal." Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: XV, Enero de 1995. Tesis: VIII.1o. 42 P. Página: 183.

El adulterio era considerado en nuestro país como un delito, se regulaba en el Título Décimo Quinto, denominado "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual"; Capítulo IV, "Adulterio", de los artículos 273 a 276 del Código Penal, numerales que fueron derogados por la reforma sufrida a esta legislación el diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, publicada en el Diario Oficial el día treinta del mismo mes y año.

II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia. Esta causal atenta contra el deber de fidelidad y respeto, aun cuando no se haya contraído el matrimonio, es un poco atender a los principios morales y valores de las personas; lleva implícito también, en la conducta de la mujer al ocultar su embarazo, el dolo, al inducir al error o mantener en él a su futuro esposo. El problema que se presenta a fin de acreditar la causal en comento radica, principalmente, en la forma de probar el desconocimiento de esta circunstancia, aunado, a que existe la presunción de que todos los hijos nacidos durante la vigencia de un matrimonio se presumen hijos de ambos cónyuges, sin que sea requisito ya el que nazca

después de los ciento ochenta días de celebrado éste, pudiendo solamente impugnar la paternidad del menor en los términos establecidos en la propia ley.

III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él. La causal en cita, va en contra del deber de fidelidad y débito carnal entre los esposos, y en contra de la dignidad e integridad del cónyuge inocente. Entendiendo por prostitución el hecho de que una persona tenga relaciones sexuales con muchas otras, recibiendo en cambio una remuneración, generalmente, económica. Incluyendo, no sólo el hecho de que ya se hayan llevado a cabo, sino también, por la tentativa a su comisión. Esta conducta ilícita podemos encuadrarla, en el delito tipificado en el Código Penal para el Distrito Federal, relativo al lenocinio, señalado en el precepto 207, mismo que en su parte conducente señala: *"Comete el delito de lenocinio: I. Toda persona que habitual u ocasionalmente explote el cuerpo de otra sin su consentimiento por medio del comercio sexual, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera; II. Al que induzca a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución..."*

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito. Esta causal atenta en contra del respecto que se deben los cónyuges y su libertad individual. Es el estimular, el obligar por medio de la violencia física o moral, o sin ella, a que el otro consorte cometa un delito que le traerá perjuicio a su persona.

V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción. En esta causal no sólo se incluye a los cónyuges, sino también a terceras personas como lo son los hijos habidos en el matrimonio, pues son éstos los directamente afectados, va pues, en contra del

respeto que los padres deben a los hijos, en contra de su libertad, de su integridad y su salud, tanto física como mental; violando los deberes que la patria potestad le impone a los padres en relación a sus hijos. Entendiendo por corrupción, la agrupación de un sin fin de conductas negativas, inmorales y dañinas, que conllevan a una alteración física o mental en los hijos, independientemente de sus edades, que traerán un desapego y rencor a la sociedad. Y por tolerancia, el respeto hacia las opiniones o prácticas de los demás, aunque sean contrarias a las nuestras. Luego entonces, tan culpable es el padre que incita a sus hijos a la corrupción, como aquél que permite su realización. Esta acción negativa en contra de los hijos del matrimonio, se encuentra tipificada como delito en el Código Penal para el Distrito Federal, específicamente, en sus numerales del 201 al 203, mismos que establecen: *"Artículo 201.- Comete el delito de corrupción de menores, el que induzca, procure u obligue a un menor de dieciocho años de edad o a quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, de prostitución, de consumo de narcóticos, a tener prácticas sexuales, a la práctica de la ebriedad, o a cometer hechos delictuosos. Al autor de este delito se le aplicarán de cinco a diez años de prisión y de quinientos a dos mil días multa. Al que obligue o induzca a la práctica de la mendicidad, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa. No se entenderá por corrupción de menores los programas preventivos, educativos o de cualquier índole que diseñen, impartan o avalen las Instituciones Públicas, Privadas o Sociales legalmente constituidas, que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre función reproductiva, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y el embarazo de adolescentes. Cuando de la práctica reiterada de los actos de corrupción el menor o incapaz adquiera los hábitos del alcoholismo, farmacodependencia, o se dedique a la prostitución, la pena será de siete a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa. Si además de los delitos previstos en este artículo resultase cometido otro, se aplicarán las reglas de acumulación. Artículo 202.- Queda prohibido emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio. La contravención a esta disposición se castigará con*

prisión de tres días a un año, multa de veinticinco a quinientos pesos y, además, con cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena los padres o tutores que acepten que sus hijos o menores, respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos. Para los efectos de este precepto se considerará como empleado en la cantina, taberna y centro de vicio al menor de dieciocho años que por un salario, por la sola comida, por comisión de cualquier índole, por cualquier otro estipendio, gaje o emolumento, o gratuitamente, preste sus servicios en tal lugar. Artículo 203.- Las sanciones que señalan los Artículos anteriores se duplicarán cuando el delincuente tenga parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o habite en el mismo domicilio con la víctima, aunque no existiera parentesco alguno, así como por el tutor o curador; asimismo perderá la patria potestad respecto de todos sus descendientes, el derecho a alimentos que le correspondieran por su relación con la víctima y el derecho que pudiera tener respecto a los bienes de ésta."

VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.

VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo. Con relación a estas dos causales de divorcio necesario es menester decir, que no existe una conducta dolosa o ilícita por alguno de los consortes, por lo que, no existe cónyuge culpable, pues se encuentran dentro de las causales que hemos llamado con antelación, eugenésicas o remedio, ya que en caso de continuar el matrimonio se pone en peligro la salud y la integridad física del cónyuge sano y de los hijos habidos, y más aun, en caso de no existir hijos, evitar la procreación de personas enfermas y malformadas. La impotencia sexual, puede decirse que atenta contra la procreación como fin del matrimonio y también el derecho del cónyuge sano de tener descendencia. En el caso de la enajenación mental, para su procedencia se requiere que previamente se haya declarado interdicto al cónyuge enfermo.

Ambas fracciones son de tracto sucesivo, por lo cual, no opera el término de caducidad.

VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.

IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos. Estas causales van en contra de los deberes de convivencia, ayuda mutua, débito carnal y en su caso de fidelidad; entendiéndose por separación la desunión, el apartarse una persona de la otra, y al efectuarse esta acción puede decirse que el divorcio es de hecho, pues al alejarse los cónyuges independientemente del motivo, ya no cumplen con los fines propios del matrimonio. Para su procedencia se requiere comprobar la existencia del matrimonio, del domicilio conyugal y la separación de éste, por uno de los cónyuges y por más de seis meses o un año según la causal de que se trate, entendiéndose por domicilio conyugal la definición que de él nos el artículo 163 de la legislación civil en comento, cuando nos dice que: *"Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutaban de autoridad propia y consideraciones iguales."* El mismo numeral señala la obligación por parte de los cónyuges de cohabitar en dicho domicilio. Resultando aplicable el siguiente criterio jurisprudencial:

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. La actual integración de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no comparte el criterio que se había venido sosteniendo en el sentido de que para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal compete al actor demostrar, entre otros extremos, la separación injustificada del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos, y no comparte dicho criterio porque ello equivaldría a obligar al actor a probar generalmente un hecho negativo, cual es que la separación no es justificada, y siendo un principio de derecho que el que afirma está obligado a probar, la conclusión que se impone es que si el cónyuge abandonante admite la separación del hogar conyugal,

pero agrega que ésta tuvo causa o motivo, como por ejemplo, que su consorte lo golpeó o lo corrió o lo amenazó de muerte, etc., es al cónyuge abandonante a quien incumbe acreditar esos hechos que justificarían la separación. Así pues, para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal a que se refiere la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal y de los Códigos Civiles de los Estados que tienen igual disposición, al actor sólo compete demostrar: 1o. la existencia del matrimonio; 2o. la existencia del domicilio conyugal; 3o. la separación del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos. Acreditado el hecho de la separación o abandono del hogar conyugal, corresponde al cónyuge abandonante demostrar que tuvo causa justificada para hacerlo." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Séptima Época. Tomo: Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 209. Página: 143.

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. En esta causal puede decirse, que no existe culpa por parte del ausente o presunto fallecido, sin embargo, tal situación provoca que no se cumplan con los fines del matrimonio, tales como la convivencia, el débito carnal y la ayuda mutua. A fin de que proceda esta causal de divorcio, el cónyuge que lo demanda debe agotar en primer término el procedimiento dispuesto por los preceptos 648 a 722 del Código Sustantivo Civil, aplicables al caso concreto.

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos. Esta causal va en contra de la dignidad de las personas y el respeto que se deben los consortes, incluyendo a los hijos, y atentando en contra de su sano desarrollo tanto físico como mental y en contravención a la obligación que la patria potestad exige a los padres respecto de los hijos, de velar por su integridad, su salud y su bienestar. Debemos entender como sevicia, la crueldad excesiva y los malos tratos; como amenaza, el hecho de decir a otro por medio de actos o palabras que se le quiere hacer algún mal; y por injuria, el hecho de manifestarle a otro ofensas, ultraje, menosprecio o vejaciones de obra o de palabra. La persona que demanda el divorcio por esta causal debe exponer

claramente los hechos, señalando circunstancias de modo tiempo y lugar, a fin de no dejar en estado de indefensión a su contraria. El juzgador cuenta con amplias facultades para calificar el grado de gravedad dependiendo el caso en concreto. Al respecto, nuestro más Alto Tribunal establece:

"DIVORCIO, SEVICIA E INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. DEBEN EXPRESARSE EN LA DEMANDA LOS HECHOS EN QUE CONSISTEN Y EL LUGAR, TIEMPO Y MODO EN QUE ACONTECIERON. No basta que en la demanda se haga la narración de hechos que a juicio del actor constituyen sevicia e injurias, sino que es preciso expresar detalladamente las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que acontecieron no sólo para que la demandada pueda preparar su contestación y defensa, sino también para que las pruebas se ofrezcan y rindan en relación precisa con la litis establecida y para que el juzgador pueda estudiar o examinar si la acción se ejerció en tiempo, es decir, antes de su caducidad." Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Octava Época. Tomo: Tomo IV, Parte TCC. Tesis: 533. Página: 380.

"DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. La gravedad de las injurias, como causa de divorcio establecida por la fracción XI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, debe ser calificada por el juzgador, pues sería contrario a los más elementales principios de la técnica jurídica, que quedara a la apreciación de los interesados." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Quinta Época. Tomo: Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 227. Página: 155.

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.* Esta causal atenta contra el deber de ayuda mutua entre los cónyuges, pero principalmente, falta de manera grave, a los deberes y obligaciones de la paternidad y que se derivan de la patria potestad, deberes de educación, asistencia y cuidado que los padres deben a los hijos, así como entre los cónyuges. Ahora bien, se habla en primer término, de la negativa injustificada a cumplir con las obligaciones señaladas en el numeral 164, el cual

estipula: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y carece de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar." Asimismo, el precepto 168 establece: "Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar." El primero de los artículos transcritos, señala el deber y la obligación de los cónyuges a contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, de acuerdo a sus posibilidades; y el segundo, de la igualdad jurídica que debe prevalecer entre los consortes; por lo que, tiene la acción de divorcio necesario, la esposa (o), al que su contraria no le proporcione lo suficiente a fin de cumplir con las más elementales necesidades del hogar, y aquél que su cónyuge no cumpla con el acuerdo en la forma de manejar lo conducente al hogar, previa sentencia ejecutoriada que para tal efecto haya decretado un Juez de lo Familiar. Siendo aplicables los siguientes criterios jurisprudenciales:

"DIVORCIO, FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS COMO CAUSAL DE. El artículo 267, fracción XII del Código Civil establece como causal de divorcio, 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 o el incumplimiento sin justa causa por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168. Ahora bien, cuando no se alega un incumplimiento total, sino parcial, que se hace consistir en que el demandado no da dinero a la actora, ese hecho no basta para que se surta la hipótesis a que se refiere la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, toda vez que, los alimentos de conformidad con el artículo 308 del Código Civil comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales; además de que, la institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial; de ahí que en los divorcios necesarios sea preciso que la causal invocada quede plenamente especificada y se acredite la negativa del obligado, a fin de que el tribunal pueda apreciar la gravedad del incumplimiento que ponga de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a sus hijos, y que haga imposible la vida en común; gravedad que no se justifica cuando en forma imprecisa se alega que el demandado no ha cumplido en su totalidad con la ministración de alimentos." Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo: IV, Agosto de 1996. Tesis: I.3o.C. J/7. Página: 418.

"DIVORCIO. FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS, COMO CAUSAL DE, NO ES NECESARIO HACER EFECTIVOS PREVIAMENTE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN EL ARTICULO 164 DEL CODIGO CIVIL. Tratándose de la causal de divorcio prevista en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, consistente en la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164 del propio Ordenamiento, desde la reforma que se hizo a dicha fracción, publicada en el Diario Oficial de la Federación del treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, ya no es requisito para la procedencia de la acción que previamente se agoten los procedimientos tendientes a su cumplimiento, como sí lo requería esa fracción antes de la indicada reforma, y en el texto vigente expresamente se señala: "sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento." Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Octava Época. Tomo: Tomo IV, Parte TCC. Tesis: 525. Página: 373.

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. Esta causal atenta contra el respeto que se deben los cónyuges, así como, de su libertad y dignidad. Entendiendo por calumnia, la acusación falsa que se le imputa a una persona, para causar daño en su reputación; tal aseveración se encuentra tipificada como

delito en el Código Penal para el Distrito Federal, concretamente en el Título Vigésimo. "Delitos contra el honor", Capítulo III, "Calumnia", en los numerales siguientes: "Artículo 354.- El difamado a quien se impute un delito determinado que no se pueda perseguir de oficio, podrá quejarse de difamación o de calumnia, según le conviniere. Cuando el delito sea de los que se persiguen de oficio, solamente podrá acusarse por calumnia. Cuando la queja fuere de calumnia, se permitirán al reo pruebas de su imputación, y si ésta quedare probada, se librará aquél de toda sanción, excepto en el caso del artículo 358. Artículo 356.- Por el delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a dos años o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones a juicio del juez: I.- Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa; II.- Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente, o que aquél no se ha cometido, y III.- Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su casa o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad. En los casos de las dos últimas fracciones, si el calumniado es condenado por sentencia irrevocable, se impondrá al calumniador la misma sanción que a aquél." Pero en materia de divorcio, es suficiente para su procedencia, la acusación calumniosa, que la calumnia se refiera a un delito y que éste se encuentre sancionado por una prisión mayor de dos años, debiendo pues, probarse las imputaciones y la penalidad. Al respecto nuestro más Alto Tribunal señala:

"DIVORCIO, ACUSACION CALUMNIOSA COMO CAUSAL DE. 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 civil, 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 una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común." Instancia: Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: XII, Julio de 1993. Página: 203.

"CAUSAL DE DIVORCIO PREVISTA EN LA FRACCION XIII DEL ARTICULO 263 DEL CODIGO CIVIL. DEBE EJERCERSE DENTRO DE LOS SEIS MESES SIGUIENTES A PARTIR DE LA FECHA EN QUE TUVO CONOCIMIENTO EL AFECTADO DE LOS HECHOS DE LA ACUSACION, SO PENA DE QUE CADUQUE LA ACCION EN SU PERJUICIO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). La causal de divorcio prevista en la fracción XIII del artículo 263 del Código Civil del Estado, (acusación calumniosa, hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión), es de realización instantánea, pues tiene su origen en una sola conducta del cónyuge acusador, por tanto, en términos del artículo 274 del mismo ordenamiento legal, debe ejercerse dentro de los seis meses siguientes a partir de la fecha en que el afectado tuvo conocimiento de los hechos en que fundó su demanda, so pena de actualizar en su perjuicio la caducidad de la acción." Instancia: Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: XIII, Marzo de 1994. Página: 324.

XIV. *Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada.* Esta causal va en contra del deber de los cónyuges de la cohabitación y el débito conyugal. Sólo puede invocarse una vez que exista sentencia ejecutoriada, por la cual se condene y sancione al cónyuge culpable del delito que se le imputa a una pena mayor de dos años de prisión. Siendo aplicable el criterio jurisprudencial que a continuación se transcribe:

"DIVORCIO. LA CAUSAL PREVISTA EN LA FRACCION XIV DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REQUIERE DE SENTENCIA CONDENATORIA FIRME, EN CONTRA DEL CONYUGE DEMANDADO. La procedencia de la acción de divorcio por la causal de mérito requiere que haya una sentencia firme que establezca una pena mayor de dos años de prisión, en

virtud de que un fallo absolutorio en manera alguna implicaría para el cónyuge demandado tener que sufrir esa pena de prisión, que sólo se origina en virtud de la sentencia condenatoria que hubiera causado ejecutoria.” Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: VIII, Diciembre de 1991. Página: 194.

XV. *El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.* Ante tal circunstancia, se ve afectada la vida conyugal y familiar, y generalmente produce el incumplimiento a la obligación alimentaria, así como, el rompimiento de la unidad familiar, la comunicación y el diálogo, sin olvidar el mal ejemplo que el cónyuge culpable da a su descendencia. Entendiendo por alcoholismo, el abuso de bebidas alcohólicas que ocasiona trastornos fisiológicos, en la persona. Y por hábito de juego, el vicio o mala costumbre, que tiene una persona de jugar. Esta causal contempla dos aspectos, el primero, la existencia del vicio o el juego; y el segundo, la amenaza de causar la ruina a la familia o de constantes desavenencias conyugales, por lo que, a fin de que proceda la causal de divorcio, debe quedar debidamente acreditada la conducta culposa y la amenaza. Al respecto nuestro más Alto Tribunal señala:

“DIVORCIO, EMBRIAGUEZ COMO CAUSAL DE. ADEMÁS DE SU HABITUALIDAD, DEBE JUSTIFICARSE QUE AMENAZA LA RUINA DE LA FAMILIA. Para que prospere la causal de divorcio prevista en la fracción XV del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, es imprescindible demostrar no sólo la existencia del vicio de embriaguez, sino su habitualidad, es decir, la reiterada práctica de la misma y que amenace causar la ruina de la familia o constantes desavenencias conyugales, por lo que no es suficiente que se acredite sólo su existencia y menos que se ingieran bebidas embriagantes esporádicamente, sino además debe justificarse que cause o amenace la ruina o inestabilidad de la familia y que haga imposible la vida entre los cónyuges.” Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo: I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988. Página: 270.

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada. Esta causal va en contra de la fidelidad, el respeto, la ayuda mutua y la protección entre los cónyuges, así como, de su libertad y dignidad. Sólo puede invocarse una vez que exista sentencia ejecutoriada, por la cual se condene y sancione al cónyuge culpable.

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código.

XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar. Estas causales atentan contra la dignidad y libertad de los cónyuges, van en contra del respeto, la ayuda mutua y la protección que se deben. Aquí, se incluye no sólo a los consortes, sino también a los hijos habidos en el matrimonio, va pues, en contra del respeto que los padres deben a los hijos, en contra de su libertad, de su integridad y su salud, tanto física como mental; violando los deberes que la patria potestad le impone a los padres con relación a sus hijos de velar por su seguridad, integridad, salud y bienestar, en perjuicio de su sano desarrollo físico y mental. Debemos entender por violencia familiar, lo dispuesto por el artículo 323 Quater, del Código en consulta, mismo que establece: "Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones. La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato". A esto último, le agregaremos la ignorancia o desconocimiento de la ley, lo cual tampoco justifica el empleo de la violencia, ya sea física o psíquica, en contra de algún miembro de la familia y principalmente en contra de los menores. Sirve de apoyo, el criterio que se transcribe a continuación:

"VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. NO PROCEDE LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 15, FRACCIÓN VIII, INCISO B), DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL, CUANDO POR LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DE LA ACUSADA PUEDE DETERMINARSE QUE NO IGNORA QUE CON SU CONDUCTA SE TIPIFICA AQUEL DELITO. Si la acusada en su derecho o en su deber de corregir, educar y formar a sus hijos en la causa maltrato físico o moral por incumplir con sus deberes escolares y domésticos, provocándoles además daño físico y psíquico, no procede que alegue a su favor la causa de exclusión de responsabilidad prevista en el inciso b) de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, pues a más de que es un principio general de derecho que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento, atento a las circunstancias personales de la acusada, esto es, su edad, grado de instrucción, estado civil y ocupación, la sitúan en el común de las personas; por tanto no puede ignorar que con su conducta infringe la norma cultural y la jurídica, prevista en el artículo 343 bis del Código Penal ya citado, que en su párrafo tercero expresamente dispone "La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de maltrato." Instancia: Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo: XIII, Enero de 2001. Tesis: 1.6o.P.8 P. Página: 1817.

Con relación al incumplimiento injustificado de las determinaciones emitidas por autoridades administrativas o judiciales, tendientes a corregir los actos de violencia familiar, diremos, que a fin de que proceda la causal de divorcio en cita, debe acreditarse con prueba plena, en primer término, que cierta autoridad, sea administrativa o judicial, haya emitido alguna determinación, cuya finalidad haya sido encaminada a corregir o enmendar conductas de violencia familiar; y en segundo lugar, el incumplimiento injustificado. La violencia familiar, se encuentra tipificada como delito, específicamente en el Título Décimo Noveno, denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal", Capítulo VIII, "Violencia Familiar", del Código Penal para el Distrito Federal, a partir de la reforma que sufrió este ordenamiento legal, el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y siete, publicadas en el Diario Oficial el treinta de diciembre del mismo año, en los numerales siguientes: *"Artículo 343 Bis.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejercer en contra de*

un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones. Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que haga uso de la fuerza física o moral, o que incurra en la omisión grave. La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para forma alguna de maltrato. A quien comete el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, prohibición de ir a lugar determinado, en su caso, caución de no ofender y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo se le sujetará a tratamiento psicológico especializado, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte. En caso de reincidencia, la pena de prisión se aumentará hasta en una mitad. Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz.

Artículo 343 Ter.- Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con prisión de seis meses a cuatro años, al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona con la que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

Artículo 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida.

Artículo 300. Si la víctima fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 343 bis y 343 ter, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo, con arreglo a los artículos que preceden, salvo que también se tipifique el delito de violencia familiar.”

XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las ilícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia. Esta causal va en contra del respeto y dignidad entre los miembros de la familia, ya que se ve afectada la vida conyugal y familiar, produciendo generalmente el incumplimiento a la obligación alimentaria, así como, el rompimiento de la unidad familiar, la comunicación y el diálogo. Algunas de las sustancias a que hace alusión la Ley General de Salud, son las enunciadas en sus numerales 237 y 245, siendo: "opio preparado para fumar, diacetilmorfina o heroína, sus sales o preparados, cannabis sativa, india y americana o marihuana, papaver somniferum o adormidera, papever bactreatum y erythroxilon novogratense o coca, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones, psilocibina, tenociclidina, catinona, brolamfetamina, tenamfetamina, eticiclidina y roliciclidina." Esta causal al igual que la relativa al alcoholismo y hábito de juego, contempla dos aspectos a saber: el primero, el uso de sustancias ilícitas que produzcan efectos psicotrópicos y el segundo, la amenaza de causar la ruina a la familia o de continuas desavenencias conyugales, por lo que, para su procedencia, debe quedar debidamente acreditado el uso y la amenaza.

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge. Esta causal atenta contra el respeto, dignidad y libertad de los cónyuges, afectando de forma directa la vida conyugal, produciendo su desintegración y el rompimiento de la unidad familiar, el diálogo y la comunicación. Atenta contra el derecho de libre procreación, ya que si en primer término, atendemos a lo dispuesto por el precepto 146 del Código Civil, relativo al matrimonio, recordaremos que éste, es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada; y es el caso que la hipótesis prevista en esta causal de divorcio, va precisamente en contra de esas características o fines del matrimonio, ya que en

éste la procreación de la prole debe ser una decisión de ambos, no de uno sólo, más aun, al no resultar de manera natural, debiendo considerar y decidir de manera libre y consciente, ya que ambos ante la ley, son responsables de su descendencia. En segundo lugar, y en apoyo a lo anterior, nuestra Carta Magna, en el precepto 4º; tercer párrafo, estatuye como una garantía individual, que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Para que prospere la acción de divorcio contemplada en esta fracción, debe el actor acreditar fehacientemente dos supuesto: la utilización de algún método de fecundación asistida y la no manifestación del consentimiento que por su parte debió dar.

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código. Esta causal atenta contra el respeto, dignidad y libertad de los cónyuges. En ella se equipara la capacidad jurídica del hombre y la mujer, al reconocerles, el derecho de realizar cualquier actividad, en términos de lo estipulado por el numeral 169, mismo que señala: *"Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior."* El precepto que antecede, o sea, el 168, establece: *"Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar."* Este artículo corrobora una vez más lo dispuesto por el numeral 5º de la Constitución Política de nuestro país, mismo que dice: *"A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio, trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad..."* A fin de que proceda esta causal de divorcio, debe quedar debidamente acreditada la negación por parte de su cónyuge.

En otro orden de ideas, diremos, que el divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y como hemos apuntado anteriormente, dentro del término de seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que funde la demanda, con excepción de las fracciones XI; XVII y XVIII, del numeral 267 del Código Civil, en las que el plazo de caducidad es de dos años, como lo estatuye el precepto 278 de la legislación en cita, así como, cuando la causal invocada se actualice día con día, esto es, sea de tracto sucesivo.

En la demanda de divorcio los cónyuges pueden demandar del otro, una indemnización de hasta el cincuenta por ciento del valor de los bienes que hubiere adquirido durante el matrimonio, si se encuadra dentro del supuesto siguiente: que se hayan casado bajo el régimen patrimonial de separación de bienes; que el demandante se haya dedicado preponderantemente en el lapso del matrimonio, al trabajo del hogar y/o al cuidado de los hijos; y que durante la vigencia de éste, no haya adquirido bienes propios o sean notoriamente inferiores (art. 289 bis).

Ahora bien, con relación al procedimiento de divorcio necesario, diremos, que se trata de un juicio ordinario civil, regido principalmente por los artículos 255 a 429 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se inicia pues, con el escrito de demanda (255), una vez realizado el emplazamiento (259), se continúa con el de contestación (260), en el cual, se harán valer todas las excepciones sea cual fuere su naturaleza (260 f. V), y/o proponer la reconvencción (260 f. VI), una vez contestada la demanda, y en su caso, la reconvencción, se llevará a cabo la audiencia previa y de conciliación (272-A), abriendo el juicio a prueba (277 y 290), que es de diez días comunes para las partes, y como excepción, en los casos de las fracciones XI, XVII o XVIII del numeral 267 del Código Sustantivo Civil, el período de ofrecimiento de pruebas será de cinco días (290), el juez, al admitir las pruebas ofrecidas procederá a la recepción y desahogo de ellas, en una audiencia a la que se citará a las partes en el auto de admisión, la cual será dentro de los treinta días siguientes, en los casos en que se

Invoken las causales contenidas en las fracciones XI, XVII o XVIII, será a los quince días, la audiencia se celebrará con las pruebas que estén preparadas señalando nueva fecha para aquéllas que quedaren pendientes (299), concluidas la recepción de las probanzas, el Tribunal dispondrá que las partes aleguen lo que a su derecho convenga (393), hecho lo anterior, pasarán los autos a vista del Juez, para dictar la resolución definitiva, misma que deberá ser publicada en el Boletín Judicial, dentro de los quince días siguientes a aquél en que se hubiere hecho la citación para sentencia (87), en contra de esta resolución procede el recurso de apelación, en ambos efectos, en términos de lo dispuesto por los preceptos 688 a 715.

El multicitado Código Civil para el Distrito Federal, contiene diversos numerales que deben ser atendidos, ya sea por los divorciantes o por el Juez del conocimiento, preceptos como el 271, que a la letra dice: *"En todos los casos previstos en el artículo 267, los Jueces de lo Familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, sin cambiar los hechos, acciones y excepciones o defensas. Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse en las causales previstas en las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267."* El cual, le impone al Juez de la causa la obligación de suplir la deficiencia en los planteamientos de derecho de las partes, aplicando el principio *jura novit curia*, de acuerdo con el cual, es él, quien conoce el derecho y a quien compete decidir en cada caso cual es aplicable, con la sola limitante de no variar los hechos, acciones y excepciones o defensas. Y toda vez que, las causales contenidas en las fracciones citadas, atentan gravemente, contra la seguridad, salud, estabilidad e integridad de los miembros de la familia, no son de aplicárseles las formalidades contempladas para los medios de prueba, con el fin de evitar procedimientos tediosos que impiden la agilidad y celeridad procesal, así como, dejar en estado de indefensión a alguno de los contendientes.

Asimismo, el Juzgador está obligado para que desde que se presenta la demanda de divorcio y mientras dura el juicio, dictar las medidas provisionales pertinentes, como lo dispone el numeral 282 de la legislación en cita, medidas relacionadas con la separación de los cónyuges; la continuación del uso de la vivienda familiar; la cantidad que por concepto de alimentos el deudor alimentario debe dar al cónyuge acreedor y a los hijos habidos en el matrimonio; prevenir a los divorciantes para evitar se causen perjuicios en sus bienes y en los de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen patrimonial se contrajo el matrimonio, ordenando la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal, en el caso de existir bienes en común; las medidas precautorias en caso de que la mujer quede embarazada; decidir sobre la custodia de los hijos; si se trata de violencia familiar, debe decretar como medida provisional la salida del cónyuge agresor de la vivienda familiar, prohibirle a éste ir a lugar determinado, ya sea donde trabajan o estudian los agraviados, prohibirle se acerque a éstos a la distancia que el propio juez considere; revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieren otorgado; requerir a ambos cónyuges exhiban un inventario de sus bienes y derechos, así como, los de la sociedad conyugal, en su caso, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición.

Atento a lo dispuesto por el precepto 283 del referido Código, la sentencia de divorcio debe fijar en definitiva la situación de los hijos, con relación a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso, y en especial a su custodia y cuidado, respetando el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor. De igual forma, debe fijar lo relativo a la división de los bienes habidos en el matrimonio (art. 287). Por otro lado, tomando en cuenta las circunstancias del caso en específico, el Juez sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del inocente (art. 288).

Una vez que la sentencia de divorcio cause ejecutoria, el juzgador remitirá copia certificada de ella al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, a fin de que realice la anotación correspondiente, levante el acta de divorcio y dé publicación a la resolución, en las tablas destinadas para tal efecto (art. 291).

Hemos pues, en este apartado, analizado los diversos tipos de divorcio reconocidos y regulados por nuestra legislación civil, atendiendo, de cada uno de ellos, a su definición, a sus particularidades y a sus requisitos de procedibilidad, según lo expuesto por la doctrina, la jurisprudencia y principalmente por las normas civiles vigentes; comentamos, lo relativo al divorcio administrativo y al necesario, reservándonos lo conducente al voluntario o por mutuo consentimiento, ya que resulta ser parte total de nuestro tema en estudio, pues el objetivo del presente trabajo deviene precisamente de éste, por lo que, abordaremos en el capítulo que precede, con mayor detenimiento y cuidado, todo lo relacionado a este tipo de divorcio, esto es, su secuela procedimental, desde la solicitud, hasta la sentencia, con el fin de comprender su concepción, estructura, modalidad y consecuencias jurídicas.

CAPITULO CUARTO.

I. SECUENCIA PROCEDIMENTAL DEL DIVORCIO VOLUNTARIO.

Como hemos dicho en apartados anteriores, el procedimiento del divorcio voluntario, se encuentra regulado por el Título Décimo Primero, denominado "Divorcio por Mutuo Consentimiento", Capítulo Único, artículos 674 a 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ahora bien, para echar a andar toda la maquinaria judicial, se requiere en primer término, la existencia de una pareja, de un matrimonio, que por diversas circunstancias ya no tengan las ganas ni el deseo de permanecer unidos, de una pareja, que ya no encuentre en su matrimonio la felicidad que algún día pensó tener, de una pareja, que ya no cumpla con los fines propios del matrimonio, y que su vida en común sea de tal magnitud tormentosa y dañina para ambos, que la haga imposible; en fin, se requiere de una pareja en crisis, de una pareja para la cual el divorcio sea la solución a todos sus problemas cotidianos, reales, latentes y sea también, el instrumento de terminar con una situación para ellos insostenible. En segundo lugar, y como elemento indispensable para solicitar este tipo de divorcio, se necesita del consentimiento de ambos, esto es, la manifestación plena de que es su decisión el disolver el vínculo conyugal por esta vía; por lo que, cumplidos estos supuestos no hay más que comparecer frente a un abogado con el objeto de que les ayude a establecer, por separado y de la mejor manera posible, la carga de obligaciones y derechos impuestas por el matrimonio, hecho lo anterior, acudir ante un Juez de lo Familiar para dar el punto final y legal, a la desmembrada familia.

Con la finalidad de explicar lo mejor posible la figura jurídica del divorcio voluntario, apuntaremos todos y cada uno de los pasos a seguir dentro del

procedimiento, analizando de conformidad con lo señalado por nuestra legislación civil y procesal civil vigente, cada una de sus etapas.

4.1. SOLICITUD PARA OBTENER EL DIVORCIO VOLUNTARIO ANTE UN JUEZ DE LO FAMILIAR.

El numeral 674 del Código Procesal Civil, literalmente señala: *“Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del Código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores.”*

Con relación al precepto antes transcrito, debemos indicar un par de cuestiones, que no pueden pasar desapercibidas; en primer orden, establece que *“cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil...”*, recordaremos pues, que por decreto del veinticinco de mayo de dos mil, del cual sus disposiciones entraron en vigor, el primero de junio del mismo año, se derogaron, reformaron y adicionaron diversos artículos del entonces, Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, entre ellas, el ámbito de aplicación del primero de los nombrados, siendo sólo ya del fuero común, denominándolo Código Civil para el Distrito Federal.

En materia de divorcio, tema que ahora nos ocupa, hubo sendas reformas importantes y trascendentales todas ellas, que modificaron la visión y la figura jurídica en especial de cada tipo de divorcio; pero al variar lo sustentado por mucho tiempo en el Código Sustantivo Civil, no se percataron, ni atendieron por

completo la relación que guarda éste con el Código Adjetivo Civil, ya que dichos cambios no los sufrieron a la par, tal es el caso del numeral en comento, pues si nos estamos a lo que literalmente señala y nos remontamos, como nos obliga, al último párrafo del precepto 272 del Código Civil, con la finalidad de saber si nos encontramos en el supuesto de solicitar el divorcio administrativo o judicial, veremos, que en la actualidad, no nos ubicaríamos en tal situación, ya que éste, se refiere a la improcedencia del divorcio administrativo, en caso de que los cónyuges no hayan cumplido con lo exigido para tal fin, así como su penalidad; anteriormente, sí hablaba en el último párrafo de que: *"Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Cíviles."* En consecuencia, no debemos atender lo dispuesto en los primeros renglones del numeral 674 de la legislación procesal, por resultar incongruente con la legislación civil e inaplicable al caso en concreto.

Ahora bien, por lo que respecta a las líneas posteriores del precepto en crítica, especialmente, cuando dice que: *"deberán ocurrir al tribunal competente"*, es menester recordar, que con relación a la competencia (tema ya tratado en apartados anteriores), hemos dicho, que se debe atender a lo dispuesto por el artículo 159 de la ley del enjuiciamiento civil, mismo que señala: *"De las cuestiones sobre estado o capacidad de las personas y en general de las cuestiones familiares que requieran intervención judicial, sea cual fuere el interés pecuniario que de ellas dimanare, conocerán los jueces de lo familiar"*; aunque, con las citadas reformas, en el numeral 273 del Código Sustantivo Civil, quedó ya claramente señalada, al decir: *"y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Cíviles"*, estableciendo la competencia por materia, la cual, es lógicamente familiar; pero, no por lo que atañe a la competencia por territorio, no claramente, porque al remitirnos del Código Civil al Código Procesal y detenemos en el Título del divorcio por mutuo consentimiento, no aclara ninguno de los dos tal situación,

aunque es por nosotros sabido que debemos atender lo dispuesto por el precepto 156 fracción XII, de la legislación citada en último término, esto es, resulta ser juez competente por territorio el del domicilio conyugal, situación que a nuestro parecer, si se trataba de ser claros y precisos con relación a la materia que era obvia, también pudieron serlo respecto al territorio.

Señala el numeral 674, en líneas posteriores, que deben ocurrir: *"presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del Código citado"*, con relación a éste, posteriormente nos abocaremos ampliamente a él, ya que es el siguiente punto a tratar.

Continua exponiendo: *"así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores"*, entendemos la importancia trascendental de exhibir el acta de matrimonio de los consortes, toda vez, que resulta ser el documento por medio del cual, queda debidamente acreditada la personalidad de los solicitantes, ya que lógica y jurídicamente el divorcio presupone la existencia del matrimonio y ésta es su prueba idónea. Por lo que respecta a las actas de nacimiento de los hijos menores habidos, en primer término diremos, que son igualmente importantes, porque se presupone su existencia, y de los cuales deben quedar debidamente garantizados sus derechos, atendiendo a su edad y sus necesidades; en segundo lugar, consideramos, que este artículo no debe limitar a que se presenten exclusivamente las constancias de los menores, sino que debe exigir que también obren en la solicitud las de aquéllos que al momento sean mayores de edad, ya que con ellas, se demuestra precisamente su mayoría de edad, su capacidad jurídica y la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, teniendo que demostrar en su caso, la falta de necesidad de recibir alimentos, ya que el precepto 273 del Código Sustantivo Civil, en lo relativo, no los limita a los menores de edad o incapaces, tan es así, que en el 272 de la misma legislación, que habla del divorcio administrativo, señala que para su procedencia es un obstáculo el que tengan hijos mayores de edad y requieran de alimentos. Estas constancias, la de

matrimonio y las de nacimiento de los hijos habidos en él, resultan ser documentos públicos a las cuales el juzgador les concede valor probatorio pleno, de conformidad con lo dispuesto por los numerales 327 fracción IV, 333 y 403 del Código Adjetivo Civil, en relación con el 39 y 50 de la Ley Sustantiva Civil.

Luego entonces, cuando una pareja decida separarse y disolver el vínculo matrimonial que los une, por mutuo consentimiento, deberán presentar un escrito, una solicitud, ante la Oficialía de Partes Común, del Tribunal que les corresponda, lo que normalmente resumimos como: presentar su solicitud, ante el Juez de lo Familiar, del domicilio conyugal; dicha solicitud, por razón de práctica, debe comenzar con el rubro, en el cual, se pondrá empezando por el apellido, los nombres completos de los consortes, cualquiera de ellos, sin importar el orden y uno precedido del otro con la conjunción copulativa "y", seguidos por el tipo de juicio que se pretende, en el caso, las palabras "Divorcio Voluntario"; después se atenderá a la competencia, esto es, se pondrá "C. Juez de lo Familiar en Turno", (en turno, porque aún desconocemos el número del juzgado al cual remitirán la solicitud); se volverán a poner los nombres completos de los solicitantes y el domicilio que señalen para oír y recibir notificaciones, autorizando en su nombre y representación al o los Licenciados en Derecho que los asesorarán en la tramitación del juicio; manifestando enseguida que es su voluntad por mutuo consentimiento disolver el vínculo matrimonial que los une y que en el acto solicitan, fundándose en los hechos y consideraciones de derecho que se enumerarán y narrarán sucintamente, con claridad y precisión, comenzando pues, con la fecha en la cual se contrajo el matrimonio y bajo que régimen patrimonial se sujetó, hechos que quedarán acreditados con la copia certificada de matrimonio, que para tal efecto se exhiba; si durante el matrimonio procrearon hijos, sus nombres y edades, lo que se acredita con las copias certificadas de nacimiento, así como, la situación en la cual se encuentran actualmente; si el matrimonio esta sujeto al régimen de sociedad conyugal, se deben señalar los bienes que se adquirieron durante su vigencia, y acreditar con documento fehaciente su propiedad; el domicilio conyugal, calle, número, colonia, delegación etcétera; la

manifestación en su caso, bajo protesta de decir verdad que la cónyuge no se encuentra en estado de gravedad; la ocupación de cada uno de los cónyuges; y por último, nuevamente la manifestación relativa a que es su voluntad de conformidad con lo dispuesto por los artículos 266 y 273 del Código Civil, divorciarse por mutuo consentimiento, cumpliendo con el requisito que establece el segundo de los numerales en cita, exhibiendo para tal efecto el convenio para su aprobación; enseguida a manera de contrato se enunciarán todas y cada una de las cláusulas que de acuerdo a cada pareja y atento a lo ordenado en el multicitado precepto 273, formarán el convenio; después, se señalarán los artículos legales o los principios jurídicos aplicables, aquéllos que rigen el fondo, tales como 266, 273, 275, y demás del Código Sustantivo Civil, así como, los que rigen el procedimiento, 674 a 682 del Código Procesal Civil; continuando con los puntos petitorios, los cuales, son una síntesis de las peticiones que se hacen al juez en relación con la admisión de la solicitud y con el trámite que debe seguirse en el procedimiento, tales como, en vía de ejemplo: tenerlos por presentados en los términos del escrito por su propio derecho, solicitando el divorcio voluntario y por mutuo consentimiento; tener por exhibido el convenio a que se refiere el numeral 273 del Código Civil citado; pedir se señale fecha para que tenga verificativo la primera junta de avenencia; se dé vista al Ministerio Público adscrito al juzgado para que manifieste lo que a su representación social concierne; en su oportunidad y previos los trámites de ley, se dicte la sentencia que en derecho corresponda, decretando la disolución del vínculo matrimonial, aprobando de manera definitiva el convenio exhibido por encontrarlo conforme a derecho y elevándolo a la categoría de cosa juzgada; y por último, el Protestamos lo necesario, siendo esta frase un uso en la práctica de carácter formal sin que resulte estrictamente indispensable; la fecha y las firmas de ambos cónyuges.

Esta solicitud de divorcio voluntario, de acuerdo al turno que la Oficialía de Partes Común le dé, será remitida al juzgado correspondiente, mismo, que en el término de tres días deberá dictar un acto que puede ser admisorio, dilatorio o negatorio; esto es, admisorio, cuando la solicitud se encuentre completamente

ajustada a derecho; dilatorio, cuando no se rechaza, sino sólo se aplaza su proveído favorable hasta que se cumpla el requisito procesal exigido, por ejemplo: si se omite exhibir la copia del acta de matrimonio o la de nacimiento de los hijos habidos en él, siendo el primero, el documento base en el cual se actúa y con el cual se acredita la personalidad con la que se ostentan los promoventes, estableciendo que exhibidas que sean las copias certificadas correspondientes, en el término de tres días, se acordará lo conducente; y negatorio, cuando la solicitud de divorcio voluntario resulte notoriamente improcedente, por ejemplo, cuando no haya transcurrido el término mínimo de un año de celebrado el matrimonio, para que pueda disolverse. En el caso de que el auto que le recae a la solicitud de divorcio sea de carácter admisorio, versará en términos generales, de la siguiente manera:

México, Distrito Federal a --- de --- del año ---.

"Con el escrito de cuenta y documentos que se adjuntan, fórmese expediente y regístrese en el Libro de Gobierno con el número que le corresponda. Se tiene por presentados a los señores x y x, promoviendo por su propio derecho, por mutuo consentimiento la disolución del vínculo matrimonial que los une. Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 674, 675, 676 y demás relativos y aplicables del Código de Procedimientos Civiles, tramítense en los términos de ley. Para que tenga verificativo la PRIMERA JUNTA DE AVENENCIA, se señalan las --- horas del día --- del año en curso, misma que deberá verificarse con citación del C. Agente del Ministerio Público adscrito a este juzgado. Con fundamento en lo dispuesto por el numeral 275 del Código Civil, se decreta la separación provisional de los cónyuges. Dese vista al C. Agente del Ministerio Público, para que dentro del término de tres días manifieste lo que a su representación social corresponda. Se tiene por señalado el domicilio para oír y recibir notificaciones y por autorizadas a las personas que indican para los fines que precisan. NOTIFIQUESE. Lo proveyó y firma el C. Juez ---, ante el C. Secretario de Acuerdos ---, quien autoriza y da fe. DOY FE."

Como podemos observar en el proveído que antecede, se admite la solicitud y se le da trámite, señalando fecha para que se lleve a cabo la Primera Junta de Avenencia y dándole vista al Ministerio Público como representante de la sociedad y quien será el encargado de velar por los intereses de los divorciantes,

pero principalmente de los menores, manifestando y requiriendo a los consortes para que queden debidamente garantizados sus derechos; así mismo, el Juez del conocimiento debe dictar las medidas provisionales que según el caso, estime pertinentes o las soliciten los propios cónyuges, medidas tales como la separación de los esposos, las relativas a los alimentos, o las relacionadas con los bienes que integran la sociedad conyugal si bajo este régimen patrimonial se contrajo el matrimonio. Este auto da pues, inicio a un trámite sencillo y generalmente rápido, por el cual, se da por terminado un matrimonio, pero no las obligaciones que les impone a los divorciantes aún después de disuelto.

Ahora bien, señalamos en párrafos anteriores, que en su caso, se debe expresar bajo protesta de decir verdad que la cónyuge no se encuentra en estado de gravidez, pero de no ser así, debe especificarse en la solicitud o en el convenio tal situación, a fin de que el juzgador tome las medidas necesarias para la protección del producto, aunque si bien es cierto, en el artículo 273 en comento, no hace referencia al respecto, como en el divorcio contencioso (art. 282 f. IV C.C.), también lo es, que debe considerarse, atendiendo a lo dispuesto por el numeral 22 del Código Civil, mismo que establece que desde el momento en que un individuo es concebido se encuentra bajo la protección de la ley, por lo que el juez del conocimiento debe pues, estimar lo concerniente a los preceptos 1638 al 1648 del Código Sustantivo Civil.

4.1.1. Convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para comenzar este apartado, atenderemos a lo dispuesto por el numeral que se menciona en el título del mismo, el cual señala:

“Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo

anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambio de domicilio aun después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;

V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos."

Este precepto, resulta ser de carácter enunciativo, más no limitativo, pues deja a los cónyuges, futuros divorciantes, en plena libertad de fijar los términos y condiciones por los cuales regirá su vida en el futuro, adecuando las fracciones al caso en concreto y atendiendo a sus propias necesidades, pero sin apartarse de los principios y normas fundamentales del Derecho de Familia, función que en última instancia corresponde al Juez y al Ministerio Público supervisar, vigilando que no se den pactos dañinos y perjudiciales tanto para los hijos, como para los propios consortes, así como, que no existan cláusulas contrarias a la moral o a las

buenas costumbres, teniendo como premisa el orden público e interés social del cual esta investida la materia familiar.

Por otra parte, diversos autores estiman, que las fracciones enumeradas anteriormente, pueden agruparse o dividirse, según el fin, el objeto y las personas de que se trate, doctrinarios como el Licenciado EDUARDO PALLARES, quien nos dice al respecto que las estipulaciones que debe tener el convenio: "Pueden clasificarse en los siguientes grupos: las relativas a las personas de los cónyuges, las concernientes a los hijos y las que se refieren a los bienes de la sociedad conyugal o mejor dicho, a la liquidación de ésta." ⁸²

Asimismo, el Profesor MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO, considera, que: "El convenio en el divorcio voluntario puede contener las siguientes partes: El estatuto relativo a los hijos; El estatuto relativo a los cónyuges; Cargas económicas; Domicilio y vivienda familiar; Garantías; Incumplimiento; Modificación del convenio." ⁸³

"El mismo autor, en su obra antes citada, presume la existencia de ciertos elementos para que pueda darse este convenio, elementos tales como: los personales, los formales y los reales; dentro de los primeros, ubica a los cónyuges con la capacidad suficiente para elaborar y suscribir el convenio, salvo los casos de minoría de edad, ya que al resultar emancipados lo harán a través de un tutor para negocios judiciales; así mismo, se encuadra como elemento personal a los hijos, los cuales considera, deberán ser escuchados y podrán, en su caso, intervenir cuando se vean afectados sus intereses, o bien, al ser requeridos a fin de conocer su opinión sobre determinada situación. Dentro de los elementos formales, coloca al Juez competente para conocer del divorcio voluntario, quien lo será, el del domicilio conyugal, y si no lo hubiere, por separación de los cónyuges, el del último que tuvieron; y al Ministerio Público, quien interviene como auxiliar y

⁸² PALLARES, El Divorcio en México, pág. 50.

⁸³ CHAVEZ, Convenios Conyugales y Familiares, pág. 98.

con el objeto de opinar sobre la situación de los hijos menores o interdictos, sobre la separación de los cónyuges, los alimentos y su garantía. Y por lo que se refiere a los elementos reales, estos se encuentran en el contenido del propio convenio regulador, en términos del artículo 273 del Código Civil.

A este convenio regulador de crisis conyugal el referido doctrinario le atribuye ciertas características a saber, tales como: a) Acto Jurídico. Ya que es un acto jurídico del derecho familiar de carácter mixto, pues intervienen los cónyuges, el ministerio público, y el juez; siendo un acto no solemne pero sí judicial. b) Transacción. Pues los cónyuges se realizan recíprocas concesiones para prevenir o evitar una controversia, así mismo, porque deviene de un conflicto conyugal y son los propios interesados quienes se abocan a su solución, por medio de la proposición de un estatuto. c) Es un Convenio Modificable. No obstante, de haber sido aprobado y elevado a cosa juzgada, puede modificarse cuando cambien las circunstancias previstas en el inicial. d) No Rescindible. Una vez aprobado por el juez, no puede rescindirse por incumplimiento de alguno de los obligados, pues lo procedente sería exigir su cumplimiento forzoso. e) Efectos de Sentencia Ejecutoria. Aprobado el convenio por el juez de la causa, éste tiene fuerza de sentencia ejecutoria." ⁸⁴

Ahora bien, analizaremos por separado cada una de las fracciones a que hace alusión el multicitado numeral 273 del Código Sustantivo Civil, para lo cual, diremos lo siguiente:

La primera de ellas se refiere a la *designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriada el divorcio*; entendiéndose por guarda y custodia, el cuidado, vigilancia, conservación y defensa, en este caso de los menores o incapaces, que no pueden valerse por sí mismos. Esta fracción, hace alusión a la "persona", en un término genérico, lo que nos llevaría a pensar, que siendo la

⁸⁴ Cfr. págs. 92 - 96.

guarda y custodia una consecuencia íntimamente ligada al ejercicio de la patria potestad, se limitaría a aquéllos que tienen el derecho de ejercerla, por lo que, si consideramos lo expuesto por el precepto 414 del Código en cita, tendríamos que son los padres y a falta de éstos los abuelos, los obligados a ejercer la custodia, sin embargo, el artículo 273 en su última fracción menciona, que "el progenitor que no tenga la guarda y custodia..."; limitándonos pues, a que la ejerza sólo alguno de los cónyuges; en apoyo a lo anterior, el numeral 416 establece, que en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores.

Por otro lado, al tratarse de un divorcio voluntario se presume que la culpa de uno de los divorciantes, no es de tal gravedad que haga necesario impedir que alguno tenga la custodia, ya que de ser así, sería conveniente tramitarse en un juicio contencioso, lo que conlleva a que en el convenio de divorcio voluntario en forma general, se estipule que ambos consortes conserven la patria potestad sobre los menores, siendo un derecho y obligación irrenunciable, que no puede ser materia de transacción.

En consecuencia, y atentos al bienestar de los menores o incapaces, los divorciantes tendrán plena libertad de señalar a cual de ellos le corresponderá el ejercicio de su guarda y custodia, decidiendo cuál de los dos puede proporcionarles mejores condiciones personales, espirituales y materiales, tomando en cuenta el principio de unidad fraterna para evitar, en lo posible, daños en su desarrollo, pues son precisamente los progenitores quienes conocen mejor su realidad personal y familiar, y propondrán las mejores soluciones para los hijos; debe pues, prevalecer el interés de éstos, sobre el de los padres. Aunque en la práctica, si por alguna razón se estipula que los menores quedarán bajo la guarda y custodia del padre, regularmente el juez o en su caso el agente del ministerio público, durante el procedimiento requieren a los divorciantes a fin de que señalen los motivos por los cuales se tomó tal decisión, pues consideran que lo más

propicio para los menores es permanecer a lado de la madre, pues es élla quien por su propia naturaleza puede darles los mejores cuidados y atenciones, máxime que el precepto 282 in fine, de la legislación civil, da la pauta de que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán permanecer al cuidado de la madre. Y por último, señala la fracción en comento, que se debe designar a la persona que durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio tendrá a los menores, tal situación se debe a que puede darse el caso que durante el proceso sea uno de los cónyuges, quien los tenga consigo, pero una vez decretado el divorcio éstos pasen a lado del otro; normalmente, desde el inicio del juicio se encuentran ya con la persona con la que permanecerán en forma definitiva.

La segunda de las fracciones señala, que en el convenio debe quedar estipulado *el modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento*; entendiendo por alimentos lo dispuesto en el artículo 308 del Código Civil, principalmente, de acuerdo al caso que nos ocupa, en sus tres primeras fracciones, mismas que se transcriben a continuación: *"Los alimentos comprenden: I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto; II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales; III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo."* Esta obligación de alimentos por parte de los padres y con respecto de los hijos, se deriva del parentesco, de la patria potestad que ejercen los unos sobre los otros, siendo pues, un deber que la misma ley civil consagra en el numeral 303, un deber impuesto a ambos padres, los cuales están obligados a contribuir en las necesidades de sus hijos de acuerdo a sus posibilidades (art. 311 C.C.). Por lo que, en el convenio de divorcio

voluntario deberá pactarse, entre otras cosas, la cantidad que por concepto de pensión alimenticia se dará durante el procedimiento y una vez ejecutoriado el divorcio, misma, que como hemos dicho, será la que resulte suficiente a fin de subvenir a todas y cada una de las necesidades de los menores, atendiendo a las posibilidades del deudor alimentario, tratando de mantener una proporcionalidad y en lo posible, abarcar todos los rubros citados en el precepto 308, antes transcrito y relativos, de acuerdo al nivel de vida en el que se desenvolvían los hijos.

Ahora bien, el importe de la pensión alimenticia lo van a determinar los cónyuges, pero éste reiteramos, debe ser de acuerdo a las posibilidades del que la otorga y a las necesidades del que la recibe, en lo cual, principalmente el ministerio público pondrá especial cuidado. Al respecto existe un criterio emitido por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señala:

"ALIMENTOS EN CASO DE DIVORCIO VOLUNTARIO, CONVENIOS PARA DETERMINARLOS. El convenio en que se determinan los alimentos para la cónyuge y el hijo, en caso de divorcio voluntario, no constituye un pacto prohibido, contrario a la ley o a las buenas costumbres, pues el artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal, al reglamentar el divorcio voluntario, permite que los cónyuges determinen y cuantifiquen la pensión alimenticia de los hijos, y en cuanto a la esposa, sólo es obligatorio que el marido le suministre alimentos durante el juicio pudiendo también convenir, conforme al artículo 288 del propio código, una pensión alimenticia, con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: LXXXVII. Página: 1262.

Asimismo, debe pactarse el modo de pago, esto es, regularmente a un trabajador su salario se le paga ya sea semanal, quincenal o mensualmente, cumpliendo con la obligación mediante pensiones que se paguen acordes y periódicamente, señalando día y lugar para el efecto. Así también, se pactará la forma de pago, esto es, si será en efectivo, mediante depósito bancario, o mediante billete de depósito expedido por institución autorizada para emitirlos (Nacional Financiera), o de forma personal; si será en especie, dando a la otra

parte la ropa, alimentos, pagando lo relativo a la escuela, seguro médico etcétera; o si será mixto, esto es, una parte en efectivo, y otra en especie; todo lo anterior, atendiendo al caso en específico, a las características y costumbres de cada pareja. Esta obligación durará, hasta que los menores lleguen a su mayoría de edad o cuenten con un oficio, arte o profesión, acorde a su edad, que les permita valerse por sí mismos.

Con respecto a la garantía para asegurar el debido cumplimiento de la pensión alimenticia, el artículo 317 del Código Civil, relativo al capítulo de alimentos, señala que *"El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez"*, numeral de carácter enunciativo, no limitativo, lo que nos lleva a dilucidar una grave problemática, ya que en primer término, no todas las personas están en condiciones de cumplir tal disposición, y en ocasiones les resulta gravoso; normalmente, se acude al otorgamiento de una fianza que los asegure, o mediante descuento que en el salario del obligado se haga por el lugar donde preste sus servicios, siendo esta última, la forma más propicia, constituyendo una garantía más eficaz; en segundo término, esa cualesquiera otra forma de garantía no especificada en la ley, también resulta controvertida, máxime que queda a criterio del juzgador el aceptarla, regularmente, por cuestión de práctica diremos que, tanto el juez de la causa, como el representante del ministerio público se oponen a que se otorgue otro tipo de garantía que no sea alguna de las señaladas por el precepto en comento, al considerar que son éstas, las que garantizan realmente su cumplimiento, criterio no compartido por nuestro más Alto Tribunal, quien estima que no se puede supeditar el divorcio voluntario al otorgamiento de dicha garantía, como lo dispone el citado artículo 317, pues debe tomarse en cuenta las características de cada caso en particular.

"DIVORCIO VOLUNTARIO. NO ESTA SUPEDITADO A QUE SE OTORGUEN LAS GARANTIAS DE HIPOTECA, PRENDA, FIANZA O DEPOSITO. El divorcio voluntario de los cónyuges no puede estar

supeditado a que forzosamente se otorguen las garantías de hipoteca, prenda, fianza o depósito, porque no todas las personas están en condiciones de hacerlo y, en multitud de casos, resultan gravosas para quienes deban otorgar la garantía; la hipoteca y la prenda no pueden ser otorgadas por quienes carecen de bienes para hacerlo, así como el depósito cuando no se tiene el numerario correspondiente; y por lo que toca a una fianza, ello implica el pago de una prima periódica a la compañía de fianzas respectiva, que disminuye el patrimonio del deudor y no garantiza su continuidad, puesto que debe renovarse periódicamente, y si el deudor alimentista se niega a ello, tendría que obligársele a otorgarla mediante el ejercicio de la acción correspondiente, e incluso, en algunos casos, ni siquiera es indispensable el otorgamiento de garantía alguna. Ello ocurre cuando el divorcio lo promueven personas desvalidas, menesterosas, aquellas que en un momento dado no disponen de los medios suficientes para proporcionar alimentos, porque si de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 320, fracción I, del Código Civil, la obligación de dar alimentos cesa cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla, con mayor razón debe cesar la obligación de garantizar dichos alimentos, puesto que la garantía es accesoria y sigue la suerte de la principal, que es la de darlos. Y si en un caso la pensión alimenticia se garantiza con parte del importe del sueldo o salario que directamente se le descuenta al deudor alimentario por la empresa donde presta sus servicios, no hay duda que tal descuento constituye una garantía más eficaz que la fianza, pues ésta sería la única que quedaría al vencerse el plazo por el que fue otorgada, si no se renueva pagando la prima correspondiente; de suerte que de esta manera se satisfacen los requisitos previstos por el artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles, y es procedente declarar disuelto el vínculo matrimonial y aprobar el convenio presentado por los cónyuges." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tomo: 60 Cuarta Parte. Página: 15

Por otro lado, ya que en forma general es la madre quien conserva la custodia de los menores, corresponde la carga económica, sólo al progenitor, pues se dice, ella cumple con tenerlos bajo su cuidado y protección. Al respecto nos resulta ilustrativa la tesis que aparece en Séptima Época, Cuarta Parte, Volumen 4, Página 13, A.D. 7146/66 que a la letra dice:

"ALIMENTOS, APORTACIÓN DE LA MUJER.- Si bien es cierto que el cuidado de la familia y la dirección del hogar debe estimarse como aportación de la mujer al sostenimiento del mismo y que no puede

exigirsele que trabaje para ayudar económicamente, esto no impide que si la mujer trabaja, sin que esté demostrado que se le haya coaccionado para ello, contribuya a las cargas de la familia."

La fracción tercera, se refiere a la *designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio*; aquí, independientemente del régimen patrimonial bajo el cual se contrajo el matrimonio, en el convenio debe estipularse quien de los dos cónyuges conservará el uso de la casa conyugal, esto es, no se transmite la propiedad del inmueble, ya que incluso puede darse el caso de que no sea propio, y exista un contrato de arrendamiento; sólo se trata de cumplir provisionalmente con el rubro correspondiente de los alimentos, relativo a la habitación. Señala que: "*en su caso*", presuponiendo que el deseo de los consortes, no es vivir fuera de ese domicilio o que ambos vivirán en domicilio distinto al conyugal.

Respecto de los enseres familiares, tales como muebles, utensilios e instrumentos, éstos resultan ser los indispensables para el buen funcionamiento del hogar, y generalmente quedarán en poder del cónyuge que tenga consigo a los hijos. Ambas cosas, sólo lo serán mientras se tramita el juicio de divorcio voluntario, esto es, hasta en tanto no se dicte la sentencia por la cual, se decreta disuelto el vínculo conyugal, y ésta cause ejecutoria, pues en ese momento se declarará disuelta y liquidada la sociedad conyugal, en su caso, pasando cada uno a disponer de los bienes que la misma les retribuye; y si se contrajo el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, cada cónyuge dispondrá en todo momento de éstos a su mejor conveniencia. Por cuestión de práctica diremos que debe permanecer en el que era el domicilio conyugal, aquél que tenga la custodia de los hijos, considerándose provisionalmente, como la habitación de la familia, atendiendo al interés y lugar preferente que tiene ésta, respecto de sus miembros, satisfaciéndose así, como hemos dicho, el requerimiento de dotar a la familia de habitación.

La cuarta de las fracciones, es la relativa a señalar *la casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambio de domicilio aun después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias*; independientemente de lo dispuesto por la fracción anterior, en el convenio inicial, debe estipularse el domicilio que ocupará cada uno de los cónyuges y los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, ya que al decretarse la separación aún de forma provisional, cesa la obligación de cohabitar y permanecer en el domicilio conyugal, por lo que, ya no se les tendrá como tal, el señalado por el numeral 163 del Código Civil, encontrándose los divorciantes en plena libertad de elegir de acuerdo a sus necesidades y gustos, el lugar que les servirá por separado de habitación, limitándose dicha libertad frente a los intereses de los menores y del otro cónyuge; resultando entonces, aplicable lo visible en el precepto 29 de la misma legislación, esto es, deben señalar el domicilio que como persona física les corresponderá, siendo el lugar donde van a residir habitualmente; y por lo que respecta a los hijos, toda vez, que con la separación derivada del divorcio corresponde sólo a uno de los divorciantes tenerlos consigo, su domicilio de éste se transforma en legal, atento a lo dispuesto por el artículo 31, en su fracción I, del Código en comento, pues es domicilio legal, el de la persona a cuya patria potestad estén sujetos los menores.

La finalidad de quedar claramente establecido el domicilio de los cónyuges y de los hijos, se debe principalmente, a no entorpecer o dificultar, el cumplimiento de ciertas obligaciones y el disfrute de ciertos derechos, ya que el divorcio no los extingue, por el contrario crea otros, como el régimen de visitas; disuelve el vínculo, más no todas las relaciones que nacieron entre los consortes y de éstos, frente a sus hijos, esto es, si ambos cónyuges mantienen el ejercicio de la patria potestad, ésta deviene en una carga de derechos y obligaciones de los padres frente a los hijos, tales como alimentos, derecho de visitas, la comunicación entre los progenitores con relación a todo lo concerniente a los menores, etcétera.

Por otra parte, la fracción en cita, impone la obligación para ambos divorciantes de comunicar cualquier cambio de domicilio aun después de decretado el divorcio, si existen menores o incapaces, por los mismos razonamientos antes descritos, máxime de que las relaciones interpersonales y jurídicas de la familia, se crean y continúan.

La fracción quinta se refiere a *la cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción segunda*; la obligación de proporcionarse alimentos entre los cónyuges, surge a diferencia de los hijos, como una consecuencia del matrimonio, es un derecho establecido por la ley. Nos remontaremos pues, a la definición de alimentos que se describió cuando hablamos de la fracción segunda, así también, en lo que atañe al monto, al modo y forma de pago y a la garantía, ya que la propia fracción en comento nos remite a la antes citada. Sin olvidar, que los alimentos que le correspondan al consorte que los necesite, guardarán relación con las cantidades que recibía durante su vida matrimonial.

Ahora bien, se habla de los alimentos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, de los primeros, diremos, que atenderán a la forma como los divorciantes se distribuyeron las cargas económicas para el buen funcionamiento del hogar y su alimentación, en términos del precepto 164 del Código Civil, y de los segundos, consideraremos lo dispuesto por el artículo 302 del mismo Código, el cual señala que: *"Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale..."*, debe decirse que en los casos de divorcio voluntario, esta situación se debe más a una indemnización o compensación que entre los consortes se deben, por el tiempo de duración del matrimonio. Aunque en la fracción en estudio no se hace distinción, dejando expedito el derecho de recibir alimentos para el varón o la mujer, ésta siempre tiene derecho a la compensación, es decir a recibir alimentos independientemente de su posibilidad o imposibilidad

para trabajar, este derecho lo disfrutará si no tiene ingresos suficientes, lo que significa que si no tiene ingreso alguno deberá recibir una pensión mayor, que si los tuviera, en cuyo caso sólo se compensará lo faltante; en apoyo a lo anterior, el numeral 288 in fine, de la legislación en cita, claramente establece que: *"En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato."* En cambio, el varón no siempre tiene derecho a recibir alimentos, sólo lo tendrá cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes. En ambos casos se disfrutará de los alimentos mientras no contraigan nuevas nupcias o se unan en concubinato.

Las sexta de las fracciones establece, que en el convenio debe quedar estipulada *la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;* al respecto, debemos determinar que la sociedad conyugal según lo dispuesto por el artículo 183 del Código Sustantivo Civil, es un régimen patrimonial que se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones generales de la sociedad conyugal, siendo las capitulaciones matrimoniales, los pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual, deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario, como lo establece el numeral 179 del Código en cita.

Ahora bien, el precepto 197 de la misma legislación, señala, que la sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, es pues, una consecuencia de declararse disuelto el vínculo matrimonial, siempre y cuando, no se haya terminado durante el matrimonio o se haya cambiado de régimen al de separación de bienes, tal declaración se da en la misma resolución.

En el convenio debe señalarse la forma en que se administrarán los bienes que integran la sociedad conyugal, regularmente la administración de éstos, por disposición expresa en las capitulaciones matrimoniales de antaño, quedaba a cargo del marido, en los matrimonios actuales, rige lo dispuesto por el artículo 182 sextus del Código Civil, el cual dispone, que los bienes serán administrados por ambos cónyuges, salvo pacto en contrario en las propias capitulaciones; luego entonces, y atendiendo al caso en concreto, en el convenio se señalará pues, si sigue ejerciendo tal derecho el marido o cambia a la cónyuge, o ambos administrarán conjuntamente hasta su disolución; en el lapso del procedimiento se deberán concluir con los negocios pendientes, cobrando los créditos existentes y pagando lo que se adeude.

Así también, debe estipularse en el pacto original, la manera de cómo se va a liquidar la sociedad conyugal, exhibiendo, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, mismas que generalmente los cónyuges no tienen en su poder, ya que el Registro Civil, anteriormente, no las proporcionaba y si lo hacía la gente no les daba mayor importancia; ahora, el precepto 182 bis del Código en comento, da la solución ante tal situación, al establecer, que a falta de las capitulaciones matrimoniales u omisión e imprecisión en ellas, se aplicará lo conducente en el capítulo IV, denominado "del matrimonio con relación a los bienes"; y en apoyo el numeral 182 ter, señala, que mientras no se pruebe, que los bienes y utilidades obtenidos por alguno de los cónyuges pertenecen sólo a uno de ellos, se presume que forman parte de la sociedad conyugal; y el 182 quater, que salvo pacto en contrario, que conste en las capitulaciones matrimoniales, los bienes a que se refiere el artículo anterior, corresponden por partes iguales a ambos cónyuges. En el mismo acto debe presentarse, el inventario y avalúo de los bienes que la integran, esto es, deben enumerarse y describirse los bienes y derechos que existan al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal, así como, las cargas que hubiere, exhibiendo los documentos fehacientes con los cuales se acredite la propiedad de los mismos. También se exhibirá el proyecto de partición, esto es, la manera de cómo se van a dividir los bienes, derechos y obligaciones que integran

la sociedad conyugal, si existen bienes inmuebles debe mencionarse ante cual notario se efectuará la transmisión ya que ésta debe constar, dada la naturaleza del bien, en escritura pública; si se trata de bienes muebles se hará por simple tradición y endoso de la factura correspondiente; la transmisión de inversiones y dinero en cuentas bancarias se hará por medio de las instrucciones que por escrito se den y el cambio de cuentas según se convenga.

Todo lo anterior, con el fin de que el juzgador se encuentre en posibilidad de decretar disuelta y liquidada la sociedad conyugal, quedando obligados los divorciantes, para que en su caso comparezcan ante el notario señalado para continuar con la transmisión, tenga el juez del conocimiento en su poder las facturas y se cerciore de que han sido dadas las instrucciones a la banca. Salvo en casos especiales, procederá que se deje para ejecución de sentencia, la liquidación de la sociedad conyugal, en donde acreditarán y manifestarán todo lo anterior, mientras tanto, únicamente procedería declarar disuelta la sociedad conyugal, no así liquidada.

La última de las fracciones marcada con el numeral séptimo, se refiere a *las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos*, este derecho de convivencia, como lo señala la fracción en comento, es en favor del progenitor que no tenga bajo su guarda y custodia a los menores o incapaces habidos en el matrimonio, es un derecho que deviene del parentesco y del ejercicio de la patria potestad, tal situación es reconocida por el artículo 417 del Código Civil, mismo, que señala, que *"Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tenga la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos..."*, así también, se encuentra consagrado en el precepto 5, apartado B, fracción IV, de la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, el cual establece, que los menores tienen derecho *"a vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aun*

en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y niño"; este derecho se subordina al interés del menor, quien es el más valioso y necesitado de protección, con la finalidad de fomentar el afecto y la relación personal del progenitor con sus hijos, para lograr su sano y normal desarrollo físico y mental, respetándose sus costumbres, forma y manera de vida, sin interrumpir sus labores escolares, sus alimentos, su recreación y su descanso. Por lo que, corresponde a los cónyuges decidir y establecer la forma de llevar a cabo tales convivencias pues son ellos, quienes conocen a sus niños y saben cuales son sus necesidades afectivas, pudiendo dividir de manera equitativa las vacaciones de verano, de invierno, los días festivos, los cumpleaños, etcétera, atendiendo al caso en específico y a las preferencias, necesidades y gustos de los menores.

Ahora bien, si el convenio no cumple con los requisitos establecidos en el numeral 273 citado, o contiene cláusulas contrarias a la moral o a las buenas costumbres, no será de aprobarse y en ese caso, como lo estatuye el artículo 680 in fine, del Código de Procedimientos Civiles, no podrá decretarse la disolución del matrimonio, ya que su sola exhibición y la aprobación provisional que pronuncia el juzgador en la primera junta de avenencia, no lo obliga a aprobarlo de manera definitiva en la sentencia respectiva. Sirve de apoyo a lo anterior, el criterio sustentado por nuestro más Alto Tribunal que versa de la manera siguiente:

"DIVORCIO VOLUNTARIO, CONVENIO EN EL. SU SOLA EXHIBICION NO IMPLICA LA APROBACION FORZOSA DEL JUZGADOR. (LEGISLACION EL ESTADO DE ZACATECAS). El artículo 224, fracción II, del Código Familiar para el Estado de Zacatecas prevé, para el caso de divorcio voluntario, la presentación de un convenio; sin embargo, no debe entenderse que la sola exhibición del mismo obligue al juzgador a su aprobación y, consecuentemente, a decretar la disolución del vínculo matrimonial, ya que conforme a los artículos 224, 226 y 227 del Código Familiar en cita, el juez ante quien se promueva el juicio de divorcio, debe analizar si en el convenio quedan debidamente aseguradas las necesidades alimentarias de los hijos." Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Fuente:

Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo: II, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1988. Página: 233.

4.2. REPRESENTACIÓN SOCIAL DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En primer término diremos que, el Ministerio Público, tiene a su cargo la función de vigilar la constitucionalidad y la legalidad en los procesos jurisdiccionales en los cuales tiene participación, esto es, detenta el encargo especial, de velar porque la ley sea respetada.

Con relación a esta Institución, GIUSEPPE CHIOVENDA, señala entre otras cosas, "que junto al Tribunal está colocada una institución especial que la ley denomina Ministerio Público, la cual no forma parte de éste y que define como la representación del Poder Ejecutivo cerca de la autoridad judicial. En las causas civiles, procede por vía de acción sólo en los casos taxativamente determinados por la ley, es pues, el órgano que vela por el interés público y para atender a este fin se hace parte en causa cuando procede por vía de acción, en cambio, cuando procede por medio de requisitoria o dictamen, actúa no como parte en causa, sino en calidad de representante del interés público, en una causa entablada entre otros." ⁸⁵

Al respecto, FRANCESCO CARNELUTTI, establece, que "la necesidad o, cuando menos, la utilidad de la acción de las partes para facilitar el cometido del juez es tan viva y tan sentida que llega a determinar incluso la institución de una parte artificial, o sea, la atribución del cometido a una persona que no está ni directa ni indirectamente empeñada en la litis, pero que, sin embargo, por sus cualidades intelectuales y morales, puede suplir a las eventuales deficiencias de la

⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 6, Editorial Oxford University Press, México, 1999, Cfr. págs. 238 - 239.

acción de las partes naturales. Esta parte, que no es verdaderamente parte sin embargo, opera como tal y por tanto, puede definirse como parte artificial, es el ministerio público. El interés que el Estado tiene en todo proceso civil, en el fondo, es el interés en el orden social, que éste tiene, como se puede preservar o a restablecer. Según la intensidad del interés público, al ministerio público se le puede atribuir una iniciativa más o menos amplia; en particular le puede corresponder el poder promover el proceso, o bien, de intervenir en el proceso iniciado por una de las partes, intervención que puede ser necesaria, o facultativa; o bien, simplemente de expresar en el proceso su parecer. Según los varios casos se habla de ministerio público agente (con un uso restrictivo del verbo agire, obrar), o bien interviniente, o bien consultor. A su vez, el ministerio público que interviniente puede tener poderes más o menos extensos, según el tipo de proceso y el interés público que se conecta a ellos teniendo en cuenta la diferencia entre proceso contencioso y proceso voluntario. En todos los casos el ministerio público en el proceso civil, a diferencia del proceso penal o, más exactamente en el proceso contencioso a diferencia del proceso voluntario, tiene un oficio integrativo o suplementario de la acción de las partes, para el caso de que ésta sea deficiente o insuficiente. En realidad el ministerio público es un juez disfrazado de parte. Entre otras cosas, tiene, en el proceso penal lo mismo que en el proceso civil, una posición de superioridad respecto de las otras partes, que no tanto le competen cuanto es incompatible con el principio de paridad, propio de las partes."⁸⁶

Atendiendo a la doctrina mexicana, y concretándonos a la función del ministerio público dentro de los procedimientos jurisdiccionales de carácter esencialmente civil, consideraremos lo expuesto por el actual Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, JUVENTINO V. CASTRO Y CASTRO, cuando nos dice, que "el Ministerio Público, es el representante de los más altos valores morales, sociales y materiales del Estado, y desempeña en materia civil

⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 4, Editorial Oxford University Press, México, 1999, Cfr. págs. 70 – 71.

ordinaria funciones de gran trascendencia, pues es ahí, donde con mayor simplicidad se puede comprender la importante función social de esta institución, ya que en el proceso penal resulta lógica su intervención al tener éste el carácter esencialmente público, y es natural que exista un órgano exclusivo del poder público que se encargue de ejercitar la acción penal, en cambio, en el juicio civil, se versan intereses de carácter privado, y la intervención del Ministerio Público en él, no se reduce tan sólo a representar y defender el interés público dentro de ese juicio de carácter privado, sino también y de manera principalísima, velando por los intereses particulares de quienes por alguna circunstancia no están en aptitud de defenderse (ausentes, incapaces y desvalidos), demostrando que el interés general se establece también en esos casos que persiguen el interés privado, viniendo a llenar el Ministerio Público la función altísima de síntesis coordinadora e integradora de los intereses sociales e individuales.

Ahora bien, en apoyo a lo manifestado por CARNELUTTI, JUVENTINO V. CASTRO Y CASTRO, estima que no siempre el Ministerio Público interviene en los juicios civiles con el mismo carácter, lo puede hacer como actor o representante de intereses de determinadas personas que requieren de especial patrocinio, como demandado asumiendo así la representación de ciertas entidades o personas públicas, como denunciante público de ciertas cuestiones que ninguna otra parte puede tomar bajo su patrocinio, como personero autorizado para formular pedimentos a favor de intereses públicos, o privados que están desprotegidos, impedidos o marginados, o bien, como un verdadero y significado opinante social.⁸⁷

En el mismo sentido, JOSE BECERRA BAUTISTA, señala que el Ministerio Público puede ejercitar, como actor algunas acciones ante los órganos jurisdiccionales, esto es, puede tener la calidad de parte en un proceso civil, pero se trata de una parte sui generis, de una parte imparcial, que no persigue un

⁸⁷ CASTRO y Castro, Juventino V. El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones. 7ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, Cfr. págs. 162 - 167.

interés propio o ajeno, sino solamente la realización de la voluntad de la ley, teniendo encomendada esencialmente la alta misión de velar porque se respete siempre el orden jurídico establecido. Actúa como substituto procesal cuando el Estado es actor, demandado o tercerista, ejercitando acciones y defensas, aun cuando no es titular del derecho sustantivo; cuando se aplican normas de interés social; puede ser demandado, cuando se reclamen bienes mostrencos; en otros casos, haciendo referencia a UGO ROCCO, actúa como agente porque lo autorizan o legitiman para obrar como portador de un interés público, que se concreta en un interés estatal; tiene funciones consultivas, en los juicios sucesorios; en las cuestiones que afecten derechos de familia, obra como requiriente, en cuanto tiene la facultad y el deber de emitir su parecer." ⁸⁸

Por lo que respecta a nuestra legislación vigente, diremos que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el treinta de abril de mil novecientos noventa y seis, le atribuye ciertas funciones al Ministerio Público que le autorizan a intervenir en los procesos civiles, así pues, el artículo 2° de la ley en cita, dispone en sus fracciones: *"II. Velar por la legalidad y por el respeto de los derechos humanos en esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia; III. Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general, en los términos que determinen las leyes; XI. Las demás que señalen otras disposiciones legales."*

Asimismo, el numeral 7° precisa que: *"Las atribuciones en asuntos del orden familiar, civil, mercantil y concursal, comprenden: I. Intervenir, en su carácter de representante social, ante los órganos jurisdiccionales para la protección de los intereses individuales y sociales en general; II. Iniciar el trámite de incidentes penales ante los órganos jurisdiccionales no penales competentes, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimientos Penales para el*

⁸⁸ Cfr. págs. 26 - 28.

Distrito Federal; III. Promover la conciliación en los asuntos del orden familiar, como instancia previa al órgano jurisdiccional, y IV. Coordinarse con instituciones públicas y privadas que tengan por objeto la asistencia social de menores e incapaces para brindarles protección.” Con relación a los menores e incapacitados dispone el precepto 8° de la aludida ley que: *“La protección de los derechos e intereses de menores, incapaces, ausentes, ancianos y la de otros de carácter individual o social, consistirá en la intervención en procedimientos jurisdiccionales conforme a las disposiciones legales aplicables, o cuando estén en una situación de daño o peligro.”*

Luego entonces, es en esta legislación, donde encontramos el fundamento por medio del cual, se le autoriza a la institución del Ministerio Público a intervenir en los asuntos de carácter civil y esencialmente de carácter familiar.

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior y abocándonos al tema que nos ocupa, diremos que en el Divorcio Voluntario, el Ministerio Público actúa, según nos señaló JUVENTINO V. CASTRO Y CASTRO, como personero autorizado para formular pedimentos a favor de intereses, en este caso, privados de los que están desprotegidos, impedidos o marginados, (hijos o cónyuges), como un verdadero y significado opinante social; o como establece JOSE BECERRA BAUTISTA, cuando dice al referirse a las cuestiones que afecten a la familia, que el Ministerio Público, obra como requiriente, en cuanto tiene la facultad y el deber de emitir su parecer, esto encuentra su apoyo en lo dispuesto por los artículos relativos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, concretamente en el 675, mismo que establece: *“Hecha la solicitud, citará el Tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta... Si no logra averarlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados...”*

Asimismo, el numeral 676 del citado Código, determina que: *“Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una segunda*

junta... Si tampoco se lograra la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia..."

Pero la intervención más trascendental radica en lo dispuesto por el precepto 680 de la misma legislación, el cual señala, que: *"En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizado, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que, dentro de los tres días, manifiesten si aceptan las modificaciones..."* Es aquí, donde realmente se plasma la intervención del Ministerio Público como requiriente, en cuanto tiene del deber de emitir su opinión, y es personero autorizado para formular los pedimentos que estime necesarios, a favor de los intereses privados de los menores, incapaces y los propios cónyuges.

Por lo que, diremos, que la autonomía de la voluntad de los divorciantes al momento de celebrar el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, está limitada en virtud del orden público del que se encuentra investida la materia familiar, pues éste exige, que se vigile el interés familiar; que los cónyuges no se dañen entre sí, y que los pactos que se lleven a cabo, sean lo menos dañinos para los hijos; se resuelva de la manera más justa y equitativa el aspecto económico y lo relativo a los bienes conyugales y familiares; todo esto a fin de evitar que se viole la ley, los principios propios y naturales del matrimonio y la familia y los que se derivan de las buenas costumbres, esta función, es la que compete tanto al juez como al representante del ministerio público, al primero como juzgador, controlando la legalidad, homologando el convenio, e incorporándolo a la sentencia; y el segundo, como parte artificial que suplirá las deficiencias de los divorciantes y velará porque prevalezca el orden público e interés social.

El Ministerio Público, es pues, una institución unitaria y jerárquica dependiente del Ejecutivo, representado en el juzgado de lo familiar por la persona que deberá opinar sobre los intereses de los ausentes, menores e incapacitados, y será el responsable de estudiar y emitir su opinión sobre el convenio presentado por los cónyuges. Tiene a su vez, el derecho de ser oído sobre los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un consorte deba dar al otro. De estos asuntos, sólo tiene la facultad de oponerse a la aprobación del convenio en la parte relativa a los hijos, cuando considere que se violan sus derechos, o que éstos no quedan bien garantizados. Tiene, adicionalmente, el derecho de proponer las modificaciones que estime pertinentes sólo en esas materias, que podrán ser o no aceptadas por los interesados respecto de lo cual resolverá el juez.

Toda su actuación deberá estar fundada en las normas relativas al matrimonio y a la familia, y a fin de cumplir con tal cometido, estará presente en las juntas llamadas de avenencia, para actuar según las circunstancias concretas lo requieran, independientemente, que desde el auto inicial se le dé vista para que manifieste lo que a su representación social corresponda y desde ese momento dé su opinión, con relación al convenio exhibido conjuntamente con la solicitud de divorcio, formulando, en su caso, las modificaciones que estime necesarias. Todo lo anterior, según lo dispuesto por los numerales transcritos con antelación.

4.3. JUNTAS DE AVENENCIA.

Los artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establecen la obligación del juzgador de entablar con los divorciantes, en presencia del Ministerio Público, dos juntas, llamadas de

avenencia, las cuales tiene la finalidad de exhortar a los cónyuges, de conciliarlos, para que no persistan en su deseo de divorciarse, en beneficio de los propios consortes y de los hijos habidos en el matrimonio, en virtud de que, la familia es la base de la integración social y el Estado se interesa en conservarla unida; así también, para discutir las cláusulas que contenga el convenio relativo, siendo pues, en esas juntas oídas las observaciones del Ministerio Público; es por esto, que en el divorcio voluntario, los consortes no pueden hacerse representar por procurador en las juntas, sino que deben comparecer personalmente y en su caso, acompañados del tutor especial.

El primero de los numerales anteriormente citados, establece, que: *"Hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente ante el Juez, que se efectuará después de los ocho días y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra averlros, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento."*

Este es pues, el fundamento legal de lo que llamamos PRIMERA JUNTA DE AVENENCIA, misma que deberá llevarse a cabo dentro de los ocho días y antes de los quince días siguientes de admitida la solicitud de divorcio, según lo dispone el precepto en cita, y la cual en términos generales y por razón de práctica versará de la siguiente manera:

En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las ---- horas del día ---- de ---- del año ----, día y hora fijados por auto de fecha ---- de ---- del año en curso, para que tenga verificativo la PRIMERA JUNTA DE AVENENCIA, comparecen en el local de este Juzgado, ante la presencia del C. Juez y C. Secretario de Acuerdos ----, por su propio derecho, los señores ---- y ----, quienes se identifican

con credenciales ---- con números de folio ----, respectivamente, expedidas por ----; así mismo, se hace constar que comparece el C. Agente del Ministerio Público adscrito a este Juzgado, Licenciado ----, quien se identifica con credencial ---- con número de folio ----, expedida por ----. EL C. JUEZ ASISTIDO DEL SECRETARIO DE ACUERDOS, DECLARÓ ABIERTA LA AUDIENCIA: A continuación, se procedió a exhortar a los cónyuges para que se desistan de su solicitud de divorcio, manifestando ambos que insisten en continuar con el trámite relativo, hasta obtener el divorcio que han solicitado, manifestando bajo protesta de decir verdad que la divorciante no se encuentra en estado de gravedad. Asimismo, en este acto los comparecientes ratifican en todas y cada una de sus partes el convenio exhibido y reconocen como suya la firma que lo calza. En uso de la palabra el C. Agente del Ministerio Público manifiesta que: Quedo enterado del resultado de la primera junta de avenencia y a fin de emitir opinión respecto al convenio exhibido solicito a su Señoría requiera a los divorciantes (verbigracia) para que manifiesten lo relativo a los alimentos en favor de los menores habidos en el matrimonio, lo anterior de conformidad con los artículos 303, 308, 309, 311, 315 y 317 del Código Civil y 680 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, y cumplido que sea con lo antes solicitado se me de nueva vista. EL C. JUEZ ACUERDA: Con lo que el suscrito tuvo por celebrada esta primera junta de avenencia, y visto lo manifestado por los comparecientes se aprueba provisionalmente el convenio exhibido. Para que tenga verificativo la SEGUNDA JUNTA DE AVENENCIA se señalan las --- horas del día ---- de ---- del año en curso, con citación del C. Agente del Ministerio Público. Visto el requerimiento de éste último, désele vista a los interesados para que dentro del término de TRES DIAS, manifiesten lo que a su derecho convenga. Con lo que concluye la presente audiencia, siendo las ---- horas del día de la fecha, firmando los que en ella intervinieron en unión del C. Juez y C. Secretario de Acuerdos ----, quien autoriza y da fe. DOY FE.

Por lo que respecta al segundo de los artículos citados, esto es, el 676, dispone en su parte conducente, que: "Si insistieren 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; y en ella volverá a exhortar a aquéllos con el propio fin que en la anterior. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio

Público sobre este punto dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado."

En atención a lo anterior, esta SEGUNDA JUNTA DE AVENENCIA, se tendrá que llevar a cabo dentro de los ocho y antes de los quince días de solicitada y versará en el mismo sentido que la primera, esto es, se deberá exhortar a los cónyuges de que desistan de su intento por divorciarse y procurando su reconciliación. Esta junta de avenencia será, dependiendo del caso en concreto, pero en términos generales de la siguiente forma:

En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las ---- horas del día ---- de ---- del año ----, día y hora fijados por auto de fecha ---- de ---- del año en curso, para que tenga verificativo la SEGUNDA JUNTA DE AVENENCIA, comparecen en el local de este Juzgado, ante la presencia del C. Juez y C. Secretario de Acuerdos ----, por su propio derecho, los señores ---- y ----, quienes se identifican con credenciales ---- con números de folio ----, respectivamente, expedidas por ----; así mismo, se hace constar que comparece el C. Agente del Ministerio Público adscrito a este Juzgado, Licenciado ---- quien se identifica con credencial ---- con número de folio ----, expedida por ----. EL C. JUEZ ASISTIDO DEL SECRETARIO DE ACUERDOS, DECLARÓ ABIERTA LA AUDIENCIA: A continuación, se procedió a exhortar nuevamente a los cónyuges para que se desistan de su solicitud de divorcio, manifestando ambos que insisten en continuar con el trámite relativo, hasta obtener el divorcio que han solicitado. En uso de la palabra el C. Agente del Ministerio Público manifiesta que: Quedo enterado del resultado de la segunda junta de avenencia, así como de las manifestaciones y aclaraciones en relación con el pedimento hecho por este representante social de fecha ---- de ---- del año en curso, y visto el estado en el que se encuentran los autos, esta representación social no tiene inconveniente en que su Señoría apruebe el convenio exhibido, por no contener cláusulas contrarias a la moral y al derecho, lo anterior de conformidad con los artículos 266 y 273 del Código Civil y 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal. EL C. JUEZ ACUERDA: Con lo que el suscrito tuvo por celebrada esta segunda junta de avenencia, y visto lo manifestado por los comparecientes, así como por el Represente Social, en consecuencia, tórnense los autos al suscrito a fin de dictar la resolución que en derecho corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 676 del Código Procesal Civil. Con lo

que concluye la presente audiencia, siendo las — horas del día de la fecha, firmando los que en ella intervinieron en unión del C. Juez y C. Secretario de Acuerdos —, quien autoriza y da fe. DOY FE.

Como hemos dicho en apartados anteriores, a las juntas de avenencia previstas para el trámite de divorcio voluntario, los consortes deben asistir por su propio derecho, como lo dispone expresamente el numeral 678 del Código Procesal Civil, mismo, que a la letra dice: *“Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a que se refieren los artículos 675 y 676, sino que deben comparecer personalmente y, en su caso, acompañados por el tutor especial.”* Lo anterior, en atención a la finalidad con que estas juntas se llevan a cabo, que es la de buscar una reconciliación entre los divorciantes y así evitar el rompimiento de una familia, en virtud del orden social, y en beneficio de los integrantes de ésta y en consecuencia lógica de la propia sociedad. Por lo que respecta al tutor especial, (tema tratado con antelación {3.2.}), se refiere, cuando uno o ambos de los solicitantes son menores de edad, según a lo establecido en el precepto 677, que señala: *“El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento.”* Lo que nos dice, que debe comparecer el menor acompañado de su tutor, más no éste en representación de aquél.

Ahora bien, puede darse el caso que por cuestiones ajenas a su voluntad o exceso de trabajo, no comparezca el representante del Ministerio Público, a cualquiera de las dos juntas de avenencia o a ambas, lo cual, no impide que se lleven a cabo, ni acarrea ninguna consecuencia jurídica, la audiencia transcurrirá de forma normal, pero en la parte final de ésta se dirá: *“Désele vista al C. Agente del Ministerio Público, adscrito a este Juzgado, para que dentro del término de tres días, manifieste lo que a su representación social corresponda.”* Luego entonces, tendrá éste, el término de tres días para que exteriorice su conformidad, se oponga a la aprobación del convenio, proponga las modificaciones que estime pertinentes, o pida al juzgador requiera a los divorciantes para determinada

cuestión que valore necesaria; transcurrido ese plazo y desahogada la vista, el Juez dictará el proveído que corresponda según la secuela del procedimiento.

En esta segunda junta de avenencia, como podemos observar, el juez citará a los solicitantes para dictar sentencia definitiva, si durante las dos juntas no logró que hubiera reconciliación alguna entre éstos, y si el Ministerio Público no tuvo objeción que impidiera la aprobación del convenio.

Puede darse el caso, que los divorciantes pretendan asistir a una o a ambas de las juntas de avenencia sin presentar documento idóneo que permita su plena identificación, a lo cual, el juzgador, por seguridad procesal, diferirá la audiencia, esto es, la tendrá por no celebrada y dará nueva fecha para su celebración.

De igual forma, puede suceder, que en cualquiera de las dos juntas de avenencia, (como en cualquier momento del proceso) alguno de los cónyuges, decida ya no continuar con el procedimiento; esto es, manifieste al juez del conocimiento que no desea divorciarse, lo que acarrearía que el juicio se deje sin materia y se tenga por asunto totalmente concluido, devolviendo los documentos exhibidos, dada la naturaleza del proceso, pues ya no sería entonces, manifiesta la voluntad de ambos por disolver el vínculo matrimonial. La audiencia versará de la manera siguiente:

En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las --- horas del día --- de --- del año ---, día y hora fijados por auto de fecha --- de --- del año en curso, para que tenga verificativo la PRIMERA JUNTA DE AVENENCIA, comparecen en el local de este Juzgado, ante la presencia del C. Juez y C. Secretario de Acuerdos ---, por su propio derecho, los señores --- y ---, quienes se identifican con credenciales --- con números de folio ---, respectivamente, expedidas por ---; así mismo, se hace constar que comparece el C. Agente del Ministerio Público adscrito a este Juzgado, Licenciado ---, quien se identifica con credencial --- con número de folio ---, expedida por ---. EL C. JUEZ ASISTIDO DEL SECRETARIO DE ACUERDOS, DECLARÓ ABIERTA LA AUDIENCIA:

En este acto, en uso de la palabra la señora ---, manifiesta que: es su voluntad no continuar con el procedimiento de divorcio, que ya no desea divorciarse. EL C. JUEZ ACUERDA: Visto lo manifestado por la divorciante señora ---, y tomando en consideración que el presente juicio se trata de un divorcio voluntario, se deja sin materia el presente juicio. En consecuencia, previa copia certificada y toma de razón que obre en autos, devuélvanse los documentos exhibidos y archívese el expediente como asunto totalmente concluido. Se dejan a salvo los derechos de los comparecientes para que los hagan valer en la vía y forma correspondiente. Con lo que concluye la presente audiencia, siendo las --- horas del día de la fecha, firmando los que en ella intervinieron en unión del C. Juez y C. Secretario de Acuerdos ---, quien autoriza y da fe. DOY FE.

Sirve de apoyo a lo anterior, el criterio sustentado por nuestro más Alto Tribunal, en las tesis que se transcriben a continuación:

"DIVORCIO VOLUNTARIO, JUICIO DE. DEBE DARSE POR CONCLUIDO POR EL RETRACTO DEL CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS CONYUGES, MANIFESTADO ANTES DE LA SENTENCIA. En los juicios de divorcio por consentimiento mutuo, la voluntad de los cónyuges constituye el requisito esencial para obtener la separación legal conforme a lo previsto en el artículo 272 del Código Civil, por lo que si antes de dictarse la sentencia que ponga fin a ese procedimiento, uno de los cónyuges manifiesta expresamente ante el juzgador su deseo de no divorciarse, ello es bastante para dar por concluido el juicio, pues aunque ya se haya presentado el convenio relativo a la condición futura de los hijos y se hayan efectuado las dos juntas de avenencia, la falta de voluntad de uno de los promoventes determina la inexistencia del acuerdo mutuo para obtener la disolución del vínculo matrimonial y su consecuencia inmediata es que se dé por concluido el procedimiento, sin decidir en cuanto al fondo, pues no existe precepto que obligue a los divorciantes a continuarlo." Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tomo: 181-186 Sexta Parte. Página: 74.

"DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO. ES VALIDO QUE UNO DE LOS CONYUGES EXPRESE SU OPOSICION A QUE SE DICTE LA SENTENCIA RESPECTIVA, AUN CUANDO SE HAYAN CELEBRADO LAS DOS JUNTAS DE AVENENCIA. El artículo 276 del Código Civil, permite que los consortes se reconcilien en cualquier estado del procedimiento siempre que no se haya decretado la sentencia

correspondiente. Luego, es dable aplicar por analogía el contenido de dicho numeral, en el caso de que uno de los consortes manifieste su voluntad de que no se disuelva el vínculo matrimonial, aun cuando se hayan celebrado las dos juntas de avenimiento, con la única condición de que no se hubiera decretado el divorcio." Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tomo: 217-228 Sexta Parte. Página: 246.

"DIVORCIO VOLUNTARIO. DESISTIMIENTO ANTES DE SENTENCIA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). Si conforme al artículo 432 del Código Civil para el Estado de Puebla, la reconciliación de los cónyuges pone fin al procedimiento del divorcio, en cualquier estado en que se encuentre, si aún no se hubiera decidido definitivamente, es indudable que por analogía y porque el interés en la conservación de la familia es de orden público, también es válido que en cualquier momento, mientras no se dicte sentencia, uno o ambos cónyuges desistan de su solicitud de divorcio voluntario, aun cuando en su primera ocasión la hayan ratificado, pues si tratándose de cuestiones en las que existe controversia, resulta procedente el desistimiento de la demanda o de la acción en los términos que señala el artículo 96 del Código de Procedimientos Cíviles para el estado, por mayoría de razón debe estimarse procedente el desistimiento del divorcio voluntario, porque no implica controversia entre quienes la ejercitan, ni por tanto requiere del consentimiento del otro cónyuge para su desistimiento." Instancia: Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo: VIII, Agosto de 1991. Página: 175.

4.4. SENTENCIA DEFINITIVA.

Para comenzar este apartado, diremos, que según el Doctor en Derecho CIPRIANO GOMEZ LARA, "la etimología de la palabra sentencia viene del verbo sentir y es que refleja la sentencia lo que el juez siente, lo que el tribunal siente en relación con el problema que se le ha planteado."⁸⁹ Continúa exponiendo el citado

⁸⁹ GOMEZ Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. 5ª Edición, Editorial Harla, México, 1991, pág. 190.

autor, que "la sentencia es el acto final del proceso, acto aplicador de la ley sustantiva a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo." ⁹⁰

Así también, debe entenderse por sentencia, "la resolución que emite el juzgador sobre el litigio sometido a su conocimiento y mediante la cual normalmente pone término al proceso." ⁹¹

Al respecto, BECERRA BAUTISTA, expone que sentencia es "la resolución del órgano jurisdiccional que dirime, con fuerza vinculativa, una controversia entre partes." ⁹²

Estas dos últimas definiciones se refieren a la sentencia en términos generales, considerándola como una resolución, esto es, una decisión, o una determinación, del juzgador u órgano jurisdiccional, por medio de la cual, se resuelve o concluye un proceso; consideramos, que aunque ambos señalen que los conceptos anteriores se refieren al término sentencia en general, los mismos, dan la idea, porque así es, de tratarse de una sentencia de carácter definitivo.

Por su parte, EDUARDO J. COUTURE, ve en la palabra sentencia dos sentidos a considerar, esto es, estima que "el vocablo sentencia sirve para denotar, a un mismo tiempo, un acto jurídico procesal y el documento en que él se consigna. Como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida." ⁹³

Abocándonos ya, al término de sentencia definitiva diremos, que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al referirse a las resoluciones

⁹⁰ Ibid., pág. 189.

⁹¹ OVALLE, ob. cit., pág. 187.

⁹² Ob. cit., pág. 169.

⁹³ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 277.

en su artículo 79, hace alusión en la fracción VI a éstas, sin dar una definición o explicación de ellas.

BECERRA BAUTISTA, considera que la "sentencia definitiva de primera instancia, es la resolución formal vinculativa para las partes que pronuncia un tribunal de primer grado, al agotarse el procedimiento, dirimiendo los problemas adjetivos y substantivos por ellas controvertidos."⁹⁴

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, es de observar que los citados autores establecen de manera casi unánime (con excepción de COUTURE), que la sentencia en términos generales o la sentencia definitiva, es una resolución que dirime una controversia entre las partes, resuelve un litigio, o un caso concreto controvertido, por lo que, habría de preguntarse si el procedimiento de divorcio voluntario podría ser considerado una controversia o un litigio (conflicto intersubjetivo de intereses), ya que en él, no hay cuestión litigiosa entre los dos esposos, pues se presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial que los une y en lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial. Tal vez, habría controversia o litigio, si consideramos al Ministerio Público como parte en el proceso, al tener la facultad de intervenir en él, examinando la validez del convenio y dando su aprobación al mismo o negándola, según sea el caso, lo que nos llevaría a decir que la cuestión entre partes en el divorcio voluntario judicial, no es la disolución del vínculo conyugal, sino la validez del convenio que los cónyuges someten al dictamen del Ministerio Público y a la aprobación del juez; siendo entonces, este punto contencioso, la materia propia de dicho juicio, resultando un procedimiento de carácter contencioso, ya que si no se obtiene la aprobación del juez con relación al convenio, no puede decretarse el divorcio, porque es condición de este punto, la validez del propio convenio declarada y reconocida por sentencia firme.

⁹⁴ Ob. cit., pág. 169.

Ahora bien, los doctrinarios clasifican a las sentencias desde distintos puntos de vista, tal es el caso del Doctor en Derecho, JOSE OVALLE FAVELA, quien nos dice que "las sentencias pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios, siendo estos: Por su finalidad, Por su resultado, Por su función en el proceso y Por su impugnabilidad. Atendiendo al primero de ellos, las sentencias son: Sentencias Declarativas.- que se limitan a reconocer una relación o situación jurídica existente; Sentencias Constitutivas.- son aquellas que crean, modifican o extinguen un estado o relación jurídica; y, Sentencias de Condena.- que ordenan una determinada conducta a alguna de las partes: un dar, un hacer o un no hacer. Desde el punto de vista del resultado son: Sentencias Estimatorias.- en el caso de que el juzgador estime fundada la pretensión de la parte actora; y, Sentencias Desestimatorias.- en el caso contrario. Por su función en el proceso son: Sentencias Interlocutorias.- aquellas que resuelven un incidente planteado en el juicio; y, Sentencias Definitivas.- las que deciden sobre el conflicto de fondo sometido a proceso y ponen término a éste. Por su impugnabilidad son: Sentencias Definitivas.- aquellas que, si bien han sido dictadas para resolver el conflicto sometido a proceso, todavía son susceptibles de ser impugnadas a través de algún recurso o proceso impugnativo, el cual puede concluir con la confirmación, modificación, revocación o anulación de dicha sentencia definitiva; y Sentencias Firmes.- aquellas que ya no pueden ser impugnadas por ningún medio, son aquellas que poseen la autoridad de la cosa juzgada." ⁹⁵

Según lo anterior, podríamos incluir a la sentencia de divorcio voluntario, en las siguientes clasificaciones: Atendiendo a su finalidad, en las sentencias constitutivas, pues crea, modifica y extingue un estado jurídico, al rescindir el contrato del matrimonio, extinguir la sociedad conyugal, al crear lo relacionado a la guarda y custodia de los menores o incapacitados, los alimentos de éstos y/o el cónyuge que los necesite, el régimen de visitas, etcétera. No podríamos incluirla en el punto de vista de su resultado pues, no es ni estimatoria ni desestimatoria, al no haber actora y demanda, ni considerar el juzgador, fundada la pretensión de tal

⁹⁵ Cfr. págs. 201 - 203.

o cual parte, talvez cabría, si imaginamos al Ministerio Público como parte en el proceso, así pues, los divorciantes se equipararían a la parte actora y sería estimatoria si el juzgador estima fundada su pretensión de divorciarse y aprueba el convenio exhibido, y desestimatoria, en caso de que por diversas razones no sea de aprobarse el convenio y en consecuencia no se decrete el divorcio; pero realmente, no es en sí, esa la función de esta institución, no es parte (actor o demandado) en el procedimiento de divorcio voluntario. Por su función, es de considerarse dentro de la sentencia definitiva, pues pone fin al procedimiento; y por último, atendiendo a su impugnabilidad, es sentencia definitiva susceptible de ser impugnada a través del recurso de apelación, el cual la confirmará, modificará o revocará según el caso concreto.

Luego entonces, diremos, considerando más aplicable lo expuesto por COUTURE, que la sentencia definitiva que decreta disuelto el vínculo matrimonial, o su subsistencia, es la resolución dictada por la autoridad judicial competente, por la cual, decide la causa o punto sometido a su conocimiento, siendo ésta de carácter constitutiva y susceptible de ser impugnada mediante el recurso de apelación.

Por otra parte, es de señalarse, que todas las sentencias deben contener ciertos requisitos en su estructura, según los doctrinarios, éstos pueden dividirse en dos: los externos o formales y los materiales, internos o sustanciales; los primeros, se refieren a las exigencias que establecen las leyes sobre la forma que debe revestir, tomando a ésta como un documento, tales exigencias se encuentran consagradas en el Código Procesal Civil, en los numerales 80, 82 y 86, mismos que establecen, en su parte conducente, que: las resoluciones de primera instancia serán autorizadas por jueces, secretarios y magistrados con firma entera, el juez debe apoyar sus puntos resolutiveos en preceptos legales o principios jurídicos, de acuerdo con el artículo 14 Constitucional y las sentencias deben tener el lugar, fecha y juez o tribunal que las pronuncie, los nombres de las partes contendientes y el carácter con que litúen y el objeto del pleito. En

consecuencia, nuestra legislación exige como requisitos externos o formales la expresión clara de los datos de identificación del proceso, los fundamentos de derecho y los puntos resolutivos, así como, la firma del juez o de los magistrados y del secretario de acuerdos respectivo, que es el que autoriza y da fe.

Por lo que se refiere a los requisitos materiales, internos o sustanciales, son aquéllos relativos al acto mismo de la sentencia, dejando a un lado a ésta como documento, tales exigencias son tres a saber: la congruencia, la motivación y la exhaustividad. La congruencia, según CIPRIANO GOMEZ LARA, "consiste en una correspondencia o relación lógica entre lo aducido por las partes y lo considerado y resuelto por el tribunal."⁹⁶

Al respecto, el Código Adjetivo Civil, en su precepto 81 establece, en su parte conducente, que: "*Las sentencias definitivas también 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 del debate...*". La motivación, "consiste en la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentación de su resolución."⁹⁷ Como fundamento de tal exigencia, se encuentran los numerales 14 y 16 de la Constitución Política de nuestro país, al señalar el primero de ellos, en su último párrafo, que: "*En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho*"; el segundo de los citados, en su primer párrafo establece: "*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*"

⁹⁶ Ob. cit., pág. 192.

⁹⁷ Loc. cit.

Y para finalizar, "la exhaustividad, es consecuencia necesaria de los dos principios anteriores, una sentencia es exhaustiva en la medida en que haya tratado todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sin dejar de considerar ninguna, es decir, el tribunal al sentenciar debe agotar todos los puntos aducidos por las partes y referirse a todas y cada una de las pruebas rendidas." ⁹⁸ En apoyo a este requisito, el citado artículo 81 de la legislación procesal en comento dispone, en su parte conducente, que: "... *decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.*"

Atendiendo y desglosando los requisitos formales a que hemos venido haciendo alusión, diremos que la sentencia como documento y en su estructura general, debe contener: el Preámbulo, (datos de identificación del juicio); los Resultandos, (que es la descripción del desarrollo concreto del proceso); los Considerandos, (la valoración de las pruebas, fijación de los hechos y razonamientos jurídicos); los Puntos Resolutivos (expresión concreta del sentido de la decisión), y por último, la Firma entera, (jueces o magistrados y secretario de acuerdos).

En términos generales, la sentencia por la cual se decreta la disolución del matrimonio, versa de la manera siguiente:

México, Distrito Federal a, --- de --- del año ---.

- - - VISTOS los autos del juicio de DIVORCIO VOLUNTARIO promovido por los señores --- y ---, para dictar sentencia definitiva, expediente número ---/---, y:

R E S U L T A N D O

- - - 1. Mediante escrito presentado ante la Oficialía de Partes Común de este H. Tribunal, con fecha --- de --- de ---, los señores --- y ---, por su propio derecho, solicitaron por mutuo consentimiento la disolución del vínculo matrimonial que los une. Fundándose para tales efectos en que con fecha catorce de febrero de mil novecientos ochenta y seis, contrajeron matrimonio civil bajo el régimen de sociedad conyugal; que de dicha unión

⁹⁸ Ibid., pág. 193.

procrearon tres hijos que llevan por nombres ---, --- y ---, quienes a la fecha cuentan con la edad de once, siete y seis años de edad, respectivamente; que es su voluntad dar por concluido el vínculo matrimonial que los une; así que para los efectos del artículo 273 del Código Civil, anexaron a su escrito inicial el convenio respectivo mismo que corre agregado en autos.

--- 2. En proveído pronunciado el día --- de --- del año ---, se dio entrada a la solicitud en la vía y forma propuesta, y se citó a los promoventes para la primera junta de avenencia, con la intervención legal que le corresponde a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a este Juzgado; decretándose la separación provisional de los cónyuges conforme a lo establecido en el artículo 275 del Código Civil.

--- 3. Con fechas --- y --- de --- de ---, tuvieron verificativo las dos juntas de avenencia que ordena la ley, y en ellas ambos divorciantes manifestaron su más firme decisión para divorciarse, no obstante que se les exhortó para que se desistieran de su solicitud y se reconciliaran, citándose por último para oír sentencia al tenor de los siguientes:

CONSIDERANDOS

- - - I.- El suscrito es competente para conocer y resolver el presente juicio, de acuerdo a lo dispuesto por lo artículos 156 fracción XII y 159 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con la fracción II del artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

- - - II.- La personalidad de los solicitantes se encuentra debidamente probada en autos, con las copias expedidas por el Registro Civil, consistentes en el acta de matrimonio de los divorciantes, como el acta de nacimiento de sus hijos, documentales públicas a las cuales el suscrito les concede valor probatorio pleno de conformidad con lo dispuesto por los artículos 327 fracción IV, 333 y 403 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con los artículos 39 y 50 del Código Civil.

- - - III.- El convenio celebrado por los divorciantes, en concepto del suscrito debe aprobarse ya que no contiene cláusulas contrarias al derecho, ni a la moral ni a las buenas costumbres, mismo que a la letra dice: "PRIMERA.- (Custodia de los Hijos). Los hijos del matrimonio ---, --- y ---, de apellidos ---, durante el procedimiento y después de ejecutoriada la sentencia, serán confiados en custodia a la señora ---, madre de los menores. SEGUNDA.- (Alimentos para los hijos). Para subvenir a las necesidades de los hijos de los divorciantes, el señor ---, fija una pensión alimenticia de \$2,000.00 (dos mil pesos 00/100 M.N.), mensuales, mismos que deberá incrementarse de acuerdo a lo señalado por el artículo 311 del Código Civil vigente en el Distrito Federa. TERCERA.- (Alimentos para el cónyuge). Los alimentos para la divorciante no se solicitan en virtud de obtener ingresos

propios como lo acreditaré en su momento procesal oportuno. CUARTA.- Las obligaciones alimentarias derivadas de este convenio serán garantizadas mediante Póliza de Fianza, misma que presentaremos en su momento procesal oportuno. QUINTA.- (Domicilio de los divorciantes). Durante el procedimiento el señor ---, habitará en Calle ---, número ---, departamento ---, Colonia ---, Código Postal ---, Delegación ---, en México, D.F., y la señora ---, vivirá en Calle ---, número ---, Colonia ---, Código Postal ---, Delegación ---, en México, D.F. SEXTA.- (Régimen matrimonial). El matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal y bajo protesta de decir verdad, manifestamos no haber adquirido bienes inmuebles de ninguna naturaleza o especie. SEXTA BIS.- Además de las obligaciones contraídas por el divorciante en la CLÁUSULA SEGUNDA, se obliga a pagar los gastos médicos de los menores, así como los gastos escolares que se requieran, la señora se compromete a avisar cuando los mismos sean requeridos, gastos que cubrirá directamente. SÉPTIMA.- (Visitas, paseos y vacaciones). Podrá el señor ---, visitar y llevar de paseo a sus menores hijos, cualquier día y hora de la semana, siempre y cuando se de previo aviso a la divorciante.

IV.- En atención a la petición formulada por la C. Agente del Ministerio Público el --- de --- de ---, el promovente la cumplimiento exhibiendo póliza de fianza número --- expedida por Afianzadora Insurgentes, por concepto de pensión alimenticia a favor de los menores ---, --- y ---, de apellidos ---

- - - V.- Habiéndose cumplido con los requisitos exigidos por los artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles, es procedente decretar la disolución del vínculo matrimonial que une a los promoventes, así como resolver sobre las demás consecuencias legales inherentes.

- - - Por lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 266 y 273 del Código Civil y 79 fracción VI, 80, 81, 82, 83, 676 y demás procedentes de Código de Procedimientos Civiles, es de resolverse y se:

RESUELVE

- - - PRIMERO.- Ha procedido el juicio de divorcio voluntario promovido por los señores --- y ---, en consecuencia;

- - - SEGUNDO.- Se decreta la disolución del vínculo matrimonial celebrado por los señores, --- y ---, el día catorce de febrero de mil novecientos ochenta y seis, bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal, mismo que se encuentra inscrito en la Entidad 09, Delegación ---, Juzgado ---, Acta ---, Año 1986, Clase MA del Registro Civil de esta Ciudad.

- - - TERCERO.- Se aprueba el convenio celebrado por los promoventes, condenándoseles a su fiel y legal cumplimiento, con las taxativas de ley.

--- CUARTO.- Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 317 del Código Civil, los alimentos a favor de los menores ---, --- y ---, de apellidos ---, quedaron debidamente garantizados en los términos de la póliza de fianza número ---, expedida por Afianzadora Insurgentes, los cuales tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al índice nacional de precios al consumidor, de acuerdo al numeral 311 del mismo Código.

- - - QUINTO.- No ha lugar a fijar alimentos para cónyuge divorciante señora ---, por no encontrarse dentro de los supuestos del artículo 288 del Código Civil.

--- SEXTO.- Se declara disuelta y liquidada la sociedad conyugal, régimen patrimonial bajo el cual los solicitantes contrajeron matrimonio.

- - - SÉPTIMO.- Los solicitantes recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

- - - OCTAVO.- Se dejan sin efecto las medidas provisionales decretadas durante el procedimiento.

- - - NOVENO.- Una vez que la presente resolución cause ejecutoria, remítase copias certificadas de la misma, así como del auto que la declare ejecutoriada, al C. Jefe del Registro Civil del Distrito Federal para efecto de que cumpla con lo estipulado en el artículo 291 del Código Civil y 682 del Código Procesal Civil.

--- DÉCIMO.- NOTIFIQUESE.

--- A S I, definitivamente juzgando lo resolvió y firma el C. Juez --- de lo Familiar del Distrito Federal, Licenciado ---, ante el C. Secretario de Acuerdos "---", quien autoriza y da fe. DOY FE. -

Ahora bien, cuando la sentencia que se dicta en el juicio de divorcio voluntario, no aprueba el convenio y por ende declara subsistente el vínculo matrimonial, señalará:

México, Distrito Federal a, --- de --- del año ---.

- - - VISTOS los autos del juicio de DIVORCIO VOLUNTARIO promovido por los señores --- y ---, para dictar sentencia definitiva, expediente número ---/---, y:

RESULTANDO

- - - 1. Mediante escrito presentado ante la Oficialía de Partes Común de este H. Tribunal, con fecha --- de --- de ---, los señores --- y ---, por su propio derecho, solicitaron por mutuo consentimiento la disolución del vínculo matrimonial que los une. Fundándose para tales efectos en que con fecha catorce de febrero de mil novecientos ochenta y seis, contrajeron matrimonio civil bajo el régimen de sociedad conyugal; que de dicha unión

procrearon tres hijos que llevan por nombres ---, --- y ---, quienes a la fecha cuentan con la edad de once, siete y seis años de edad, respectivamente; que es su voluntad dar por concluido el vínculo matrimonial que los une; así que para los efectos del artículo 273 del Código Civil, anexaron a su escrito inicial el convenio respectivo mismo que corre agregado en autos.

--- 2. En proveído pronunciado el día --- de --- del año ---, se dio entrada a la solicitud en la vía y forma propuesta, y se citó a los promoventes para la primera junta de avenencia, con la intervención legal que le corresponde a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a este Juzgado; decretándose la separación provisional de los cónyuges conforme a lo establecido en el artículo 275 del Código Civil.

--- 3. Con fechas --- y --- de --- de ---, tuvieron verificativo las dos juntas de avenencia que ordena la ley, y en ellas ambos divorciantes manifestaron su más firme decisión para divorciarse, no obstante que se les exhortó para que se desistieran de su solicitud y se reconciliaran, citándose por último para oír sentencia al tenor de los siguientes:

CONSIDERANDOS

--- I.- El suscrito es competente para conocer y resolver el presente juicio, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 156 fracción XII y 159 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con la fracción II del artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

--- II.- La personalidad de los solicitantes se encuentra debidamente probada en autos, con las copias expedidas por el Registro Civil, consistentes en el acta de matrimonio de los divorciantes, como el acta de nacimiento de sus hijos, documentales públicas a las cuales el suscrito les concede valor probatorio pleno de conformidad con lo dispuesto por los artículos 327 fracción IV, 333 y 403 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con los artículos 39 y 50 del Código Civil.

--- III.- El artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, señala con toda claridad, que los cónyuges que soliciten el divorcio voluntario por vía judicial deben acompañar con su solicitud un convenio, el cual que debe contener las cláusulas que el citado numeral indica; a efecto de determinar si en la especie, el convenio que exhibieron los solicitantes del divorcio reúne los requisitos de ley para su aprobación, se procede a su análisis: Ahora bien, como se desprende del referido acuerdo de voluntades éste no se encuentra ajustado a derecho, en virtud de que, en primer término, en él no se establecen las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga la guarda y custodia ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos (fracción VII). En segundo lugar, no se señala con toda claridad en el consenso en

mención, cual de los consortes tendrá la guarda y custodia de los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio (fracción I), sino que, solamente en forma vaga e imprecisa los promoventes del divorcio establecen en la cláusula uno de su convenio que se designa a la señora ---, madre de los menores hijos de los promoventes a quien se le confían los hijos del matrimonio antes mencionado, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, resultando estas manifestaciones oscuras y no apegadas a los requisitos exigidos por el precepto en cita. En este mismo tenor, no pasa desapercibido para este juzgador que la cláusula marcada con el numeral cuatro en el convenio referido, resulta ser igualmente imprecisa y oscura, ya que en ella, se dice que la cantidad que a título de alimentos otorgará el cónyuge señor ---, a la cónyuge, será en la forma y términos establecidos en el punto dos de ese convenio cuando en la cláusula número dos a que se hace referencia por parte de los promoventes se establece únicamente la manera como se cubrirán las necesidades de los menores hijos por lo que resulta que la cláusula cuarta mencionada no cumple con los requisitos que establece la fracción V del artículo 273 del Código Civil. Y finalmente, de actuaciones se desprende que en ningún momento del procedimiento los promoventes del divorcio acreditaron con medio de prueba idónea alguno la existencia y propiedad a favor de la sociedad conyugal de los bienes muebles que refieren en la cláusula número cinco del multireferido acuerdo de voluntades y tampoco los documentos que exhibieron el día --- de --- del año en curso, sirven de manera alguna ni son aptos conforme a derecho para acreditar la existencia y pertenencia a la sociedad conyugal del bien inmueble que citan los interesados. Atento a lo anterior, y como de lo expuesto se desprende que el convenio de divorcio exhibido por los solicitantes no cumple cabalmente con los requisitos establecidos en el artículo 273 del Código Civil, conclusión a la que se arriba por las razones expresadas con antelación, no es de aprobarse el mismo y por lo tanto no aprueba el multicitado convenio de divorcio que acompañaron los señores --- y ---, a su escrito inicial, en virtud de lo anterior y al no ser aprobado el acuerdo de voluntades referido, con fundamento en el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no es procedente decretar la disolución del vínculo matrimonial que une a los señores --- y ---, subsistiendo en sus términos el matrimonio habido entre ambos y quedando sin efecto las medidas provisionales decretadas durante la secuela procedimental.

- - - Por lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 266 y 273 del Código Civil y 79 fracción VI, 80, 81, 82, 83, 680 y demás procedentes de Código de Procedimientos Civiles, es de resolverse y se:

RESUELVE

- - - PRIMERO.- *Ha procedido el juicio de divorcio voluntario promovido por los señores --- y ---, en el que el convenio exhibido por éstos, no cumple con los requisitos a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, en consecuencia;*
- - - SEGUNDO.- *No es de aprobarse y no se aprueba el convenio de divorcio y aclaraciones al mismo que exhibieron los señores --- y ---, por las razones que se indican en el último de los considerandos de este fallo.*
- - - TERCERO.- *Por no haberse aprobado el convenio de divorcio, no ha lugar a decretar la disolución del vínculo matrimonial que une a los señores --- y ---, subsistiendo el mismo en sus términos, con fundamento en el artículo 680 del Código Procesal Civil.*
- - - CUARTO.- *Se dejan sin efecto las medidas provisionales decretadas durante el procedimiento.*
- - - QUINTO.- **NOTIFIQUESE.**
- - - **A S I,** *definitivamente juzgando lo resolvió y firma el C. Juez --- de lo Familiar del Distrito Federal, Licenciado ---, ante el C. Secretario de Acuerdos "---", quien autoriza y da fe. DOY FE. -*

En los casos de divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar, cuenta con un término de quince días hábiles para dictar la sentencia definitiva, tal aseveración, no se encuentra regulada en el capítulo del Divorcio por Mutuo Consentimiento, del Código Procesal Civil, por lo que, se atiende a lo dispuesto por el numeral 87 del mismo instrumento legal, cuando señala, en su parte conducente, que: *"Las sentencias definitivas deben dictarse y mandarse notificar por publicación en el Boletín Judicial, dentro de los quince días siguientes a aquél en que se hubiera hecho citación para sentencia..."*

En contra de la sentencia definitiva dictada en el juicio de divorcio voluntario, los solicitantes podrán interponer ante el juzgado del conocimiento, el recurso de apelación, en el término de nueve días hábiles contados a partir del día siguiente a aquél, en que surta efectos la notificación de tal resolución, término que establece el artículo 692 del Código Adjetivo Civil; dicho recurso se admitirá en el efecto devolutivo si la sentencia decreta el divorcio, pero si lo niega, será apelable en ambos efectos, con fundamento en lo dispuesto por el precepto 681 del Código en cita. Al respecto, resultan ilustrativas las tesis que se transcriben a continuación:

"DIVORCIO VOLUNTARIO, RECURSOS EN EL JUICIO DE. Por su finalidad y por sus resultados, el divorcio por mutuo consentimiento, difiere de la generalidad de los actos de jurisdicción voluntaria, por cuanto a que el fallo que en el juicio recaiga, es constitutivo de derechos, a la vez que desliga de obligaciones, máxime cuando existan hijos del matrimonio, caso en que de hecho se afectan algunos derechos de terceras personas; circunstancia ésta, por la que aun cuando sea voluntario el divorcio, el fallo puede admitir el recurso de alzada, que viene a constituir una verdadera ejecutoria en cuanto a las partes que intervinieron, y cuando en esos procesos no es la misión del Juez homologar exclusivamente los convenios de las partes, supuesto que aun esos convenios puedan desaprobarse, cuando contienen cláusulas contraria al interés público o al de los hijos, motivo que hace indispensable la intervención, en estos casos, del Ministerio Público." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: XLVIII. Página: 1506.

"DIVORCIO VOLUNTARIO. POR LA NATURALEZA DE LA SENTENCIA PROCEDE EL AMPARO DIRECTO. El divorcio por mutuo consentimiento, por su finalidad y por sus resultados, constituye un verdadero juicio, toda vez que el fallo que en él recaiga es constitutivo de derechos, a la vez que impone obligaciones, lo cual se afirma, dado que éste decide sobre la disolución del vínculo matrimonial, en su caso disuelve la sociedad conyugal, determina sobre la custodia de los hijos habidos en el matrimonio y sobre los alimentos tanto de la mujer que los requiera como de los menores, y una vez que ha causado ejecutoria, deja en aptitud a los excónyuges de contraer nuevas nupcias; de ahí que esas circunstancias permiten concluir que aun cuando sea voluntario el divorcio, se da el caso de que se pueda interponer el recurso de apelación, por lo que la resolución que en dicho recurso se pronuncie, constituye una verdadera ejecutoria en cuanto a las partes que en éste intervinieron y, en consecuencia, contra ella es procedente el juicio de amparo directo." Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: VI, Septiembre de 1997. Tesis: VI.4o.6 C. Página: 674.

Pronunciada la sentencia de divorcio, y transcurrido el término de nueve días con que cuentan las partes para recurrirla sin haberlo hecho, ésta causa ejecutoria y se eleva a la categoría de cosa juzgada, esto es, ya no podrá ser impugnada, ni discutido en ningún proceso ulterior el asunto sobre el que aquélla

ha versado; el Código de Procedimientos Civiles, en el Capítulo IX denominado "De la Sentencia Ejecutoriada", concretamente en el numeral 427, nos dicen que: "Causan ejecutoria por declaración judicial: I. Las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial; II. Las sentencias de que hecha notificación en forma no se interpone recurso en el término señalado por la ley; y, III. Las sentencias de que se interpuso recurso, pero no continuó en forma y términos legales, o se desistió de él la parte o su mandatario con poder o cláusula especial." Asimismo, el precepto 428, establece, que: "En los casos a que se refiere la fracción I del artículo anterior, el Juez de oficio hará la declaración correspondiente. En el caso de la fracción II, la declaración se hará de oficio o a petición de parte, previa la certificación correspondiente de la Secretaría. Si hubiere deserción o desistimiento del recurso, la declaración la hará el tribunal o el Juez, en su caso." En contra del auto mediante el cual se declara que una sentencia ha causado o no ejecutoria, no se admite más recurso que el de responsabilidad, como lo estatuye el artículo 429 del Código en cita. Regularmente, causan ejecutoria las sentencias de divorcio voluntario por declaración judicial, fundándose en la fracción II, al no interponer recurso alguno los divorciantes, y en el menor de los casos, por la fracción I, esto es, los propios solicitantes manifiestan su conformidad con ésta y piden cause ejecutoria.

El proveído que declara ejecutoriada la sentencia de divorcio voluntario, atendiendo a lo dispuesto por la fracción I, versa en términos generales, de la manera siguiente:

México, Distrito Federal a --- de --- del año ---.
 --- A sus autos el escrito de cuenta de los promoventes, y visto lo solicitado, dígameles que la sentencia definitiva de fecha ---, HA CAUSADO EJECUTORIA, con fundamento en lo dispuesto por la fracción I del artículo 427 del Código de Procedimientos Civiles, para todos los efectos legales a que haya lugar. Cúmplase con el punto resolutivo -- de la sentencia de referencia. NOTIFIQUESE. Lo proveyó y firma el C. Juez ---, ante C. Secretario de Acuerdos --, quien autoriza y da fe. DOY FE.

Y por lo que respecta, a la fracción II, cuando el juzgador lo hace de oficio, dirá:

México, Distrito Federal a --- de --- del año ---.
 --- Dada cuenta con los presentes autos, visto el estado procesal que guardan los mismo y tomando en cuenta el computo de la Secretaría que antecede, en consecuencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 427 fracción II y 428 del Código de Procedimientos Civiles, se declara que la sentencia definitiva de fecha ---, HA CAUSADO EJECUTORIA, para todos los efectos legales a que haya lugar. Cúmplase con el punto resolutive --- de la sentencia de referencia. NOTIFIQUESE. Lo proveyó y firma el C. Juez ---, ante C. Secretario de Acuerdos ---, quien autoriza y da fe. DOY FE.

Una vez que la sentencia de divorcio voluntario haya causado ejecutoria debe darse cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 291 del Código Civil y 682 del Código de Procedimientos Civiles; pero resulta procedente hacer notar, que ambos numerales difieren un poco en su redacción y en su mandato, ya que el primero de los citados, textualmente señala: *"Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el Juez de lo Familiar, bajo su más estricta responsabilidad, remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta de divorcio, haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto, y además, para que publique un extracto de la resolución durante quince días, en las tablas destinadas al efecto."*

Por su parte, el segundo establece: *"Ejecutoriada la sentencia del divorcio, el tribunal, mandará remitir copia de ella al Juez del Registro Civil de su jurisdicción, al del lugar en que el matrimonio se efectuó y al del nacimiento de los divorciados, para los efectos de los artículos 114, 116 y 291 del Código Civil."* Los mencionados preceptos 114 y 116, se refieren a las actas de divorcio, el 114 dispone que: *"La sentencia ejecutoria que decreta un divorcio se remitirá en copia al Juez del Registro Civil para que levante el acta correspondiente."* Y el 116: *"Extendida el acta se mandará anotar la de matrimonio de los divorciados y la*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

copia de la declaración administrativa de divorcio se archivará con el mismo número del acta."

Ahora bien, la diferencia entre los artículos 291 y 682, radica principalmente, en a quién va a mandar las copias correspondientes el juez o tribunal, ya que en el primero, sólo dice al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio; y el segundo, además de ése, señala al Juez del Registro Civil de su jurisdicción y al del nacimiento de los divorciados, esto último, afirmamos, por cuestión de práctica, que no se realiza en su totalidad, ya únicamente se le envían al Juez del Registro Civil donde se llevó a cabo el matrimonio, más no al de la jurisdicción del tribunal y menos aún al del nacimiento de los divorciantes, aunado a que, tal aseveración, tampoco la contemplan los numerales 114 y 116, a los que remite.

La pregunta aquí sería ¿cual de las disposiciones en crítica debe cumplirse, la del Código Civil o la del Código Procesal Civil?, si consideramos que el procedimiento de divorcio voluntario se encuentra regulado en la segunda de las legislaciones en comento, la respuesta sería, que es esa disposición la que debe cumplirse, pero estimamos, que esto resultaría inútil y ocioso, ya que, si lo que se pretende es darle publicidad al divorcio, también tendría que publicarse en el domicilio actual de los divorciados o en las oficinas de tesorería, lo que podría caer además, en una violación a su intimidad y su persona, por lo que, sólo debe enviarse la copia de la sentencia de divorcio y del auto que la declare ejecutoriada al Juez del Registro Civil donde tuvo verificativo el matrimonio. Realmente, nos encontramos frente a otro supuesto de falta de cuidado y aplicabilidad por parte de aquéllos, que se dedican a reformar nuestra legislación, ya que el precepto 291 recientemente fue reformado (veinticinco de mayo del año dos mil), y el Código de Procedimientos Civiles, sigue como antaño, dando como resultado que ambos se contradigan, y dejándonos sin saber lo que realmente debemos hacer; por lo que, repetimos, es menester actualizar todas y cada una de las disposiciones del

Código Procesal, para que sea acorde con el Civil, o por lo menos no difiera uno del otro.

En diverso orden de ideas, es necesario señalar, que como lo estatuye el numeral 289 del Código Sustantivo Civil, en virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer matrimonio, sin limitación alguna.

Existe otra disposición que se debe tener muy en cuenta, ya que afecta directamente la secuela procedimental del divorcio voluntario, y es la contemplada en el artículo 679 del Código Adjetivo Civil, misma que dispone: *"En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar mas de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente."* Lo anterior, en virtud, de la inactividad procesal de los solicitantes, lo que hace presumir al juzgador de que éstos, han desistido de su intención de divorciarse, por lo cual, ya no desean continuar con el trámite y se manifiesta en su falta de interés jurídico; digamos, que es ésta una forma de terminación del proceso. En este caso el juzgador de oficio, dictará un auto dando por concluido el juicio de divorcio voluntario, ordenando se devuelvan, previa toma de razón, los documentos exhibidos y mandando el expediente al archivo judicial. Dicho proveído en términos generales versará de la manera siguiente:

México, Distrito Federal, a --- de --- del año --- .

- - - Dada cuenta con el presente expediente y visto que desde la última actuación a la fecha ya han transcurrido más de TRES MESES sin que los interesados continúen con el procedimiento, en consecuencia, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 679 del Código de Procedimientos Civiles, se deja SIN EFECTO la solicitud de divorcio voluntario de los mismos, y se ordena archivar el expediente, previa devolución que se haga de los documentos presentados con el escrito inicial, dejando copia certificada de ellos en autos, con apoyo en el artículo 71 del Código Procesal Civil. NOTIFIQUESE. Lo proveyó y firma el C. Juez --- , ante el C. Secretario de Acuerdos --- , quien autoriza y da fe. DOY FE.

En contra de esta resolución, con fundamento en lo dispuesto por el precepto 137 bis, del Código de Procedimientos Civiles, esencialmente en la fracción XI, procede el recurso de apelación en ambos efectos.

Otra forma de terminación del proceso en cualquier estado en que se encuentre, distinta a la sentencia definitiva, es la reconciliación de los divorciantes, en aras de la conservación del matrimonio, en beneficio del o los hijos habidos en él y de mantener el matrimonio, como formación de la familia y del núcleo social, por lo que, el juez debe dar por concluido el juicio al desvanecerse el elemento característico de éste, consistente en el consentimiento de los peticionarios divorciantes, que a partir de ese momento, deja de existir; tal situación, encuentra su sustento legal en el artículo 276 del Código Sustantivo Civil, cuando establece: *"Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación."*

Así también, la muerte de alguno de los consortes pone fin al juicio de divorcio, tanto voluntario como contencioso, esta situación se encuentra contemplada en el numeral 290 de la legislación civil, mismo, que a la letra dice: *"La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio."*

Con lo expuesto en las líneas que anteceden, estimamos, haber abarcado todo lo relativo al divorcio por mutuo consentimiento o voluntario, esto es, todo lo relacionado con sus requisitos y su procedimiento ante la autoridad competente, atendiendo a la doctrina, a la jurisprudencia, a las disposiciones legales y sobre todo a la práctica jurídica, hemos pues, desentrañado esta figura tan socorrida y recurrida en la vida cotidiana y tan visible y palpable en las tareas diarias de los

tribunales; hecho lo anterior, y una vez comprendida en su totalidad esta manera de disolver el vínculo matrimonial, en el capítulo siguiente, aplicaremos lo expuesto a lo largo de este trabajo, ya que en él, estudiaremos de forma teórica-práctica la modificación del convenio de divorcio voluntario, una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, apoyándonos nuevamente, en la doctrina, en la jurisprudencia, en nuestra legislación civil, pero sobre todo, en la práctica jurídica.

CAPITULO QUINTO.

I. ESTUDIO TEÓRICO – PRÁCTICO RELATIVO A LA MODIFICACIÓN DEL CONVENIO PRESENTADO EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO, UNA VEZ EJECUTORIADA LA SENTENCIA DEFINITIVA.

Una vez que hemos expuesto en los capítulos anteriores y grandes rasgos, todo lo relativo a la institución del matrimonio, teniéndolo como un acto, por el cual, un hombre y una mujer deciden unir legalmente sus vidas para formar una familia, la cuál es y será siempre considerada como la base de toda sociedad; así mismo, una vez desarrollado lo concerniente a la figura jurídica del divorcio, siendo ésta, una forma legal de disolver del vínculo matrimonial en vida de los esposos, estimándola como un mal necesario, como la solución a un sin fin de problemas y conflictos que hacen imposible la vida de los consortes y de la familia en general, contrariedades todas ellas, que no se alejan de la propia sociedad, sino que por el contrario, la afectan de manera tal, que sus consecuencias se ven reflejadas en la actitud cada vez menos humana que han adoptado los integrantes de ésta, frente al sufrimiento, a la desgracia e infelicidad ajena.

Es pues, el divorcio, la culminación de un fracaso matrimonial, que la propia ley no ha podido ignorar, para lo cual, pone en manos de aquéllos, los medios necesarios para evitar mayores conflictos y problemas, dándole la oportunidad a cada individuo de luchar por conseguir su verdadera felicidad, o por lo menos, no seguir envueltos en un suplicio interminable y dañino, ya sea a través del divorcio necesario o voluntario, sea administrativo o judicial; sin que resulte óbice hacer hincapié en éste último, pues hemos hecho de él, un análisis con mayor detenimiento, como parte toral del presente trabajo, recordando que a fin de que la autoridad competente lo decreta, es menester que al momento de solicitarlo, los divorciantes presenten un convenio en el que dejen claramente especificada la forma de cubrir las obligaciones y derechos que del matrimonio se derivan y permanecen aún disuelto éste.

Pero ahora, dejaremos a un lado los pormenores del trámite del divorcio, para situarnos en un momento más lejano de aquél, en el que se tramitó y decretó disuelto el vínculo conyugal a través del juicio de divorcio voluntario judicial, para ubicarnos precisamente en el instante en el que por diversas razones, las cosas ya no marchan o no pueden seguir marchando de la misma manera que cuando se circunscribió el convenio, ya que la vida sigue su curso, y se encuentra en constante movimiento, en constante cambio y en constante evolución; y si las cosas cambian, por ende las personas también, cambian sus necesidades, sus costumbres, sus ideas, sus pensamientos, sus sentimientos, sus intereses, su situación económica, sus perspectivas, en fin, nada puede permanecer estático, todo va evolucionando aún en contra de nuestra voluntad; luego entonces, queda evidenciado, pues resulta obvio, que la situación de aquéllos, entonces divorciantes, ahora divorciados, se vea envuelta en una realidad distinta y por la cual, las circunstancias plasmadas en el pacto elevado a sentencia ejecutoriada, que en su oportunidad fueron útiles y plenas, ahora sean obsoletas e inservibles y se vean en la imperiosa necesidad de modificarlas, esas modificaciones son precisamente el tema que ahora intentaremos abordar, en consideración a los conflictos a los que nuevamente deben enfrentarse todos los que deseen, que necesiten y que se vean obligados de acudir ante la autoridad judicial para que, una vez más, le sean resueltos sus nuevos problemas para adecuarlos a su actual entorno.

Ahora bien, hablando en términos jurídicos diremos, que una vez tramitado el juicio de divorcio voluntario judicial, a través de las etapas determinadas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, concretamente en el Título Décimoprimer "Divorcio por Mutuo Consentimiento", Capítulo Único, y que haya causado ejecutoria la sentencia definitiva por la cual se decretó al divorcio, ésta a simple vista no es susceptible de modificarse por algún medio legal, pues no se recurrió por los medios de impugnación que específicamente señala la ley, por lo que, si conformes los divorciantes con dicha resolución, al transcurso del tiempo y una vez que han cambiado las circunstancias plasmadas en el convenio

homologado por el juzgador, requieren de modificar alguna de sus cláusulas, se enfrentarán con el dilema de si lo correcto es presentarse ante la autoridad judicial que decretó la disolución del matrimonio o bien, si deben hacerlo como si tratara de un juicio autónomo, totalmente independiente al procedimiento del divorcio; esto es, deben afrontar la disyuntiva de saber, si la vía idónea para la modificación del convenio, es a través de un incidente, de una controversia del orden familiar o de un juicio ordinario, según sea el derecho o la obligación que se pretende variar.

En nuestro Código Procesal Civil, concretamente en el Capítulo relativo al Divorcio por Mutuo Consentimiento, no se establece, disposición expresa que nos señale la forma en la cual han de proceder los divorciados cuando requieran la modificación del convenio que fue elevado a sentencia ejecutoriada, por lo que, ante esta laguna aparente, se tendría que recurrir a los preceptos establecidos para el procedimiento en general, aplicándolos por analogía o por mayoría de razón; luego entonces, al presentarse esta situación, generalmente los divorciados por obviedad, promueven un incidente de modificación de convenio ante el Juzgador que decretó el divorcio, confiando que éste comparta su criterio y considere idónea la vía por ellos planteada para proceder a la modificación solicitada. Pero puede darse el caso, como se da en la práctica, que los Jueces de Primera Instancia, consideren que el incidente no es la vía adecuada para modificar el convenio elevado a sentencia ejecutoriada, sino que debe promoverse -por distintas razones que más adelante expondremos-, a través de un juicio totalmente autónomo, sea vía controversia u ordinario, a lo anterior, hay que añadirle el criterio que se observa en el tribunal de alzada, y por último el sustentado por la Autoridad Federal.

Las modificaciones que solicitan los divorciados una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, generalmente son: las relativas a los alimentos, pues puede suceder que con el transcurso del tiempo los hijos habidos en el matrimonio, dejen de necesitarlos, pues son ya mayores de edad y no se encuentran estudiando, sino por el contrario, cuentan con los elementos suficientes para cubrir sus

necesidades alimentarias, han contraído matrimonio o han fallecido; así también, suele suceder, que el deudor alimentario haya contraído nuevas obligaciones al haberse vuelto a casar o tenga otros hijos, y por ende, solicita la disminución de la pensión fijada; por otro lado, el acreedor alimentario puede solicitar el aumento de la referida pensión; si se trata de los alimentos entre los excónyuges, puede solicitarse el aumento o la cancelación de éstos por diversas razones que se encuentran plasmadas en la ley; la guarda y custodia, también puede ser susceptible de modificación, cuando se considere que el que la detenta no es capaz de seguir ejerciéndola; el régimen de visitas o el cambio de domicilio en el cual se ejerce la guarda y custodia de los menores, etcétera.

Es pues, concretamente el establecer, la vía idónea para la modificación del convenio de divorcio voluntario una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, el tema a tratar en el presente capítulo.

5.1. CRITERIO OBSERVADO EN PRIMERA INSTANCIA.

A manera de preámbulo señalaremos, que a fin de conocer el criterio sustentado en primera instancia, con relación a la modificación del convenio en el divorcio voluntario judicial, una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, nos dimos a la tarea de realizar una encuesta entre los Jueces Familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, visitando a veinte de ellos, de los cuales, por razón de ética omitiremos sus nombres y número de juzgado, evitando evidenciar o enaltecer alguno en específico, sin que lo anterior, impida subrayar que sólo ocho de esos veinte nos permitieron entablar con ellos una conversación, dándonos su punto de vista y exponiéndonos sus ideas e inquietudes frente al tema cuestionado; así mismo, con el apoyo del personal de las Salas del citado Tribunal, nos fue posible conocer el actuar de otros jueces más.

Establecido lo anterior, daremos el resultado que esta encuesta nos dio: en primer término, diremos, que les fueron formuladas diversas preguntas en atención a sus propias respuestas, en términos generales, rezaban así: ¿Cuál considera usted, que sea la vía idónea para promover la modificación de convenio en el divorcio voluntario, una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó y por qué?, ¿Cuál sería su fundamento legal?, ¿Qué beneficios o perjuicios trascendentales acarrearía, que se tramitara en tal o cual vía (según las respuestas anteriores), tanto para los divorciados como para los impartidores de justicia?.

Ahora bien, de los ocho juzgadores que fueron entrevistados, seis de ellos consideran que la vía idónea para tramitar la referida modificación, es la vía incidental, manifestando, que ellos le dan entrada al incidente para promover la modificación del convenio del divorcio voluntario, con el fin de que las partes acrediten que han cambiado las circunstancias desde que se realizó el convenio a la fecha de la presentación de la demanda, argumentando, que en consideración a que no existe disposición expresa en el Código de Procedimientos Civiles, concretamente, en el Capítulo relativo al Divorcio Voluntario, que determine la forma de realizarlo, limite o remita a tal o cual fundamento legal, atienden a lo establecido por el artículo 94 del citado Código, pues dicho precepto es claro en señalar, que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, y demás que señalen las leyes, pueden alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias en el juicio correspondiente, considerando este "juicio correspondiente", como un incidente en el juicio que dio origen a éste, esto es, en el mismo del divorcio voluntario, que es de donde deviene.

Asimismo, estiman, que deben ser ellos quienes conozcan de este nuevo procedimiento y lo resuelvan, pues fueron precisamente ellos, los que en su momento declararon disuelto el vínculo matrimonial, teniendo en cuenta el principio de economía procesal y el de inmediatez, así también, con la finalidad de no dictar sentencias contradictorias, pues conocen a fondo el asunto, y en

específico a las partes; ya que en el supuesto de que éstas decidieran promoverlo en un juicio autónomo, presentado su escrito ante la Oficialía de Partes Común, cabría la posibilidad de que fuera remitido el juicio a diverso juzgado, en donde el juez, deberá hacerse llegar de los elementos necesarios y de los antecedentes en los que se demuestren que los divorciados actuaron de tal o cual forma en el divorcio voluntario, pues se encontraban en tal o cual supuesto, y en el mejor de los casos, volvería a coincidir en el que disolvió el vínculo matrimonial, teniendo sólo que acumularse al expediente formado con el divorcio, o hacer lo posible por tenerlo a la vista, según sea el caso. Agregaron estos seis juzgadores, que si se tramita la modificación en vía incidental, no se deja en estado de indefensión a las partes, pues en atención al numeral 88, éstas cuentan con un término prudente para dar contestación a la demanda, ofrecer pruebas y desahogarlas en la audiencia respectiva, teniendo también, el derecho de que se oigan brevemente sus alegaciones y una vez dictada la sentencia interlocutoria respectiva, si no están conformes con ella o consideran que se les violenta en su perjuicio alguna disposición o norma del procedimiento, tienen en sus manos la opción de recurrirla, a través, del recurso de apelación e incluso del amparo.

Por lo que respecta a los otros dos restantes Juzgadores entrevistados, éstos atendiendo a diversa tesis emitida por la autoridad federal, (que con posterioridad comentaremos), estiman que la modificación del convenio de divorcio voluntario, debe tramitarse en juicio autónomo, sea controversia del orden familiar o juicio ordinario, toda vez, que no debe dejarse a un lado, ni restarle importancia al bien que se esta protegiendo, ya que tratándose de alimentos, de menores o incapacitados, el juzgador debe poner especial interés y cuidado en las resoluciones que dicta, teniendo a la vista todas y cada una de las pruebas que rindan las partes y contar con los elementos necesarios para dictar la resolución correspondiente, lo más apegada a derecho posible e incluso, supliendo la deficiencia en los planteamientos de los contendientes, en beneficio de los menores, por lo que, resulta poco adecuada la vía incidental pues limita a las partes dejándolas en estado de indefensión al no poder defenderse o plantear sus

peticiones, sus hechos y su derecho, como en el juicio autónomo, ya que en el incidente los términos son reducidos, tanto como para contestar la demanda, como para ofrecer las probanzas que estimen pertinentes, no siendo factible la reconvencción, y contando así el juzgador, con menos elementos para resolver.

Reconocen estos jueces, que no existe disposición expresa que señale la vía en la cual ha de promoverse esta cuestión, pero de la misma forma, no existe disposición que impida que se tramite en juicio autónomo; luego entonces, la idea primordial por la cual se estima debe tramitarse de esta manera, es el bien que se protege y el orden público del cual esta investido todo lo concerniente a la familia, aunado a que, como hemos dicho anteriormente, existe un criterio sustentado por la autoridad federal, que si bien es cierto, no tiene el carácter de jurisprudencia que sea obligatoria observar, también lo es, que concurre un criterio viable de ser observado, existe pues, una directriz que ya esta trazada por lo tribunales federales y que los juzgadores ante la falta de fundamentos expresos y aplicables en la ley, se encuentran en la posibilidad de aplicarlo, como una facultad potestativa.

Considerando estos juzgadores benéfico, el hecho de que los peticionarios de justicia puedan desenvolverse plenamente en un juicio totalmente autónomo e independiente con todas las prerrogativas, obligaciones y derechos que la legislación procesal brinda a las partes, y que los impartidores de justicia, cuenten con mayores elementos de convicción para dictar su resolución; resultando si bien, el convenio plasmado y homologado por el juez en la sentencia definitiva elevada a cosa juzgada, y que decretó disuelto el vínculo matrimonial, el documento base de la acción, el que será susceptible de modificarse, la acción ahora intentada tendrá autonomía propia e independiente de éste, que sólo en su caso dará el derecho y acredita la legitimación de las partes en este nuevo juicio, será pues, el punto de partida del cual deberá acreditarse ser inaplicable a la nueva realidad social de los divorciados.

Los comentarios que tenemos respecto a estos dos criterios sustentados en primera instancia, los reservaremos para el último apartado del presente capítulo, al resultar el tema específico de este trabajo, aclarando desde este momento, que la opinión antes transcrita, no la compartimos por diversas razones que con posterioridad señalaremos.

5.2. CRITERIO OBSERVADO EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por lo que atañe al criterio que se sustentan en segunda instancia, con relación a la modificación del convenio en el divorcio voluntario judicial, una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, realizamos la encuesta respectiva entre los Magistrados integrantes de las tres Salas Familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, siendo que de nueve funcionarios públicos con tal cargo, sólo tres de ellos, aceptaron entablar con nosotros una conversación exponiéndonos su punto de vista, respecto al tema cuestionado.

Se continuó con la idéntica metodología empleada con los Jueces de Primera Instancia, esto es, se les formularon las mismas preguntas en razón de sus respuestas, (con un tiempo más reducido, dado el cúmulo de trabajo con el que se encontraban dichos magistrados) recordando, que los cuestionamientos en términos generales, versaban así: ¿Cuál considera usted, que sea la vía idónea para promover la modificación de convenio en el divorcio voluntario, una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó y por qué?, ¿Cuál sería su fundamento legal?, ¿Qué beneficios o perjuicios trascendentales acarrearía, que se tramitara en tal o cual vía (según las respuestas anteriores), tanto para los divorciados como para los impartidores de justicia?.

Ahora bien, los tres Magistrados entrevistados, estiman, que la vía idónea para demandar la citada modificación, cuando según los directamente afectados consideran que han cambiado las circunstancias que prevalecían al momento de circunscribir el convenio de divorcio voluntario, es la incidental, lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, teniendo pues, que demostrar fehacientemente el supuesto cambio de circunstancias que requiere para su procedencia este numeral, tramitándose dicho incidente lógicamente, ante el juzgador que decretó el divorcio voluntario, pues los incidentes, sea cual fuere su naturaleza deben tramitarse ante el juez en el que se llevó el juicio principal, aunado, a que los juzgadores deben de atender a los principios de derecho, en este caso en específico, al de inmediatez y economía procesal.

En este sentido, nos fueron proporcionados diversos proyectos de sentencias donde dejaban claro su criterio al respecto, con razonamientos que versaban de la siguiente manera:

"Tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, que dice, que las resoluciones firmes dictadas en negocios de ejercicio y suspensión de la patria potestad, pueden modificarse cuando cambien las circunstancias que las motivaron, se considera que el juez primario actuó correctamente al disponer en la sentencia interlocutoria apelada que resultaba procedente la modificación del convenio exhibido por ambas partes en el juicio original en lo referente a la guarda y custodia de sus hijos."

"Los agravios hechos valer por el apelante resultan infundados, para provocar la revocación de la sentencia interlocutoria impugnada, en virtud de los razonamientos lógicos jurídicos que se esgrimen a continuación: Lo anterior es así, porque del estudio de las actuaciones remitidas a esta Sala, las cuales gozan de valor convictivo pleno, en términos de la fracción VIII, del artículo 327 de la ley del enjuiciamiento civil, se desprende que si bien es cierto que, la juzgadora se abstuvo de formular razonamiento alguno en relación al argumento vertido por el enjuiciado en el

sentido que la sentencia definitiva que decretó la disolución del matrimonio que lo unía a su colitigante no es susceptible de edificarse, al haber causado ejecutoria, no es menos verdad que ello no determina automáticamente la transgresión del principio de congruencia de las resoluciones judiciales contenidas en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles, en tanto que a pesar de dicha omisión la juzgadora, si resolvió la prestación fundamental planteada en la incidencia y que consiste en que el quejoso cubra los alimentos a que se obligó en términos distintos a la sentencia de fondo del asunto. A mayor abundamiento, contrario a lo sostenido en agravios, el contenido del artículo 94 del ordenamiento procesal de la materia, es plenamente aplicable a los incidentes que se deducen del juicio de divorcio voluntario, pues además de que su texto no se indica que regule exclusivamente las controversias del orden familiar, de aceptar el criterio esgrimido por el recurrente, sería incuestionable el estado de indefensión que se generaría para todos los justiciables que intervinieron en proceso de la naturaleza antes mencionada, toda vez que se impediría solicitar la modificación o extinción de medios provisionales o definitivos que hayan sido pronunciadas en cuestiones de alimentos entre otras; de ahí que no irroga perjuicio irreparable alguno a los intereses del inconforme, el hecho de que la A quo haya aplicado el precepto adjetivo a comento para resolver el incidente planteado por ---. Asimismo, debe destacarse que tampoco es cierto que en la especie no se haya demostrado un cambio de circunstancias que afecte el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente, tomando en consideración que aun cuando resulta ser cierto que cuando el demandado incidentista se obligó en el convenio respectivo, elevado a sentencia definitiva a pagar el TREINTA POR CIENTO, del total de sus percepciones laborales mediante el depósito que llevara a cabo en el juzgado de origen, ya se encontraba trabajando en ---, según es informado por el Director General de Recursos Humanos de ---, tal información no determina la improcedencia de la acción incidental, pues el cambio de circunstancias se genera desde el momento en que el recurrente se ha abstenido de demostrar que esté cumpliendo cabalmente con las obligaciones alimentarias en los términos en que se obligó; luego entonces, si es de explorado derecho que por el carácter urgente y perentorio de los alimentos, no es jurídico ni lógico dejar su cumplimiento al arbitrio del deudor, con el fin de tutelar el interés superior de los acreedores, lo conducente es modificar los términos del pago de la pensión que estos últimos tienen derecho a recibir, máxime si se tiene la posibilidad de que la dependencia donde labora el quejoso, proceda a practicar puntual y eficazmente el descuento del monto de los alimentos que deben recibir sus acreedores; determinación que inclusive

exime a los contendientes de la necesidad de concurrir continuamente ante el órgano jurisdiccional a reclamar incrementos o disminuciones de la pensión alimenticia."

Como dijimos anteriormente, en estos dos proyectos de sentencia de segunda instancia, queda claramente establecida la vía en la cual debe tramitarse la multicitada modificación de convenio; sin embargo, por el propio dicho de los funcionarios públicos entrevistados, emiten la sentencia, teniendo en mente de que existe la posibilidad de que la parte que se vea afectada con ella, interpondrá en su contra el juicio de amparo, y es entonces, que se encontrarán a merced del criterio que sustente el Tribunal Federal, pues, dependiendo del Tribunal en el que se tramite el juicio de garantías, su sentencia se verá confirmada u otorgarán el amparo y protección de la justicia al quejoso, debiendo la Sala correspondiente dar cumplimiento a la ejecutoria de amparo, tomando en consideración los razonamientos vertidos en él y realizándola en el sentido que la propia Autoridad Federal lo manda, revocando o confirmando, según sea el caso, el auto admisorio en el que se deseche o admita la demanda incidental, o la sentencia interlocutoria, que tenga por correcta o no la vía incidental para demandar tal prestación.

En consecuencia, consideran los Magistrados cuestionados, que si existe una discrepancia en el criterio a seguir con relación a este tema, es entre los Tribunales Federales; pues, en los juzgados de primera instancia es casi unánime y se tramita la modificación del convenio a través de un incidente, y en la segunda instancia, se pretende continuar en el mismo orden; luego entonces, es la Autoridad Federal, la que hace sobrevenir la interrogante de cual es la vía idónea para ellos, para hacerse valer tal circunstancia; es pues, en los Juzgados Federales, donde realmente se encuentra la disyuntiva, pues entre ellos mismos no se ponen de acuerdo, emitiendo resoluciones contradictorias, ya que unos, estiman procedente la vía incidental y otros, consideran que debe tramitarse mediante un juicio autónomo.

Reconocen pues, los funcionarios entrevistados, la existencia de la problemática planteada a razón de diversos cumplimientos a ejecutorias provenientes de juicios de garantías, pronunciadas por los Juzgados de Distrito, quienes basan su criterio en tesis aisladas emitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito, tesis que en el apartado siguiente analizaremos y comentaremos, junto con los razonamientos que en las sentencias de amparo los citados Tribunales plasman y con los cuales desvirtúan el criterio de primera y segunda instancia.

No podemos dejar aun lado, sin darle la debida importancia, y sin reconocer el valor y el esfuerzo que realizan los Magistrados integrantes de las Salas Familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, al tener que modificar sus resoluciones aún en contra de su pensamiento, de su ideología y de los conocimientos que sus años impartiendo justicia les han dejado; haciendo énfasis en la palabra valor, pues algo en esta encuesta resulta trascendental y es la postura adoptada por los funcionarios públicos cuestionados, frente a la de la Autoridad Federal, pues el hecho de dejarle claro a ésta que si modifican sus resoluciones no es por estar convencidos con los razonamientos expuestos, sino por la obligación que la ley les impone, se necesita de verdadero valor y convicción de que su pensar y su proceder es el correcto.

Lo anterior, en virtud de que al dictar un proyecto de sentencia de cumplimiento de ejecutoria proporcionado por uno de los Magistrados entrevistados, en el cual se ordenaba dejar insubsistente la sentencia pronunciada por la A quem, confirmando por ende la sentencia interlocutoria materia de la apelación, en la que el juzgador de primera instancia manifestaba que no era procedente la vía incidental para solicitar la modificación del convenio voluntario, la Sala responsable, muy a su pesar da cumplimiento a lo ordenado por un Juez de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, no sin antes dejar plasmada su inconformidad con tal razonamiento, dicha resolución, versaba de la siguiente manera:

"II. Antes de dar cumplimiento a la ejecutoria de mérito esta Sala estima necesario dejar constancia, dada la importancia de la institución de alimentos, de las normas protectoras de los mismos de marcado interés público y de los precedentes que pudiese sentar la ejecutoria que ahora se cumplimenta, que el argumento toral en que se sustenta en el sentido de que en los convenios de divorcio no le son aplicables el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, puede traer imprevisibles consecuencias, pues llevado tal argumento a un hipotético caso en que la madre hubiese convenido, por tener ingresos suficientes a renunciar en el convenio que rigiera el divorcio voluntario a una pensión alimenticia a favor de los menores hijos, estaría limitando de por vida a los menores hijos para solicitar la fijación de una pensión alimenticia a su favor, bajo el argumento de que los convenios en los juicios de divorcio no son revisables al cambiar las circunstancias que lo motivaron o dieron origen, razonamiento que estaría fuera de todo contenido legal. No obstante lo anterior, esta Sala pasa a dar cumplimiento a la ejecutoria pronunciada por la C. Juez --- de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, y a fin de evitar obvias repeticiones se remite a los razonamientos que se hacen valer en la misma, procediéndose a dejar insubsistente la sentencia de fecha --- para pronunciar la siguiente en los términos que a continuación se señalan: Primero.- Es infundado el recurso de apelación sustanciado en el presente toca. Segundo.- Se confirma la sentencia interlocutoria apelada. Tercero.- No se hace especial condena en costas. Cuarto.- Notifíquese."

5.3. CRITERIO OBSERVADO POR LA AUTORIDAD FEDERAL.

Ahora bien, tomando en consideración lo expuesto por los funcionarios públicos entrevistados, integrantes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, jueces y magistrados, todos ellos, a simple vista nos daría como resultado que tanto en primera y segunda instancia, no existe gran discrepancia sobre el tema en estudio, pues consideran en su mayoría, la vía incidental, como la idónea para tramitar la modificación del convenio de divorcio voluntario una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, pero como en nuestro sistema jurídico existe la figura del juicio de amparo como institución procesal consagrada por la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 103 y 107, en los cuales, encuentra su base fundamental la llamada Ley de Amparo y teniendo al Código Federal de Procedimientos Civiles, como ordenamiento supletorio, el amparo o juicio constitucional o de garantías, como también se le conoce, tiene como finalidad proteger las garantías individuales y sociales de los particulares que estimen violaciones a éstas por las leyes, los actos o las sentencias de las autoridades u órganos de gobierno; luego entonces, cuando se dicta una resolución que a consideración de las partes viole en su perjuicio su esfera jurídica, y una vez agotados los medios de impugnación que concede la Ley Procesal Civil, en específico del Distrito Federal, éstos, tienen la facultad de comparecer ante los llamados, Tribunales de la Federación, para promover en su contra el juicio de amparo, y es aquí, donde mediante las diversas resoluciones que estos Tribunales emiten, encontramos la disyuntiva trascendental en relación al tema en cuestión.

Lo anterior es así, pues tomando en consideración las diversas tesis emitidas por dicha Autoridad y las sentencias de amparo que dictan, se vislumbra la poca unanimidad de criterio que hace de algo tan simple, un verdadero conflicto jurídico.

En el apartado que antecede señalamos, que los Magistrados entrevistados nos proporcionaron proyectos de sentencias a cumplimientos de ejecutorias de amparo, mismos que a continuación transcribimos, con el fin de que quede establecido el pensamiento de la Autoridad Federal, y con posterioridad, señalaremos las tesis aisladas en las cuales descansa su criterio.

"INCIDENTE DE REDUCCIÓN DE PENSION ALIMENTICIA, (DERIVADO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO) (JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL EN EL DISTRITO FEDERAL).

Son fundados sustancialmente los conceptos de violación esgrimidos por la quejosa. En efecto, como quedó precisado en el incidente de reducción de pensión alimenticia propuesto por el ahora tercero perjudicado a través de dicho incidente pretende la reducción de una pensión alimenticia establecida en un convenio

celebrado por las partes promoventes de un juicio de divorcio voluntario, en cuyo convenio se pactó la libre voluntad de fijar un monto para cubrir alimentos respecto de los menores hijos de la divorciante y en esas condiciones, la pensión alimenticia que se fija en el convenio que se aprueba definitivamente en la sentencia que decreta un divorcio por mutuo consentimiento, no se puede revisar en los términos del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por no ser susceptible de modificación el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil dado que en esta clase de divorcio la fijación de alimentos no es resultado de una disposición de la ley sino potestativa y convencional."

En otra resolución emitida por los Tribunales Federales, concretamente, por un Juzgado de Distrito, se establece lo siguiente:

"INCIDENTE DE MODIFICACIÓN DE LA FORMA DE PAGO DE LA PENSION ALIMENTICIA, (DERIVADO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO) (JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL EN EL DISTRITO FEDERAL).

De lo antes transcrito, se pone de manifiesto que efectivamente el Tribunal y Juez responsable, omitieron analizar adecuadamente la procedencia de la vía en la que se le reclama al hoy quejoso la modificación de la forma de pago convenida por ambas partes en el juicio de divorcio voluntario, ya que si bien es cierto, que el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone lo siguiente: "Artículo 94. Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

También lo es que el fundamento filosófico de la cosa juzgada se apoya precisamente en la necesidad social de que las sentencias, una vez ejecutoriadas, sean firmes e irrevocables, ya que de no serlo, darían lugar a que se promoviera un número indefinido de juicios sobre cuestiones ya resueltas; sin embargo, si la nueva cuestión que se proponga no es esencialmente igual a la anterior, por haber cambiado las circunstancias jurídicas que la produjeron, no puede decirse, que se atente contra la firmeza de la cosa juzgada; tales son los casos que menciona el precepto, en los que es evidente que las situaciones pueden variar, con la edad, con

nuevas necesidades, con la muerte o con la mayoría de edad de una persona o mediante otras diversas causas, como el precepto no lo previene, ni el procedimiento a seguir para alterar o modificar la sentencia cuando concurren las circunstancias expresadas en el segundo párrafo del artículo de mérito.

Es de suponerse, que la modificación que autoriza el precepto respecto a las sentencias firmes de que se hace mérito, deben demandarse en la vía ordinaria, en atención a la clase de juicio de que se trata; la anterior aseveración, se funda en la circunstancia de que dentro de juicio, habrá necesidad de probar los hechos que traigan como consecuencia la alteración de la anterior sentencia, prueba que sería imposible de rendir dentro de un simple incidente."

Ahora bien, el criterio que a continuación transcribiremos, nos fue proporcionado directamente por el SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, siendo el antecedente de una de las tesis aisladas más controvertidas, pero aplicadas por los diversos Tribunales, Jueces y Magistrados, relativa a la cuestión en estudio, misma, que fue publicada en la página 519, del Tomo II, Noviembre de 1995, Tesis: I.6o.C.25 C, de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Por única ocasión en el presente trabajo, se darán los datos de identificación del juicio, pues éstos son ya visibles en la tesis de mérito.

"AMPARO EN REVISIÓN 1906/95. RECURSO DE REVISIÓN INTERPUESTO POR ANA SARA CARDENAS FLORES, EN CONTRA DE LA SENTENCIA DICTADA EL SEIS DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO POR LA JUEZ QUINTO DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL EN EL DISTRITO FEDERAL, EN EL EXPEDIENTE DE AMPARO NUMERO 216/95-I. (SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO)

...Mediante escrito presentado el diecisiete de abril de mil novecientos noventa y cinco, ante la Oficialía de Partes Común a los Juzgados de Distrito en el Distrito Federal, Ana Sara Cárdenas Flores, por conducto de su apoderado legal Antonio Silva Oropeza, solicitó el amparo y protección de la justicia federal, en contra de los actos de la Décimo Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que hizo consistir en: "La resolución dictada el 23 de marzo de 1995, en toca número 180/95, relativo al recurso de apelación interpuesto por el ahora tercero perjudicado en contra de la sentencia interlocutoria de fecha 16 de noviembre de 1994, dictada por el Juez Vigésimo

Quinto de lo Familiar del Distrito Federal, en los autos del incidente de autorización para que los menores en custodia puedan residir en el extranjero, promovido por la ahora quejosa dentro del juicio de divorcio voluntario seguido por la suscrita y el ahora tercero perjudicado".

...La aludida demanda de amparo fue turnada al Juzgado Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal; se formó el expediente número 216/95-1, y previa su tramitación legal, el seis de junio del presente año, se dictó sentencia conforme al siguiente punto resolutivo: "UNICO.- La Justicia de la Unión no ampara ni protege a Ana Sara Cárdenas Flores, contra los actos que reclama de la Décimo Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y que se precisan en el resultando primero de este fallo. NOTIFIQUESE.

...Inconforme con el referido fallo, la parte quejosa, interpuso recurso de revisión, el dos de octubre del año en curso, y correspondió su conocimiento a este Sexto Tribunal Colegiado, admitiéndose a trámite por su presidenta el dieciséis del mismo mes; se corrió traslado con copia del escrito de expresión de agravios al agente del Ministerio Público Federal adscrito, quien no formuló pedimento. Finalmente, en estado de sentencia, por diverso proveído del día dieciocho del mes mencionado, se tumaron los autos al magistrado relator para formular el proyecto de resolución correspondiente.

...La resolución recurrida sustenta las siguientes consideraciones: "...QUINTO.- Los conceptos de violación hechos valer por la quejosa, y que se resumen en el considerando que antecede, son infundados. ...En efecto, se estima que se encuentra debidamente fundada y motivada la resolución impugnada, pronunciada el veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y cinco (fojas 49 a 52), en la que la sala responsable considera: "...que si falta una de las voluntades no se puede modificar el convenio en un simple incidente, derivado del procedimiento de divorcio voluntario, sino que deberá tramitarse en vía de controversia del orden familiar, en los mismos términos de capítulo único del título décimo sexto del Código de Procedimientos Civiles; pues cambiar el lugar de residencia de los menores a otro país, con ello se le privaría al padre de la convivencia con sus menores hijos, haciendo nugatorio sus derechos de ejercicio de la patria potestad; por lo que al ser la vía un requisito de procedibilidad, ésta debe estudiarse de oficio..."; porque ciertamente los problemas inherentes a la familia, son de orden público, y tratándose de menores dicha autoridad se encuentra debidamente facultada para intervenir aun de oficio, para proteger y preservar a sus miembros, decretando las medidas que estime procedentes, y en la especie, en apoyo de su consideración cita la tesis de jurisprudencia publicada en la

página 1181 del suplemento de precedentes de la Tercera Sala, correspondiente a los años de 1969 a 1986, bajo el rubro: "VIA. DEBE ESTUDIARSE OFICIOSAMENTE POR EL JUZGADOR"; además funda su razonamiento en lo dispuesto por el artículo 273, fracción I, del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que establece: que cuando los cónyuges se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar un convenio en que se fijen en primer lugar la designación de la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio. ...En el caso, los cónyuges celebraron ante el Juez familiar un convenio de divorcio voluntario (fojas 85 a 87), y modificaron el segundo párrafo de la cláusula segunda del mismo (foja 96), quedando dicha modificación en los siguientes términos: "Los menores hijos del matrimonio Alejandra, Adriana y Arturo, todos de apellidos Stenger Cárdenas, no podrán cambiar de domicilio sin el previo consentimiento de sus padres, los señores Ana Sara Cárdenas Flores y Alejandro Carlos Stenger Rosicart". Dictándose sentencia el nueve de enero de mil novecientos noventa y uno, por el juez familiar, declarando disuelto el matrimonio y aprobado el convenio y su adición; causando ejecutoria dicha sentencia el veintitrés de enero de mil novecientos noventa y uno (foja 105). ...Ahora bien, la segunda cláusula del convenio obligatorio en base al cual se decretó la disolución del vínculo matrimonial, voluntariamente, fue adicionada por ambos cónyuges en la segunda junta de avenencia, celebrada el veintiséis de octubre de mil novecientos noventa (foja 96), en el sentido de que los menores hijos del matrimonio, no podrían cambiar de domicilio sin el previo consentimiento de sus padres los señores Ana Sara Cárdenas Flores y Alejandro Carlos Eugenio Stenger Rosicart; de donde resulta claro, que si uno de los cónyuges se encuentra renuente para otorgar su consentimiento, para modificar el convenio en cuestión, en el que legalmente se sustentó el juicio de divorcio voluntario, dado que, de acuerdo con lo estipulado en sus cláusulas se decretó la disolución antes referida, no es a través de un incidente, como se va a modificar ese convenio, porque legalmente le faltaría fuerza jurídica para llevar a cabo ésta, sino como atinadamente consideró la sala responsable, ello se puede hacer sólo, mediante la vía de controversia familiar, en la que se agoten toda la gama legal de pruebas y de recursos que existan a favor de las partes, para modificar dicho convenio conforme al capítulo único, Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles; además de que como acertadamente lo señala la ad quem, al revocar la sentencia del a quo, lo hace porque de subsistir ésta se privaría a uno de los padres de la posibilidad de convivir con sus hijos, haciendo nugatorios sus derechos de

ejercicio de la patria potestad; por lo que al haberse opuesto el hoy tercero perjudicado a tal solicitud, el a quo debió orlo en la vía de controversia familiar para su caso modificar el mencionado convenio y no, como incorrectamente lo hace a través de un incidente, en que no se puede legalmente modificar una ejecutoria. En tal virtud, al estar legalmente fundada y motivada la sentencia dictada por la sala responsable es de negar el amparo solicitado.

CONSIDERANDO QUINTO.- Los agravios que se sustentan son infundados, por las razones que enseguida se precisarán: A manera de un breve antecedente, debe puntualizarse que en el presente caso, por sentencia dictada el nueve de enero de mil novecientos noventa y uno, por el Juez Vigésimo Quinto de lo Familiar, se declaró la disolución del vínculo matrimonial que unió a la aquí recurrente y al tercero perjudicado, ello a virtud de la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento que ambos presentaron el trece de septiembre de mil novecientos noventa.

De autos constan que para los efectos del artículo 273 del Código Civil, se celebró el convenio que fue anexo a la referida solicitud de divorcio, cuya cláusula segunda, segundo párrafo, fue modificado por acuerdo de las partes en la segunda junta de avenencia celebrada el veintiséis de octubre de mil novecientos noventa, para quedar en los siguientes términos: "Los menores hijos del matrimonio ALEJANDRA, ADRIANA y ARTURO, todos de apellidos STENGER CARDENAS, no podrán cambiar de domicilio sin el previo consentimiento de sus padres los señores ANA SARA CARDENAS FLORES Y ALEJANDRO CARLOS EUGENIO STENGER ROSICART", en el entendido de que en la primera parte de la cláusula segunda del aludido convenio, se estableció: "SEGUNDA.- Convienen igualmente los padres que, tanto durante el procedimiento como después de concluido y ejecutoriada el divorcio, la custodia sobre los tres menores hijos ALEJANDRA, ADRIANA Y ARTURO STEGER CARDENAS, la tendrá y ejercerá la madre señora ANA SARA CARDENAS FLORES. Por lo anterior, los menores vivirán con ella, en el domicilio ubicado en la calle de Romero de Terreros número 731, departamento 4, Colonia del Valle, México, Distrito Federal, C.P. 03100. Una vez alcanzada la mayoría de edad, podrán, si así lo desean los menores, continuar residiendo con la madre."

Ahora bien, en los resolutivos segundo y sexto de la sentencia definitiva en cuanto al aludido convenio se determinó lo siguiente: "SEGUNDO.- Se aprueba en todas y cada una de sus partes el convenio exhibido y su adición hecha al mismo en audiencia de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y se condena a la partes a estar y pasar por él en todo tiempo y lugar. y "SEXTO.- El convenio celebrado por ambas partes, así como su adición hecha al mismo en audiencia de fecha

veintiséis de octubre del año próximo pasado, formarán parte de esta resolución y al expedirse copia certificada de la presente, se anexará copia del referido convenio y audiencia."

Mediante acuerdo de veintitrés de enero de mil novecientos noventa y uno, con fundamento en los artículos 427, párrafo segundo, y 428 del Código de Procedimientos Civiles, se declaró que la sentencia de que se trata causó ejecutoria.

Es el caso, que mediante escrito de dos de julio de mil novecientos noventa y tres, la hoy recurrente, por su propio derecho y en representación de sus menores hijos, en custodia y ejercicio de la patria potestad, con fundamento en los artículos 79, fracción V, 88 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, compareció ante el propio Juez Vigésimo Quinto de lo Familiar a iniciar en la vía incidental, su intervención con el fin de que se concediera autorización judicial para que los menores Adriana, Arturo y Alejandro de apellidos Stenger Cárdenas, pudieran cambiar de domicilio fuera del país y como consecuencia, residir en el extranjero, ello en virtud de que según manifestó, el ocho de mayo de mil novecientos noventa y dos, contrajo matrimonio con el señor Daniel Dean Pollock de nacionalidad norteamericana, quien por necesidad de su trabajo, añadió, tuvo que regresar a su lugar de origen cuyo domicilio se ubica en el estado de California, requiriendo radicar junto con su esposo; petición que fue reiterada posteriormente mediante escrito presentado el ocho de junio de mil novecientos noventa y cuatro, en que se solicitó la reposición de autos, lo cual se decretó en resolución pronunciada el dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cuatro, por haber sido procedente la aludida reposición.

El catorce de julio de mil novecientos noventa y cuatro, Alejandro Carlos Eugenio Stenger Rosicart, desahogó la vista ordenada por el Juez de los autos y dio contestación al incidente planteado, ofreciendo además diversas pruebas.

Una vez desahogadas las distintas probanzas ofrecidas por ambas partes, el diecisiete de noviembre del propio año, se dictó sentencia interlocutoria en la que se determinó que la actora incidentista acreditó fehacientemente los extremos de su pretensión, autorizando a los menores a que residan en el domicilio en que su madre habita actualmente en el extranjero.

Inconforme con dicha resolución el aquí tercero perjudicado apeló de la misma y en la alzada se revocó, al declarar improcedente el incidente planteado. Habiéndose promovido juicio de amparo, le fue negada la protección solicitada a la aquí inconforme, siendo esa sentencia la impugnada en la presente revisión.

Pues bien, es de medular importancia resaltar que la revocación a la interlocutoria que decidió el incidente en cuestión se basó preponderantemente en ponderar la circunstancia de que

para la modificación del acuerdo de voluntades suscrito entre los contendientes al disolverse el vínculo matrimonial que los unió, se requerirá de un nuevo acuerdo de voluntades de las citadas partes en su calidad de padres de los menores, ya que de otro modo, se estableció en dicho acto reclamado, faltando la voluntad de uno de ellos, perdería su naturaleza de convenio, lo cual no es factible modificar en un simple incidente, derivado del procedimiento de divorcio voluntario, sino que el mismos debería tramitarse en vía de controversia del orden familiar, en donde las partes tendrán mayor amplitud de términos y mayor posibilidad de aportar pruebas para conseguir la modificación del citado convenio.

De lo anterior parte la esencia del presente conflicto y a partir de lo cual se analizarán los agravios al respecto esgrimidos en contra de la sentencia recurrida.

En el primero de los agravios, se cuestiona lo inherente a que precisamente por las razones dadas por la Juez de Distrito, en lo relativo a que los problemas relativos a la familia son de orden público y tratándose de menores, la sala responsable se encuentra debidamente facultada para intervenir aun de oficio para proteger y preservar a sus miembros, decretando las medidas que estime pertinentes y que precisamente por esas razones la ad quem debió de considerar que con independencia de la vía optada para solicitar el cambio de domicilio de sus menores hijos por la facultades que confieren los artículos 940, 941, 942 y 943 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, a los jueces del orden familiar, se encuentran en facultad de intervenir aun de oficio en los asuntos que afectan a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos.

Con respecto a lo anterior, cabe hacer algunas consideraciones en lo atinente a lo que implica un incidente y su diferencia con un juicio autónomo en el que recaiga una sentencia definitiva.

*El tratadista Emilio Reus en su obra "Ley de Enjuiciamiento Civil", página doscientos ochenta y cinco, señala que la palabra incidente, deriva del latín *incido*, *incidens* que significa acontecer, interrumpir, suspender y significa en su acepción más amplia, lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal, y jurídicamente, la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal. La palabra incidente puede aplicarse a todas las excepciones, a todas las contestaciones, a todos los acontecimientos accesorios que se originan en un negocio e interrumpen o alteran o suspenden su curso ordinario, incluyéndose hasta incidentes de tipo innominado que se derivan y traen su origen del negocio principal pero siempre encaminados a trazar el procedimiento que ha de*

seguirse en todas las cuestiones que la ley tiene como incidentales de la principal.

Así, el artículo 79, fracción V, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que las resoluciones entre otras, comprenden las decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia, que son las sentencias interlocutorias. Por su parte, el diverso precepto 88 del mismo ordenamiento legal, dispone que los incidentes se tramitarán, cualquiera que sea su naturaleza, con un escrito de cada parte y tres días para resolver. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse, y se citará para audiencia indiferible dentro del término de ocho días, en que se reciba, se oigan brevemente las alegaciones y se cite para sentencia interlocutoria que deberá pronunciarse dentro de los ocho días siguientes.

Finalmente, el numeral 94 del propio cuerpo de leyes, previene que las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria y en la definitiva y que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

Luego, considerados los incidentes en su carácter formal como pequeños procedimientos accesorios al juicio en lo principal, pues sólo se justifican y viven con el riesgo que corre el derecho que en éste se debate, parecería que por la brevedad de su aspecto carecen de eficacia; sin embargo, es tal su fuerza que llegan a imprimir al procedimiento rasgos de su propio fisonomía, interrumpiendo, alterando o suspendiendo su curso ordinario; o bien, lo más significativo, a conducir a diversas situaciones procesales que se dan sobre todo, para que se desarrollen dentro de los cauces trazados por la ley. De ahí que, los incidentes si tengan una singular autoridad; no obstante, cabe la interrogante en el presente asunto de si serán procedentes los incidentes de cualquier índole, concretamente el de tal trascendencia que lleve a revocar un convenio suscrito entre las partes elevado a la categoría de cosa juzgada y que a virtud de tal revocación se autorice a los menores hijos de los contendientes a salir del país y radicar en el extranjero; así mismo, debe de contemplarse el aspecto de si las sentencias que los resuelven tienen la fuerza de la cosa juzgada material y son verdaderas sentencias, o si bien, el problema suscitado en la presente controversia es menester abordarlo en un juicio autónomo en donde por fuerza recaiga una sentencia constitutiva que normalmente produce efectos para lo futuro, o sea, que el nuevo estado jurídico que sobrevenga sólo

empiece cuando la sentencia pasa a cosa juzgada ya que el derecho potestativo para obtener el cambio del estado jurídico mediante la sentencia constitutiva, sólo se realiza si el titular de este derecho acude al juez y demanda el pronunciamiento de la sentencia.

En opinión de este Tribunal Colegiado, es a través de un juicio autónomo en donde se debe dilucidar el problema planteada, puesto que, no se controvierte un aspecto familiar de poca trascendencia, que ya de suyo no lo es, sino un problema en el que van implícitos ante todo, el bienestar de los menores procreados por las partes contendientes y sólo a través de un procedimiento formal que es a lo que verdaderamente se traduce el juicio, es factible ponderar la serie de aspectos y circunstancias que deben tenerse presentes para arribar a la conclusión final de si es o no en beneficio para los citados menores que se revoque la cláusula pactada con el fin de que se de la autorización a que vayan a residir al extranjero bajo la custodia de la madre, en quien recayó tal responsabilidad por mutuo acuerdo.

Consiguientemente, si en un divorcio voluntario, las partes celebran un convenio en el que establecen que la custodia de sus menores hijos, la tendrá la madre, señalándose el domicilio en que deberán vivir y este convenio se eleva a la categoría de cosa juzgada, no puede revocarse ninguna de sus cláusulas a través de una interlocutoria que recaiga al incidente por el que aquélla solicita autorización para salir con sus hijos del domicilio establecido, a otro distinto, ya sea dentro del territorio nacional o del extranjero, toda vez que tal petición debe abordarse a través de un juicio autónomo en el que por fuerza, recaiga una sentencia constitutiva que normalmente debe producir efectos hacia el futuro, es decir, que el nuevo estado jurídico que sobrevenga, sólo empiece cuando el fallo pase a la categoría de cosa juzgada, ya que el derecho potestativo para obtener el cambio del estado jurídico mediante la sentencia, sólo se da si el titular de este derecho, acude ante el juez y demanda el pronunciamiento de esa resolución, en virtud de existir un aspecto familiar importante en el que está implícito, ante todo, el bienestar de menores procreados por los padres contendientes, siendo sólo por medio de un procedimiento formal, que verdaderamente se traduzca en un juicio que facilite ponderar una serie de cuestiones que se tengan presentes para llegar a la conclusión final de, si es o no, en beneficio de los menores, que se pueda revocar alguna cláusula del referido convenio, a efecto de conceder la autorización para que aquéllos vayan a residir a otro domicilio, ya sea dentro del país o fuera de éste, bajo la misma custodia de la progenitora señalada con anterioridad.

Por otra parte, el Código de Procedimientos Civiles no prevé la situación que cuestiona la parte inconforme en el aspecto de

que se le confiera al juzgador común plenas facultades para soslayar el error en la vía incidental ejercitada, toda vez que lo único que el artículo 941, segundo párrafo, prevé, es que la obligación de los tribunales, en los asuntos de orden familiar de suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, cosa que es diametralmente diferente al de permitir o autorizar que una reclamación se ventile mediante un procedimiento que no le corresponde, ya que de aceptarse ese criterio no tendría ningún objeto que los juicios o procedimientos estuvieran regidos por normas previamente establecidas, porque el juzgador podría, a su arbitrio, dejar de acatarlas.

Tampoco, la Juez de Distrito estuvo en aptitud de suplir la deficiencia de la queja en virtud de que no se advierte que la promovente del amparo, aquí recurrente carezca de defensa adecuada que le deje en estado de indefensión violándose con ello la ley en su perjuicio, pues lo que originó la improcedencia de la vía no es posible subsanar a través de la figura jurídica en comentario.

Lo anterior no conlleva a considerar que se pasen por alto disposiciones de orden público, ya que contrariamente, es a virtud de que lo único que se pretende con el acto reclamado al revocar la interlocutoria pronunciada por el juez natural, es salvaguardar las disposiciones legales que dan lineamientos para pedir el derecho, lo cual tiene que seguir un orden jurídico a fin de no afectarse a las demás partes que contienden.

El segundo de los agravios es infundado, habida cuenta que si bien es cierto que el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, establece que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y los demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente, también lo es que en rigor, en el caso de que se trata, estas cuestiones atañen al fondo del problema, que no fue ventilado a virtud de la declaración de improcedencia de la vía y como en el caso, se pretende modificar un aspecto de toral importancia, esto necesariamente implica un juicio en el que se agoten las formalidades indispensables que lleven al juzgador a apreciar las vicisitudes que se contrapongan, de ahí que, si la Juez de Distrito consideró que mediante un incidente no es posible modificar el convenio celebrado porque legalmente le faltaría fuerza jurídica para hacerlo, no se aparta de un sano criterio si se tiene en cuenta que el ánimo que impera es el de que con el acopio de las pruebas que al efecto sean aportadas se acredite lo que mejor convenga a los multimencionados menores.

En lo que ve al tercero de los motivos de inconformidad formulados debe decirse que no le asiste razón a la parte recurrente, toda vez que no es "un simple juego de palabras" la precisión de la vía que debió ser elegida en la especie, puesto que, como ya se vio, en el incidente se va a dilucidar en una forma sumaria una cuestión del juicio principal lo que no es permisible desde ningún punto de vista con respecto a la autorización para que los menores salgan del país, si no se tiene por lo menos la certeza de que cualquier determinación judicial que sea tomada al respecto se llevó a cabo mediante un deshago de pruebas tal que no amerite cuestionamientos, y por otra parte, es importante señalar que en virtud de la relevancia que tiene en el caso el esposos de la recurrente podrá acudir a juicio a fin de probar, en su caso, lo que a su derecho convenga, extremos que sólo son posibles en un juicio formal, dada la amplitud de los términos que ofrece.

En otro orden de ideas, no es controvertible la circunstancia de que los menores de que se trata tiene el derecho a permanecer al lado de madre, preponderantemente el hijo que es menor de siete años, sólo que no debe desconocerse que para ello se requiere que salgan del país con la consecuente autorización del padre y dada su oposición sólo es posible sopesar el problema en vía de un juicio con todas sus fases legales.

En el cuarto de los agravios se externaron cuestionamientos que no desvirtúan la esencia del problema, puesto que, no puede analizarse el derecho que ambos padres tienen a la convivencia, vigilancia y todo lo que implica el ejercicio de la patria potestad, sólo que, en el caso se halla la particularidad de que se pretende modificar un tema de una sentencia definitiva a través de un incidente, lo cual no es posible, ya que esto sólo se puede efectuar con plenitud a través de un juicio autónomo.

En otro orden de ideas, es infundado el quinto de los agravios expresados, habida cuenta de que si bien es verdad que el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles establece que no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o del desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial, también lo es que, en el caso de que se trata, lo medular del problema es la modificación de una cláusula de un convenio que ya fue elevado a la categoría de cosa juzgada, y en esas condiciones, es

imprescindible que se suscriba un diverso convenio con la voluntad de las partes, cuestión que ya fue advertida por la sala responsable o bien que se discuta en el procedimiento correspondiente, y en esa tesitura la formalidad requerida para que el caso se dilucide en un juicio autónomo no es irrelevante como califica la parte inconforme y por ello, la sentencia recurrida se conceptúa conforme a derecho.

Finalmente, si bien es cierto que la Juez de Distrito, omitió dar razones jurídicas de porque se estiman como no aplicables en la especie los criterios invocados en los conceptos de violación, debe considerarse que tal irregularidad no le causa perjuicios a la parte recurrente, si se advierte que el contenido de los mismos versa concretamente sobre la cuestión de alimentos la que si bien es del orden familiar, sin embargo no tiene la trascendencia del problema planteado, puesto que aquí se dilucida si los menores pueden obtener autorización judicial para salir del país a radicar con su madre, quien tiene su custodia, modificando con ello la cláusula segunda de un convenio que ha sido elevado a la categoría de cosa juzgada y sobre lo cual será necesariamente la suscripción de uno nuevo que modifique lo ya concertado o bien se discuta en un juicio.

En merito de lo anterior ante lo infundado de los agravios hechos valer, procede confirmar el fallo impugnado, y por ende negar la protección federal solicitada, sin que en la especie se advierta deficiencia de la queja que suplir al no advertirse una violación manifiesta de la ley que deje a la quejosa sin defensa."

Como señalamos anteriormente, de la resolución transcrita, el Sexto Tribunal Colegiado, emitió la tesis aislada ya identificada, cuyos razonamientos se encuentran inmersos, específicamente, en el considerando quinto, y bajo el título: "CUSTODIA DE MENORES. QUIEN POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES, ELEVADO A LA CATEGORÍA DE COSA JUZGADA TENGA LA, PARA CAMBIAR DEL DOMICILIO PREVIAMENTE ESTABLECIDO A OTRO DISTINTO, YA SEA DENTRO DEL PAIS O FUERA DE ESTE, DEBE SOLICITARLO A TRAVES DE UN JUICIO AUTÓNOMO Y NO POR LA VIA INCIDENTAL", misma que versa literalmente así:

Si en un divorcio voluntario, las partes celebran un convenio en el que establecen que la custodia de sus menores hijos, la tendrá la madre, señalándose el domicilio en que deberán vivir y este convenio se eleva a la categoría de cosa juzgada, no puede

revocarse ninguna de sus cláusulas a través de una interlocutoria que recaiga al incidente por el que aquélla solicita autorización para salir con sus hijos del domicilio establecido, a otro distinto, ya sea dentro del territorio nacional o del extranjero, toda vez que tal petición debe abordarse a través de un juicio autónomo en el que por fuerza, recaiga una sentencia constitutiva que normalmente debe producir efectos hacia el futuro, es decir, que el nuevo estado jurídico que sobrevenga, sólo empiece cuando el fallo pase a la categoría de cosa juzgada, ya que el derecho potestativo para obtener el cambio del estado jurídico mediante la sentencia, sólo se da si el titular de este derecho, acude ante el juez y demanda el pronunciamiento de esa resolución, en virtud de existir un aspecto familiar importante en el que está implícito, ante todo, el bienestar de menores procreados por los padres contendientes, siendo sólo por medio de un procedimiento formal, que verdaderamente se traduzca en un juicio que facilite ponderar una serie de cuestiones que se tengan presentes para llegar a la conclusión final de, si es o no, en beneficio de los menores, que se pueda revocar alguna cláusula del referido convenio, a efecto de conceder la autorización para que aquéllos vayan a residir a otro domicilio, ya sea dentro del país o fuera de éste, bajo la misma custodia de la progenitora señalada con anterioridad. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1906/95. Ana Sara Cárdenas Flores. 3 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretaria: María Teresa Covarrubias Ramos.

En apoyo al criterio sustentado por este Sexto Tribunal Colegiado y Juzgado Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, existen otras tesis aisladas que tienen al juicio autónomo, como la vía correcta para demandar la modificación del convenio de divorcio voluntario una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, y cuyo contenido literal es el siguiente:

"ALIMENTOS, AUMENTO DE LA PENSION DE, EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO (LEGISLACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA). La pensión alimenticia que se fija en el convenio que se aprueba definitivamente en la sentencia que decreta un divorcio por mutuo consentimiento, no se puede revisar en los términos del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California, por no ser susceptible de modificación el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, dado que en esta clase de divorcios,

la fijación de alimentos no es resultado de una disposición de la ley, sino potestativa y convencional. Por lo tanto, solamente son modificables, según el precepto legal primeramente mencionado, las resoluciones judiciales que se pronuncian en negocios de alimentos, cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción deducida en el juicio correspondiente y no cuando se trate de divorcios por mutuo consentimiento, en que no es aplicable el indicado artículo 94 procesal, porque el convenio queda vigente durante el procedimiento del juicio y después de concluido el mismo, hasta que se extinga la obligación voluntaria contraída y porque, además, en el divorcio de referencia los cónyuges no tienen derecho a exigirse alimentos, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 288 del Código Civil." Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tomo: 56 Cuarta Parte. Página: 14.

"DIVORCIO VOLUNTARIO, NO PROCEDE EL AUMENTO DE PENSION ALIMENTICIA DECRETADA EN EL. Habiéndose decretado la disolución del vínculo matrimonial, por virtud de un divorcio voluntario, y aprobado definitivamente el convenio que al efecto se presentó, en el que se fijó una pensión alimenticia a favor de la esposa no procede el aumento de la dicha pensión debido a que legalmente no es alterable ni modificable el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, del Distrito Federal, supuesto que en el divorcio por mutuo consentimiento, es potestativa la fijación de alimentos por voluntad de una de las partes y solamente son alterables y modificables en los términos del artículo 94 del ordenamiento procesal ya invocado, las resoluciones judiciales que se dictan en negocios de alimentos, cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción deducida en el juicio relativo, y no en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, y porque además de dicho juicio los cónyuges no tienen derecho a exigirse alimentos, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 288 de dicho ordenamiento, al estatuir que: "En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización que concede este artículo". En consecuencia, sólo es procedente el aumento de una pensión alimenticia en los casos a que se refiere el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con el artículo 311 del Código Civil y cuyos preceptos no son aplicables al convenio que aprueba definitivamente y para todo tiempo una pensión voluntariamente concedida, el cual no deberá alterarse ni modificarse, porque por mandato expreso de la ley, ninguno de los cónyuges tiene derecho a pensión alimenticia en esa clase de

juicios, ya que incluso pudo no haberse pactado pensión alguna.” Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Tomo: Cuarta Parte, LXXXII. Página: 85.

“INCIDENTES, CONCEPTO DE LOS. Los incidentes sólo pueden interponerse durante la tramitación del juicio, y si un juicio de divorcio quedó concluido con sentencia que Decreto y fijo la pensión alimenticia, que causó ejecutoria, la demanda de, suspensión de dicha pensión alimenticia debe considerarse como autónoma y no como incidental.” Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen LXIX, Primera Parte. Tesis. Página: 15. Tesis Aislada.

De lo antes expuesto, podemos concluir este apartado diciendo que, si bien es cierto, este criterio tan debatido y controversial sustentado por algunos de los Tribunales Federales no es general, sí provoca incertidumbre a los litigantes y en especial a los juzgadores, quienes tienen a costas la obligación de emitir sus resoluciones lo más pegado a derecho posible, encontrándose, cotidianamente ante la disyuntiva de elegir el argumento idóneo o encaminar sus sentencias hacia tal o cual postura, o mejor aún, dictarlas como consideran ellos lo más acertado, esperando que nuestro más Alto Tribunal, sea quien finalmente decida sobre el correcto actuar jurídico, hasta en tanto, no exista una disposición expresa o el criterio por fin sea generalizado y obligatorio.

5.4. APORTACIÓN PERSONAL.

Después de exponer los diversos criterios que se sustentan, tanto en los Juzgados de Primera Instancia, como en las Salas Familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, así como, por los Tribunales Federales, con relación a nuestro tema en estudio, relativo a la modificación del convenio de

divorcio voluntario una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, continuaremos con un breve análisis y/o crítica de lo antes transcrito, en el sentido de apoyar o desvirtuar el actuar jurídico de los funcionarios entrevistados; como premisa, dejaremos establecida nuestra postura al respecto, siendo la siguiente:

Consideramos, que la modificación antes citada, debe realizarse a través de un incidente y no de un juicio autónomo (sea controversia del orden familiar o juicio ordinario, según la prestación que se solicita), atendiendo a algunos de los principios que regulan la instancia, tales como, el de igualdad, de economía procesal y de inmediatez o inmediación, y teniendo por lo pronto, como fundamento lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Debemos de partir con la idea, de que el convenio inicial presentado por los entonces divorciantes, aprobado por el juez e incorporado a la sentencia definitiva, aunque ésta última haya causado ejecutoria, puede modificarse cuando cambien las circunstancias que lo originaron, toda vez, que en él se plasman cuestiones de orden público derivadas de la crisis matrimonial que culmina con el divorcio, tales aspectos de carácter inherente a la extinta familia, son realidades vivientes, sujetas a constantes cambios, a constantes movimientos, tal y como lo es, la realidad humana, como lo es, el propio individuo, pues no puede permanecer estático, ya que la vida no lo es; situación, que no debe desconocer o negar el derecho, cuando él mismo, constantemente se transforma para adecuarse a la realidad social; luego entonces, es el propio derecho quien no puede pretender que los pactos habidos esencialmente en materia familiar, sean inmodificables, ya que por más cuidado y atención que se haya tenido al momento de elaborar el convenio de divorcio para prever todas las situaciones que se pudiesen presentar al paso del tiempo, ningún ser humano se encuentra extinto de evolucionar, de cambiar, de transformarse y de ser precisamente eso, un ser humano, con todo lo que esto implica.

Creando firmemente en lo anterior, se estiman viables dos posibilidades para modificar el convenio original, la primera, cuando en las cláusulas del propio pacto así se hubiere plasmado, esto es, que los divorciantes hayan convenido en el documento original su modificación al ocurrir tal o cual evento, operando sobre la base del mismo convenio, al ocurrir el acontecimiento que originaría el cambio, siendo entonces, solamente el cumplimiento del pacto en forma automática sin necesidad de declaración judicial; y la segunda, cuando se presente alguna circunstancia ajena a los divorciados, posterior a la sentencia, que no haya sido contemplada en el convenio inicial y que por necesidad o conveniencia de éstos, dé como consecuencia la adición o revocación parcial o total del convenio original, mediante una nueva decisión o resolución judicial que así lo decrete, ya que no puede quedar al arbitrio de los divorciados, sin que medie la intervención de un juez, pues se trata de cuestiones inherentes a la familia, sinónimo de orden público.

Ahora bien, esta circunstancia que dé origen a la modificación del convenio inicial, debe tratarse de un hecho nuevo y lo suficientemente evidente y grave que de lugar al cambio, el cual, debe ser justificado, esto es, debe quedar dicho cambio de circunstancias debidamente acreditado en juicio.

A lo anterior podemos agregar, que resulta factible modificar el convenio original, siempre que no se dé como consecuencia el privar a alguno de los progenitores o de los menores e incapaces de sus derechos, así como, limitar o excusar a los primeros de sus deberes y obligaciones, que por el bien tuitivo de que se trata son de orden público y por ende inexcusables. Lo que nos lleva a establecer que la citada modificación tiene sus limitantes con relación a los deberes, obligaciones y derechos que son irrenunciables y no pueden ser materia de convenio alguno, como lo dispone el Código Civil para el Distrito Federal, en sus múltiples artículos, tales como el 6º, 321, 417 y 448.

Como señalamos al inicio de este capítulo, los aspectos que pueden modificarse o son constantemente materia de modificación, son, en vía de ejemplo: lo relativo al derecho de visita, la guarda y custodia de los menores o incapaces, el cambio de domicilio de alguno de los progenitores, los alimentos en cuanto a la reducción, aumento o cancelación de la pensión alimenticia, la garantía dada para el cumplimiento de la obligación alimentaria, etcétera.

Una limitante claramente señalada por nuestra legislación civil, es la relativa a la patria potestad, ya que desde el pacto inicial no es de convenirse respecto a ésta, no es materia del convenio y por ende, no puede solicitarse su modificación de algo que no se convino, porque no está permitido convenir, aunque por razón de práctica diremos, que es común, que en alguna de las cláusulas se señale que ambas partes seguirán ejerciendo la patria potestad sobre sus menores hijos, lo que en ocasiones acarrea confusión y da la creencia a los divorciados de ser lo correcto solicitar la modificación de tal circunstancia, ya sea en vía incidental o mediante un juicio ordinario, siendo negada tal pretensión, ya que la patria potestad no es renunciable y se requiere necesariamente resolución judicial para su pérdida, suspensión o limitación, esto sí, mediante un juicio autónomo completamente independiente del divorcio.

Por otra parte, la modificación posterior a la sentencia de divorcio, debe seguir la misma forma o solemnidad que el convenio original, a fin de que surta todos sus efectos legales, esto es, cuando se solicita el divorcio por mutuo consentimiento la ley, concretamente los numerales 273 del Código Sustantivo Civil y 674 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, exigen a los divorciantes acompañar a su solicitud un convenio, el cual debe ser en forma escrita, como todos los ocurso de las partes y actuaciones judiciales, (con fundamento en el precepto 56 fracción I, del último Código citado), dicho convenio debe ser homologado por el Juez y formar parte de la sentencia en la que se decreta el divorcio; luego entonces, la modificación debe de tener la misma forma escrita, la homologación ante el Juez y que éste dicte una resolución

aprobándola o negándola. En caso de que la modificación hubiera sido hecha en forma verbal, de mutuo acuerdo, alguno de los directamente interesados puede acudir ante los Tribunales Familiares, para exigir que se le dé la debida formalidad.

Hecho lo anterior, retomaremos los comentarios de los funcionarios entrevistados, Jueces y Magistrados, así como las ejecutorias y tesis emitidas por los Tribunales Federales, recordando, en primer término, que seis de los Jueces de Primera Instancia y tres de los Magistrados de Sala, consideraron, que la vía idónea para la modificación del convenio de divorcio voluntario es la incidental, en la cual, no se deja en estado de indefensión a ninguna de las partes, pues es en ella, en la que éstas deben acreditar el cambio de circunstancias que la ameriten, atendiendo a lo dispuesto por el numeral 94 del Código Procesal Civil, ya que en el mismo se establece, que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, y demás que señalen las leyes, pueden alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias en el juicio correspondiente, considerando éste, como un incidente en el juicio que dio origen a tal, esto es, en el de divorcio voluntario; aunado, a que deben ser ellos quienes conozcan de este nuevo procedimiento y lo resuelvan, al ser ellos los que declararon disuelto el vínculo matrimonial, atendiendo al principio de economía procesal y al de inmediatez.

A lo transcrito con antelación, no nos queda más por comentar, que el criterio sustentado por estos funcionarios públicos, es el mismo que nosotros compartimos; agregando, que por obviedad, los litigantes generalmente recurren ante el juzgador que resolvió la disolución del matrimonio, y si se trata de cumplir con los principios consagrados en nuestra Carta Magna, concretamente, en el precepto 17 que señala, que los Tribunales deben estar expeditos para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, y de atender al carácter de orden público de que se encuentran investidas las cuestiones relacionadas a la familia, los juzgadores están obligados a resolver todo lo relativo que se les presente en esta

materia, sin alterar las normas del procedimiento, que son irrenunciables y también de orden público, pero el hecho de elegir como vía idónea para la modificación la incidental, no implica necesariamente una violación procesal, ya que nuestras legislaciones civiles son omisas en indicar, específicamente, el legal actuar jurídico y los incidentes son verdaderos juicios, donde existe una etapa postulatória, una probatoria, una conclusiva, una impugnativa y una ejecutiva, aunque con términos más reducidos o abreviados y con ciertas restricciones como es el caso de la reconvencción.

Ahora bien, por lo que respecta al criterio contrario, sustentado por los dos restantes Jueces entrevistados y por algunos de los Tribunales Federales, en el sentido de que, la modificación al convenio de divorcio voluntario debe tramitarse mediante un juicio autónomo, considerando que no debe restársele importancia al bien que se esta protegiendo, ya que tratándose de cuestiones que afecten a la familia, el juzgador debe poner especial interés y cuidado en las resoluciones que dicta teniendo a la vista todas y cada una de las pruebas que rindan las partes y contar con los elementos necesarios para dictar la resolución correspondiente lo más apegada a derecho, estimando que no es adecuada la vía incidental pues limita a las partes dejándolas en estado de indefensión, al no poder defenderse o plantear sus peticiones, sus hechos y su derecho, como en el juicio autónomo, ya que en el incidente los términos son reducidos, tanto, como para contestar la demanda, como, para ofrecer las pruebas correspondientes, no siendo factible la reconvencción, y contando el juzgador con menos elementos para resolver.

A lo anterior diremos, en primer término que, por lo que respecta a la consideración de estos funcionarios, de que al tramitarse la referida modificación mediante un incidente es restarle importancia a las cuestiones que afectan a la familia, a nuestro entender, dicha afirmación resulta errónea, ya que no se esta afectando el derecho de defensa de las partes, no se esta minimizando, mermando o desconociendo la importancia y trascendencia del bienestar de la familia y de cada uno de sus miembros, simplemente, se esta atendiendo al

cambio de circunstancias que su propia evolución a ocasionado, de una forma permitida por la ley y que contrario a lo esgrimido por éstos, hace que la impartición de justicia sea verdaderamente rápida y expedita, sin que ello implique, limitar al juzgador de poner especial interés y cuidado en las resoluciones que debe dictar, ni le impida tener a la vista todas y cada una de las probanzas que rindan las partes, ni que por mutuo propio, se haga allegar de mayores elementos de convicción.

Asimismo, en cuanto a que la vía incidental limita a las partes y las deja en estado de indefensión, al no poder defenderse o plantear sus peticiones, sus hechos y su derecho, como en el juicio autónomo, pues el incidente acarrea términos más reducidos, para contestar la demanda, ofrecer pruebas, e impide la reconvencción; señalaremos, en primer término, que ésta vía no limita a las partes de exponer o plantear sus peticiones, ni de narrar ampliamente sus hechos ni su derecho, ya que éstas, pueden en sus escritos respectivos explayarse tanto cuanto su realidad y su imaginación se los permita; y en segundo lugar, diremos, que con tal argumento pareciere que los incidentes son procedimientos verdaderamente alejados de todo derecho, procedimientos ilegales, que van en contra de las garantías de cualquier individuo, cosa que no es así, ya que son tan legales y apegados a derecho que el propio Código Procesal los contempla, no en uno, sino en varios artículos, relativos a diversas cuestiones, incluso netamente familiares; negar que la modificación del convenio de divorcio voluntario pueda ser a través de un incidente por considerarlo como un error del derecho, sería negar también, la importancia y aplicación jurídica de los diversos procedimientos que se resuelven en esta vía, procedimientos, como la nulidad proveniente de error o violencia en el desahogo de la prueba confesional, (art. 320); la petición de tachas a testigos, (art. 371); la impugnación de falsedad de un documento, (arts. 345 y 386); la oposición al proyecto de partición de la masa hereditaria, (art. 865); etcétera; los cuales, entonces, de igual forma irían en contra de los primordiales derechos procesales de las partes y deberían tramitarse mediante un juicio ordinario o controversia según sea el caso.

Por lo que respecta, en específico al criterio sustentado por los Tribunales Federales, y concretamente, en la resolución que en el apartado anterior transcribimos, relativa al amparo en revisión resuelto por el SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, antecedente de la tesis aislada, titulada CUSTODIA DE MENORES. QUIEN POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES, ELEVADO A LA CATEGORIA DE COSA JUZGADA TENGA LA, PARA CAMBIAR DEL DOMICILIO PREVIAMENTE ESTABLECIDO A OTRO DISTINTO, YA SEA DENTRO DEL PAIS O FUERA DE ESTE, DEBE SOLICITARLO A TRAVES DE UN JUICIO AUTONOMO Y NO POR LA VIA INCIDENTAL, misma que ya fue identificada con anterioridad y que como señalamos, es de gran aplicación en los Tribunales, recordaremos, que se trataba de un incidente de modificación de convenio tramitado en primera instancia, el cual devenía, de un juicio de divorcio voluntario que ya había causado ejecutoria; en dicho incidente, se solicitaba el cambio de domicilio de los menores habidos en el extinto matrimonio, y tramitado que fue, por sus distintas etapas, se dictó la sentencia interlocutoria correspondiente, en la que se determinó, que la parte actora incidentista había acreditado fehacientemente los extremos de su pretensión autorizando a los menores a que residieran en distinto domicilio del originalmente pactado, inconforme con dicha resolución, el demandado incidentista promovió en su contra el recurso de apelación respectivo, en el que la Sala responsable, revocó la resolución impugnada, basándose en el argumento de "que si faltaba una de las voluntades no se podía modificar el convenio en un simple incidente, derivado del procedimiento de divorcio voluntario, sino que debería tramitarse en vía de controversia del orden familiar," aquí abriremos un paréntesis, para desvirtuar dicho argumento, ya que consideramos que no se puede supeditar la modificación del convenio a que se conjunten ambas voluntades como en el pasado se unieron para redactar el pacto original, toda vez, que las circunstancias han cambiado, no sólo a las que se hace referencia en la modificación, sino en el ánimo de los divorciados, pues sus necesidades ya no son las mismas, si antes consiguieron llegar a un acuerdo, es porque querían divorciarse, ahora ¿cuál va ser el móvil para que nuevamente sea factible un acuerdo entre ellos?, podríamos pensar, que sería el bienestar de los hijos, pero

siendo realistas ¿tal aseveración podría generalizarse?, ¿podríamos decir que todos los padres ven por el bienestar de sus hijos?, no, ya que si así fuera los Juzgados Familiares y las Salas respectivas, se encontrarían desahogadas de trabajo o incluso no existirían. Por otro lado, estimamos, que se ha menospreciado a tal grado al incidente que se habla de él de una forma peyorativa, al decir, que la modificación no puede hacerse a través de un simple incidente, como si tratara de cualquier cosa, sin importancia ni fuerza jurídica.

Continuando con el análisis de la resolución citada, al revocarse la sentencia de Primera Instancia por la Sala responsable, la parte actora incidentista promovió en su contra el juicio de amparo, mismo, que en sus puntos resolutivos negaba la protección de la Justicia de la Unión a la quejosa, confirmando en todos sus términos la sentencia de Segunda Instancia, con el argumento, de que los conceptos de inconformidad hechos valer por ella eran infundados, pues se estimó que la resolución impugnada se encontraba debidamente fundada y motivada, haciendo suyos los argumentos vertidos en ésta, porque ciertamente, los problemas inherentes a la familia son de orden público y tratándose de menores, dicha autoridad se encuentra debidamente facultada para intervenir de oficio, para proteger y preservar a sus miembros y no es a través de un incidente como se va a modificar ese convenio porque legalmente le faltaría fuerza jurídica para llevar a cabo ésta, sino a través de una controversia del orden familiar, en la que se agoten toda la gama legal de pruebas y de recursos que existen a favor de las partes, debiendo de escuchar al demandado incidentista en la vía citada para en su caso, modificar el mencionado convenio y no como incorrectamente lo hace a través de un incidente en que no se puede legalmente modificar una ejecutoria.

Atenderemos por partes dichos argumentos vertidos en el juicio de amparo, comenzando, con el relativo a que la sentencia recurrida se encontraba fundada y motivada, porque los problemas inherentes a la familia son de orden público y que tratándose de menores la Sala responsable se encontraba facultada para intervenir de oficio para protegerlos; ciertamente, no debe o más bien, no puede negarse

que las cuestiones relativas a la familia son de orden público, considerando éste, como el interés que tiene el Estado para intervenir en todos los asuntos que directa o indirectamente le afecten a la familia, estimándola la base de toda sociedad, vigilando que se observe y cumplan los ordenamientos jurídicos a fin de preservar el bienestar de ésta; pero cabría preguntarse ¿hasta qué punto puede decirse que se violenta o se afecta ese orden público?, ¿hasta que punto, los juzgadores pueden basarse en ese principio para hacer o dejar de hacer tal cosa, en aras del orden público?, ¿cuántas cosas justas y cuántas injustas pueden realizarse al amparo del orden público?; por los razonamientos que hemos venido sustentando en este capítulo, consideramos, que el hecho de que se tramite la modificación del convenio en la vía incidental, no afecta a ese tan nombrado orden público y que el hecho de que se tramite de esa forma, tampoco minimiza la importancia que la familia tiene dentro de toda sociedad, ni se pone en peligro el bienestar de sus miembros; ciertamente, tratándose de menores los juzgadores se encuentran facultados para intervenir de oficio como lo previenen los numerales 940 y 941 del Código Adjetivo Civil, pero repetimos, la vía incidental, no coarta el derecho de los menores, no los deja desprotegidos, ni tampoco limita a los juzgadores para que intervenga de oficio en esas cuestiones, y aquí, nuevamente nos preguntaríamos, ¿hasta que punto el juez puede intervenir en un procedimiento bajo la custodia de la palabra "de oficio"?, cuando deben ser las partes las que echen a andar la maquinaria jurídica por las diversas etapas del procedimiento.

Por lo que respecta, a que no es a través de incidente como se va a modificar el convenio, porque legalmente le faltaría fuerza jurídica; tendríamos, que saber a que se refiere exactamente con fuerza jurídica, ya que la resolución por la cual se resuelva un incidente, va a causar ejecutoria en la misma forma que una sentencia dictada en una controversia del orden familiar, en un juicio ordinario o en una jurisdicción voluntaria, además, no podemos restarle valor a las sentencias interlocutorias, ya que entonces caeríamos en un error al considerarlas carentes de fuerza jurídica, pues cual sería el fin de tantos procedimientos en vía

incidental si lo que se resuelva no es lo suficientemente importante y trascendente en el andar jurídico, sino va a tener la fuerza de modificar o declarar un derecho o una obligación, si lo que se decida no va a tener aplicabilidad y no a de observarse; consideramos, que la sentencia interlocutoria por la cual se resuelve el incidente tiene la misma fuerza jurídica que una sentencia definitiva en una controversia, en un ordinario o en una jurisdicción voluntaria.

Y por ultimo, en cuanto a que debe tramitarse la multicitada modificación a través de una controversia del orden familiar, en la que se agoten toda la gama legal de pruebas y de recursos que existen a favor de las partes, debiendo de escuchar al demandado incidentista en la vía citada para en su caso modificar el mencionado convenio y no como incorrectamente lo hace a través de un incidente en que no se puede legalmente modificar una ejecutoria; repetiremos una vez más, que también en un incidente, es jurídicamente viable agotar la gama legal de pruebas y recursos a favor de las partes ya que el artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles, no limita a tal o cual probanza, sólo señala que deben fijarse los puntos sobre los que versen y que deben de tener relación con los puntos cuestionados, condición también establecida para las pruebas en un juicio ordinario, como lo señala el precepto 285 del mismo ordenamiento antes citado, estando incluso en la posibilidad, (a falta de disposición expresa que lo prohíba), el juzgador de hacerse allegar de los medios de convicción que estime necesarios, ya que el numeral 279, al respecto es de carácter enunciativo, más no limitativo, esto es, no prohíbe que en los incidentes el juzgador pueda aplicar tal facultad, no señala, que deba de abstenerse. Y por lo que atañe a los recursos, las partes tienen en sus manos la posibilidad y el derecho de que cuando consideren que una resolución sea cual sea su naturaleza les para perjuicio, interponer el recurso correspondiente, que en este caso sería el de la apelación, (art. 692 C.P.C.), pudiendo incluso solicitar el amparo y protección de la Justicia de la Unión, como en el presente caso se evidencia.

Por otro lado, cuando dice que se debe escuchar al demandado incidentista en la vía citada para en su caso, modificar el mencionado convenio y no como incorrectamente lo hace a través de un incidente en que no se puede legalmente modificar una ejecutoria, cabría preguntarnos ¿en un incidente no se escucha al demandado incidentista?, ya que si es así, repetimos, es totalmente antijurídico y atenta contra la garantía de audiencia consagrada en nuestra Constitución, todo procedimiento que se lleva mediante la vía incidental, ya que según esto, no se escucharía al demandado, dejándolo en total desamparo e indefensión; y también podríamos preguntarnos, ¿realmente no se puede modificar una ejecutoria?, que diferencia transcendental le encontrarían a modificarla a través de un incidente o de un juicio autónomo, ya que a lo largo de este capítulo hemos hecho nulas y banales esas diferencias.

Continuando con el análisis de la resolución emitida por el Sexto Tribunal Colegiado y atendiendo por último, el argumento vertido por éste, recordando que en los considerandos de dicho fallo se señaló como premisa la explicación de la diferencia entre un incidente y un juicio autónomo, estimando al primero como la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal, como pequeños procedimientos accesorios a éste, y dudando, si es a través de él como podría revocarse un convenio suscrito entre las partes y elevado a categoría de cosa juzgada.

En opinión de este Tribunal Colegiado, es a través de un juicio autónomo en donde se debe dilucidar el problema planteado, puesto que, no se controvierte un aspecto familiar de poca trascendencia, que ya de suyo no lo es, sino un problema en el que van implícitos ante todo el bienestar de los menores procreados por las partes contendientes y sólo a través de un procedimiento formal, que es a lo que verdaderamente se traduce un juicio, es factible ponderar la serie de aspectos y circunstancias que deben tenerse presentes para arribar a la conclusión final de si es o no en beneficio para los citados menores que se revoque la cláusula pactada; a este argumento, le aplicaremos lo antes expuesto, en el sentido, de que si se

tramita la multicitada modificación a través de un incidente, no se minimiza la importancia que la familia tiene en la sociedad, ni se desconoce la trascendencia de ésta, ya que a nuestra consideración, tratándose de la familia no hay problemas de poca o mucha trascendencia, toda vez que, todos los conflictos o todo lo que la afecte, es de suma y tal importancia, que merece la aplicación correcta y exacta de la ley. Por otro lado, también en la vía incidental, se procura ante todo el bienestar de los menores, ya que esto no se limita a atenderse sólo en una controversia o en un juicio ordinario, sino en todo tipo de juicios e incluso en cualquier campo del derecho; y la aseveración de que sólo a través de un procedimiento formal, es factible ponderar la serie de aspectos y circunstancias que deben tenerse presentes para decidir, repetimos, en el incidente se cuentan con todas las etapas de un procedimiento formal, o, ¿en qué radica esa formalidad de la cual a su parecer carecen los incidentes?, además, también en éstos pueden ponderarse toda la serie de aspectos y circunstancias que gusten para resolver, pues entonces, ¿en los diversos incidentes en los que existe de por medio el interés de los menores, no se ponderan las circunstancias necesarias para resolver en beneficio de éstos?, ¿por qué el afán de minimizar la importancia de la vía incidental?, con argumentos que de ser ciertos, nos dejarían ver que los incidentes, a parte de que no tendrían fuerza jurídica y de que dejarían a las partes en estado de indefensión, no son capaces de atender las cuestiones inherentes a la familia, ni de velar por su bienestar, nos dejarían ver, como hemos dicho en multicitadas oportunidades, que son procedimientos totalmente antijurídicos, porque atentan contra las garantías mínimas de cada individuo.

Asimismo, en otra parte de la resolución en comento, se señala que si bien es cierto, el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, establece, que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y los demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente, también lo es que, en el caso, se pretende modificar un aspecto

de total importancia, y esto necesariamente implica un juicio en el que se agoten las formalidades indispensables que lleven al juzgador a apreciar las vicisitudes que se contrapongan, de ahí que, si la Juez de Distrito consideró, que mediante un incidente no es posible modificar el convenio celebrado porque legalmente le faltaría fuerza jurídica para hacerlo, no se aparta de un sano criterio si se tiene en cuenta que el ánimo que impera es el de que con el acopio de las pruebas que al efecto sean aportadas se acredite lo que mejor convenga a los multimencionados menores. Creemos firmemente, que en cuanto hace a este argumento, no hay más que podamos decir, toda vez, que se repite lo que en múltiples ocasiones hemos venido comentando, con relación al ofrecimiento y desahogo de las pruebas que pueden aportar las partes al juicio; sin embargo, por la redacción pareciere que nos dan la idea de que el numeral 94 citado, se refiere a cosas de poca trascendencia e importancia, pues al decir, que en el caso se pretende modificar un aspecto de total importancia que implica un juicio en el que se agoten las formalidades indispensables que lleven al juzgador a apreciar las vicisitudes que se contrapongan, le niegan al presente asunto, la aplicabilidad del mencionado precepto por considerar que por lo establecido en él, no se puede tratar en primer término, algo de total importancia, y en segundo lugar, que en él, no se pueden agotar las formalidades necesarias para que el juzgador entienda la sucesión de acontecimientos que se le expongan. Preguntaríamos aquí, ¿no es una resolución dictada en negocios de alimentos, patria potestad, interdicción o jurisdicción voluntaria de total importancia, que impliquen también, un juicio en el que se agoten las formalidades indispensables?, ¿no es obligación de los jueces apreciar en todo tipo de juicios las vicisitudes que se contrapongan?, entonces, ¿esas cuestiones también familiares, también investidas de orden público, no ameritan un juicio autónomo?, ¿en esas cuestiones, el juzgador no debe apreciar las vicisitudes que se contrapongan?; estimamos, que con tales aseveraciones, por defender una postura o un criterio, se esta contradiciendo o menospreciando lo plasmado en la ley, ya que si nuestros legisladores, consideraron prudente modificar a través de un incidente lo relacionado a los alimentos o la patria potestad, cuanto más razón asistiría al tratarse de otras cuestiones también

relacionadas con el bienestar de la familia, pues estos dos supuestos son, por el bien tuitivo de que se trata, de suma importancia.

Por otro lado, señalamos en párrafos anteriores, que esta resolución del amparo en revisión, es el antecedente de la tesis aislada titulada CUSTODIA DE MENORES. QUIEN POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES, ELEVADO A LA CATEGORIA DE COSA JUZGADA TENGA LA, PARA CAMBIAR DEL DOMICILIO PREVIAMENTE ESTABLECIDO A OTRO DISTINTO, YA SEA DENTRO DEL PAIS O FUERA DE ESTE, DEBE SOLICITARLO A TRAVES DE UN JUICIO AUTONOMO Y NO POR LA VIA INCIDENTAL, visible en la Novena Época, Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: II, Noviembre de 1995, Tesis: 1.6o.C.25 C, Página: 519, y que es tan invocada por algunos impartidores de justicia para apoyar su decisión, de estimar un juicio autónomo la vía idónea para la modificación del convenio de divorcio voluntario; la cual, como hemos venido haciendo, estudiaremos brevemente, y para tal efecto la transcribiremos íntegramente:

Si en un divorcio voluntario, las partes celebran un convenio en el que establecen que la custodia de sus menores hijos, la tendrá la madre, señalándose el domicilio en que deberán vivir y este convenio se eleva a la categoría de cosa juzgada, no puede revocarse ninguna de sus cláusulas a través de una interlocutoria que recaiga al incidente por el que aquélla solicita autorización para salir con sus hijos del domicilio establecido, a otro distinto, ya sea dentro del territorio nacional o del extranjero, toda vez que tal petición debe abordarse a través de un juicio autónomo en el que por fuerza, recaiga una sentencia constitutiva que normalmente debe producir efectos hacia el futuro, es decir, que el nuevo estado jurídico que sobrevenga, sólo empiece cuando el fallo pase a la categoría de cosa juzgada, ya que el derecho potestativo para obtener el cambio del estado jurídico mediante la sentencia, sólo se da si el titular de este derecho, acude ante el juez y demanda el pronunciamiento de esa resolución, en virtud de existir un aspecto familiar importante en el que está implícito, ante todo, el bienestar de menores procreados por los padres contendientes, siendo sólo por medio de un procedimiento formal, que verdaderamente se traduzca en un juicio que facilite ponderar una serie de cuestiones que se tengan presentes para llegar a la

conclusión final de, si es o no, en beneficio de los menores, que se pueda revocar alguna cláusula del referido convenio, a efecto de conceder la autorización para que aquéllos vayan a residir a otro domicilio, ya sea dentro del país o fuera de éste, bajo la misma custodia de la progenitora señalada con anterioridad.

Iniciaremos este estudio, atendiendo al argumento de que ninguna de las cláusulas pactadas en el convenio de divorcio por mutuo consentimiento puede revocarse a través de un incidente sino mediante un juicio autónomo en el que por fuerza, recaiga una sentencia constitutiva que normalmente debe producir efectos hacia el futuro, es decir, que el nuevo estado jurídico que sobrevenga, sólo empieza, cuando el fallo pase a la categoría de cosa juzgada; ahora bien, se habla de que la revocación de la cláusula debe ser mediante un juicio autónomo al que le recaiga una sentencia de carácter constitutiva, la pregunta aquí sería ¿a un incidente no le recae una sentencia constitutiva?, ¿una sentencia interlocutoria no produce efectos hacia el futuro?, atendiendo a la doctrina, especialmente a lo expuesto por el Maestro JOSE OVALLE FAVELA, en su obra citada en capítulos anteriores, "las sentencias constitutivas son aquellas que crean, modifican o extinguen un estado jurídico"⁹⁹; luego entonces, tendríamos que a un incidente si le recae una sentencia constitutiva, pues una interlocutoria puede crear, modificar o extinguir un estado jurídico, estas características no son exclusivas de la definitiva de una controversia o de un ordinario, y la interlocutoria también produce efectos hacia el futuro, el nuevo estado jurídico que se decreta en ella, va a comenzar al momento de que ésta cause ejecutoria, pues el artículo 79 del Código de Procedimientos Civiles, le da el carácter de sentencia a esa resolución, denominada interlocutoria, por la cual, se resuelve un incidente, y en el capítulo relativo a la sentencia ejecutoriada, no la excluye de sus supuestos.

Por lo que respecta, a la aseveración relativa a que, el derecho potestativo para obtener el cambio del estado jurídico mediante la sentencia, sólo se da si el titular de este derecho, acude ante el juez y demanda el pronunciamiento de esa resolución; diremos, que el derecho potestativo, esto es, facultativo, que puede

⁹⁹ Ob. cit., pág. 201.

hacerse o no, ejercitarse o no, las partes lo tienen en sus manos en cualquier momento, el hecho de que se tramite mediante un incidente no coarta ese derecho, no lo limita, por el contrario se ejerce plenamente, ya que facultativamente, la actora incidentista esta ejerciendo su derecho de acudir ante el juez, demandando el pronunciamiento y la declaración favorable a sus pretensiones, esto es, independientemente si el titular del derecho, lo hace en la vía incidental o juicio autónomo, lo esta ejerciendo potestativamente; y en cuanto la vía incidental, se refiere, al promover un incidente, éste persigue igualmente un fin y es el que queden satisfechas las pretensiones en él demandadas, mediante la sentencia correspondiente.

Ahora bien, en cuanto a que lo anterior, es en virtud de existir un aspecto familiar importante en el que está implícito, ante todo, el bienestar de menores procreados por los padres contendientes, siendo sólo por medio de un procedimiento formal, que verdaderamente se traduzca en un juicio que facilite ponderar una serie de cuestiones que se tengan presentes para llegar a la conclusión final de, si es o no, en beneficio de los menores, que se pueda revocar alguna cláusula del referido convenio, señalaremos una vez más, lo que a lo largo de este apartado hemos comentando, en cuanto a que, en la vía incidental, tiene igual importancia y trascendencia todas las cuestiones inherentes a la familia y principalmente tratándose de menores, esto, no es una exclusividad de las controversias del orden familiar ni de los juicios ordinarios, ya que todas las resoluciones que afecten directamente a los menores deben ser buscando su bienestar, sea definitiva, interlocutoria, auto, decreto, todo. Asimismo, los incidentes, como hemos expuesto anteriormente, son verdaderos juicios en los cuales las partes pueden en sus escritos respectivos hacer valer lo que a su derecho convenga, ofreciendo pruebas para acreditar su dicho, las cuales se desahogarán debidamente en la audiencia respectiva y por último, se dictará sentencia, pudiendo incluso recurrirla por los medios que establece la ley. Así también, no debemos olvidar, que en los incidentes, de la misma forma le asiste al juzgador la obligación de ponderar, esto es, considerar o examinar detenidamente

todas las cuestiones que le planteen las partes, así como, valorar todas las probanzas con las cuales se permita, llegar a la conclusión final.

A manera de conclusión del análisis de la tesis citada, así como del criterio sustentado por el Tribunal Colegiado que la emitió, diremos, que a nuestra consideración, los argumentos vertidos por dicha autoridad, no resultan ser del todo convincentes para estimar que la vía idónea para la modificación del convenio de divorcio voluntario, sea un juicio autónomo, pues con los razonamientos vertidos, no se desvirtúa la aplicabilidad de la vía incidental, pues si su fin es la protección de los menores, también en los incidentes se les procura, si su preocupación es dejar a alguna de las partes en estado de indefensión al no poder defenderse planteando sus pretensiones, sus hechos y su derecho debidamente, (situación que no acontece), este argumento deberían de aplicarlo no sólo a la modificación del convenio, sino a todos los incidentes que en la práctica los Tribunales se ven obligados a tramitar y resolver diariamente.

A mayor abundamiento, y con relación al tema en estudio, el Doctor en Derecho, LAZARO TENORIO GODINEZ, estimó prudente, realizar una reflexión sobre la modificación de convenio en el divorcio voluntario, en específico, a la tesis en cuestión, señalando que: "existe un criterio generalizado de la autoridad federal y que es aplicado con frecuencia por los tribunales de alzada, donde se sostiene que no puede modificarse un convenio de divorcio voluntario mediante un incidente, por no ser la vía idónea, sino que, es necesario intentar la acción respectiva a través de un juicio autónomo de controversia del orden familiar, esgrimiendo argumentos que a nuestro parecer y con el debido respeto que se merecen quienes simpatizan de su observancia y aplicación, resultan anacrónicos, insuficientes e inefaces para lograr una pronta y completa impartición de justicia, como lo ordena el artículo 17 de la Constitución Federal." ¹⁰⁰

¹⁰⁰ TENORIO Godínez, Lázaro. "Reflexiones sobre la Modificación de Convenio en el Divorcio Voluntario". Periódico Tribuna, Procuración y Administración de Justicia. Editor Licenciado Luis Guzmán Ramírez, Suplemento Mensual, número 83, México, 1º de Noviembre de 1999, pág. 3AJ.

Consideró como argumentos de la Autoridad Federal para desestimar la vía incidental los siguientes:

- a) La petición debe hacerse a través de un juicio autónomo en el que por fuerza recaiga una sentencia constitutiva que debe producir efectos hacia el futuro, es decir, que el nuevo estado jurídico que sobrevenga, sólo empiece cuando el fallo pase a la categoría de cosa juzgada.
- b) El derecho potestativo para obtener el cambio del estado jurídico mediante la sentencia, sólo se da si el titular de este derecho, acude ante el Juez y demanda el pronunciamiento de esa resolución.
- c) En virtud de existir un aspecto familiar importante, en el que está implícito, ante todo, el bienestar de los menores procreados por los padres contendientes.
- d) Sólo por medio de un procedimiento formal, que verdaderamente se traduzca en un juicio que facilite ponderar un serie de cuestiones que se tengan presentes para llegar a la conclusión final de, si es o no, en beneficio de los menores." ¹⁰¹

Ahora bien, en contra de dichas aseveraciones de la Autoridad Federal, señaló: "En el Título relativo al divorcio por mutuo consentimiento, no existe ningún precepto que disponga lo que la autoridad federal ha venido ordenando en diversas tesis. Sin embargo, cuando se promueve la modificación de un convenio celebrado en una controversia del orden familiar e incluso en un juicio de divorcio necesario o de pérdida de patria potestad, en término de los artículos 55, 272 "A" y 941 del Código de Procedimientos Civiles, el único precepto aplicable a la fecha, es el 94 del Código de Procedimientos Civiles, que en su segundo párrafo dice:

...Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las

¹⁰¹ Loc. cit.

circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

Como podemos observar, este precepto contempla una disposición de carácter enunciativo y no limitativo, por lo tanto de ninguna manera obliga a promover la modificación pretendida mediante un juicio autónomo, máxime que el promover ante el mismo juez que conoció del "juicio correspondiente", tendrá varias ventajas, pues dicho juzgador ya habrá ejercitado el principio de inmediatez, por lo tanto podrá seguir con mayor eficacia la secuencia de la situación familiar de las personas involucradas en el conflicto, y al mismo tiempo existirá una economía procesal considerable, al ya existir en el juicio principal los documentos base de la acción y estudios, en su caso practicados.

Ahora bien, los argumentos vertidos por la autoridad federal, podemos desvirtuarlos de la siguiente manera:

- a) Si bien el incidente no constituye propiamente un juicio autónomo, si representa, dada su naturaleza jurídica, un juicio que ventila una cuestión accesoria del principal, que al resolverse mediante sentencia interlocutoria firme, habrá de producir efectos hacia el futuro, con la posibilidad de ser modificable cuantas veces cambien las circunstancias que motivaron el ejercicio de la acción correspondiente.
- b) Para promover el juicio incidental, resulta indudable que el titular del derecho, sea la madre, el padre o los hijos, tendrán que solicitar el pronunciamiento de una sentencia interlocutoria donde se resuelva sobre las prestaciones reclamadas en el proemio de su demanda, previa la observancia de las formalidades respectivas que ordena el Código de Procedimientos Civiles.
- c) El hecho de promover en la vía incidental de ninguna manera implica soslayar la importancia que representa el bienestar de los menores procreados por los padres contendientes, como parecería interpretar *contrario sensu*, la autoridad federal, pues el conducirnos con tal premisa significaría que ni aún en los juicios de divorcio necesario sería factible la modificación de determinado

convenio reconocido por el juzgador para resolver sobre alimentos y guarda y custodia. Sin embargo, a la fecha la vía idónea y más eficaz ha sido precisamente la incidental.

- d) Contrario a lo sostenido por la autoridad federal, un procedimiento incidental, no deja de ser un procedimiento formal y menos un juicio donde verdaderamente se ponderen la serie de cuestiones que se tengan presentes para llegar a la conclusión final de, si es o no, en beneficio de los menores, por el contrario, existe un pleno respeto a los derechos fundamentales de los peticionarios, como lo son la garantía de audiencia, de petición, de defensa, de prueba, de igualdad ante los actos procesales, etcétera.

En la práctica jurídica cuando se ha promovido un incidente de modificación en aquellos asuntos que han terminado mediante un convenio, no se ha presentado ningún problema de los que pretende prever la autoridad federal, sino por el contrario, el juez hace uso de las amplias facultades que le otorga la ley para allegarse de elementos de prueba y tomar todas las medidas necesarias para resolver la litis planteada, como si se tratara de un juicio autónomo, con sus formalidades respectivas.

En consecuencia, a fin de evitar resoluciones ineficaces y dilatorias, sería conveniente esclarecer legalmente la vía idónea para modificar un convenio de divorcio voluntario, mediante una adición al Título del Divorcio por Mutuo Consentimiento, contemplando preferentemente que se autorice la vía incidental.¹⁰²

No esta por demás señalar, que lo manifestado por el citado Doctor en Derecho, son argumentos que estimamos acertados y jurídicamente válidos, ya que de cierta forma, simpatizan con lo plasmado a lo largo de este capítulo, estimando la vía incidental como la idónea para la multicitada modificación de convenio y haciendo nuestros los razonamientos vertidos por él.

¹⁰² Loc. cit.

A manera de conclusión a este trabajo diremos, que siendo el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento una de las formas de resolver los problemas y dificultades que se presentan en la culminación del fracaso matrimonial y siendo también, un procedimiento relativamente sencillo en el que prevalece la voluntad de los divorciantes para solicitarlo y establecer la manera en la cual se llevará su vida futura y la forma de cumplir con sus obligaciones y disfrutar de sus derechos, mediante el convenio que para tal efecto exige la ley, quedando plasmado en él, la regulación de cuestiones netamente familiares, netamente humanas, que siguen la ley de la vida, del destino y del futuro incierto para todo individuo, no exentas de evolucionar, y que por esa misma evolución, lo que en un momento especial fue útil, dejare de pronto de serlo, cualquiera de los divorciados están en posibilidad y de considerarlo necesario, demandar y solicitar la modificación del referido pacto, alegando un cambio de circunstancias que en el juicio correspondiente, esto es, a través de un incidente de modificación de convenio, deberá acreditar, siendo esta vía la idónea, atendiendo a los principios que rigen la instancia, tales como el de inmediatez o intermediación, igualdad y economía procesal, esto es, que la modificación citada, se realice ante el juez que decretó el divorcio, pues es él, quien una vez ejerció el principio de inmediatez al actuar junto con los divorciantes, con quien existió un contacto personal, y quien sin mayor problema podrá decidir sobre la nueva situación que se presenta; existiendo en este procedimiento la igualdad entre las partes, pues ambas, pueden señalar y defender sus pretensiones y su derecho existiendo en su favor la garantía de audiencia y e igualdad que como individuos y parte en el proceso, les reconoce y consagra nuestra Carta Magna; facilitando al juzgador y a las partes la prosecución del juicio, al existir ya en el expediente inicial, los documentos base de la acción y todo lo actuado en el divorcio.

Por otra parte, estimando acertada la opción citada por el Doctor en Derecho, LAZARO TENORIO GODINEZ, que ante la falta de disposición expresa en el capítulo correspondiente, y a fin de facilitar o evitar conflictos, haciendo la impartición de justicia verdaderamente pronta y expedita, no dejando al arbitrio de

los juzgadores la forma de llevar a cabo la modificación del convenio, sería prudente la adición al Título Décimo Primero, denominado Divorcio por Mutuo Consentimiento, Capítulo Único, en cuanto a la forma o la clara expresión de la vía por la cual se tramitará la modificación al convenio de divorcio voluntario, una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, misma, que a nuestro parecer, debe dejar en claro que se tramitará en la vía incidental cualquier modificación, en virtud de los razonamiento planteados con antelación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La regulación del matrimonio en nuestro país, a partir de la dominación española se encontraba en manos de la Iglesia Católica, hasta mediados del siglo XIX, concretamente el veintisiete de enero de mil ochocientos cincuenta y siete, cuando se publicó la primera ley que fundaba en México las oficinas del Registro Civil, la cual, en sus artículos relativos, obligaba a los cónyuges a que con posterioridad al matrimonio eclesiástico, pero dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, registraran el contrato de matrimonio ante dicha institución, so pena de que de no hacerlo éste, no produciría efectos civiles.

SEGUNDA.- Siendo en ese entonces, Presidente de la República Mexicana, Don Benito Juárez García, promulgó diversas leyes y decretos en los cuales le concedía al matrimonio, el carácter de contrato civil y a los contrayentes, la obligación de acudir ante las oficinas del Registro Civil, para celebrarlo desconociendo por completo, su carácter religioso.

TERCERA.- En el año de mil ochocientos setenta, se promulga en los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, el cual, deroga toda la legislación anterior y estima al matrimonio, como una sociedad legítima, mismo, que fue derogado por el Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California, de mil ochocientos ochenta y cuatro, quien continuó, con los mismos lineamientos que su antecesor. No fue, sino hasta el año de mil novecientos diecisiete, con la promulgación de la Ley Sobre Relaciones Familiares, cuando se vuelve a la idea de considerar al matrimonio, como un contrato civil y sustituye el adjetivo de indisoluble, por el de disoluble, aseveración esta última, que se conserva en el Código promulgado en el año de mil novecientos veintiocho, pues, éste sigue las directrices de la citada ley, con excepción de otorgarle el carácter de contrato civil, al señalar solamente "el contrato de matrimonio".

CUARTA.- Al ser reguladas las cuestiones relativas al matrimonio por la Iglesia Católica en los tiempos de la conquista española, el divorcio seguía las directrices que esta doctrina marcaba, permitiendo, sólo la separación de lecho y habitación en casos extremadamente graves y consagrados en el Derecho Canónico; y aun, cuando el Estado toma las riendas, por cuanto hace al matrimonio, éste fue considerado por mucho tiempo indisoluble, dada la influencia de la religión en nuestro país.

QUINTA.- Hacia el año de mil ochocientos setenta, con la promulgación del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, se establece el divorcio, pero no en cuanto al vínculo, pues se estimaba indisoluble, sino en cuanto a la separación de los cónyuges; señalando, siete causas, y surgiendo el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento. En el mismo orden de ideas, se promulgó, en el año de mil ochocientos ochenta y cuatro, el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, el cual derogó al anterior, conteniendo un total de trece causas legítimas de divorcio, entre las que se encontraba el mutuo consentimiento. Con la Ley Sobre Relaciones Familiares de mil novecientos diecisiete, se considera, que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro, disminuyendo a doce las causas de divorcio, permaneciendo el mutuo consentimiento dentro de ellas. Y por último, en el Código Civil de mil novecientos veintiocho, en cuanto a la definición del divorcio, continúa en el mismo estilo, la diferencia radica, en el número de causas de divorcio aumentándolas a diecisiete.

SEXTA.- La impartición de justicia en la Época Colonial, se encontraba bajo la tutela de los españoles, quienes aplicaban sus normas y principios jurídicos. No fue, sino hasta el año de mil ochocientos setenta y dos, cuando se promulga en la República Mexicana, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, en el que se estimaba, concretamente, en el Título XIV, que los incidentes eran las cuestiones que se promovían en un juicio y que tenían relación inmediata con el negocio principal, estableciendo su

tramitación y los términos para ésta. En el mismo orden, se encontraron los Códigos de Procedimientos Civiles de mil ochocientos ochenta y mil ochocientos ochenta y cuatro, aunque, con términos más reducidos que los que marcaba su antecesor. Hacia el año de mil novecientos treinta y dos, cuando se promulga el Código de Procedimientos Civiles, que actualmente nos rige, se suprime el capítulo relativo a los incidentes, dejándolos de manera aislada en diversos numerales.

SÉPTIMA.- Hasta antes de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, del veinticinco de mayo del año dos mil, las cuales, entraron en vigor el primero de junio del mismo año, no existía en él, una definición del matrimonio, por lo que, los doctrinarios se daban a la tarea de formularla, viéndonos en la necesidad de considerar la que mejor se acercara a nuestras expectativas; sin embargo, el actual artículo 146 del citado Código, establece y define al matrimonio, como "la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada." Definición que viene a llenar un vacío legal en cuanto a esta figura jurídica se refiere.

OCTAVA.- Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, pues se ha pretendido verlo desde distintos puntos de vista, esto es, como una institución, un acto jurídico condición, un acto jurídico mixto, un contrato ordinario, un contrato de adhesión, un estado jurídico y como un acto de poder estatal; más sin embargo, estimamos, que no se le puede negar el carácter contractual, pues la manifestación de voluntad, es considerada un elemento esencial de este acto, contando con la capacidad de los contrayentes y sin que existan vicios en su conformación; pero sería pues, un contrato sui generis, al no adecuarse a las clasificaciones de los contratos en general y sin apartarnos, de que es también una institución, un acto jurídico condición, un acto jurídico mixto,

un contrato de adhesión y un acto de poder estatal, es pues, un contrato sui generis con todas estas características.

NOVENA.- Por lo que se refiere al divorcio, doctrinariamente, no se ha suscitado pugna alguna en cuanto a su definición, dado que nuestras legislaciones civiles a lo largo de la historia legislativa de México, han contemplado su significado. Actualmente, el numeral 266 del Código Civil para el Distrito Federal establece, que "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se clasifica en voluntario y necesario...". La anterior proposición, si bien es cierto, resulta ser demasiado concreta, también lo es, que la definición de esta figura jurídica, no ocasiona una grave dificultad, para ser debidamente entendida, es simplemente una forma reconocida por la ley de disolver el vínculo matrimonial en vida de los esposos.

DÉCIMA.- La naturaleza jurídica del divorcio, radica esencialmente, en la forma por la cual se lleva a cabo o se solicita, esto es, resulta un acto jurisdiccional en los casos del divorcio voluntario y necesario, pues se tramitan ante un órgano jurisdiccional; y, es un acto administrativo, cuando se solicita ante el Oficial del Registro Civil, al tratarse de un divorcio administrativo.

DÉCIMA PRIMERA.- Si estimamos la definición que de convenio nos da la doctrina netamente civil, y nos acercamos a la teoría de las obligaciones, tendríamos que convenio, según el precepto 1792 del Código Sustantivo Civil, "es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones", pero si aplicamos dicha concepción a la materia familiar y en específico al convenio que se refiere el artículo 273 del citado Código, requisito indispensable para la procedencia del divorcio por mutuo consentimiento, tendríamos, que convenio familiar, es: la declaración de voluntad plurilateral, que tiene por objeto, crear, modificar, transferir, extinguir o reglamentar deberes, obligaciones y derechos que se presentarán al momento de disolverse el vínculo jurídico del matrimonio.

DÉCIMA SEGUNDA.- Con relación a la naturaleza jurídica del convenio a que hace alusión el numeral 273 del Código Civil, y en atención a su definición, diremos, que es un acto jurídico del derecho familiar, de carácter plurilateral y mixto; plurilateral, porque se exterioriza y plasma la voluntad de ambos cónyuges en su conformación; y, mixto, pues tienen ingerencia en él, tanto los divorciantes como el juez de lo familiar y el ministerio público como representante social.

DÉCIMA TERCERA.- Por cuanto hace a la definición de los incidentes, debe decirse, que en nuestra legislación procesal vigente, no existe precepto alguno que la dé claramente; sin embargo, atendiendo a la doctrina, diremos que los incidentes son "procedimientos legalmente establecidos para resolver cualquier cuestión que con independencia de la principal surja en un proceso". Y con relación a su naturaleza jurídica, tenemos como su antecesor a los llamados juicios sumarios, pues son éstos, sinónimo de rapidez, al requerir de un trámite con brevedad de plazos o de solemnidades.

DÉCIMA CUARTA.- La clasificación de los incidentes, puede verse desde distintas perspectivas, esto es, puede estimarse desde el punto de vista del momento procesal en que han de fallarse; por los efectos que pueden originarse en cuanto a la marcha del proceso; por su denominación particular; por su procedencia; por su objeto y por su materia. Su tramitación se encuentra consagrada en el artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

DÉCIMA QUINTA.- Existen diversas clases de divorcio según el punto de vista desde el que se contemple, se puede hablar de divorcio vincular y no vincular; divorcio sanción o remedio y divorcio necesario o voluntario; este último puede ser administrativo o judicial.

DÉCIMA SEXTA.- El divorcio voluntario administrativo es aquel, que se solicita de mutuo acuerdo, ante el Oficial del Registro Civil, como lo dispone el

numeral 272 del Código Sustantivo Civil. Esta clase de divorcio, facilita enormemente la disolución del vínculo matrimonial, basta la manifestación de la voluntad de los divorciantes y cumplir con los requisitos y formalidades exigidas por dicha Institución.

DÉCIMA SÉPTIMA.- El divorcio voluntario judicial es aquel, por medio del cual se disuelve el vínculo matrimonial, por mutuo consentimiento de los cónyuges y previo el decreto de autoridad competente (Juez de lo Familiar). Encuentra su fundamento legal en el precepto 273 del Código Civil. Su tramitación de carácter especial se encuentra prevista en el Código Procesal Civil, visible en el Título Décimo Primero, Capítulo Único, de los artículos 674 a 682.

DÉCIMA OCTAVA.- El divorcio necesario es aquel, que disuelve el vínculo matrimonial, previo el decreto de la autoridad competente, a petición de uno de los cónyuges, basándose en alguna de las veintiún causales señaladas en la ley civil, concretamente en el numeral 267, teniendo este precepto carácter limitativo y otorgándole a cada una de ellas, naturaleza autónoma. Su trámite es seguido ante un Juez de lo Familiar, mediante un juicio ordinario civil.

DÉCIMA NOVENA.- Como lo indicamos en líneas precedentes, el divorcio voluntario judicial, encuentra su fundamento legal en el artículo 273 del Código Sustantivo Civil, el cual nos remite para su tramitación al Código Adjetivo Civil, quien señala, que los consortes que decidan divorciarse por mutuo consentimiento deben ocurrir al tribunal competente, presentando el convenio a que se refiere el primer numeral en mención, a lo que debemos decir, que los divorciantes deben presentar una solicitud de divorcio en la que quede plasmado el citado convenio, debiendo cumplir con los requisitos establecidos para los recursos de los peticionarios de justicia, acompañándola, además, con los documentos base de la acción o los que estimen pertinentes según su propia necesidad y lo que pretendan acreditar en el procedimiento.

VIGÉSIMA.- El multicitado convenio que exige nuestra legislación civil, para la procedencia del divorcio voluntario, como hemos dicho con antelación, encuentra su fundamento legal en el numeral 273 del Código Civil, y en él, los cónyuges deben plasmar la forma y modo de cumplir con sus obligaciones y ejercer sus derechos. Este precepto es de carácter enunciativo, pudiendo los divorciantes establecer las cláusulas que se adecuen a sus necesidades, con las limitaciones que marca la ley. Si este convenio no cumple con lo exigido, no será de aprobarse y por consiguiente, tampoco se decretará la disolución del vínculo matrimonial.

VIGÉSIMA PRIMERA.- El Ministerio Público, es una institución unitaria y jerárquica dependiente del Ejecutivo, quien es representado en los juzgados familiares, por la persona que deberá opinar sobre los intereses de los ausentes, menores o incapacitados y será el responsable de estudiar y emitir su opinión sobre el convenio presentado por los cónyuges, teniendo el derecho de ser escuchado sobre los puntos del convenio cuando sean violatorios y en contra de los citados; tiene el derecho también, de proponer modificaciones que estime pertinentes, sólo por lo que se refiere a los menores, ausentes o incapacitados así como, en lo relativo a los alimentos para el cónyuge acreedor y su separación, puede incluso, oponerse a la aprobación del convenio, debiendo comparecer a las juntas de avenencia, para actuar según las circunstancias lo requieran, siempre velando por el bienestar y la seguridad de los indefensos, que en el presente caso se trata de los menores, ausentes, incapacitados y cónyuge acreedor de alimentos.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- Como lo disponen los artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles, el juzgador se encuentra obligado a entablar con los divorciantes y en presencia del representante del Ministerio Público, dos pláticas, llamadas juntas de avenencia, con la finalidad de exhortar a los cónyuges para que no persistan en su idea de divorciarse, en beneficio de los propios consortes y de los hijos habidos en el matrimonio; y en su caso, discutir lo

concerniente a las cláusulas del convenio que así lo requieran. Estas juntas tendrán verificativo dentro de los ocho días y antes de los quince días siguientes de admitida la solicitud de divorcio, la primera; y la segunda después de los ocho y antes de los quince días de solicitada.

VIGÉSIMA TERCERA.- Una vez celebradas las dos juntas de avenencia que marca la ley procesal civil, el juzgador citará a las partes para oír sentencia definitiva, misma que entenderemos como la resolución dictada por la autoridad competente, (Juez de lo Familiar), por la cual, decide la causa o punto sometido a su conocimiento, siendo ésta de carácter constitutivo y susceptible de ser impugnada mediante el recurso de apelación. En esta decisión judicial, el juez del conocimiento, aprobará en todos sus términos o no, el convenio celebrado por los divorciantes decretando, como consecuencia, la disolución o permanencia del vínculo matrimonial. Esta sentencia será dictada dentro de los quince días hábiles, contados a partir de que surta efectos el auto de su citación. Una vez que la resolución que decreta el divorcio cause ejecutoria, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto por los numerales 291 del Código Civil y 682 del Código Adjetivo Civil, esto es, hacer del conocimiento al Juez del Registro Civil en que se celebró el matrimonio, de su disolución.

VIGÉSIMA CUARTA.- Mucho hemos hablado del convenio a que se refiere el precepto 273 del Código Sustantivo Civil, pacto que en su caso, el juzgador aprobará decretando la disolución del vínculo matrimonial y elevará a la categoría de cosa juzgada; pero al transcurso del tiempo en repetidas ocasiones, lo originalmente acordado, resulta inaplicable y obsoleto, al cambiar pues, las circunstancias que le dieron origen, por lo que, se estima que aún cuando la sentencia por la cual se decretó el divorcio por mutuo consentimiento, haya aprobado en todos sus términos el multicitado pacto, y aún cuando haya sido elevada a cosa juzgada, dada la evolución de los seres humanos que resulta innegable, dicho convenio, es susceptible de ser modificado parcial o totalmente.

VIGÉSIMA QUINTA.- Algunos de los jueces de primera instancia, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, estiman, con relación a la modificación del convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, una vez ejecutoriada la sentencia que decretó el divorcio voluntario, en cuanto a la vía en la cual debe promoverse, que es mediante un juicio autónomo, dado que por tratarse de cuestiones que afectan directamente a la familia y en específico tratándose de alimentos, menores o incapacitados, el juzgador debe poner esencial interés y cuidado en las resoluciones que dicta teniendo a la vista todas y cada una de la pruebas que rindan las partes y contar con los elementos necesarios para emitir la resolución correspondiente, por lo cual, no resulta aplicable lo dispuesto por el numeral 94 del Código de Procedimientos Civiles, no siendo viable en consecuencia, para ellos, tramitarse la modificación mediante la vía incidental.

VIGÉSIMA SEXTA.- Otros juzgadores, también de primera instancia y magistrados integrantes de las Salas Familiares, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, estiman, que la vía idónea para promover la modificación del convenio de divorcio voluntario una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, es la incidental, con fundamento en lo dispuesto por el precepto 94 del Código Adjetivo Civil y en base a los principios de inmediatez y economía procesal, sin que ello implique la violación al principio de igualdad y audiencia de las partes y sin que se vulneren los derechos de los menores e incapaces, procurando en todo tiempo su bienestar y su seguridad.

VIGÉSIMA SÉPTIMA.- El criterio que al respecto, se ha venido sustentando en algunos de los Tribunales Federales, es que la citada modificación al pacto original celebrado por los divorciantes, se realice mediante un juicio autónomo, dado, que los problemas inherentes a la familia son de orden público y tratándose de menores, dicha autoridad se encuentra debidamente facultada para intervenir de oficio para proteger y preservar a sus miembros y no es a través de un incidente como se va a modificar ese convenio, porque legalmente, le faltaría

fuerza jurídica para llevar a cabo ésta, sino a través de una controversia del orden familiar, en la que se agoten toda la gama legal de pruebas y de recursos que existen a favor de las partes, debiendo de escuchar al demandado incidentista en la vía citada, procurando el bienestar preponderante de los menores.

VIGÉSIMA OCTAVA.- En nuestra consideración, estimamos que la vía idónea para la modificación del convenio de divorcio voluntario, una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, es la incidental, atendiendo a los principios que rigen la instancia, tales como el de inmediatez o intermediación, igualdad y economía procesal, esto es, que la modificación citada, se realice ante el juez que disolvió el vínculo matrimonial, pues es él, quien una vez ejerció el principio de inmediatez al actuar junto con los divorciantes y con quien se dio un contacto personal; existiendo en este procedimiento, la igualdad entre las partes, pues ambas pueden señalar y defender sus pretensiones y su derecho, asistiéndoles a su favor, la garantía de audiencia y de igualdad que consagra nuestra Carta Magna; facilitando al juzgador y a los contendientes, la prosecución del juicio, al existir ya en el expediente inicial los documentos base de la acción y todo lo actuado en el divorcio.

VIGÉSIMA NOVENA.- Ante la falta de disposición expresa en el capítulo correspondiente al divorcio por mutuo consentimiento, de las legislaciones civil y procesal civil, que establezca la vía idónea para tramitar la citada modificación al convenio de divorcio voluntario, y así evitar conflictos, facilitando la impartición de justicia y haciéndola verdaderamente pronta y expedita, sin tener que dejar al arbitrio de los juzgadores la forma de llevarse a cabo, se estima conveniente, la adición al Título Décimo Primero, denominado Divorcio por Mutuo Consentimiento, Capítulo Único, en cuanto a la forma o la clara expresión de la vía, por la cual, se tramitará la modificación al convenio de divorcio voluntario una vez ejecutoriada la sentencia que lo decretó, misma que a nuestro parecer, debe dejar en claro que será en la vía incidental.

TRIGÉSIMA.- Asimismo, estimamos conveniente la adecuación del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con el Código Civil de la misma entidad, esencialmente, en lo relativo a los numerales 674 y 682, del primer ordenamiento legal citado, esto, mediante la reforma que para tal efecto se realice, y con la finalidad de que el primero de los preceptos en mención, no resulte incongruente, contradictorio e inaplicable al supuesto del divorcio por mutuo consentimiento, ya que al reformarse el artículo 272 del Código Sustantivo Civil, en mayo del año dos mil, se olvidaron que el numeral 674, remitía a aquél, siendo, que en la actualidad el precepto 272, habla únicamente del divorcio administrativo. Por lo que respecta al artículo 682, éste debe reformarse para encontrar una unidad con lo dispuesto por el numeral 291 del Código Civil, pues lo establecido en ambos preceptos, nos obliga a hacer cuestiones diversas con relación a la remisión de las copias de la sentencia de divorcio a los oficiales del Registro Civil, situación que en la práctica, resulta obsoleta y de igual forma inatendible.

BIBLIOGRAFIA

- ARELLANO García, Carlos. Teoría General del Proceso. Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.
- BECERRA Bautista, José. El Proceso Civil en México. Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975.
- BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 1, Editorial Oxford University Press, México, 1999.
- BORJA Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Décimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.
- BRISEÑO Sierra, Humberto. Derecho Procesal. Segunda Edición, Editorial Harla, México, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 4, Editorial Oxford University Press, México, 1999.
- Instituciones de Derecho Procesal Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 5, Editorial Oxford University Press, México, 1999.
- CASTRO y Castro, Juventino V. El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones. Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.
- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977.

CHAVEZ Asencio, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.

La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 6, Editorial Oxford University Press, México, 1999.

DUBLAN, Manuel y José María Lozano. Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones expedidas desde la Independencia de la República. Tomo XII, Edición Oficial, México, 1882.

GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Vigésima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

GOMEZ Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Quinta Edición, Editorial Harla, México, 1991.

GUTIERREZ y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Quinta Edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1981.

MAGALLÓN Ibarra, Jorge Mario. El Matrimonio, Sacramento-Contrato-Institución. Editorial Tipográfica Editora Mexicana, México, 1965.

Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A., México, 1988.

MONTERO Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.

OVALLE Favela, José. Derecho Procesal Civil. Octava Edición, Editorial Oxford University Press, México, 1999.

PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Décimo Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

El Divorcio en México. Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

PEREZ Duarte y Noroña, Alicia Elena. Derecho de Familia. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.

PLANIOL, Marcel y Georges, Ripert. Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 8, Editorial Oxford University Press, México, 1999.

ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen III, Parte Especial, Proceso de Cognición, Editorial Temis Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1972.

ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo, Derecho de Familia. Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.

Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto, Obligaciones, Volumen I, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

Derecho Civil Mexicano. Tomo Sexto, Contratos, Volumen I, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

VERDUGO Agustín. Principios de Derecho Civil Mexicano. Tomo I, México, 1885.

DICCIONARIOS

BAQUEIRO Rojas, Edgard. Derecho Civil. Biblioteca Diccionesarios Jurídicos Temáticos, Volumen 1, Editorial Harla, México, 1999.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Décimo Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., UNAM, México, 2000.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Vigésimo Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.

PINA DE, Rafael. Diccionario de Derecho. Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1970.

PERIODICOS

TRIBUNA. Procuración y Administración de Justicia. Tenorio Godínez, Lázaro, "Reflexiones sobre la Modificación de Convenio en el Divorcio Voluntario." 1° de Noviembre de 1999, Suplemento Mensual No. 83, Editor Licenciado Luis Guzmán Ramírez.

LEGISLACION

- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. (1870). Tip. de Aguilar e Hijos, México, 1879.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. (1884). Tip y Lit La Europea de Aguilar Vera y Compañía, México, 1906.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. (1928). Novena Edición, Editorial Información Aduanera de México, México, 1948.
- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2001.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California. (1872). Tip. de Aguilar e Hijos, México, 1871.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California. (1880). Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1880.
- Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. (1884). Tip. y Lit. La Europea, de J. Aguilar Vera y Compañía, México, 1906.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios Federales. (1932). Tip. y Lit. La Europea, de J. Aguilar Vera y Compañía, México, 1933.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2001.

Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Ediciones Fiscales ISEF, México, 2001.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Ediciones Dalma, México, 2001.

Decreto publicado en el número 5 de El Constitucionalista, que aparece reproducido por el Patronato del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. Órgano Consultivo de la Secretaría de Gobernación. En Veracruz, México, el 27 de abril de 1915.

IUS 2001, Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917 – 2001. CD-ROM. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis, México, 2001.

Ley de Amparo. Editorial Ediciones Dalma, México, 2001.

Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal. Manual de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal. Primera Edición, Editada por el Gobierno del Distrito Federal, Secretaría de Desarrollo Social, Dirección General de Equidad y Desarrollo Social, México 2000.

Ley General de Salud. CD-ROM, Historia Legislativa y Parlamentaria. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, Dirección de Compilación de Leyes, Dirección General de Documentación y Análisis, Dirección de Investigación y Automatización Legislativa, México, 2000.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. CD-ROM, Historia Legislativa y Parlamentaria. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, Dirección de Compilación de Leyes, Dirección General de Documentación y Análisis, Dirección de Investigación y Automatización Legislativa, México, 2000.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Impresora de Periódicos y Revistas Especializados, México, 2000.

Ley Sobre Relaciones Familiares. (1917). Segunda Edición, Ediciones Andrade, México, 1964.

Leyes de Reforma. Gobierno de Comonfort y Juárez (1856 – 1863). El Liberalismo Mexicano en Pensamiento de Acción. Volumen V, Empresas Editoriales S.A., México, 1955.

Recopilación de Leyes, Decretos y Providencias de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión. Formulada por la Redacción del Diario Oficial. Tomo XX, relativo a de julio a diciembre de 1874, Imprenta del Gobierno en Palacio, México.