

00721
62



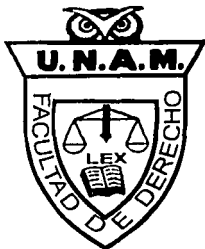
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA SIMULACION EN EL JUICIO DE
DIVORCIO NECESARIO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

GRACIELA / ARIZPE ARIZPE



DIRECTOR DE TESIS:
LIC. CARLOS BARRAGAN SÁLVATIERRA

MEXICO, D. F.

2003

A



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.

PAGINACION DISCONTINUA

**TESIS CON
FALLA DE
ORIGEN**

A Dios
Por la fortaleza que me dio para culminar
una de mis más grandes metas.

Autorizo a la Dirección General de Biblioteca
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso
contenido de mi trabajo recepcional

NOMBRE: _____

FECHA: _____

FIRMA: _____

A mis padres:
Quienes han sido siempre mi más grande apoyo para el
logro de mis anhelos como hija y profesional.
Con todo mi amor y cariño.

A mis hermanas:
Iveth Melisse, Elizabeth, Delsy y
Leticia. Por el apoyo que siempre
me han brindado.
Gracias.

B

**A mi asesor Lic. Carlos Barragán Salvatierra
Por el tiempo, orientación y enseñanza que
me brindó en la elaboración de mi tesis.**

**A la Facultad de Derecho y
a nuestra máxima casa de estudios
por la formación profesional que recibí.**

C

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	3
INTRODUCCIÓN.....	5

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO

1.- Divorcio, significado	7
2.- Antecedentes históricos	
2.1. El divorcio en Roma	8
2.2. El divorcio en Grecia	14
2.3. El divorcio en España.....	19
2.4. El divorcio en México.....	22

CAPÍTULO II

EL DIVORCIO

1.- Concepto jurídico de divorcio	34
2.- Especies de divorcio	37
2.1. Divorcio no vincular	39
2.2. Divorcio vincular.....	44
3.- Divorcio por mutuo consentimiento	46
3.1. Divorcio por mutuo consentimiento en la vía administrativa.....	47
3.2. Divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial.....	48
4.- Divorcio necesario.....	52
4.1. Problema socio-jurídico.....	57

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO NECESARIO

1.- Características de la acción de divorcio necesario	69
2.- Procedimiento de divorcio necesario	77
3.- Medidas provisionales en el juicio de divorcio necesario	92
4.- Consecuencias jurídicas del divorcio necesario	
4.1. En las personas de los cónyuges.....	99
4.2. En cuanto a los bienes de los cónyuges	102
4.3. En cuanto a los hijos.....	104

5.- Intervención del Ministerio Público en los juicios de divorcio necesario.....	106
---	-----

CAPÍTULO IV

EL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO

1.- Concepto de allanamiento	111
1.1. Distinción entre allanamiento y confesión	118
1.2. Allanamiento y reconocimiento.....	120
1.3. Naturaleza jurídica del allanamiento	122
2.- Caracteres del allanamiento.....	128
3.- Forma del allanamiento.....	130
4.- Sujetos del allanamiento.....	135
5.- Momento en que debe formularse el allanamiento.....	138
6.- El allanamiento en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.....	139
7.- Simulación en el juicio de divorcio necesario a través del allanamiento.....	144
7.1. Causas por las que se acude a la simulación en el juicio de divorcio necesario.....	162
8.- La función del juez en el allanamiento.....	164
9.- El allanamiento y la sentencia.....	168
10.- Tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito en materia civil, con referencia al allanamiento en el divorcio necesario.....	170
11.- Propuesta de reforma al artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.....	175
CONCLUSIONES	188
BIBLIOGRAFÍA	191

PRÓLOGO

Para un pasante de derecho el proponer reformas novedosas, prácticas y necesarias en el campo jurídico resulta todo un reto. Sin embargo, para aportar algo innovador y de útil aplicación se debe partir de nuestra realidad social.

La realidad social en materia familiar es desgraciadamente sorprendente, sobre todo en los juicios de divorcio necesario; porque los cónyuges cuando deciden poner fin a su matrimonio lo hacen evadiendo normas proteccionistas que marca el derecho de familia y que son cuidadosamente tuteladas por el legislador en el divorcio voluntario, pues al tramitarse éste se exige un convenio que debe cumplir con determinados requisitos como son el establecer la manera en que se ejercerá la custodia de los hijos, el derecho de visitas, el cumplimiento de la obligación alimentaria y la garantía que debe otorgarse para su cumplimiento.

Lo anterior, se infringe en muchos de los casos por parte de los litigantes en los juzgados de lo familiar, porque los cónyuges actuando de mala fe, simulan una contienda cuando en realidad hay entre ellos un acuerdo para facilitar el divorcio y de esta manera no tienen que cumplir con los requisitos que la ley les exige para el divorcio voluntario.

Se cree que la situación a que se viene haciendo referencia es injusta para los hijos, al no quedar garantizados sus derechos como son los alimentos, lo cual no puede seguir permitiéndose, porque la manera de terminar y resolver un conflicto familiar debe ser conforme a derecho, y no por acuerdos simulados que afecten a la familia, que ya ha tenido la desgracia de desintegrarse.

Una forma de proteger a los hijos de padres divorciados es reformando el artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a efecto de que la legislación verdaderamente salvaguarde sus derechos, porque lo mínimo que se merecen es que se les proporcionen los elementos materiales necesarios para su formación y desarrollo, cuando sus progenitores han decidido su divorcio.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad que el legislador regule la figura del allanamiento, específicamente cuando éste es invocado para resolver un juicio de divorcio necesario.

En el capítulo primero, se analiza el significado del vocablo divorcio, entendido como la ruptura del vínculo matrimonial, y aunque este surgió en forma paralela al matrimonio, la mayoría de las legislaciones lo reducían a un derecho de repudio, que podía solicitar tanto el hombre como la mujer. Sin embargo, la mayoría de las veces este derecho sólo era ejercido por el hombre como consecuencia de la inferioridad en que se encontraba la mujer casada.

En el capítulo segundo, se señalan las especies de divorcio que contempla nuestro sistema jurídico: el divorcio no vincular y el vincular, el primero es aquel que consiste en la separación de cuerpos por parte de la autoridad, pero con persistencia del vínculo, y el segundo, es aquel que disuelve el vínculo conyugal y deja a los divorciados en aptitud de celebrar nuevas nupcias. Este último se subdivide a su vez en voluntario y necesario. El voluntario es el que tramitan los divorciantes por mutuo acuerdo y se divide en judicial y administrativo; en tanto que el necesario, es aquel que es solicitado por uno de los cónyuges con base en una causa específica de las contempladas por el Código Civil para el Distrito Federal (artículo 267). Asimismo, se aborda el problema socio-jurídico del divorcio, el cual permitirá conocer y reflexionar sobre los argumentos a favor y en contra de esta institución jurídica.

En el capítulo tercero, se analizan las características que tiene la acción de divorcio, así como los requisitos para iniciar dicho procedimiento, el cual se promueve en la vía ordinaria civil y será tratado desde la demanda hasta la

sentencia. Se estudian las medidas provisionales que deben de adoptarse en este tipo de juicio; analizándose además las consecuencias jurídicas que trae consigo la disolución del vínculo matrimonial y la participación del Ministerio Público en los juicios de divorcio necesario.

Finalmente en el capítulo cuarto, se analiza el allanamiento y se conceptualiza como el acto procesal por virtud del cual el demandado se somete y renuncia a su derecho de defensa para terminar el proceso mediante una sentencia; al mismo tiempo se distingue el allanamiento de la confesión y del reconocimiento, y se establece su naturaleza jurídica como acto procesal, lo que significa que debe regirse por el Derecho Procesal.

Se estudia la forma, los sujetos y el momento en que debe formularse el allanamiento. Se examina el artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y se explica como se realiza la simulación en el juicio de divorcio necesario, a través del allanamiento, también se habla de la función que tiene el juez al producirse éste y la importancia que tiene el dictado de una sentencia.

Se analiza la Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito; por último, se propone que el artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se reforme para evitar la simulación, pues no es válido que un juicio de divorcio necesario pretenda ser solucionado como divorcio voluntario, utilizando el allanamiento como medio legal para sustituir la vía procesal.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO

1. DIVORCIO, SIGNIFICADO

En este primer punto examinaremos el significado que tiene ésta palabra en su concepción etimológica y gramatical; dejando su concepto jurídico para ser tratado con posterioridad en la presente investigación.

La palabra divorcio proviene del latín "divortium, del verbo divertere, que significa separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos. En sentido figurado significa ruptura de relaciones o de trato; profunda divergencia en pareceres, tendencias, aspiraciones, impulsos y actuaciones."¹

Por tanto, divorcio debe entenderse como una separación, una ruptura, que referida a los cónyuges significa disolución del vínculo matrimonial.

Y, así lo reitera Rojina Villegas al decir que divorcio es "la disolución del matrimonio. Forma sustantiva del antiguo divertere, que significa separarse, voltere, dar vueltas. 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 cualquiera cosas que estaban unidas."²

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 21ª Edición. Tomo III. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1989. p.291.

² Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia 9ª Edición. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. México. 1998. p.383.

Para Sara Montero divorcio es “rompimiento del vínculo, de la unión. Seguir sendas diferentes los que antes marchaban por el mismo camino. En sentido figurado puede decirse que viven divorciados los cónyuges que ya no comparten los intereses fundamentales de la existencia.”³

Luego entonces, divorcio debe entenderse como la separación legal de los cónyuges.

En su connotación gramatical divorcio según el Diccionario de la Lengua Española significa: “(Del latín *divortium*). Acción y efecto de divorciar o divorciarse.

Y, el termino de divorciar significa como lo señala la Real Academia, “(De divorcio). Separar el juez competente por su sentencia a dos casados, en cuanto a cohabitación y lecho. 2. Disolver el matrimonio la autoridad pública. 3. Figuradamente; separar, apartar personas que vivían en estrecha relación, o cosas que estaban o debían estar juntas.”⁴

Por tanto, divorcio es o constituye la forma legal de extinguir un matrimonio.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS

2.1. El divorcio en Roma

La institución jurídica del divorcio surgió en Roma en forma paralela a la institución jurídica del matrimonio, aunque en un principio era bastante difícil

³ Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. 5ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. 1992. p.267.

⁴ Diccionario de la Lengua Española. 20ª Edición. Tomo I. Real Academia Española. España. 1984. p.510.

en la practica, porque "los antiguos romanos no contaban con la libertad de divorciarse, que se debía, sin duda alguna, a que no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas."⁵

Sin embargo, admitido éste, debía tomarse en cuenta la forma en que se había celebrado el matrimonio, es decir, cum manus o sine manus.

Para entender lo anterior, diremos que la manus significaba "el poder que ejercía el esposo sobre la persona y bienes de su mujer, que podía adquirir por medio de las ceremonias o formas llamadas confarreatio, cometiò y usus."⁶

Así tenemos que cuando el matrimonio se celebraba cum manus, el divorcio se reducía a "un derecho de repudio por parte del marido, con la única obligación de restituir la dote de la mujer.

Si el matrimonio se había celebrado por confarreatio se disolvía por disfarreatio, el cual requería de ciertas formalidades que eran creadas por los sacerdotes y que consistían en una ofrenda a Júpiter, que era el dios del matrimonio, acompañada de expresiones verbales. El sacerdote podía negarse a celebrar la ceremonia cuando no existiera alguna causa de divorcio reconocida por el derecho sacro.

Si el matrimonio se celebró por coemptio (compra de la mujer), se disolvía por la remancipatio, que era una especie de venta a semejanza de una manumissium, forma de salir de la esclavitud."⁷

⁵ Pettit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 15ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1999 p.109.

⁶ Morales, José Ignacio. Derecho Romano. 3ª Edición. Editorial Trillas. México. 1989. p.171.

⁷ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p. 267.

Y cuando el matrimonio se celebraba sine manus “ambos cónyuges tenían igual derecho para poner fin al matrimonio mediante el divorcio, existían dos clases:

- 1.- El ‘bona gratia’ o divorcio por mutuo consentimiento
- 2.- El ‘repudium’ o divorcio por voluntad de uno de los cónyuges.”⁸

Como vemos en esta segunda clase de divorcios tan sólo se requiere “la declaración unilateral de uno de los cónyuges en el sentido de no querer continuar unido en matrimonio, ya que se consideraba que si una de las partes no deseaba seguir unida a la otra, era una razón más que suficiente para que se disolviese el vínculo.”⁹

Esto significa, que entre los romanos el matrimonio podía disolverse con la misma facilidad con que se contraía, sin restricciones o formalidades, e, inclusive sin que existiera causa alguna que lo justificara, porque para ellos sólo se requería que alguno de los cónyuges considerara que se había roto la afectio maritalis, es decir, el afecto conyugal para disolver su matrimonio.

En efecto, como señala Eduardo Pallares “no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio, porque la institución del matrimonio romano se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal. Por tanto, cuando éste desaparecía, era procedente el divorcio.”¹⁰

Por su parte Floris Margadant nos dice que los romanos consideraban que “no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de

⁸ Lemus García, Raúl. Derecho Romano. 5ª Edición. Editorial Limsa. México. 1979. p.115.

⁹ Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. Derecho Romano. 4ª Edición. Editorial Oxford. México. 1998. p.67.

¹⁰ Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. 6ª Edición. Editorial Porrúa., S.A. México. 1991. p.11.

que la *affectio maritalis* había desaparecido. No tenía validez, siquiera, un convenio de no divorciarse.”¹¹

Como vemos, entre los romanos el hecho de que uno de los cónyuges sintiera que sus sentimientos de amor o voluntad habían desaparecido, daba lugar a solicitar la disolución matrimonial, sin mas fundamento que la creencia de que el amor se había terminado.

Lo anterior obedece a que el pueblo romano consideraba que “el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.”¹²

Y esta máxima tenía aplicación inclusive en materia de familia como es el divorcio. Sin embargo, existía una excepción a esta regla general que “era la situación de la mujer manumitida y casada con su patrono en el que se requería el consentimiento de éste, pero si llegaba a infringirse tal regla, el matrimonio quedaba disuelto, pero la mujer perdía el *conubium* para poder contraer un nuevo matrimonio.”¹³

El *conubium* era el derecho que se debía tener para contraer matrimonio, sin el cual no podía ni siquiera contemplarse, de allí que fuera tan importante que la mujer no lo perdiera.

Después bajo el Imperio de Augusto se promulgo la ley Julia de adulteris que exigía “que la voluntad de repudiar fuera manifestada en presencia de siete testigos ciudadanos romanos, fijando con precisión la fecha

¹¹ Floris Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano. 22ª Edición. Editorial Esfinge S.A. México. 1997. p.211.

¹² Petit, Eugene. Ob. Cit. p. 110.

¹³ Fritz, Schulz. Derecho Romano Clásico. Editorial Busch, Barcelona. 1960. p. 128.

del divorcio para que la mujer no estuviera expuesta a la acusación de adulterio y pudiera contraer nuevas nupcias.”¹⁴

Sin duda alguna, esta ley pretendía restringir el abuso del divorcio, pues este se encontraba profundamente generalizado, sin embargo fue a partir de “Constantino por influencia del cristianismo que se inicia una lucha contra el divorcio por declaración unilateral (repudio), buscando hacerlo mas difícil, obligando al solicitante a precisar las causas legítimas del repudium, pero no se llega nunca a negar la validez del divorcio y sólo se seguía respetando el divorcio por mutuo consentimiento.”¹⁵

Al respecto Eugenio Petit señala “los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero sí buscaban hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación.”¹⁶

La intención, sin duda alguna, de los emperadores cristianos no era la de suprimir el divorcio, sino mas bien desalentarlo, porque “produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de dicha institución, para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenía.

La decadencia de las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo de que el filósofo Séneca pudo decir: ‘¿Qué mujer se sonroja

¹⁴ Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. Primer curso de Derecho Romano. 18ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 2001. p.167.

¹⁵ Floris Margadant. Ob. Cit. p. 212.

¹⁶ Petit, Eugene. Ob. Cit. p. 110.

actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por él número de los cónsules, sino por él número de sus maridos?"¹⁷

Finalmente, Justiniano al ordenar disposiciones para reglamentar el divorcio, lo reguló en cuatro tipos:

"1) Divorcio por mutuo consentimiento (*communi consensu*). Es aquel que se disolvía por decisión de los cónyuges ante la negativa de continuar casados.

2) Divorcio por culpa de uno de los cónyuges (*repudio* o divorcio unilateral). Este tipo de divorcio se consideraba lícito cuando uno de los cónyuges alegaba determinada conducta realizada por el otro, basándose en los casos expresamente señalados en la ley.

3) Divorcio Unilateral *sine causa*. Este tipo de divorcio era considerado ilícito por no existir causa legal para la disolución del matrimonio, en cuyo caso, una vez reconocido el divorcio, se sancionaba al cónyuge que lo había promovido.

4) Divorcio *bona gratia*. Se fundaba en causas que impedian la continuación del matrimonio, por ejemplo, existir votos de castidad, por impotencia o cautividad prolongada. Este tipo no se basaba en la culpa de alguno de los cónyuges."¹⁸

Justiniano prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, pero su sucesor Justino tuvo que restablecerlo porque la opinión pública se lo exigió ya

¹⁷ Pallares, Eduardo. El divorcio en México. Ob. Cit. p. 12.

¹⁸ Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román. Ob. Cit. p.68.

que este se encontraba profundamente arraigado en el espíritu del pueblo romano.

Con lo expuesto, nos damos cuenta de que la institución jurídica del divorcio ha existido desde los orígenes de la civilización romana como un medio o mecanismo para disolver el vínculo conyugal, cuando se consideraba que las causas o motivos que dieron lugar al matrimonio habían desaparecido o bien cuando se consideraba que la *affectio maritalis* se había extinguido. Por tanto, el divorcio romano entrañaba la disolución definitiva y absoluta del vínculo conyugal.

2.2. El Divorcio en Grecia

"Grecia ha ejercido durante siglos un peculiar hechizo sobre la imaginación de los hombres. Los romanos, que incorporaron Grecia a su imperio -y en tal proceso no rehuieron al saqueo de sus ciudades- quedaron profundamente impresionados por ella. Los jóvenes romanos eran enviados a estudiar en la Universidad de Atenas, y los romanos cultos miraban a los griegos como a sus maestros en Filosofía, en Ciencia y en Bellas Artes.

A pesar de la confianza que los romanos tenían en su propia misión imperial y en sus dotes de gobierno, se sentían un tanto molestos de que tanto en arte, como en letras y en pensamiento, hubiera mucho que ellos jamás podrían esperar hacer con tanta maestría como los griegos."¹⁹

¹⁹ Bowra, C.M. La Grecia Clásica. Ediciones Culturales Internacionales. México. 1983. p.11.

Como vemos, los griegos influyeron en la cultura de los romanos al igual que en sus leyes, por lo que, puede apreciarse una estrecha relación y una similitud entre la forma de llevarse a cabo el divorcio en Grecia y en Roma.

Por tanto, el divorcio se presenta en Grecia al igual que en Roma, en forma de repudio por parte del marido, como consecuencia de la condición de inferioridad en que se hallaba la mujer casada..

Esto obedece a que el matrimonio en Grecia se celebraba no con fines de afecto o de amor, porque su objeto principal no consistía en la unión de dos seres que se correspondían y querían asociarse para enfrentar juntos las dichas o penas de la vida, sino que "el afecto del matrimonio a la luz de la religión y de las leyes, era unir a dos seres en un mismo culto doméstico para hacer nacer a un tercero que fuese apto para continuar ese culto."²⁰

En efecto, como señala Belluscio "El matrimonio no reposaba en el afecto ni en la confianza recíprocos; el hombre elegía esposa, muchas veces sin siquiera conocerla, por consideraciones de familia o interés. Por lo tanto, le era fácil separarse de una mujer que había tomado casi al azar. Por otra parte, siempre ocupado en los negocios y la política, vivía casi permanentemente fuera del hogar, de manera que poco le costaba separarse de quien, más que compañera, era la ecónoma de la casa, y confiarle a otra la dirección del hogar."²¹

²⁰ Coulanges, de Fustel. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma. 2ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1974. p. 33.

²¹ Belluscio, Augusto César. Derecho de Familia. Tomo III. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1981. p.13.

Los atenienses tenían dos palabras para designar el divorcio: "llamaban repudio al divorcio solicitado por el marido y abandono al que tenía lugar a petición de la mujer.

En este último caso, cuando la mujer quería divorciarse no podía obrar por sí sola y necesariamente tenía que ir a buscar al arconte, dictando éste el divorcio a petición de ella, que había de ser por escrito y justificando en dicha petición que tenía motivo suficiente para divorciarse."²²

Entre las causas legítimas de divorcio que podía invocar la mujer están:

1. "La pérdida de la libertad del marido
2. La introducción de una cortesana en el hogar conyugal -no el mero adulterio del marido, que era lícito-.
3. Las relaciones contra natura con otro hombre
4. El haberse casado con un extranjero que se había hecho pasar fraudulentamente por ciudadano, y ,
5. La crueldad.

Sin embargo, la dependencia en que vivía o era mantenida la mujer originaba una gran dificultad para que ésta solicitara el divorcio, ya que debía vencer dos inconvenientes; primero, el derivado de su falta de libertad, porque era difícil que pudiera salir de su casa. Luego, la dificultad de la prueba."²³

La situación era distinta en cuanto al marido, quien podía cuando lo juzgaba conveniente repudiar a su mujer.

²² Nueva Enciclopedia Jurídica. 2ª Edición. Tomo VII. Editorial Francisco Seix. Barcelona. 1974. p. 655.

²³ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit. p.13 in fine y 14.

"El marido solfa repudiar a su mujer de esta manera, delante de testigos, aun cuando tal solemnidad no fuera obligatoria."²⁴

Entre las causas de divorcio que podía invocar el marido estan:

1. La esterilidad
2. El adulterio

La esterilidad, como causal de divorcio se consideraba por el pueblo griego como justificada, en virtud de que "Si el matrimonio sólo había sido concertado para perpetuar la familia, parecía justo que pudiera disolverse si la mujer era estéril. El divorcio en este caso ha sido siempre un derecho entre los antiguos; hasta es posible que haya sido una obligación."²⁵

El adulterio también era considerado como causal de divorcio, pero debe tenerse en cuenta que "en los Estados griegos se configuraba el adulterio el cometido por, o con mujer casada, ya que el marido era libre de tener concubinas y trato con cortesanías sin que tal actuación se considere constitutiva de adulterio."²⁶

Sin embargo, no todo contacto sexual de casada con varón distinto de su marido, se consideraba adulterio, porque "Hay, por imperativo de la necesidad de mantener el culto familiar, que perpetuar la especie, mediante sucesión legítima. Sólo los hijos de la mujer legítima son legítimos, capaces, mediante la iniciación, de mantener el culto de los antepasados. Por eso cuando el marido

²⁴ Nueva Enciclopedia Jurídica. T.VII. Ob. Cit. p. 655.

²⁵ Coulanges, de Fustel. Ob. Cit. p. 33.

²⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo IX. Editorial Driskill, S.A. Argentina. 1986. p.41.

no es capaz de hacer concebir a su mujer, puede buscar auxiliadores, estando la mujer obligada a recibirlos, sin que el hecho constituya adulterio.”²⁷

También se conocía o admitía el divorcio por mutuo consentimiento, aunque para que éste fuera válido se requería una declaración formal del arconte, que consistía en sí un requisito esencial, sino mas bien era considerado como un medio de prueba.

Por último, el divorcio en Grecia “podía ser solicitado inclusive por un tercero, que en el caso de la mujer se llamaba kyrius quien era su tutor, que podía ser padre, hermano, abuelo, pariente próximo o aún su propio marido, que podía disolver su matrimonio. El marido kyrius podía inclusive darla en matrimonio a otro.”²⁸

Como puede observarse, el divorcio en Grecia era raro el solicitado por la mujer, no así en cuanto al marido, quien podía disolver su matrimonio sin necesidad de justa causa e inclusive sin formalidad alguna.

La única consecuencia derivada del divorcio solicitado por el marido consistía en la obligación de devolver la dote a la mujer en el momento del repudio y toda demora lo hacia incurrir en el pago de alimentos o de gravosos intereses, aunque esta medida de seguridad para evitar la disolución de matrimonios de manera rápida, ya era practicada por otros pueblos de la antigüedad.

²⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba Ob. Cit. p.41.

²⁸ Belluscio, Augusto Cesar. Ob. Cit. p.14.

2.3. El Divorcio en España

La disolución del vínculo matrimonial en la historia del derecho español tuvo algunas dificultades para que pudiera ser contemplado dentro de su legislación, sobre todo por la gran influencia que tuvo la religión católica en Europa y en donde España no podía ser la excepción.

Así lo señala Ignacio Galindo Garfias al decir "A partir del siglo X la iglesia tomó para sí, plena jurisdicción sobre el matrimonio y fundándose en los textos evangélicos de San Marcos y San Lucas pronunció la indisolubilidad del matrimonio."²⁹

Asimismo advierte "En esa época en que el poder secular se debilitó grandemente, la iglesia asumió para sí, toda intervención en la celebración del matrimonio y atribuyó competencia a los tribunales eclesiásticos para decidir las cuestiones relacionadas con él. Primero reclamó la autoridad para sancionar la celebración del acto; después, el poder disciplinario por el cumplimiento de los deberes matrimoniales; más tarde fue fácil ejercer jurisdicción sobre todas las cuestiones de estado civil y sobre todo, las que concernían al matrimonio. La iglesia fundó su autoridad en esta materia, autoridad que duró seis siglos."³⁰

Las siete partidas en el título noveno legalizaron el divorcio, pero con las limitantes o bajo las influencias del cristianismo, ya que manipulaba a los divorciantes por medio de la confesión y el mito del pecado.

Eduardo Pallares señala como leyes mas importantes las siguientes:

²⁹ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. 20ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 2000. p.600.

³⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p.496.

“La segunda, que autoriza al divorcio por causa de adulterio y ordena al marido que tiene conocimiento de este delito, que acuse a su mujer. Si no lo hace, peca moralmente. La acusación deberá presentarse ante el Obispo o ante un Oficial suyo.

La ley tercera autoriza la separación de los esposos cuando el matrimonio se celebró, no obstante, de existir un impedimento dirimente y también si los esposos son cuñados. En este caso, se trata más bien de pedir la anulación del matrimonio y no el divorcio. En este caso la acción es pública porque puede ejercitarla cualquier persona.

La ley cuarta prohibía que pidieran la acción mencionada las siguientes personas: el que se supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo, a menos que le correspondiese hacerlo por parentesco.

Asimismo en la legislación española antigua encontramos, en el Fuero Juzgo las siguientes disposiciones:

1.- Se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejó al marido a no ser que supiese que fue dejada por escrito o por testigos.

2.- Si el marido abandona a su mujer sin motivo legal pierde la dote que recibió y no tiene derecho a ninguno de los bienes de su mujer, estaba obligado a devolverlo.

3.- Si la mujer abandonada injustamente, le hubiere dado a su esposo algún bien, aunque fuera por escrito, tal donación no valdría.”³¹

Como vemos, el cristianismo siempre determino la indisolubilidad del vínculo matrimonial en el Fuero Juzgo y en las Partidas, admitiendo tan solo de manera limitada la separación de cuerpos.

Tampoco la ley de 18 de junio de 1870, que introdujo en España el matrimonio Civil, reguló el divorcio vincular sino que “proclamó en su artículo 1º que [el matrimonio es por naturaleza perpetuo e indisoluble] y solamente admitió el divorcio imperfecto o no vincular que [no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida en común] art. 83).”³²

Mas tarde “la Constitución de la República Española dictada el 9 de diciembre de 1931 dispuso, en su artículo 43, que [el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para uno y para otro sexo, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa.

Consecuentemente con el principio establecido en la Constitución republicana, se dictó la ley de divorcio vincular de 1931, que estableció que el divorcio decretado por sentencia de los tribunales civiles disuelve el matrimonio, cualquiera que hubiese sido la forma y la fecha de su celebración (artículo 1º). El divorcio podía ser obtenido por ambos cónyuges de común acuerdo, o bien pedido de uno de ellos fundado en alguna causa legal.”³³

³¹ Pallares, Eduardo. Ob. Cit. p.15 y ss.

³² López Alarcón, Mariano. El Nuevo Sistema Matrimonial Español. Editorial Tecnos. España. 1983. p.195.

³³ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit. p. 124.

Sin embargo, como la mayoría de la población se manifestaba en contra del divorcio vincular “la ley de divorcio de 1932 se dejó en suspenso por decreto de 2 de marzo de 1938 y fué derogada por la ley de 23 de septiembre de 1939. Tuvo esta ley necesidad de dictar disposiciones transitorias para solucionar el estado de derecho que se había creado por los divorcios hasta entonces decretados.”³⁴

Con todo esto, España volvió a su tradicional principio de indisolubilidad del matrimonio, y fue hasta la ley de 7 de julio de 1981, que se restablece el divorcio en España.

2.4. El Divorcio en México

Para estudiar la existencia de la institución del divorcio en nuestro país, realizaremos una reseña de la legislación en que éste ha sido contemplado, así pues partiremos desde la época precortesiana, colonial e independiente, hasta llegar a nuestro Código Civil vigente.

“Antes de la llegada de los españoles a nuestro territorio mexicano, existían pueblos que tenían culturas y civilizaciones muy variadas y estaban unidos entre sí por estrechas ligas étnicas o sociales que fueron causa de afinidades numerosas. Entre ellos el pueblo azteca fué quien ejerció una hegemonía severa por estar en el centro del territorio y también fué quien más sufrió en forma directa el impacto de la conquista por parte de los españoles.”³⁵

En el derecho precolonial al igual que en nuestro actual Derecho, el matrimonio era considerado como la base de la familia y como tal se le tenía en

³⁴ Nueva Enciclopedia Jurídica. Ob. Cit. p. 658.

³⁵ Montero Duhal, Sara. Ob. Cit. p. 208.

un muy alto concepto; es por ello que el divorcio no era muy frecuente ni bien visto entre los pueblos indígenas.

Además "cuando se presentaba alguno de los cónyuges a solicitar el divorcio, los jueces se resistían a otorgarlo y solamente después de reiteradas gestiones, autorizaban al peticionario para hacer lo que quisiera. El quejoso podía entonces separarse del otro cónyuge, lo que de hecho equivalía al divorcio."³⁶

Como vemos el divorcio requería para su validez y eficacia que la autoridad judicial lo autorizara y que quien solicitara tal petición, se separara efectivamente de su cónyuge.

Las causas de divorcio que podía invocar el marido eran las siguientes: "que la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril. La mujer a su vez, tenía las siguientes causas para solicitar el divorcio: que el marido no pudiera mantener a ella o a los hijos o que la maltratara físicamente."³⁷

Cuando el vínculo matrimonial se había disuelto, es decir, una vez realizada la separación, los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre y al cónyuge culpable se le castigaba o sancionaba con la pérdida de la mitad de los bienes.

La disolución del vínculo matrimonial podía ser también solicitado por ambos cónyuges pero debían invocar alguna causal que probara al juez que efectivamente era imposible o intolerable la vida marital.

³⁶ Mendieta y Núñez, Lucio. El Derecho Colonial. 3ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1976. p.100.

³⁷ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p. 208.

Una vez otorgado el divorcio, los divorciantes podían contraer un nuevo matrimonio, salvo entre ellos mismos, por tal virtud, es que los jueces antes de decretar el divorcio trataba de reconciliar a los cónyuges, invitándolos a vivir en paz y sólo en el caso de que no aceptaran, los despachaban rudamente, dándoles su tacita autorización para disolución del vínculo matrimonial.

“Una vez decretado el divorcio se procedía a la separación de bienes, de manera que se registraba lo que cada cónyuge había aportado, por tanto en caso de divorcio, no siendo culpable ninguno de los consortes, se les devolvía lo que a cada quien le pertenecía.”³⁸

Como puede observarse, el divorcio en el derecho azteca sólo se permitía por causa que verdaderamente lo justificara y que fuera decretada tal disolución por autoridad judicial.

Creemos que esta exigencia es con la finalidad de evitar el abuso del divorcio por parte de los cónyuges que quisieran terminar con la vida marital por cuestiones de conveniencia o de capricho, además de que los cónyuges no tenían la posibilidad de volver a contraer matrimonio entre ellos mismos, situación que debían tomar en cuenta antes de disolver su matrimonio, sin duda, esta medida era con la finalidad de proteger a la familia.

En México colonial en materia de divorcio “rigió el derecho canónico, mismo que imperaba en la España Peninsular. El único divorcio admitido por esta legislación es el llamado divorcio-separación, que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras viva el otro cónyuge.

³⁸ Mendieta y Núñez, Lucio. Ob. Cit. p. 101.

La independencia en México fue consumada en el año de 1821 y fue entonces cuando comenzaron las ideas y los esfuerzos legislativos por crear una legislación propia para el nuevo Estado, resultando la primera Constitución Federal de los Estados Mexicanos en 1824.”³⁹

Además de contar el país con una Constitución que regulara su nueva vida independiente, era necesario que en materia de derecho privado se legislara para la creación de un Código Civil que se encargara de regular esta materia; así pues, hubo varios intentos o proyectos a nivel local; los cuales tomaban como modelo a seguir las ideas y costumbres del viejo derecho español.

A nivel provincia surgieron las siguientes legislaciones “Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827, proyecto de Código Civil del Estado de Jalisco de 1833, Código Civil corona del Estado de Veracruz de 1868 y Código Civil del Estado de México de 1870.”⁴⁰

En 1859, México teniendo como Presidente a Don Benito Juárez expidió la ley del matrimonio Civil, en la que desconocía el carácter sacramental que tenía el matrimonio para convertirlo en un acto civil que debía ser regulado por las Leyes Civiles.

En efecto, “mediante la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil, ambas de julio de 1859, se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento para hacer de él en adelante solo un contrato civil; se encomendaron las solemnidades del mismo a los jueces del estado civil, a quien también se encargó en libros especiales de los

³⁹ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p.209.

⁴⁰ Ibidem. p. 210.

registros de nacimientos, matrimonios, reconocimientos, adopciones y defunciones; y se proclamó reiteradamente la indisolubilidad del matrimonio, ya que sólo la muerte de uno de los cónyuges podía disolverlo, y únicamente se permitió el divorcio-separación por las causas previstas en la ley.”⁴¹

Asimismo, Benito Juárez encomendó a Justo Sierra la elaboración de un proyecto de Código Civil, quien se inspiró fundamentalmente en “el Código de Napoleón de 1804, y en las Concordancias de don Florencio García Goyena de 1852, relacionadas con el proyecto de Código Civil español de 1851.”⁴²

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, fué el primer ordenamiento que existió en nuestro país y su entrada en vigor fué el día primero de marzo de 1871 y trajo como consecuencia la unificación de la materia en todo el territorio de la República, pues, con variantes ligeras en cada entidad federativa, sirvió de modelo a todas ellas para la elaboración de sus propios códigos civiles.

Este Código reguló sólo un tipo de divorcio: el divorcio-separación, es decir, no se refiere a aquel que disuelve el vínculo del matrimonio, ya que señalaba que el mismo era indisoluble, sino más bien se refiere a la separación de los cónyuges en cuanto al lecho y la habitación.

El artículo 240 señalaba las siguientes causas para solicitar el divorcio:

1ª “El adulterio de uno de los cónyuges;

⁴¹ Sánchez Medal, Ramón. Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México. 2ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1991. p.14.

⁴² Sánchez Cordero, Jorge. La evolución del derecho civil desde la independencia hasta el Código Civil de 1884 en *Obra Jurídica Mexicana*. 2ª Edición. Procuraduría General de la República. México. 1987.p.25.

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

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

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

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

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

7ª La acusación falsa hecha por su cónyuge al otro.”⁴³

En cuanto a la primera causal, el adulterio de la mujer siempre configura causal de divorcio; el del marido, sólo en ciertos supuestos:

1º “Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;

2º Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa común;

3º Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

4º Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra o que por su causa se haya maltratado de alguno de estos modos a la mujer legítima.”⁴⁴

⁴³ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia. 2ª. Edición. Tomo III. Editorial Porrúa, S.A. México. 1998. p.378 in fine y 379.

⁴⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Ob. Cit. p. 379.

Una innovación del Código de 1870, fué la introducción del divorcio voluntario, como una forma de evitar que se ventilasen cuestiones íntimas ante los tribunales.

Aunque este divorcio sólo consistía en la separación de lecho y habitación, porque quedaban subsistentes el resto de las obligaciones que resultaban del matrimonio.

Este divorcio sólo tenía como limitación o excepción la establecida en el artículo 247 que estatufa: "El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga mas de 45 años de edad".

Además el divorcio separación sólo podía solicitarse una vez que hubiesen transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio, se realizaban dos juntas de avenencia con separación entre una y otra de tres meses y si los cónyuges reiteraban de nuevo su deseo de divorciarse, el juez decretaba la separación.

Asimismo, las audiencias en los juicios de divorcio eran secretas y se requería la intervención del Ministerio Público.

Catorce años después surge el Segundo Código Civil del Distrito Federal y territorios de la Baja California y Tepic de 1884, el cual siguió la misma dirección que el Código de 1870, es decir, la declaración de la no disolución del vínculo conyugal. Añadiendo además seis causas para solicitar el divorcio, a saber:

- 1) "El que la mujer diera a luz un hijo concebido antes del matrimonio y fuera declarado ilegítimo;
- 2) La negativa a ministrarse alimentos;
- 3) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez;
- 4) Las enfermedades crónicas, incurables, contagiosas o hereditarias, anteriores al matrimonio y no confesadas al cónyuge;
- 5) La infracción a las capitulaciones matrimoniales y;
- 6) El mutuo consentimiento."⁴⁵

Después, el 29 de diciembre de 1914, Venustiano Carranza expide en Veracruz la Ley del divorcio vincular, la cual prevenía lo siguiente:

"Artículo 1º. Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la ley de 14 de diciembre de 1874 (que señalaba al matrimonio como indisoluble), reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal, decretada el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos:

Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Artículo 2º. Entre tanto se establece el orden constitucional en la República, los gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en

⁴⁵ Montero Duhal, Sara. Ob. Cit. p.211.

los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación.”⁴⁶

Como vemos, es Venustiano Carranza quien introduce en la legislación Civil Mexicana la institución del divorcio, como un medio legítimo para disolver el vínculo matrimonial, es decir, este vínculo que antes significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, debe entenderse ahora, en el sentido de que este queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima.

Dos años después, el 9 de abril de 1917 Venustiano Carranza expide en la Ciudad de México la Ley sobre Relaciones Familiares, que señalaba que el matrimonio es un vínculo disoluble, y por tanto, permite a los divorciados celebrar nuevas nupcias.

El artículo 75 de ésta ley estatufa “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

El Código Civil vigente, es decir el de 1928 cuya entrada en vigor fue el día primero de octubre de 1932, en su artículo 266 reprodujo el contenido del artículo 75 de la Ley sobre Relaciones Familiares que a la letra dice: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

Por tanto, “nuestra legislación civil vigente en el Distrito Federal teniendo como antecedente a la Ley sobre Relaciones Familiares admite el divorcio que rompe el vínculo conyugal, que había sido establecido en razón de

⁴⁶ Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 5ª Edición. Editorial Pomía, S.A. México. 2000. p. 442.

la unión matrimonial, y deja a los consortes en aptitud de celebrar una nueva unión válidamente. Así al divorcio de los Códigos del Siglo XIX se le llama divorcio separación, y al actual divorcio vincular.”⁴⁷

En efecto, el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal estatuye “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita 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”.

En efecto, el artículo 267 establece las causales de divorcio, que son:

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

II. El hecho 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 el 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;

⁴⁷ Magallon, Ibarra. Jorge Mario. Ob. Cit. p.386.

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 del juego, cuando amenacen la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;

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 se 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 desaveniencia;

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge;

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".⁴⁸

En síntesis, nuestra legislación civil vigente admite el divorcio en tres modalidades; a saber:

1. Divorcio voluntario o por Mutuo Consentimiento
2. Divorcio contencioso o necesario, y
3. Divorcio de tipo administrativo

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DIVORCIO

1. CONCEPTO JURÍDICO DE DIVORCIO

En este primer punto daremos diversos conceptos que de divorcio ha realizado la doctrina, a saber:

Jurídicamente divorcio es “ la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo 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 todos los requisitos legales de procedimiento.”⁴⁹

Por su parte Ignacio Galindo Garfias nos explica que divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial, pero que sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial, y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial. Y con estos elementos define al divorcio como “la ruptura de matrimonio válido, en la vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley.”⁵⁰

⁴⁹ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 15ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 2001. p.1184.

⁵⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p. 597.

De este concepto pueden señalarse los siguientes elementos: 1.La ruptura de un matrimonio válido. 2.En la vida de los consortes. 3.Declarada por autoridad competente. 4.Fundada en alguna causa legal.

Por su parte Eduardo Pallares, dice que "El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación de los cónyuges como respecto de terceros."⁵¹

De acuerdo a este concepto puede extraerse que: 1.Es un acto jurisdiccional o administrativo. 2.Disolución del vínculo conyugal. 3.Concluye el matrimonio. 4.Con efectos entre los cónyuges y respecto de terceros.

Como se puede observar, este concepto, a diferencia del precisado por Galindo Garfias consiste en señalar que la disolución del matrimonio afecta no solo a los cónyuges, sino también a terceros que por lo general son los hijos, por tanto, al precisarse los sujetos que intervienen deberán necesariamente tomarse en cuenta en la resolución que al efecto dicte el juez de lo familiar, al declarar la disolución del vínculo.

Rafael Rojina Villegas señala el divorcio en los siguientes términos: "En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor, la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal."⁵²

⁵¹ Pallares, Eduardo. El Divorcio en México.Ob. Cit. p. 36.

⁵² Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 383.

Por su parte Rafael de Pina indica que el divorcio en su sentido jurídico significa “extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al afecto y por una causa determinada de modo expreso.”⁵³

Asímismo Montero Duhalt lo define como “la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer posterioridad un nuevo matrimonio válido.”⁵⁴

En tanto el maestro Antonio de Ibarrola sólo dice: “El divorcio es la ruptura del matrimonio válido en vida de los cónyuges.”⁵⁵

Por último, el Código Civil para el Distrito Federal no define el divorcio, sólo enuncia lo siguiente:

“Artículo 266. El divorcio disuelve en vínculo del matrimonio y deja a cónyuges en aptitud de contraer otro”.

De lo anterior se desprende que el divorcio resulta de antítesis del matrimonio, pues este último significa “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” (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal).

⁵³ De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. I. 21ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 2000. p. 340.

⁵⁴ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p. 196.

⁵⁵ De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. 4ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. p.334.

Por tanto, si el legislador considera al matrimonio como la unión legal, el divorcio consistirá en la disolución, la ruptura de ese vínculo conyugal.

Una vez expuestos los diversos conceptos que de divorcio han elaborado los estudiosos del derecho, daremos nuestro personal punto de vista al tratar de definirlo como "la forma que la ley autoriza por medio de la cual se disuelve el vínculo matrimonial decretado por la autoridad competente a petición de uno de los cónyuges o de ambos, y que deja a los mismos en aptitud de celebrar un nuevo matrimonio".

2. ESPECIES DE DIVORCIO.

Una vez definido el divorcio, consideramos que para tener una mejor comprensión del mismo debemos referirnos a las distintas especies que de divorcio existen, así pues encontramos que el Código Civil para el Distrito Federal admite tanto al divorcio vincular como el no vincular, siendo el primero aquél que disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de celebrar nuevas nupcias, y el segundo, es aquel que consiste en la separación de cuerpos por parte de la autoridad jurídica pero con persistencia del vínculo.

Al respecto Rojina Villegas señala que en materia de divorcio deben distinguirse dos sistemas: "el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular. En el primero perdura el vínculo, suspendiéndose sólo algunas obligaciones del matrimonio, tales como las de hacer vida en común y cohabitar. En el segundo, se disuelve el vínculo matrimonial, quedando los cónyuges en aptitud de celebrar nuevas nupcias."⁵⁶

⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael. Ob. cit. p. 383.

En este mismo sentido Rafael de Pina establece "Se conocen dos especies de divorcio: el vincular y el de separación de cuerpos. El Código Civil para el Distrito Federal autoriza prácticamente éste, excepcionalmente, en su artículo 277, al disponer que el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, pudiendo el juez acceder a esta pretensión, con conocimiento de causa, quedando subsistente las demás obligaciones creadas por el matrimonio."⁵⁷

De igual forma Galindo Garfias reafirma lo expuesto por los autores antes citados al indicar "existen dos especies de divorcio: el vincular y el no vincular y que produce el efecto de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, deja de existir y cada uno de ellos recobra su capacidad para contraer un nuevo matrimonio. En tanto que el divorcio no vincular es aquel que no permite la celebración de un nuevo matrimonio y sólo suspende el deber de cohabitación, quedando subsistentes las demás obligaciones que derivan de la relación conyugal como son el deber de fidelidad y el de ayuda mutua."⁵⁸

Mientras que la maestra Sara Montero nos dice que "el actual Código Civil permite el divorcio vincular y la simple separación judicial con persistencia del vínculo. En donde el primero puede dividirse a su vez en dos clases: el necesario y el voluntario. El necesario podrá ser solicitado por uno de los cónyuges siempre y cuando funde tal petición en alguna causa específica señalada por la ley (artículo 267) en tanto el divorcio voluntario es el solicitado por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges y puede dividirse en judicial o administrativo: el de tipo judicial se tramitará ante un juez de lo familiar, y el

⁵⁷ De Pina, Rafael. Ob. Cit. p.340.

⁵⁸ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p.604 in fine y 605.

administrativo ante un juez del tipo de divorcio voluntario va a depender de la situación o de las circunstancias en que se encuentren los esposos.”⁵⁹

Por lo que puede concluirse que el divorcio se presenta en dos formas o especies: el vincular que rompe el vínculo conyugal y deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias y el no vincular que es aquel que no permite la celebración de un nuevo matrimonio en tanto que únicamente suspende a los cónyuges las obligaciones derivadas del matrimonio como lo es el deber de fidelidad y la ayuda mutua.

2.1. Divorcio no vincular

Este tipo de divorcio que se refiere a la separación de cuerpos, también es conocido como divorcio-separación y fue el único aceptado en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, los cuales influidos por el derecho canónico establecieron la indisolubilidad del matrimonio.

Sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal lo contempla como una opción que tiene el cónyuge sano para solicitar la separación de cuerpos o el divorcio vincular, como se desprende del artículo 277 que estatuye: “El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio”.

⁵⁹ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p. 218.

Por tanto, para que proceda el divorcio separación deberá fundarse únicamente en las causales señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 267, que establecen:

“Artículo 267. F. 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.

F. VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción, que se haga respecto del cónyuge enfermo.”

Es decir, el divorcio separación no puede pedirse por mutuo acuerdo ni por ninguna otra causal distinta de las dos transcritas anteriormente.

Para entender mejor este tipo de divorcio empezaremos por señalar algunas definiciones que del mismo ha realizado la doctrina :

Galindo Garfias dice que se entiende por divorcio no vincular “El estado de dos esposos, que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vivir juntos.”⁶⁰

De esta definición se desprende que la separación deberá ser decretada por la autoridad competente, en este caso por un juez de lo familiar, pues no basta la sola separación que de mutuo acuerdo realicen los cónyuges, pues es menester que de la resolución que dicte tal autoridad releve a los esposos a prestarse el débito conyugal, como consecuencia de la separación.

⁶⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p. 606.

Para Rojina Villegas el divorcio por separación de cuerpos "es aquel sistema en que el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son, la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente a hacer vida marital."⁶¹

De este concepto, puede entenderse que en el divorcio no vincular concluye la cohabitación de los cónyuges, pero sin la extinción del vínculo matrimonial, por lo tanto, subsisten las obligaciones que de éste se derivan.

Mientras que Sara Montero define al divorcio separación como "el derecho de los cónyuges a concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Persistiendo en esta situación los demás deberes derivados del matrimonio tales como fidelidad, los alimentos, etc."⁶²

Esta definición nos señala que la separación de cuerpos es un derecho de los cónyuges, por tanto, estos están en la posibilidad de elegir entre este tipo de divorcio que no extingue el vínculo conyugal y aquel que pone fin al vínculo y que trae como consecuencia la extinción de las obligaciones que el matrimonio impone, además de que deja a los divorciados en aptitud de celebrar nuevas nupcias.

Sin embargo algunos estudiosos del derecho han señalado este divorcio como el menos pleno, pues subsiste el vínculo del matrimonial y con ello las

⁶¹ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 383.

⁶² Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p. 218.

obligaciones que de este se derivan y, por otro lado, implica la renuncia de las ventajas que la vida matrimonial puede ofrecer.

En este sentido Marcel Planiol afirma que "la separación de cuerpos en una situación cruel, que deja subsistir todas las obligaciones y todas las cargas del matrimonio y que al mismo tiempo suprime todas las ventajas que puede ofrecer la vida de familia."⁶³

Esta misma idea es ratificada por Ricardo Couto quien considera que "es preferible solicitar el divorcio vincular con todas sus consecuencias jurídicas y no crear una ficción jurídica como lo es la separación de cuerpos que lejos de ofrecer una ayuda mutua entre los cónyuges crea una situación dañina para ambos; además puesta la discusión en sus verdaderos términos, no puede menos de sostenerse que si la separación es una necesidad de todo matrimonio en que la vida común se ha hecho imposible, preferible es por mil conceptos que se haga radicalmente, como lo hace el divorcio; no caben términos medios en el asunto: o hay matrimonio o no lo hay, y si la vida común, que es la base del matrimonio, se ha roto, es absurdo sostener que haya matrimonio; pretender que este subsista a pesar de la separación de los esposos, no es más que una ficción; en efecto, ¿qué queda del matrimonio, una vez rota la comunidad de existencia? ¿puede uno llamar matrimonio ese estado de cosas en que el hombre y la mujer viven, cada cual por su lado, comprometidos quizás en ilegítimas uniones? ¿puede suponerse vivo, valiéndose de una ficción jurídica, lo que ha dejado de existir? y ¿cuáles son los beneficios que acarrea una ficción?.

Impedidos los esposos separados de contraer un nuevo matrimonio, no les quedan más que dos caminos, a condenarse en un celibato forzado o buscar

⁶³ Planiol, Marcel y Georges Ripert. Derecho Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México. 1996. p.153.

la satisfacción de sus pasiones en uniones reprobadas por la sociedad; lo primero es contrario a la naturaleza; lo segundo es contrario a la moral; ahora bien, un sistema de legislación que no se compadece con los principios naturales y morales, no podrá menos de producir funestas consecuencias para el individuo y para la sociedad.”⁶⁴

Sin embargo, otros autores como Alberto Pacheco consideran que estas causales de divorcio (artículo 267 Fracs. VI y VII) en que se autoriza al cónyuge sano a romper el vínculo matrimonial dejando al cónyuge enfermo “muestran en forma dramática la poca consideración del legislador por la ayuda mutua como finalidad del matrimonio, pues con la posibilidad de divorcio en estos casos, la ayuda mutua que los cónyuges se prometieron al celebrar el matrimonio queda condicionada a la voluntad unilateral de quien debe prestarla, el cual puede desentenderse de sus obligaciones mediante el divorcio en el momento en que su cónyuge mas necesita de su ayuda. Es un caso en él que la ley autoriza a un deudor a cancelar su obligación cuando quiera, sin consultar siquiera al acreedor.”⁶⁵

De lo anterior podemos expresar que si bien es cierto que la ayuda mutua debe imperar en todo momento durante el matrimonio, estas enfermedades producen perturbaciones en la vida matrimonial que cuando exceden de un limite, implicarían un sacrificio para el cónyuge sano al continuar unido en matrimonio, es por ello, que la ley le otorga la opción, el derecho de elegir entre el divorcio vincular y la separación de cuerpos.

⁶⁴ Couto, Ricardo. Derecho Civil Mexicano. T. I. Editorial La Vasconia. México. 1919. p. 303 y 304.

⁶⁵ Pacheco Escobedo, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Panorama Editorial. México. 1984. p. 161.

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

Por último señalaremos las consecuencias jurídicas que produce este tipo de divorcio no vincular:

"a) Extingue el poder de cohabitación y el débito conyugal.

b) Persisten los siguientes deberes que impone el matrimonio: fidelidad, ayuda mutua, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal y su respectiva administración conforme a lo pactado, salvo que la causa sea trastorno mental incurable y que el administrador haya sido el enfermo.

c) La custodia de los hijos por el cónyuge sano."⁶⁶

2.2. Divorcio vincular

Este tipo de divorcio ha sido llamado por la doctrina como divorcio pleno, ya que éste es precisamente aquel que rompe el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias.

Como ya señalábamos el Código Civil para el Distrito Federal no define el divorcio y sólo se limita a establecer en su artículo 266 " el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

⁶⁶ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p. 220.

Por tanto, el divorcio en sí mismo, "consiste en la disolución del vínculo conyugal pero ésta solo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia ley determina."⁶⁷

Al respecto Rojina Villegas confirma que efectivamente "el divorcio vincular tiene como principal característica la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias."⁶⁸

Sin embargo nosotros consideramos que la conceptualización que de divorcio realiza nuestro Código Civil para el Distrito Federal es incompleto pues omite señalar quien puede decretar tal disolución y que efectos producirá y en relación con quiénes.

En tanto que Sara Montero lo define como "la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio y establecidas expresamente en la ley."⁶⁹

Como puede observarse en esta definición existen o esta compuesta por mayor número de elementos, ya que no solo considera que este divorcio rompe con el vínculo del matrimonio sino que además se requiere la formalidad de que sea una autoridad competente la que decrete por alguna causa expresamente señalada en la ley.

⁶⁷ Pallares, Eduardo, Ob. Cit. p. 36.

⁶⁸ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 385.

⁶⁹ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p. 221.

Una vez definido este tipo de divorcio podemos señalar una división bipartita del mismo; a saber, divorcio vincular necesario y divorcio vincular voluntario las cuales serán analizados a continuación.

3. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Este divorcio también es denominado como voluntario o por mutuo disenso y por lo general tiene siempre en el fondo una causa que ha originado la disolución del vínculo conyugal, pero que los cónyuges no quieren expresarlo ni ventilar en público, es por ello que para solicitarse sólo se requiere el mutuo acuerdo de los cónyuges para dar por terminado el vínculo matrimonial.

Por lo tanto divorcio voluntario en términos generales puede entenderse como " la forma de disolución del vínculo matrimonial por la que pueden optar los esposos cuando, sin aducir causa específica y reuniendo los requisitos de ley, hayan decidido poner fin al matrimonio."⁷⁰

Por su parte Sara Montero conceptúa al divorcio por mutuo consentimiento como " la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges."⁷¹

Por lo que de acuerdo a los anteriores conceptos entendemos que la disolución del vínculo va a depender en todo momento del acuerdo de los cónyuges en solicitar el divorcio, inclusive sin causa alguna que lo justifique.

⁷⁰ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrosto Báez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México. 1990.p.155.

⁷¹ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p. 254.

Una vez que tenemos una idea general de lo que se entiende por divorcio por mutuo consentimiento, señalaremos que el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal lo clasifica en dos formas dependiendo de la autoridad ante la cual éste sea tramitado, así pues tenemos el divorcio administrativo que se solicita ante el juez del Registro Civil y el divorcio judicial el cual se interpondrá ante un juez de lo familiar.

3.1. Divorcio por mutuo consentimiento en la vía administrativa

Este divorcio procede cuando los cónyuges cumplen con los requisitos que señala el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, que son los siguientes:

- 1º. Que haya transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio.
- 2º. Que los consortes convengan en divorciarse.
- 3º. Que ambos sean mayores de edad.
- 4º. Que hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes.
- 5º. Que la cónyuge no se encuentre embarazada.
- 6º. Que no tengan hijos en común o teniéndolos sean mayores de edad y,
- 7º. Que estos no requieran alimentos o bien alguno de los cónyuges.

Una vez satisfechos los requisitos antes mencionados deberá sustanciarse el procedimiento ante el Juez del Registro Civil a que corresponda el domicilio conyugal; cumpliendo con la siguiente tramitación:

“1. Deberá llenarse la solicitud de divorcio y anexar acta de matrimonio y comprobante de la mayoría de edad.

2. El juez los identificará plenamente, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y los citará para que en el término de quince días asistan a ratificarla.

3. Si los cónyuges ratifican su intención de divorciarse el juez los declarará divorciados, levantando el acta respectiva, lo que será anotado al margen de la partida de matrimonio.”⁷²

Si posteriormente se demuestra que no se llenaron los requisitos para este tipo de procedimiento el divorcio será nulo y no surtirá sus efectos.

Ante tal situación el Código señala que los cónyuges sufrirán las sanciones previstas en las leyes, y en este caso la ley que se aplicaría sería el Código Penal y la sanción respectiva sería la correspondiente al delito de falsedad en declaraciones ante autoridad pública.

3.2. Divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial.

Este tipo de divorcio se tramitará cuando los cónyuges no puedan cumplir con los requisitos que señala el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal referidas al divorcio administrativo, entonces podrán acudir a solicitar el divorcio en la vía judicial, en donde el Juez de lo Familiar decretará por virtud de sentencia la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio.

Además se deberá adjuntar con la demanda de divorcio voluntario un convenio, el cual deberá contener las siguientes cláusulas:

⁷² Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. Ob. Cit. p. 157.

I.Designación de la persona que tendrá la guardia 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 deberá 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 cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;

V.La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a 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 la custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos".⁷³

El procedimiento de este tipo de divorcio se encuentra regulado en el Título Decimoprimer, arts. 674 a 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Una vez que los cónyuges hayan decidido divorciarse por mutuo consentimiento deben ocurrir al Juez de lo Familiar de su domicilio, presentando el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil, del que se hablo líneas arriba, debiendo adjuntar una copia certificada del acta de matrimonio y las de nacimiento de sus menores hijos.

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 y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra avenirlos, 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 aquellos y de los que un cónyuge deba dar a otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento (artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles).

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 solicitud; y en ella volverá a exhortar a aquellos con el propio

⁷³ Artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal.

fin que el 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 (artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles).

Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas de avenencia, sino que deben comparecer personalmente y, en su caso, acompañados del tutor especial (artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles).

En este caso el espíritu del legislador es claro, pues de no exigir la comparecencia personal de los cónyuges no se lograría "la finalidad que persigue la ley de que el juez exhorte directamente a los consortes para procurar avenirlos. Es evidente que la intervención de un apoderado podría ser nugatoria esta finalidad, si el juez cumple con su deber, de hablar directamente a los sentimientos, a la conciencia de los consortes para procurar avenirlos. El apoderado juzgaría el asunto de una manera impersonal, fría y no se lograría el efecto que la ley persigue de procurar por el juez la reconciliación."⁷⁴

Asimismo, lo esencial en el divorcio voluntario "depende de la legalidad del convenio que los cónyuges lleven a cabo; y es que este convenio de divorcio no sólo va a contener la voluntad de ambos consortes para disolver el vínculo matrimonial, sino que además debe garantizar sobre todo los intereses de los hijos menores, tanto por lo que se refiere a sus alimentos, como por lo que atañe a la patria potestad."⁷⁵

⁷⁴ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 398 in fine y 399.

⁷⁵ Ibidem. p. 399.

Lo anterior es recogido por el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece:

“Artículo 680. 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 garantizados, 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.

En caso de que no las acepten, el tribunal resolverá la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando de que, en todo caso, queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

Cuando el convenio no fuere de aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio”.

La sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento, es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niegue es apelable en ambos efectos (artículo 681 del Código de Procedimientos Civiles).

4. DIVORCIO NECESARIO

Este divorcio también es llamado como contencioso, pues presupone una controversia, originada por alguno de los cónyuges cuando se consideran que se ha roto con la unidad de paz y de concordia que deba imperar en todo matrimonio, pues al realizarse un acto ilícito o bien un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio, da origen a que el llamado cónyuge inocente entable demanda de divorcio necesario.

Entendiendo por divorcio necesario "la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley."⁷⁶

Es decir, se requiere que la falta cometida contra los deberes matrimoniales por la cual se va a solicitar el divorcio, debe encontrarse legalmente tipificada dentro de las causas que señala el Código Civil para el Distrito Federal y en este caso el artículo 267.

"Artículo 267.- 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;

⁷⁶ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p.221.

- 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 esta 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 un 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 se 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."

Como correctamente lo señala el artículo antes citado, las causas que contempla el Código Civil para el Distrito Federal son de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas con otras ni ampliarse por analogía o mayoría de razón. Tal como lo establece la siguiente tesis jurisprudencial:

"DIVORCIO, AUTONOMÍA 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 no por mayoría de razón.

Amparo directo 1271/59. María Concepción Taboada de Olvera. 4 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 7226/60. Antonia Verde Barrón. 6 de octubre de 1961. Cinco votos.

Amparo directo 1308/61. María Luisa Gallego Castro. 11 de enero de 1963. Cinco votos.

Amparo directo 3346/60. Salvador Tapia Maldonado. 3 de julio de 1963. Cinco votos.

Amparo directo 2107/61. Ramón Flores Valdés. 22 de agosto de 1963. Unanimidad de cuatro votos".⁷⁷

4.1. PROBLEMA SOCIO - JURÍDICO

Eduardo A. Zannoni afirma al respecto, "la admisión o rechazo del divorcio suscita una de las más enconadas y difíciles polémicas. En ella, no solo intervienen argumentos de estricta índole jurídica, más allá se trata de un problema que interesa aspectos de orden ético, religioso, sociológico y hasta psicológico y que determinan la dirección y el sentido de la política legislativa."⁷⁸

Como vemos, al presentarse el divorcio como una figura controvertida da origen a que exista en la doctrina una gran divergencia, pues sus partidarios consideran al divorcio como un mal necesario en tanto que sus opositores no aceptan la indisolubilidad del vínculo matrimonial, aduciendo en su contra como lo señala Zannoni razones de carácter religioso, ético, político y psicológico.

Por razones de orden religioso. La iglesia católica considera al matrimonio como un lazo indisoluble en vida de los casados, pues considera a la indisolubilidad como una defensa frente a la inestabilidad afectiva, tal como lo explica Santiago Martínez Sáez "saberse vinculado de manera definitiva a alguien a quien se debe amar, obliga al cónyuge a educarse en el amor a aprender a querer de modo que, supuesta la atracción inicial, la voluntad sea entrenada para orientar la afectividad y la sexualidad en dirección exclusiva al

⁷⁷ Divorcio, Autonomía de las causales. Apéndice de 1995. Tercera Sala. Sexta Epoca. Tomo IV: Parte SCJN. No. de Registro 392344.

⁷⁸ Zannoni, Eduardo A. Derecho de familia. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1984. p. 20.

otro, de manera que la elección primera se convierta en un compromiso actual, actuante, fiel, perseverante y perdurable.”⁷⁹

Es decir, la indisolubilidad conyugal para la iglesia esta basada en la existencia de un amor verdadero que pide y quiere eternidad “un amor que se condicionará temporalmente no sería amor verdadero. Jamás el amor sincero se ha expresado con frases del tipo: ‘te amaré por una temporada’ o ‘por esta primavera’ la indisolubilidad no mata el amor, al contrario, defiende sus exigencias de eternidad contra los caprichos del instante y las tentaciones de temporalidad.”⁸⁰

Este argumento nos señala de manera clara la postura que debe de tener todo cónyuge al querer contraer matrimonio, pues como lo señala el mismo autor, el hombre y la mujer tienen la libertad para casarse o no casarse, pero no la tienen para cambiar a su antojo el matrimonio contraído. “Hombre y mujer tienen libertad para entrar o no en el estado matrimonial, pero este tiene su estructura propia que ya no depende de la conveniencia de los esposos. Es algo semejante a lo que sucede cuando una persona quiere entrar a formar parte de un club deportivo; yo tengo libertad para ingresar o no al Club Guadalajara, pero si ingreso estoy obligado a respetar los reglamentos y no puedo modificarlos a mi capricho.”⁸¹

En este sentido, José Miguel Ibáñez expresa “la pareja que se casa no inventa el matrimonio, sino que lo encuentra –con todas sus leyes esenciales

⁷⁹ Martínez Saez, Santiago. *¿Divorcio? ¡No!*. Colección Ateneo Sacerdotal de Guadalajara. 3ª Edición. Editorial Revistas. México. 1990. p. 19.

⁸⁰ Martínez Saez, Santiago. Ob. Cit. p. 60.

⁸¹ *Ibidem*. p. 20 in fine y 21.

incluidas- en la naturaleza misma del hombre y la sociedad... y la primera ley que la pareja no crea ni inventa en el matrimonio es su indisolubilidad.”⁸²

Es decir considera a la indisolubilidad como propiedad esencial de todo matrimonio y que los cónyuges deben respetar, porque de contrario “destruida la indisolubilidad se destroza el matrimonio y las consecuencias no tardan en dejarse sentir... los terribles efectos del egoísmo divorcista están ya por todas partes y lejos de detenerse van en aumento. Por eso los hombres de buena voluntad debemos gritarlo sin miedo y muy alto el divorcio es un gravísimo error jurídico.”⁸³

De lo anterior se desprende que la sociedad debe preocuparse por mantener el vínculo matrimonial entre los cónyuges y en consecuencia de que exista una familia unida que brinde a sus miembros la protección, el apoyo tanto económico como emocional y donde se viva en completa armonía, porque de lo contrario se generarían conductas antisociales lamentables para la misma sociedad.

Por último señala la iglesia católica: “Un católico no puede favorecer ley alguna de divorcio, ni tampoco deberfan hacerlo los no católicos para quienes la palabra de Jesucristo representa algo, así sea a título de mera autoridad humana cualificada como la que más.”⁸⁴

⁸² Ibañez Langlois, José Miguel. 21 slogans divorcistas. Editorial Andrés Bello. Chile. 1991. p.62.

⁸³ Martínez Saez, Santiago. Ob. Cit. p.71.

⁸⁴ Ibañez Langlois, José Miguel. Ob. Cit. p. 24.

Por razones de carácter ético en contra del divorcio. La Iglesia Católica aduce argumentos morales con independencia del dogma religioso señalando: "El problema de la indisolubilidad no es sólo un problema de creencias religiosas, sino esencialmente un problema moral, como son morales y no sólo religiosos los problemas del aborto, la droga y el robo. De la misma manera que no se debe abortar, ni consumir cocaína, ni hurtar, tampoco se debe disolver el vínculo matrimonial."⁸⁵

Al considerar la indisolubilidad como un problema moral, implica como lo señala Santiago Martínez, que los valores morales se encuentran débiles; debiendo su declive a dos razones fundamentales:

"a) La simple posibilidad de divorciarse alienta a la ruptura del matrimonio; el divorcio se contempla como puerta de escape, ayuda que no se busque una conciliación.

El divorcio pone en peligro la vida efectiva de los esposos, el bien de los hijos, la firmeza de la familia y el bien común de la sociedad entera. Sin lugar a dudas hay que afirmar que el divorcio es un gravísimo mal social.

b) La existencia del divorcio alienta las uniones poco profundas, 'al vapor' a manera de 'prueba' o de 'experimento'. Quien no ha escuchado frases como la siguiente: 'Después de todo, si nos va mal nos divorciamos', o la que gente joven repetía en España antes de la existencia del divorcio: 'Nosotros mientras no haya divorcio, no nos casamos'. No es difícil profetizar el resultado de tales 'unionen' para las parejas con esa mentalidad."⁸⁶

⁸⁵ *Ibidem.* p.27.

⁸⁶ Martínez, Saez, Santiago. Ob. Cit. p.38.

Es por ello que la iglesia considera que el divorcio no remedia nada y lo estropea todo, pues en lugar de disminuir la desintegración familiar va en aumento, por tal motivo señala en voz alta el divorcio no es la solución.

Al respecto el maestro Antonio de Ibarrola afirma "Para la Iglesia valen desde luego, contra el divorcio, todas las razones aducidas a favor de la indisolubilidad del matrimonio: razones de autoridad, de tradición, de razón, de orden divino y humano. Ellos serán perpetuamente el muro infranqueable que defiende la perennidad del lazo conyugal contra toda razón contraria de autoridad, de costumbre o de ley, cualquiera que sea su valor ante la pura razón humana."⁸⁷

De tal afirmación, podemos darnos cuenta que el maestro Antonio de Ibarrola se manifiesta totalmente en contra del divorcio, pues no acepta ningún argumento como válido que pueda justificarlo; continúa diciendo: "No puede Dios bendecir a quienes se hayan separado contraviniendo su voluntad y faltando a una ley fundamental de su unión. Con la separación desaparecerá el simbolismo de la unión conyugal, que es la unión de Cristo y su Iglesia, que no se separarán jamás..."⁸⁸

Como vemos, para quienes profesan en realidad la religión católica el divorcio es inaceptable, pues no realizarán nunca actos que vayan en contra de la palabra expresada por Jesucristo que declara la indisolubilidad del matrimonio.

Por último y como resumen de todo lo anterior transcribimos el pensamiento del maestro Alberto Pacheco Escobedo expresando los argumentos

⁸⁷ De Ibarrola, Antonio. Ob. Cit. p.369.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 370.

que tiene en contra del divorcio, mismos que citamos porque da respuesta de manera clara a las siguientes interrogantes: ¿por qué la existencia de tantos divorcios? ¿por qué los cónyuges se niegan a terminar con sus diferencias? ¿por qué nunca se hacen los intentos necesarios para que un matrimonio sea indisoluble? diciendo:

“Los argumentos a favor del divorcio, tienen siempre un tinte individualista que revela casi siempre una posición *egoísta* por parte de los cónyuges. Es lo que expresa, en alguna forma la exposición de los motivos expedida bajo el Presidente Venustiano Carranza -y que a la fecha tenga vigencia- quien pensaba que la mera situación de separación entre los cónyuges sin romper el vínculo ‘es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar *su* bienestar y la satisfacción de *sus* necesidades’, o sea, la justificación del divorcio se enfoca desde el punto de vista del interés personal del cónyuge. Es *él*, el que necesita rehacer su vida, es *él*, el que no puede convivir pacíficamente con su otro cónyuge, es *él*, el que ya no tolera una situación que libremente creó y que no quiere admitir son sus plenas responsabilidades y pretende, por el divorcio, exigir *su* derecho para lograr *su* bienestar y satisfacer *sus* necesidades.

Además, no puede afirmarse rotundamente que la convivencia conyugal se ha hecho imposible que la incompatibilidad de caracteres es absoluta, que el daño para los hijos es total. Todas estas cosas no son incompatibilidades absolutas ni imposibilidades eternas sino cuando los cónyuges no tienen la voluntad de solucionar sus problemas. Ninguna incompatibilidad de caracteres hace imposible la convivencia cuando los cónyuges están dispuestos a limar de tal manera las aristas de sus propios caracteres para terminar entendiéndose. Nuevamente descubrimos la razón egoísta del que no quiere cambiar *su* vida, del que no quiere modificar *su* manera de pensar o *su* manera de actuar, del que

no quiere abandonar *sus* costumbres, a lo mejor lesivas para el cónyuge y para los hijos, sino que quiere antes que nada, egotistamente, *su* forma de ser y *su* forma de vivir aún cuando el matrimonio fracase.”⁸⁹

El autor nos muestra una realidad que ningún cónyuge quiere asumir respecto a su conducta en el matrimonio, porque es más fácil decir mi matrimonio no funcionó por innumerables causas, que asumir la conducta de decir mi matrimonio no funcionó, porque yo no quise cambiar mi forma de pensar y vivir la vida.

Por razones de carácter político - social en contra del divorcio. Al respecto Sara Montero expresa “se plantea la cuestión relativa a la necesidad de mantener la cohesión doméstica a fin de lograr una solidaridad estrecha en las relaciones familiares según las costumbres, ideas morales y religiosas de cada pueblo. El Estado, como representante máximo del poder social debe tener interés en el mantenimiento y salud de la célula social que es la familia. Tal parece que el divorcio contradice estas finalidades, pues en lugar de ser una institución de solidaridad, es un medio de desunión, destruye un hogar. Por lo que sí el Estado a través de sus leyes facilita el divorcio, contribuye con ello a la disgregación familiar y a la descomposición paulatina del cuerpo social; luego entonces el Estado debe fomentar la estabilidad familiar creando todos los medios institucionales y legales para lograrlo, entre ellos, restringiendo en lo posible las causas de divorcio y los medios instrumentales para obtenerlo.”⁹⁰

En este sentido, al preocuparse el Estado por mantener en la sociedad familias unidas y sobre todas sanas, es decir, familias donde sus integrantes encuentran el amor, el apoyo, la ayuda, la comunicación y el respeto

⁸⁹ Pacheco Escobedo, Alberto. Ob. Cit. p.156 in fine 157.

⁹⁰ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p. 199 y 200.

entre ellos mismos da origen a que en la sociedad no se presenten problemas de conducta antisocial; por lo que de igual manera también debe preocuparse por mantener el vínculo matrimonial y sólo permitir su disolución por causas que hagan efectivamente imposible la vida conyugal además de que estas sean debidamente probadas, pues al jugar la familia un papel importante dentro de la sociedad, esta debe estar debidamente protegida por el Estado.

Las repercusiones psicológicas del divorcio constituyen una de las razones más fuertes en contra del mismo, tal como lo afirma Sara Montero "es un hecho totalmente comprobado que la separación conyugal afecta casi siempre la psique de los divorciados. En numerosos casos hiere profundamente a ambos involucrados, o a uno más que a otro, pero siempre resulta alguien lesionado."⁹¹

Tiene razón la autora al señalar que la separación conyugal trae consigo problemas de carácter psicológico emocional, pues los ex cónyuges, sienten que la vida o su vida no tiene ningún sentido y en consecuencia "surge un elevado sentimiento de culpabilidad, el sujeto se siente ya fracasado como mujer o como hombre; tristeza por lo que se fue y seguramente no ha de regresar; soledad, angustia, hostilidad, depresión. Solo recuerdos le quedan. Piensa mucho en sí mismo, cuestionándose si ella fue la culpable o él, o quién..."⁹²

⁹¹ Ibidem. p.200.

⁹² Oshiver Fisher, Esther. *Divorcio:La Nueva Libertad*. Logos Consorcio Editorial S.A. México. 1976. p.140.

Y como si estos problemas de carácter anímico que experimentan los divorciados fueran pocos, se suma aquel, de no saber que hacer para lograr su rehabilitación emocional, pues en este momento tan traumático y difícil en su vida al no encontrar ayuda por parte de familiares, amigos o de algún profesional de psicología, buscan entonces 'la puerta falsa' para solucionar sus problemas, y puede entonces "inducir a los afectados hacia el suicidio o a intentar otras acciones atentatorias de su persona o de su psique."⁹³

Como vemos, las consecuencias psicológicas que trae consigo el divorcio son gravísimas, aunque estas se presentan por lo general cuando algún excónyuge no ha logrado el divorcio psíquico.

Linda Bird Francke explica en que consiste éste divorcio "En el divorcio psíquico los compañeros deben renunciar el uno al otro y admitir que ese otro no es la pareja soñada. No es fácil renunciar a esos sueños -y fantasmas- y la muerte de esa lucha trae consigo un periodo de duelo. El divorcio se desequilibra, con todo, cuando uno de los cónyuges ha hecho la separación psíquica mucho antes que el otro y mucho antes de que el divorcio sea discutido siquiera como una posibilidad."⁹⁴

Es decir, el divorcio psíquico se refiere a la separación, a la renuncia afectiva de los cónyuges, aunque como lo señala la autora, este sentimiento de afecto, de amor, desaparece por parte de algún cónyuge antes de plantearse el divorcio legal, pues de lo contrario el cónyuge que ha dado origen o causa para solicitar tal divorcio, nunca hubiera realizado una conducta contraria a los fines del matrimonio, pues el sentimiento de amor hacia su cónyuge se lo habría impedido.

⁹³ Oshiver Fisher, Esther. Ob. Cit. p.144.

⁹⁴ Bird, Francke Linda. Los hijos frente al Divorcio. Editorial Diana. México. 1990. p.33.

Por lo que respecta al daño emocional y psicológico que se le causa a los hijos del divorcio será un tema analizado en otro apartado de la presente investigación.

Como vemos, es fácil entender a los opositores del divorcio, el por qué su negativa de aceptarlo, pues a la sociedad le interesa estar formada por familias sanas en donde sus miembros vivan en perfecta armonía y puedan ser útiles a la misma y no ser generadoras de conductas antisociales por problemas psicológicos que tengan como origen un divorcio.

Una vez analizados los argumentos que se manifiestan en contra del divorcio, pasaremos al análisis *grosso modo* de aquellas razones que se esgrimen a favor del mismo.

Decimos *grosso modo* porque los autores que defienden el divorcio coinciden en señalar que el mismo es "la expresión de un fracaso, porque los que se casaron no encontraron en el matrimonio lo que esperaban de él. Por circunstancias innumerables, los cónyuges dejan de entenderse y respetarse, empiezan a ser desdichados, se separan. El divorcio no es más que la expresión final y legal de una realidad, del fracaso de la unión conyugal.

Por lo que el divorcio viene a ser el bálsamo, la solución a la convivencia inmoral de los que ya nada tienen entre sí de lazos afectivos, cuando sólo existe entre ellos indiferencia, desprecio, rencor o agresión; cuando de hecho ya no son matrimonio y sólo los une el lazo legal, debe este romperse. La ley prevé el instrumento necesario: el divorcio."⁹⁵

⁹⁵ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p.200 in fine y 201.

Es decir, cuando el divorcio viene a ser la solución a una vida familiar infeliz porque se ha perdido todo amor, toda tolerancia y sobre todo el respeto que debe imperar, siempre es preferible dar por terminado algo que nunca siquiera debió unirse; por tanto, el divorcio es un mal menor, porque evita males mayores, es entonces el divorcio un mal necesario.

En este sentido Marcel Planiol y Georges Ripert, exponen las razones por las que consideran que debe admitirse el divorcio "La unión de hombre y de mujer, que debería ser una causa de paz y concordia, una garantía de moralidad, a veces no realiza su fin. La vida común llega a ser imposible, se rompe, o bien si continúa el hogar se convierte en un foco de disgustos; en una causa permanente de conflictos. Es un problema que resulta de las pasiones y debilidades humanas. Se trata de una situación de hecho que el legislador obligatoriamente debe tomar en cuenta, porque es responsable del orden y las buenas costumbres, por lo tanto debe intervenir."⁹⁶

Como vemos los autores citados consideran que cuando el matrimonio no cumple con sus fines y la vida de pareja llega a ser intolerable es mejor disolver el vínculo conyugal y ante tal situación deberá intervenir el Estado puesto que esta interesado en conservar una familia por el bien de la sociedad.

Esta misma idea sostiene Alicia Pérez Duarte al confirmar que "el divorcio es una institución útil a la sociedad porque aporta un principio de solución a un conflicto ofreciendo un instrumento de tipo jurídico para resolver un problema afectivo."⁹⁷

⁹⁶ Planiol, Marcel y Georges Ripert. Ob. Cit. p.153.

⁹⁷ Pérez Duarte, Alicia. Derecho de Familia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1994. p.101.

Tiene razón la autora pues el divorcio sólo viene a dar por terminado, lo que ya estaba roto sentimentalmente hablando, es entonces cuando puede decirse de nueva cuenta que el divorcio es un mal necesario pues pone fin a una situación conyugal incompatible con los fines del matrimonio.

Por último señalaremos que el divorcio no puede entenderse como algo malo, sino que lo malo del divorcio es el abuso del mismo, cuando se comete fraude a la ley y sobre todo en materia procesal, específicamente en el allanamiento a la demanda, pero el análisis de este tema tan delicado y origen de la presente tesis será analizado en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO TERCERO

PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO NECESARIO

1. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO

El juicio de divorcio presupone el ejercicio de la acción de divorcio, la cual tiene las siguientes características:

- 1) Es una acción sujeta a caducidad
- 2) Es personalísima
- 3) Se extingue por reconciliación o perdón expreso o tácito
- 4) Es susceptible de renuncia y de desistimiento
- 5) Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges.⁹⁸

1) Caducidad de la acción de divorcio.- Caducidad viene del "vocablo latino cadere que significa lo que muere, lo que deja tener efectos. Implica la acción o la fuerza de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho. Doctrinalmente se entiende como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho."⁹⁹

Para Rojina Villegas la caducidad es "la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la ley sin que se pueda evitar esa extinción, interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo."¹⁰⁰

⁹⁸ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 483.

⁹⁹ Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. Cit. p.371.

¹⁰⁰ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p.483.

Por lo que referida la caducidad a la acción de divorcio ésta se extingue por el sólo transcurso del tiempo, por consiguiente, se requiere, que para mantener vivo el derecho o la acción de divorcio debe ejercitarse, porque de lo contrario el derecho se extinguirá.

El artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal establece un plazo de seis meses para ejercitar la acción de divorcio, término que empezará a contarse a partir del día en que se tenga conocimiento del hecho que constituya la causal en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 en que el plazo de caducidad es de dos años.

Sin embargo, no todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, por tanto, hay que distinguir entre acciones de divorcio que implican causas de tracto sucesivo y acciones que implican causas de realización momentánea.

Cuando la causa de divorcio es de tracto sucesivo, ésta no se encuentra sujeta a caducidad porque "día a día se comete el acto que da motivo al divorcio y, por lo tanto, no puede correr el término de seis meses o dos años tomando en cuenta los primeros actos que originaron esa causa, ya que vienen enseguida otros en los que se reincide en la misma falta o se incurre en la misma situación que da origen al divorcio."¹⁰¹

De lo anterior se deduce que, cuando la causa de divorcio es permanente, es decir, se presenta día a día no puede correr un término, porque la causa se encuentra siempre vigente, y en consecuencia el divorcio podrá solicitarse en cualquier momento.

¹⁰¹ Sánchez Márquez, Ricardo. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A. México. 1998. p.400.

En este mismo sentido Rojina Villegas establece “tratándose de las causas de tracto sucesivo no existe posibilidad de que comience a correr el término de caducidad, por la misma naturaleza de las cosas, pues no va a depender de la voluntad de los consortes el que se compute el estado que da origen al divorcio a partir de un cierto momento. En efecto, si la causa depende de una situación objetiva, de un estado de hecho, como haberse separado de la casa conyugal, estar ausente, encontrarse enfermo, es evidente que mientras se mantenga esa situación que es el motivo por el cual la ley concede el divorcio, el cónyuge inocente o el sano en el caso de las enfermedades, podrá intentar su acción.”¹⁰²

Es decir, las causas de divorcio de tracto sucesivo al tener el carácter de permanentes, por no poderse determinar en el tiempo el hecho que originó el divorcio, pueden invocarse en cualquier momento del matrimonio sin necesidad de que transcurran los seis meses o los dos años exigidos por el artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal.

Pues mientras se sigan repitiendo los hechos o bien se mantenga esa situación que da origen al divorcio, por configurarse la causal exigida en Código Civil para el Distrito Federal, la acción permanece viva y en consecuencia no se extinguirá.

En cambio, cuando las causas de divorcio son de realización momentánea “que no implican un estado, una situación que se prolongue en tiempo, sino que se realiza en un momento dado, por ejemplo, el adulterio, las injurias, las sevicias, la propuesta de un cónyuge para prostituir al otro o la corrupción de los hijos, etc., evidentemente que si pueden definirse en el tiempo. En este caso

¹⁰² Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 485.

se toma en cuenta no el momento en que realmente sucedieron los hechos, sino el momento en que el cónyuge inocente tiene conocimiento de los mismos.”¹⁰³

De lo anterior se deduce que las causas de divorcio de realización momentánea si están sujetas a caducidad, porque son causas que consisten en un hecho que si puede determinarse en el tiempo.

Además, es importante señalar que la acción de divorcio se encuentra sujeta a caducidad y no a prescripción, ya que en la caducidad no puede ocurrir ni la interrupción, ni la suspensión del plazo, en cambio en la prescripción si se pueden interrumpir o en su caso, se pueden suspender los plazos de prescripción que señale la ley.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala la siguiente tesis:

“DIVORCIO. EL TÉRMINO FIJADO POR LA LEY PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN ES DE CADUCIDAD Y NO DE PRESCRIPCIÓN TRATÁNDOSE DE.

Tratándose de divorcio, el término fijado por la ley para el ejercicio de la acción es un término de caducidad y no de prescripción, y si bien es cierto que ambas son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, también es cierto que, no deben confundirse porque la caducidad es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima; por ende en materia de divorcio, tomando en consideración su carácter excepcional porque pone fin al matrimonio, el término señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad,

¹⁰³ Ibidem. p. 486

porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose con la incertidumbre, todos los derechos y obligaciones que forman el estado civil del matrimonio, intereses que dejan de ser de orden privado, y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el orden público.

Amparo directo 132/95. Baldemar Moreno Espinoza. 27 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Stalin Rodríguez López.”¹⁰⁴

2)Carácter personalísimo de la acción de divorcio.- Al respecto Ricardo Couto dice “la acción de divorcio es esencialmente personal; teniendo por fundamento una ofensa, lógico es que sólo la parte ofendida, con exclusión de cualquiera otra persona, pueda estimar el grado de ella, para decidirse a exigir o no su reparación por la vía del divorcio.”¹⁰⁵

Este principio es recogido por Código Civil para el Distrito Federal al establecer en su artículo 278 Parte Primera que “el divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él ...”.

Es decir, la acción de divorcio compete “al cónyuge sano, al inocente o al cónyuge no culpable, de tal manera que la acción no se puede transferir a los herederos o a los acreedores del cónyuge que tiene la acción.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ Divorcio. El término fijado por la ley para el ejercicio de la acción es de caducidad no de prescripción tratándose de. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Número de Registro 204484. IUS 2000. p. 507.

¹⁰⁵ Couto, Ricardo. Ob. Cit. p.345.

¹⁰⁶ Sánchez Márquez, Ricardo. Ob. Cit. p.403.

Lo cual significa que la acción de divorcio no es transmisible ni en vida ni por causa de muerte; en tal virtud queda claro que no hay acción más personal que la del divorcio, pues solo le corresponde al esposo ofendido decidir si la ejercita o no.

Por su parte Sara Montero afirma que “la acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges, es decir, es una acción personalísima, entendiéndose por tal que sólo puede ser iniciada y continuada hasta la obtención de la sentencia, por los propios interesados, en este caso los cónyuges.”¹⁰⁷

Por tanto ningún tercero puede ejercitar la acción de divorcio, sin embargo, ello no significa que pueda dudarse el carácter personalísimo de la acción de divorcio cuando el cónyuge menor de edad intervenga en un juicio de divorcio y se le nombre un tutor, tal como lo exige el artículo 643 del Código Civil para el Distrito Federal que establece:

“Artículo 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I...

II. De un tutor para negocios judiciales”.

Pero en este caso “si bien es cierto que el emancipado que desee divorciarse cuando todavía es menor de dieciocho años, tendrá que estar asistido de un tutor, también habrá que destacar que la voluntad, es la del menor de edad y no la de su tutor.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p.244.

¹⁰⁸ Sánchez Márquez, Ricardo. Ob. Cit. p.401.

Porque el tutor actúa en todo momento como representante legal del menor, porque su función se limita a asistir, a aconsejar al cónyuge menor durante la secuela del procedimiento.

3)La acción de divorcio se extingue por reconciliación o por perdón expreso o tácito.- Al respecto el artículo 280 del Código Civil para el Distrito Federal establece "La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. Para tal efecto, los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar."

De lo anterior se deduce que "la reconciliación supone el perdón de la parte ofendida, pues no se explica la reanudación de la vida en común, sino ha mediado previamente el perdón de la ofensa hecha. Además, la reconciliación puede tener lugar en cualquier estado del juicio, produciendo el efecto de extinguir la acción; lo único que se exige es que los interesados denuncien su nuevo arreglo al juez; pero aun la omisión de este requisito no quita sus efectos a la reconciliación hecha."¹⁰⁹

Es decir toda reconciliación lleva implícito el perdón y al existir este necesariamente se extinguirá la acción de divorcio que tendrá como consecuencia la terminación del juicio.

Por lo que se refiere al perdón el artículo 281 del Código Civil para el Distrito Federal estatuye: "El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo."

¹⁰⁹ Couto, Ricardo. Ob. Cit. p.350.

Como vemos, la intención del legislador en materia de matrimonio es la perpetuidad de la unión, por tanto, se entiende su actitud para tratar de salvar el matrimonio, otorgándole al cónyuge ofendido la posibilidad de otorgar el perdón antes de dictarse sentencia, pues de esta manera se extinguirá la acción de divorcio y con ello, al igual que en la reconciliación el juicio de divorcio antes promovido.

Y como bien lo señala Ricardo Couto "el divorcio es un derecho que tiene el esposo ofendido en contra de su ofensor, nada puede impedir que renuncie a ese derecho, remitiéndolo o perdonándolo de la ofensa recibida."¹¹⁰

De lo anterior podemos concluir que toda reconciliación implica perdón, pero no todo perdón implica reconciliación, ya que el perdón puede tener lugar sin que se reanude la vida común entre los esposos.

4) La acción de divorcio puede ser objeto de renuncia o de desistimiento.- El desistimiento implica "una renuncia de la acción ya intentada, es decir, la demanda ya ha sido formulada y se encuentra en trámite el juicio de divorcio, sin embargo, el actor cónyuge opta por desistirse de la acción."¹¹¹

Por tanto, la renuncia de la acción de divorcio se refiere al no ejercicio de la misma antes de iniciar el procedimiento de divorcio, en cambio el desistimiento se refiere a que la acción ya ha sido ejercitada, intentada, pero durante la secuela procesal se presenta la renuncia a la misma.

5) La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges.- Así lo expresa textualmente el artículo 290 del Código Civil para el

¹¹⁰ Ibidem. p.353.

¹¹¹ Rojas Villegas, Rafael. Ob. Cit. p.499.

Distrito Federal "La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían sino hubiere existido dicho juicio".

Lo anterior atiende a que se parte de la consideración fundamental de que la acción de divorcio tiene por objeto la disolución del vínculo matrimonial. De tal manera que si por la muerte de uno de los cónyuges durante el juicio, ya quedo disuelto el matrimonio, necesariamente el procedimiento debe terminar, porque ya no habrá materia para la sentencia.

6)La acción de divorcio sólo se otorga al cónyuge que no dio causa al mismo.- En este caso el artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal establece "El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él ...".

Es decir, sólo corresponde al cónyuge inocente y en su caso al cónyuge sano, los que tienen el derecho o bien se encuentran facultados para demandar el divorcio necesario, ya que en el caso de divorcio por mutuo consentimiento se requiere el acuerdo de la pareja para tramitar el divorcio.

2. PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO NECESARIO

El procedimiento de divorcio necesario se sigue en la vía ordinaria civil y se requiere de los siguientes supuestos:

- a) "La existencia de un matrimonio válido
- b) Que el ejercicio de la acción sea ante juez competente
- c) La expresión de causa específicamente determinada en la ley
- d) La legitimación procesal

- e) Que la acción se ejercite en el tiempo determinado por la ley
- f) Que no haya habido perdón
- g) Las formalidades procesales exigidas por el Código de Procedimientos Civiles para un juicio ordinario civil.”¹¹²

a) La existencia de un matrimonio válido.- Se prueba con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio cuya disolución se solicita a través de la demanda de divorcio.

b) Que el ejercicio de la acción sea ante juez competente.- En este supuesto es juez competente en materia de divorcio necesario, el juez de lo familiar del domicilio conyugal (artículo 159 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) y en caso de divorcio por abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado (artículo 156 Frac.XII del Código Procesal). Cuando no existe domicilio conyugal porque la separación de los cónyuges haya sido tiempo atrás, es competente para conocer del juicio, el juez del domicilio del demandado (artículo 156 Frac. IV del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

c) La expresión de causa específicamente determinada en la ley.- En este caso la causa deberá ajustarse a alguna de las señaladas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, pudiendo ser mas de una de ellas. Y como ya lo apuntábamos anteriormente, las especificadas por nuestro sistema jurídico, son de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causa tiene carácter autónomo y, si bien puede invocarse más de una de ellas en la demanda de divorcio, estas no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse o aplicarse por analogía ni por mayoría de razón.

¹¹² Pérez Duarte, Alicia. Ob. Cit. p. 127 y ss.

d) La legitimación procesal.- En materia procesal "la doctrina suele distinguir entre la legitimación ad processum (o legitimación procesal) y la legitimación ad causam (o legitimación en la causa)."¹¹³

En cuanto a la legitimación procesal esta es definida por Couture como la "aptitud o idoneidad para actuar en el proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro."¹¹⁴

Es decir, se refiere a la posibilidad legal que tiene una persona para intervenir en un proceso ya sea como actor, demandado o como tercerista.

Por lo que se refiere a la legitimación en la causa esta consiste "en la autorización que la ley otorga a una persona para ser parte en un proceso determinado, por su vinculación específica con el litigio. Por lo tanto, una persona puede tener capacidad para ser parte -por el simple hecho de ser persona- y capacidad (o legitimación) procesal- por estar en aptitud de comparecer en juicio. Pero normalmente no basta con estas dos condiciones generales y abstractas de las personas. Regularmente las leyes exigen que las partes tengan, además, la condición particular y concreta de la legitimación en la causa, que se deriva de su vinculación con el litigio objeto del proceso de que se trate."¹¹⁵

Y referida al divorcio esta legitimación en la causa, consiste en que compete exclusivamente a los cónyuges; es decir, se trata de una acción personal y como ya lo señalamos, ésta sólo puede ser iniciada y continuada

¹¹³ Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso. 5ª Edición. Editorial Oxford. México. 2001. p.263.

¹¹⁴ Couture J., Eduardo. Vocabulario Jurídico. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1993. p.380

¹¹⁵ Ovalle Fabela, José. Teoría General del Proceso. Ob. Cit. p. 265.

hasta la obtención de la sentencia por los propios interesados, en este caso los cónyuges.

e) Que la acción se ejercite en el tiempo determinado por la ley.- Es decir, el divorcio necesario puede intentarse en cualquier momento del matrimonio, pero dentro de los seis meses o los dos años siguientes al día en que el actor o la actora hayan tenido conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, salvo, claro esta de las causales de tracto sucesivo, que podrán invocarse en cualquier tiempo.

f) Que no haya habido perdón.- En este caso el cónyuge ofendido no ha otorgado el perdón por la ofensa recibida y, por tanto, esta dispuesto a iniciar el procedimiento de divorcio necesario.

g) Las formalidades procesales exigidas por el Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal para un juicio ordinario civil (artículos 255 al 429). Este tipo de juicio comprende diversas etapas procesales que son las siguientes:

1)ETAPA DE INSTRUCCIÓN.- Esta etapa comprende "todos los actos procesales tanto del tribunal y de las partes en conflicto, como de los terceros ajenos a la relación procesal; actos por los cuales se precisa, se determina el contenido del debate litigioso, y por los cuales también se desarrolla la actividad probatoria y se formulan las conclusiones o alegatos de las partes. En resumen, el propósito que se busca en la instrucción es allegarle, acercarle al juzgador todo el material informativo para que se produzca el juzgamiento con la propiedad jurídica y lógica debidas.

La instrucción se divide en tres fases: fase postulatoria, fase probatoria y fase preconclusiva; a su vez la fase probatoria se ha subdividido en cuatro momentos que son: el ofrecimiento, la admisión, la preparación y el desahogo de la prueba.”¹¹⁶

A) *Fase Postulatoria*.- Esta primera fase de la instrucción se encuentra integrada por las actuaciones que fijan la litis, en donde “las partes exponen sus pretensiones y resistencias; sus afirmaciones y sus negaciones acerca de los hechos, y finalmente invocan las normas jurídicas aplicables al caso concreto. El objetivo que se trata de alcanzar es el de recoger el debate litigioso, esto es, se trata de precisar el contenido del proceso, de determinar aquello que será objeto después de la actividad probatoria y de los alegatos y, por último, de una resolución jurisdiccional definitiva, que es la sentencia.”¹¹⁷

Una vez señalado *grosso modo* en que consiste esta fase diremos que el procedimiento se inicia con la presentación de la demanda, en donde el cónyuge ofendido reclamara la disolución del vínculo matrimonial señalando una o más de las causales de divorcio establecidas limitativamente en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal.

La demanda de divorcio deberá cumplir con los requisitos que establece el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, debiéndose adjuntar con la misma copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos si los hubiera, dando con ello cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 95 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

¹¹⁶ Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. 6ª Edición. Editorial Oxford. México. 1998. p.18.

¹¹⁷ Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Ob Cit. p.19.

Una vez admitida la demanda el juez de lo familiar mandara a emplazar al cónyuge que haya dado causa al divorcio y que durante el juicio tendrá el carácter de demandado, a fin de que produzca su contestación, dentro del termino de nueve días (artículo 256 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

En la contestación a la demanda, el demandado indicará si son o no son ciertos los hechos señalados en la demanda y, por lo tanto, si ha incurrido o no en la o las causales de divorcio que se le imputan, oponer excepciones y defensas, con las que se le dará vista al actor por el término de tres días. Pudiendo, además en el mismo escrito de contestación, promover reconvencción, o sea, hacer valer a su vez, causas de divorcio en contra del demandante.

De presentarse la reconvencción el juez de lo familiar correrá traslado de ella, al cónyuge demandante para que la conteste dentro del término de seis días (artículo 272 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Sin embargo, puede presentarse el caso de que el demandado no conteste la demanda dentro del plazo que se le concedió para tal efecto, en este supuesto se hará la declaración de rebeldía (artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles). Y a continuación, deberá procederse de acuerdo con lo previsto por los artículos 272-A al 272-G, además de que se observaran las disposiciones del Título Noveno del Código procesal que se refiere a los juicios en rebeldía.

En el supuesto de que el demandado haya formulado su contestación, se procederá a tratar de avenir a las partes en conflicto, es decir, se buscaran alternativas de solución al litigio en una Audiencia Previa y de Conciliación que

se llevara a cabo dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se hubiere contestado la demanda o la reconvencción (artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Con las reformas del 25 de mayo del 2000 el artículo antes citado establece que en los juicios de divorcio necesario en que se invoquen como causales únicamente las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, referidas a violencia familiar la audiencia previa y de conciliación se fijara dentro de los cinco días siguientes a la contestación a la demanda y, en su caso, de la reconvencción.

Los fines que se persiguen en la audiencia previa y de conciliación son los siguientes:

1)"Intentar la conciliación de las pretensiones y excepciones de las partes, como una forma de solucionar la controversia sin tener que agotar todo el proceso, evitando los gastos y costas, las dilaciones y las situaciones de incertidumbre que aquél trae consigo;

2)Examinar y resolver tanto las condiciones de la acción como las excepciones y presupuestos procesales, a fin de sanear el proceso de los defectos relativos a la válida constitución.y desarrollo de la relación jurídica procesal;

3)Fijar, en definitiva, tanto el objeto del proceso -las pretensiones de la parte actora y las excepciones de la demandada-, como el objeto de la prueba -los hechos controvertidos y, eventualmente, el derecho extranjero o consuetudinario-.

4) Resolver sobre la admisión de las pruebas que se hubiesen ofrecido en los escritos iniciales, ordenando las medidas conducentes a su preparación.”¹¹⁸

Pasemos ahora al estudio de la segunda fase de la instrucción:

B) *Fase Probatoria*.- El procedimiento probatorio se encuentra constituido por “los actos procesales a través de los cuales se desarrolla la etapa probatoria, que son básicamente los siguientes:

- 1) El ofrecimiento de las pruebas
- 2) La admisión o el rechazo, por parte del juzgador, de los medios de prueba ofrecidos
- 3) La preparación de las pruebas admitidas
- 4) La ejecución, práctica o desahogo de los medios de prueba que hayan sido ofrecidos, admitidos y preparados.”¹¹⁹

1) El ofrecimiento de pruebas. Éste constituye el primer momento de la fase probatoria, en el cual, “las partes ofrecen al tribunal, al órgano jurisdiccional, los diversos medios de prueba con los que suponen llegarán a constatar o a corroborar lo que han planteado en la fase postulatoria.”¹²⁰

Al respecto el artículo 290 del Código Procesal establece “El mismo día en que se haya celebrado la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales, si en la misma no se terminó el juicio por convenio o a más tardar al día siguiente de dicha audiencia, el Juez abrirá el juicio al periodo de ofrecimiento de pruebas, que es de diez días comunes, que empezarán a

¹¹⁸ Ovalle Favala, José. Derecho Procesal Civil. 8ª Edición. Editorial Oxford. México. 1999. p.119.

¹¹⁹ Ovalle Favala, José. Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p.137.

¹²⁰ Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p.20.

contarse desde el día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación a todas las partes del auto que manda a abrir el juicio a prueba. En los juicios de divorcio necesario en que se invoquen como causales únicamente las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, el periodo de ofrecimiento de pruebas será de cinco días comunes a partir del día siguiente de aquél en que surta efectos la notificación a todas las partes del auto que manda abrir el juicio a prueba.”

Para el caso específico del divorcio una vez que el juicio se abre a prueba, las partes ofrecerán las pruebas que estimen pertinentes para probar los hechos narrados en su demanda y contestación, o sea, para probar al juez la existencia de la o las causales de divorcio aducidas.

Además, es importante tener presente que deben relacionarse las pruebas que se ofrecen con cada uno de los puntos controvertidos, pues si no se realiza así, las pruebas serán desechadas, además que se deberá especificar al juez que se pretende demostrar con dicha probanza, es decir, debe razonarse (artículo 291 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal).

Existen algunos medios de prueba que tienen reglas específicas que rigen su ofrecimiento y por lo tanto, se engloban en el capítulo de ofrecimiento de pruebas, como son:

1) La prueba de confesión, que se ofrece pidiendo la citación de la contraparte para absolver posiciones (artículo 291). Al ofrecer esta prueba se ha de presentar el pliego que contenga las posiciones, no obstante ello, esta prueba se admite aunque no se exhiba el pliego de posiciones, pidiendo tan sólo la citación. Sin embargo, es recomendable la presentación del pliego de posiciones con anterioridad a la fecha en que se haya citado a la persona que debe absolver

posiciones, pues sólo se podrá declarar confeso en caso de no concurrencia, de aquellas posiciones que con anticipación se hubieren formulado (artículo 292 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

2)La prueba testimonial, se ofrece señalando el nombre y domicilio de los testigos, mismos que ya fueron mencionados en el escrito inicial de demanda por tener relación directa con los hechos controvertidos (Artículo 255 fracción V del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Asimismo, el demandado, en su escrito de contestación, conforme a lo establecido en el artículo 266 del Código Adjetivo, debe mencionar nombre y apellidos de testigos.

Abierto el término de diez días comunes para ofrecer pruebas, conforme al artículo 290 del citado Código, las partes están en aptitud de ofrecer la prueba testimonial que convenga a sus intereses. Para ello deberán ofrecer dicha prueba expresando, con toda claridad, cual es el hecho hechos que se tratan de demostrar con la misma, así como las razones por las que el oferente estima que demostrará sus afirmaciones, declarando el nombre y domicilio de testigos. Si no cumple con tales requisitos el oferente de la prueba, ésta será rechazada (Artículo 291 del Código mencionado).

En el ocurso del ofrecimiento de la prueba testimonial, la parte oferente, deberá establecer dos posibles hipótesis:

- a)Que presentará a sus testigos, o
- b)Que solicita se citen los testigos por conducto del juzgado

En este último caso, en los términos del artículo 357 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal debe manifestar bajo protesta de

decir verdad al juez que esta imposibilitada para presentar a sus testigos y pedirá que se les cite.

Además, no se requiere que el oferente de la prueba testimonial presente interrogatorios escritos para los testigos, pues en los términos del artículo 360 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las preguntas a los testigos serán formuladas verbal y directamente por las partes.

3)La prueba pericial, que se ofrece mediante la expresión de los puntos sobre los que versará, requisito sin el cual la prueba no será admitida; además, para que esta prueba proceda es necesario que se requieran conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria o la mande la ley, debiéndose indicar las cuestiones que deben resolver los peritos (artículo 293 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

4)Los documentos deberán ser presentados al ofrecerse la prueba documental. Después de este periodo no podrán admitirse sino los que dentro del término hubieren sido pedidos con anterioridad y no fueren remitidos al juzgado sino hasta después; y los documentos justificativos de hechos ocurridos con posterioridad, o de los anteriores cuya existencia ignore el que los presente, aseverándolo así bajo protesta de decir verdad (artículo 294 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Sin embargo, si se trata de documentos que las partes no tienen en su poder deben expresar el archivo en que se encuentren, o si se encuentran en poder de terceros y si son propios o ajenos (artículo 295 del Código de Procedimientos Civiles) .

Además, algunos documentos ya fueron anexados a los escritos por los que se fija la litis (artículos 95 y 96 del Código Procesal), en consecuencia éstos documentos se tomarán como prueba aunque no se hayan ofrecido, así como las constancias de autos, tal como lo establece el artículo 246 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

5) La prueba de inspección judicial ha de ofrecerse mediante la determinación precisa de los puntos sobre los que debe versar; porque el no señalamiento de esos puntos sobre los que habrá de versar da lugar a que esta prueba no sea admitida (artículo 297 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

2) La admisión o el rechazo por parte del juzgador de los medios de prueba ofrecidos. Al respecto Ovalle Favela dice "Al admitir las pruebas, el juez debe considerar su pertinencia, es decir, su relación con el objeto de la prueba -los hechos discutidos y discutibles-; y su idoneidad, o sea, su aptitud para probar esos hechos."¹²¹

Respecto a la admisión de pruebas el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal sólo estatuye en su artículo 289 "son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos".

En consecuencia, las partes pueden ofrecer cualquier medio de prueba, siempre y cuando cumplan con las condiciones de admisibilidad; es decir, que sean pertinentes e idóneas para que las mismas causen convicción en el ánimo del juzgador.

¹²¹ Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p.139.

Una vez transcurrido el término de diez días para el ofrecimiento de pruebas, el juez debe dictar resolución en la cual determinará que pruebas de las ofrecidas se admiten (artículo 298 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

En la práctica procesal como señala Ovalle Favela “el juez no dicta el auto de admisión de pruebas en el tiempo señalado por el artículo citado. Primero, como respuesta a los escritos de ofrecimiento de pruebas de cada parte, el juez sólo dicta resoluciones en las que tiene por ofrecidas las pruebas.”¹²²

Posteriormente, a petición de una de las partes o de ambas, el juez resuelve sobre la admisión de las pruebas ofrecidas y señala día y hora para la celebración de la audiencia de pruebas y alegatos, la cual debe llevarse a cabo, por regla dentro de los treinta días siguientes a la admisión (artículo 299).

3)La preparación de las pruebas admitidas, consiste en “el conjunto de actos que debe realizar el tribunal, con la colaboración muchas veces de las propias partes y de los auxiliares del propio tribunal. Por ejemplo, citar a las partes o a los testigos o peritos para el desahogo de determinada prueba; fijar fecha y hora para determinada diligencia, etc.”¹²³

Al respecto el artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal sólo establece “las pruebas deberán prepararse con toda oportunidad para que en la audiencia puedan recibirse.”

¹²² *Ibidem*. p.138.

¹²³ Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. 9ª Edición. Editorial Oxford. México.1996. p.101.

4)El desahogo de la Prueba, de acuerdo con el artículo 299 del Código de Procedimientos Civiles “la recepción y desahogo de las pruebas ofrecidas sólo puede llevarse a cabo en forma oral, a través de una audiencia, a la que debe citarse a las partes en el auto de admisión de pruebas, señalándose al efecto el día y la hora teniendo en consideración el tiempo para su preparación. Deberá citarse para esa audiencia dentro de los treinta días siguientes a la admisión. En los juicios de divorcio necesario en que se invoquen como causales únicamente las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, se citará para la audiencia de recepción de pruebas dentro de los quince días siguientes al de la admisión de las pruebas ofrecidas.

La audiencia debe celebrarse con las pruebas que estén preparadas, dejándose a salvo el derecho de que se designe nuevo día y hora para recibir las pendientes, para lo cual se debe señalar la fecha de continuación de la audiencia, la que debe realizarse dentro de los quince días siguientes.”

Debemos señalar que existen normas especiales aplicables para el desahogo a cada tipo de prueba, éstas normas se encuentran contenidas en los artículos 308 al 383 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Como ya mencionamos cada medio de prueba tiene sus propias reglas y su propia naturaleza en cuanto a su desahogo; sin embargo, podemos señalar que existen pruebas como la confesional, la testimonial o la pericial que deben desahogarse en audiencia, a la cual deberán concurrir los cónyuges, en sus respectivos papeles de actor y demandado, además de testigos o peritos si los hubiere. No obstante, existen otros tipos de pruebas como por ejemplo, la documental pública o privada, que se dice quedan desahogadas por su propia naturaleza, es decir, se encuentran ya integradas en el expediente.

C)*Fase Preconclusiva.*- Se encuentra integrada por "los actos de las partes que se han llamado alegatos o conclusiones, éstos son las consideraciones, las reflexiones, los razonamientos y las argumentaciones que las partes plantean al tribunal acerca de lo que se ha realizado en las fases procesales anteriores (postulatoria y probatoria). Puede considerarse que un alegato o conclusión representa un verdadero proyecto de sentencia favorable a la parte que lo está formulando."¹²⁴

Al respecto el artículo 393 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dice "concluida la recepción de las pruebas, el tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus apoderados y, concluidos los alegatos, el juez se reservará para dictar la sentencia que proceda."

2)ETAPA DE JUICIO.-Constituye la segunda etapa del proceso que consiste "en que solamente se desenvuelve una actividad por parte del órgano jurisdiccional, porque en esta etapa el juzgador emite, dicta o pronuncia la sentencia jurisdiccional definitiva que viene a terminar el proceso y a resolver la contienda, el conflicto de intereses."¹²⁵

Y, referida ésta etapa del juicio al divorcio, el juez al dictar la sentencia, determina si se probaron la o las causales de divorcio en que se fundó la demanda, declarará disuelto el vínculo matrimonial; dejando por tanto a los excónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio y, determinará además, lo relativo a la situación de los hijos, de los bienes y al pago de alimentos.

Una vez notificada la sentencia, si no es apelada dentro de los nueve días que señala el artículo 692 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito

¹²⁴ Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p.21.

¹²⁵ Ibidem. p.21.

Federal, a petición de parte y por declaración judicial se declarará que la sentencia ha causado ejecutoria por declaración judicial (artículos 427 y 428 del Código Procesal); al declararse que la sentencia ha causado ejecutoria se considera como verdad legal lo determinado en la misma.

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

3. MEDIDAS PROVISIONALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO

El artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal establece las medidas provisionales que debe dictar el juez de lo familiar como necesarias para la protección de las personas y bienes de los divorciantes y sus hijos; que son:

I. La separación de los cónyuges

II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no puedan causarse perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso.

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

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos.

VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y la seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición.

X. Las demás que considere necesarias.

Estas medidas provisionales que sólo producen efectos durante el procedimiento de divorcio necesario, tienen las siguientes características:

“1) Deben ser urgentes, razón por la cual se dictan a la presentación de la demanda, o antes si hubiere necesidad para lo cual deben expresarse las razones y exhibirse las pruebas conducentes.

2) Tienen un carácter semejante a las medidas precautorias consignadas en el artículo 235 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, referidas a la separación de las personas (artículo 205 del Código Procesal).

3) Estas medidas no se decretan como definitivas y tienen efecto ‘sólo mientras dure el juicio’.

4) No son de ejecución irreparable, ya que se pueden combatir cuando se establezca la litis mediante un incidente, o bien en la sentencia definitiva.

5) Se dictan sin necesidad de audiencia del otro cónyuge, o bien sea como deudor alimentario, como progenitor en relación a los hijos o como cónyuge.

6) Se necesita legitimar la petición con los títulos con los cuales se solicitan estas medidas, como son el acta de matrimonio y la de nacimiento de los hijos.

7) Estas medidas provisionales pueden modificarse en cualquier tiempo durante el proceso, mediante sentencia interlocutoria o en definitiva según dispone el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito

Federal que estatuye 'las resoluciones judiciales dictadas cónyuges 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'."126

En relación con estas medidas provisionales estudiaremos las que se relacionan con los cónyuges, con la mujer, con los hijos, con los alimentos y con los bienes.

En relación con los cónyuges. "Todas las legislaciones coinciden en que previo a la demanda o al presentarse ésta, deberán separarse los cónyuges."127

Por tanto, puede solicitarse al juez de lo familiar la separación antes de iniciarse el juicio de divorcio (artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles), como acto prejudicial, después del cual se requiere presentar la demanda, cuyo plazo podrá ser hasta de quince días contados a partir del día siguiente de efectuar la separación (artículo 211 del Código Procesal). A juicio del juez podrá concederse, por una sola vez, una prórroga por igual término.

Asimismo, el juez podrá practicar las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución (artículo 208 del Código de Procedimientos Civiles) y después al resolver dictará las disposiciones pertinentes para que se efectúe materialmente la separación atendiendo a las

¹²⁶ Chávez Asencio, Manuel F. Ob. Cit. p.567.

¹²⁷ Ibidem, p.568.

circunstancias del caso (artículo 209 del Código Procesal) lo que le permite al juez aplicar todo tipo de medidas que a su juicio sean convenientes o necesarias para cada caso en concreto.

Sin embargo, si no se plantea la separación como acto previo al juicio, puede pedirse al presentarse la demanda, y entonces el juez al admitir la demanda de divorcio deberá proceder a la separación de los cónyuges (artículo 282 Frac. I del Código Civil para el Distrito Federal).

Lo anterior nos parece justo, porque al haberse roto la convivencia que debe existir, no es posible que los cónyuges permanezcan en el mismo domicilio conyugal durante el procedimiento de divorcio.

En relación con la mujer embarazada. En este caso el juez de lo familiar debe tomar las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta (artículo 282 Frac. IV del Código Civil para el Distrito Federal).

Estas medidas son las mismas que el Código Civil para el Distrito Federal previene para la viuda embarazada, que se aplicaran en lo conducente al caso de divorcio. Los artículos aplicables son los artículos 1638 al 1648 del mismo Código, éstos artículos se aplican sustituyendo la mención de la mujer viuda por divorciada, y cambiando también el hecho de la muerte, por la de demanda de divorcio.

Estas medidas en caso de la mujer embarazada, tienen por objeto determinar todo lo relativo a la paternidad, así como los efectos y consecuencias del divorcio para el hijo concebido.

En relación a los hijos. Al respecto el legislador parte de la conveniencia de que los padres sean quienes se pongan de acuerdo sobre la persona que debe cuidar a los hijos (artículo 282 Frac.V del Código Civil para el Distrito Federal), al señalar que en defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos, lo que parece justo, pues se presume que el que pide el divorcio es el cónyuge inocente y este tiene más derechos que el demandado para designar la persona para la custodia de los hijos, que, inclusive, puede ser el mismo cónyuge actor en el juicio.

Sin embargo, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre (artículo 282 Frac.V del Código Civil para el Distrito Federal).

Lo normal es que en el auto que admite la demanda de divorcio el juez decida sobre la custodia de los hijos. Sin embargo, en casos de urgencia puede decidir antes de dicha admisión, cuando se solicita por comparecencia personal o mediante escrito ante el juez de lo familiar con fundamento en lo dispuesto por los artículos 941 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para que con las medidas de apremio necesarias se ponga al hijo en custodia de quien se ha decidido la tenga.

Como ya señalamos anteriormente, por tratarse de una medida provisional, ésta puede ser modificada en cualquier momento, y referida a los hijos puede acontecer que "la custodia se hubiere dejado a uno de los padres y éste se volviera incapaz, o bien que por su conducta inmoral fuere necesario un cambio, lo cual se puede pedir por el otro cónyuge o por cualquiera

comunicándolo al juez y éste puede intervenir, inclusive de oficio, al conocer la situación.”¹²⁸

Alimentos. En esta medida provisional el juez debe señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deba dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda (artículo 282 Frac. II del Código Civil para el Distrito Federal) .

Al respecto, señalaremos que uno de los grandes problemas que se presentan en la práctica, es la fijación del monto de los alimentos tratándose de medidas provisionales, es decir, que se dictan antes del juicio, o al iniciarse éste, y, por tanto, en ese momento no se esta en posibilidad de desahogar todas las pruebas, deben, por tanto, buscarse y ofrecerse al juez algunos elementos de juicio.

Por lo que, si la pensión alimenticia se solicita como acto prejudicial, podrá solicitarse un embargo precautorio, y para ello cumplirse los extremos que establece el artículo 235 del Código Procesal, de tal forma que el que pida la providencia precautoria deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar la necesidad de la medida que solicita (artículo 239 del Código Procesal) y la prueba puede consistir en documento o en testigos.

El aseguramiento de los alimentos puede ser como ya señalamos mediante el embargo precautorio o bien a través de prenda, hipoteca o bien el descuento que se haga al deudor alimentario del sueldo que esté percibiendo.

¹²⁸ Ibidem. p. 572.

Bienes. En este caso el juez de lo familiar también debe tomar las medidas convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso (artículo 282 Frac. III del Código Civil para el Distrito Federal).

4. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO NECESARIO

Una vez que la sentencia que decreta el divorcio causa ejecutoria se inician las consecuencias que trae consigo la disolución del matrimonio. Estas consecuencias tienen una triple naturaleza: en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los bienes de los mismos y en cuanto a sus hijos.

4.1. En las personas de los cónyuges.

Al respecto Baqueiro Rojas señala “el efecto principal del divorcio es el rompimiento del vínculo matrimonial y, en consecuencia, ambos esposos quedan en libertad de contraer nuevas nupcias.”¹²⁹

Lo anterior, se desprende del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal que establece “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”; y del artículo 289 del mismo Código Civil confirma que por virtud del divorcio “los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer matrimonio.”

En cuanto a los alimentos, debemos señalar que actualmente nuestra legislación, referida al divorcio necesario, el pago de alimentos a favor del

¹²⁹ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía. Ob. Cit. p.171.

inocente se considera como una sanción, como se desprende del artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal que establece :

“Artículo 288. En los casos de divorcio necesario, el juez de lo familiar sentenciara al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas las siguientes:

- I. La edad y el estado de salud de los cónyuges;
- II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
- V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades;
- VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En todos los casos, el cónyuge inocente, que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.

En la resolución se fijaran las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya

causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.

En el caso de las fracciones enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y esta imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios”.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que todas las resoluciones que sobre alimentos decreta el juez de lo familiar son provisionales y siempre podrán modificarse atendiendo a las necesidades del acreedor alimentario y a las posibilidades del deudor (artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Por lo que respecta a los daños y perjuicios, el mismo artículo 288 previene “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 materia de hechos ilícitos, Rojina Villegas señala “siempre habrá que acreditar: I. Que se ejecutó un hecho que causó daño a otro. II. Que ese hecho se ejecutó con la intención de causar daño, es decir, con dolo: o sin esa intención, pero con imprudencia, o falta de previsión, de cuidado, o de reflexión. III. Que existe una relación de causalidad entre el daño, el hecho doloso o culposo.”¹³⁰

¹³⁰ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p.569.

Es decir, para que el cónyuge inocente pueda reclamar los daños y perjuicios que se le causaron, deberá probar que el hecho tiene relación directa con el daño sufrido.

Y, así lo confirma Chávez Asencio diciendo "En materia de divorcio, el ilícito está determinado por la ley y lo son las causales de divorcio, excepto las enfermedades, enajenación, ausencia, presunción de muerte y la separación por más de dos años, lo que hay que probar es la relación de causalidad, es decir, que los daños y perjuicios se causaron por actos y hechos señalados como generadores de divorcio."¹³¹

4.2. En cuanto a los bienes de los cónyuges.

"El principal efecto es la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. En las capitulaciones matrimoniales deben sentarse las bases de la liquidación de esta sociedad y, si fueron omisas, se estará a las reglas generales de liquidación de las sociedades civiles. La sentencia de divorcio disuelve la sociedad conyugal, por lo que debe procederse a su liquidación, la que puede ser hecha por los exconyuges, por un liquidador nombrado por ellos o por el juez, si no hay acuerdo. Como en cualquier liquidación, deben inventariarse los bienes y deudas comunes (no se incluyen los objetos de uso personal y ordinarios de los cónyuges, como los vestidos, el hecho, etc.). Terminado el inventario y avalúo de los mismos se pagarán los adeudos de la sociedad, y se devolverá a cada esposo lo que hubiera aportado al matrimonio, dividiéndose el sobrante de la forma convenida. Si hubiere pérdidas, se deducirán de lo que cada cual hubiere aportado en proporción a la parte que en las utilidades le

¹³¹ Chávez Asencio, Manuel F. Ob. Cit. p. 582.

hubiera correspondido. Si sólo uno aportó el capital, de éste se deducirán las pérdidas.”¹³²

En caso de que el matrimonio se hubiere celebrado bajo el régimen de separación de bienes, no existe mayor problema, pues el artículo 212 del Código en cita, claramente indica: En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservaran la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, y por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos.

Para el caso de que alguno de los cónyuges demandara la indemnización de hasta el cincuenta por ciento del valor de los bienes que el otro hubiere adquirido durante el matrimonio, deberán considerarse los requisitos que el artículo 289-Bis del Código Civil prescribe y que a continuación se enuncian:

I. Hubieren estado casados bajo el régimen de separación de bienes;

II. El demandante se haya dedicado en el lapso en que duro el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; y,

III. Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte.

El juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio, habrá de resolver atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

En cuanto a las donaciones el artículo 286 del Código Civil para el Distrito Federal previene que “el cónyuge que diere causa al divorcio perderá

¹³² Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía. Ob. Cit. p.172 in fine y 173.

todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservara lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho."

Sin embargo, como señala Chávez Asencio conviene precisar "que esta reversión de lo donado no puede operar de pleno derecho, pues es necesario que sea parte de la sentencia de divorcio. De aquí la importancia que al demandar el divorcio, se demande también la devolución de lo que el cónyuge inocente hubiere dado al culpable, y sólo así podrá comprenderse esto dentro de la sentencia. De lo contrario si oficiosamente un juez resolviera sobre el particular se violaría el artículo 14 Constitucional, y si posteriormente al juicio de divorcio se pretendiera obtener la devolución de lo donado, éste sería improcedente por lo dispuesto en el artículo 31 de la ley procesal, que previene que todas las acciones que se tengan contra una misma persona y provengan de una misma causa deben ejercitarse conjuntamente."¹³³

4.3. En cuanto a los hijos.

Uno de los aspectos más importantes y trascendentes es decidir cuál de los cónyuges conservará la custodia de los hijos y si ambos ejercerán la patria potestad, al respecto el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal establece "La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos.

¹³³ Chávez Asencio, Manuel F. Ob. Cit. p. 593.

De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.”

De lo anterior se observa que el Juez de lo Familiar cuenta con plena libertad para “resolver en que casos procede condenar a alguno de los progenitores a la pérdida de la patria potestad; en qué otros procede sólo la suspensión, y determinar cuándo la recupera; también puede resolver sólo limitar el ejercicio de algunos deberes, derechos u obligaciones del progenitor responsable, quién conservará la patria potestad, restringida; también puede decidir que ambos progenitores conserven la patria potestad, pero que los hijos quedan bajo la custodia y el cuidado de alguno de ellos, en cuyo caso será éste quien ejerza jurídicamente la patria potestad, y al otro le corresponda la vigilancia y el derecho de convivencia.”¹³⁴

Por lo que, el Juez de lo Familiar no sólo decide sobre la patria potestad, sino también sobre la custodia y cuidado de los hijos, y al respecto el artículo en cita, establece “la protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”

¹³⁴ Ibidem. p.586 in fine y 587.

Con las reformas de mayo del 2000 se comprende también a los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, quienes también contarán con las medidas de protección señaladas anteriormente.

Además, en ningún caso pueden los padres aunque pierdan la patria potestad, desconocer las obligaciones que tienen para con sus hijos (artículo 285 del Código Civil para el Distrito Federal); por tanto, los excónyuges están obligados a contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad (artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal).

Esta limitación de los alimentos que deben los padres a los hijos en razón de la mayoría de edad nos parece que consigna una injusticia para los hijos de divorciados, que ya han sufrido la desintegración de su hogar y que son los que más necesitan de apoyo de sus padres, aunque vivan separados de ellos.

5.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO NECESARIO

El reglamento vigente de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en su artículo 53 estatuye:

“Artículo 53. El Fiscal de Procesos, se ajustara en Materia Familiar a lo siguiente:

I. Intervenir en su carácter de representante social ante los juzgados y salas del ramo familiar para la protección de los intereses individuales y sociales en general, en los términos que establezcan las leyes;

II. Intervenir en los juicios relativos a la familia, el estado civil de las personas, sucesiones y todos aquellos del orden familiar en que por disposición legal sea parte o deba darse vista al Ministerio Público, interponiendo los recursos legales que procedan;

III. Intervenir en las diligencias y audiencias que se practiquen en los juzgados y salas del ramo familiar y desahogar las vistas que se le den, formulando y presentando los pedimentos procedentes dentro de los términos legales;

IV. Promover, cuando proceda, la conciliación en los asuntos del orden familiar y en aquellos en que participen personas con discapacidad, como instancia previa al órgano jurisdiccional;

V. Solicitar las practicas de las diligencias necesarias para el debido ejercicio de sus atribuciones;

VI. Planificar, programar, coordinar, vigilar y evaluar en el ámbito de su competencia las acciones de la unidad dedicada a la atención de violencia intrafamiliar, la que se regirá por el acuerdo respectivo del Procurador;

VII. Turnar a las unidades administrativas de la Procuraduría competentes en materia de investigaciones, los informes y documentos que se requieran, cuando se estime que deba iniciarse averiguación previa por la comisión de hechos delictivos;

VIII. Iniciar y, en su caso, integrar las averiguaciones previas que no estén reservadas a las unidades especializadas, por delitos generados en hechos de violencia familiar, o por conductas relacionadas con tales hechos;

IX. Instruir a los agentes de la Policía Judicial que le estén adscritos, para la realización de las actuaciones que fueren procedentes;

X. Operar y ejecutar bases, convenios y otros instrumentos de colaboración con instituciones públicas y privadas nacionales o extranjeras en materia de derecho familiar;

XI. Apoyar las actividades del Albergue Temporal en el ámbito de su competencia, y

XII. Establecer y aplicar criterios para brindar el servicio de apoyo legal, psicológico y social a las personas involucradas en actos de violencia intrafamiliar.”

Asimismo, el artículo 7 fracciones III y IV de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal establece las atribuciones que tiene el Ministerio Público en asuntos del orden familiar, que comprenden:

“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.”

El artículo 8 de la ley en cita es más amplio y preciso, pues establece a quienes brindará protección y en que consistirá ésta.

“Artículo 8. 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.”

En este mismo sentido el artículo 2 Frac. III de la multicitada ley, confirma de nueva cuenta que entre las atribuciones del Ministerio Público están “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.”

De los artículos transcritos se desprende claramente cual es la función que tiene el Ministerio Público adscrito a los juzgados de lo familiar, consistente en representar debidamente a los menores e incapaces cuando carecen de tutor, y en el caso específico de divorcio necesario, intervenir cuando alguna de las partes o algún menor o incapaz es víctima de violencia familiar.

Sin embargo, aunque el Ministerio Público es una institución de buena fe que tratará en todo momento salvaguardar los derechos de los menores e incapaces, al no existir un procedimiento exclusivo para el juicio de divorcio necesario donde se establezca como obligatoria su intervención, en cualquier momento del mismo y no sólo cuando se invoque violencia familiar, no podrá brindarse una debida protección a las partes en conflicto.

En resumen, es necesario y urgente que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contemple un procedimiento especial para el juicio de divorcio necesario, como sucede con el divorcio voluntario, a efecto de que se establezca la manera en que deberá intervenir el Ministerio Público en

este juicio, y de esta forma el representante de sociedad pueda vigilar que efectivamente se respeten y aseguren los derechos de los menores e incapaces.

CAPÍTULO CUARTO

EL ALLANAMIENTO A LA DEMANDA EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO

1. CONCEPTO DE ALLANAMIENTO

En un sentido etimológico allanamiento viene del "latín aplanare del adverbio ad y planus, llano."¹³⁵

Por tanto, allanarse viene de llano, de plano, y debe entenderse como ponerse liso, sin obstáculos, no oponer resistencia, es un someterse o lo que es igual, rendirse.

Y, referido el allanamiento al campo jurídico es "una figura autocompositiva unilateral de solución de los litigios, que se caracteriza porque la parte resistente del litigio despliega una actividad tendiente a resolver su conflicto; actividad que radica en consentir el sacrificio del interés propio en beneficio del interés ajeno."¹³⁶

Para entender mejor este concepto es necesario precisar en que consiste la autocomposición.

Autocomposición según Alcalá Zamora es "un medio de solución parcial

¹³⁵ Diccionario Jurídico Mexicano Ob. Cit. p. 146.

¹³⁶ Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p.57.

(el calificativo se opone aquí a imparcial, no a total) porque proviene de una o ambas partes en conflicto que consiste en la renuncia a la propia pretensión o en la sumisión a la contraparte.”¹³⁷

De lo anterior se desprende que efectivamente el allanamiento es una figura autocompositiva unilateral, porque es un medio de solución de litigio donde una de las partes que por lo general es el demandado, despliega una actividad que consiste en un sometimiento a la pretensión exigida.

Una vez que tenemos una idea general de lo que significa allanamiento, haremos referencia a los diferentes conceptos que del mismo ha realizado la doctrina, a saber:

Alsina dice que allanamiento es “el acto por el cual el demandado admite, más que la exactitud de los hechos, la legitimidad de las pretensiones del actor.”¹³⁸

En este mismo sentido Eduardo Pallares sostiene que “el allanamiento es el acto procesal mediante el cual el demandado reconoce expresamente la procedencia de la acción intentada en su contra.”¹³⁹

Lo anterior es ratificado por Prieto Castro al decir “allanamiento es una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar a ella o en otro momento. Por el allanamiento el

¹³⁷ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. 3ª Edición. UNAM. 1991. p.13.

¹³⁸ Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo III. 2ª Edición. Editorial Ediar, S.A. Buenos Aires. 1961. p.185.

¹³⁹ Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 24ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México.1998.p.79.

demandado reconoce la existencia del derecho pretendido por el demandante.”¹⁴⁰

Como puede advertirse, éste concepto al igual que el precisado por Alsina y Pallares ponen la importancia del allanamiento en el reconocimiento de legitimidad de la pretensión deducida en su contra, y en consecuencia, aceptan todas las prestaciones que les han sido reclamadas.

Además, se observa que en estos conceptos se remarca la idea de admisión a la legitimidad de la pretensión, en donde la idea de sumisión o sometimiento se ha evitado; sin embargo; otros autores consideran al allanamiento precisamente como el sometimiento, la rendición del demandado a las pretensiones del actor.

Así tenemos a Cipriano Gómez Lara que define el allanamiento como “una conducta o acto procesal que implica el sometimiento por parte del demandado o de quien resiste en el proceso, a las pretensiones de quien acciona.”¹⁴¹

En este mismo sentido Couture dice que “el allanamiento es un acto de disposición del demandado mediante el cual éste se somete lisa y llanamente a la pretensión del actor.”¹⁴²

Y, con mayor riqueza de elementos Arellano García lo define como “el

¹⁴⁰ Prieto Castro, Ferrandiz L. Derecho Procesal Civil. Vol I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1968. p. 616 in fine y 617.

¹⁴¹ Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Ob. Cit. p.21.

¹⁴² Couture, J. Eduardo. Ob. Cit. p.207.

acto procesal de la parte demandada, producido al contestar la demanda, en cuya virtud, acepta someterse expresamente a todas y cada una de las prestaciones reclamadas por la parte actora."¹⁴³

Para nosotros la idea de sumisión o sometimiento nos parece mas apropiada para el concepto de allanamiento, que el de la admisión a la legitimidad de las pretensiones, porque puede ocurrir, y ocurre frecuentemente, que el demandado al recibir el traslado de la demanda se allane a la pretensión e incluso de cumplimiento a la prestación requerida, sin que ello implique el reconocimiento de la justicia de la pretensión del demandante, pues los motivos de este acto procesal pueden ser otros.

Es decir, el sometimiento de la parte demandada a las pretensiones de la parte actora no implica que, sea justa tal aceptación de las consecuencias de la demanda, pero por innumerables causas así conviene a los intereses de quien se allana.

O, a la inversa, alguien puede pensar que la pretensión deducida es perfectamente justa y legitima, pero opone la excepción de caducidad o prescripción para evitar el progreso de la demanda.

Es por ello que nosotros nos manifestamos a favor de que se entienda el allanamiento como un sometimiento a las pretensiones exigidas y no como admisión de la legitimidad de dichas pretensiones.

¹⁴³ Arellano García, Carlos. Derecho Procesal Civil. 8ª Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. p.196.

Bajo estas ideas José Arlas expresa que habrá allanamiento "cuando el demandado, sin reconocer la exactitud de los hechos y del fundamento del derecho de la demanda, manifiesta que está conforme en que se dicte la sentencia que pidió el actor en su demanda."¹⁴⁴

De lo anterior se desprende que allanamiento implica una renuncia, una ausencia de lucha, un no oponerse a lo solicitado por el actor, en cuanto solicita se dicte sentencia de acuerdo a lo peticionado.

En este mismo sentido Guasp expresa "el allanamiento es una declaración de voluntad del demandado por la que éste abandona su oposición a la pretensión del demandante."¹⁴⁵

Lo anterior significa que el objeto del allanamiento no es la pretensión del actor, sino el abandono de la oposición a la misma.

Es decir el allanamiento implica dejadez, sumisión, acatamiento, subordinación, inercia, es como dice Gelsi Bidart, "la rendición del demandado frente a la pretensión del actor."¹⁴⁶

Por tanto, debe entenderse al allanamiento como renuncia a la pretensión exigida y no como un reconocimiento a ésta, pues como ya señalamos los motivos para allanarse son innumerables.

¹⁴⁴ Arlas, José A. El allanamiento en el Proceso Civil, en problemática actual de Derecho Procesal, libro homenaje a Almirante Mercader. Editora Platense. Argentina. 1971. p.175.

¹⁴⁵ Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil. Madrid. 1956. p.572.

¹⁴⁶ Gelsi Bidart, Adolfo. Modos Extraordinarios de concluir el Juicio, en estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Vol. I. México. 1978. p.501.

Una vez que tenemos una idea general de lo que es allanamiento, podemos determinar cuáles son sus elementos conceptuales, y que necesariamente habrán de integrarse para elaborar una correcta definición del allanamiento, a saber:

1) Declaración de voluntad del demandado.

El allanamiento constituye un acto procesal, por tanto, se trata de un acto caracterizado "por la intervención humana, por el cual se crea, modifica o extingue alguna de las relaciones jurídicas que conforman la institución procesal."¹⁴⁷

Esto significa que el allanamiento constituye una declaración de voluntad, es decir, una exteriorización de voluntad dirigida a un determinado fin y a la que el ordenamiento jurídico le atribuye consecuencias jurídico procesales.

2) Conformidad con los pedimentos del actor.

En este caso "el demandado se conforma no ya con las invocaciones fácticas o jurídicas en que el actor fundamenta su pretensión, sino con la pretensión misma deducida frente a él."¹⁴⁸

¹⁴⁷ Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p.572.

¹⁴⁸ Sentis Melendo, Santiago. El allanamiento a la demanda, en Estudios Jurídicos de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina. Editores Ediar, S.A. Buenos Aires. 1946. p.617.

Es decir, el demandado muestra su conformidad cuando quiere que se dicte sentencia según la pretensión del actor, por tanto, al asumir esta actitud esta reconociendo las consecuencias jurídicas que del allanamiento se derivan, sin expresar siquiera la causa por la cual manifiesta su voluntad de allanarse.

3) Intención de concluir el proceso.

Es indudable que el demandado se allana con la finalidad de extinguir la relación jurídico procesal; pues como señala Márquez Romero "el demandado se allana en función de resolver el litigio formalmente planteado y evitar seguir adelante el proceso ya iniciado."¹⁴⁹

Estamos de acuerdo con el autor en cita, puesto que sin duda alguna el allanamiento lleva implícita la intención de extinguir el proceso y de solucionar el litigio.

4) Sentencia estimatoria de la demanda.

Cuando el demandado se allana significa que esta conforme con lo pedido por el actor y en consecuencia desea el fin del proceso, pero tal extinción deberá necesariamente ser con el dictado de una sentencia.

En este sentido Rosenberg expresa "la importancia del allanamiento consiste en que es fundamento de la sentencia."¹⁵⁰

¹⁴⁹ Márquez Romero, Pedro. El allanamiento en el Proceso Civil. Editorial Comares. España. 1992.p.55.

¹⁵⁰ Rosenberg, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1955. p. 337.

Por último, daremos nuestra propia definición de allanamiento diciendo que es una declaración de voluntad del demandado por medio de la cual se somete y abdica a su derecho de defensa para terminar el proceso, mediante una sentencia estimatoria de la demanda.

1.1. Distinción entre allanamiento y confesión

Para comprender bien los conceptos, es preciso partir de una distinción que hoy no parece constituir ya problema para la doctrina, pero que todavía ofrece reflejos perturbadores en algunos Códigos Procedimentales de los estados, como son Sinaloa (artículo 274), Quintana Roo (artículo 277), San Luis (artículo 267) etc.

Como ya señalamos el allanamiento implica el "sometimiento total o parcial del demandado a las pretensiones del actor. Pero no constituye el reconocimiento de la verdad de los hechos ni del derecho, sino solamente del progreso de la pretensión."¹⁵¹

Es decir, el objeto del allanamiento es la pretensión del actor.

En cambio, la confesión es "el reconocimiento de hechos en beneficio de la contraria y en perjuicio propio, efectuada mediante afirmaciones expresas sobre los mismos."¹⁵²

¹⁵¹ Falcón, Enrique M. Elementos de Derecho Procesal Civil. Vol. II. Editorial Abeledot Perrot. Buenos Aires. 1987. p.133 in fine y 134.

¹⁵² Falcón, Enrique M. Ob. Cit. p.134.

Lo anterior, significa que la confesión sólo puede referirse a los hechos, y, así lo confirma Chioyenda al decir "se llama confesión a la declaración que una parte hace de los hechos afirmados por la contraria y que le son desfavorables."¹⁵³

Sin embargo, para entender mejor los conceptos de confesión y de allanamiento, a continuación señalaremos las siguientes diferencias que entre ambos existen.

1. "La confesión se contrae a afirmaciones de hecho; el allanamiento a la pretensión jurídica.

2. Puede darse el caso que confesando una de las partes todos los hechos afirmados por la contraria no se allane, porque exista discrepancia entre actor y demandado en cuanto a las consecuencias jurídicas que de los mismos hayan de derivarse. Por el contrario, el allanamiento no implica necesariamente confesión de los hechos afirmados por el demandante, sino renunciar a continuar la contienda, que de iure se considera como reconocimiento de que la pretensión del actor es fundada, aunque de facto pueda responder a otros motivos.

3. El allanamiento es un acto procesal del demandado; la confesión, en cambio, puede ser prestada por ambas partes.

¹⁵³ Chioyenda, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol III. Trad. Gómez Orbaneja E. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.1954. p.71.

4. El allanamiento no cabe, en realidad, sino en la primera instancia del proceso, la confesión, en cambio, puede mediar en toda etapa en que se admita prueba."¹⁵⁴

5. "La confesión puede ser espontánea o provocada, mientras el allanamiento siempre es espontáneo, por parte de quien se presta a realizarlo."¹⁵⁵

6."El allanamiento debe ser siempre expreso; en tanto que la confesión puede ser expresa o tácita."¹⁵⁶

Como resumen de lo anterior, diremos que la confesión consiste en un reconocimiento de hechos propios, sin que ello implique reconocer el derecho y la pretensión reclamadas, por lo que el litigio judicial debe continuar; en cambio, el allanamiento da por terminado el litigio porque implica un sometimiento a la pretensión del actor, aunque de hecho no este de acuerdo con los hechos y el derecho invocados.

1.2. Allanamiento y reconocimiento

En materia procesal se considera al reconocimiento como la admisión y la aceptación del derecho.

¹⁵⁴ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Ensayos de Derecho Procesal Civil. Edición de la Revista Argentina, S.A. Buenos Aires. 1944. p.445 y 446.

¹⁵⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba. T.II. Editorial Bibliografica Argentina. Buenos Aires. 1960. p.607.

¹⁵⁶ Dorantes Tamayo, Luis. Teoría General del Proceso. 6ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1998. p.316.

Lo anterior, significa que reconocimiento es la aceptación de la aplicabilidad de los preceptos jurídicos que han sido invocados por el actor en su demanda.

Como vemos, el reconocimiento se refiere a la admisión del derecho, admisión que no conduce a la aceptación de las pretensiones, las cuales no obstante el reconocimiento del derecho aplicable, todavía pueden ser discutidas.

Sin embargo, como señala Ovalle Favela para distinguir entre el reconocimiento y el allanamiento "se requiere que quien reconozca el derecho invocado por la contraparte, le discuta su pretensión, pues, de lo contrario, el reconocimiento acompañado con la aceptación de lo pedido quedaría confundido con el allanamiento, con todo, en la práctica es difícil encontrar una actitud de reconocimiento que no quede comprendida dentro del allanamiento."¹⁵⁷

Por lo que, la diferencia entre allanamiento y reconocimiento se plantea sólo a nivel teórico, porque por lo general el reconocimiento queda implícito en el allanamiento.

En resumen, el reconocimiento se distingue de la confesión en que ésta recae sobre el reconocimiento que rinde una de las partes sobre hechos propios, y aquél sobre los preceptos jurídicos que invoca el actor en su demanda; y, su

¹⁵⁷ Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p.77.

diferencia con el allanamiento en que éste último implica un sometimiento a las pretensiones del actor.

1.3. Naturaleza jurídica del allanamiento

Respecto a este tema, la doctrina se encuentra dividida; porque nos encontramos en una de las cuestiones jurídicas en que interfluyen tanto el derecho material y el procesal, por tanto, aparecen enfrentadas tesis entre las teorías civilistas y procesalistas.

Así, tenemos las siguientes teorías que explican la naturaleza jurídica del allanamiento.

a) La Teoría Civilista

Para esta teoría el allanamiento es un negocio jurídico, porque “aunque se origine con ocasión del proceso, produce sus efectos en el ámbito del derecho material.”¹⁵⁸

Lo anterior es cierto en cuanto a que efectivamente el allanamiento es un acto volutivo que se realiza dentro del proceso, porque de no ser así, sería un reconocimiento o cumplimiento de una obligación pero no un allanamiento.

Sin embargo, puede decirse que los efectos del allanamiento no solo

¹⁵⁸ Márquez Romero, Pedro. Ob. Cit. p.81.

tienen relación directa en el derecho material en cuanto a que se dirime la controversia, sino que también en el derecho adjetivo en tanto que el desarrollo normal del proceso se simplifica, es decir, se abrevia y con ello se obtiene de manera rápida el dictado de la sentencia.

b) La tesis de autocomposición de litis

Es la posición sustentada por Carnelutti, quien considera al allanamiento como "un negocio jurídico unilateral de autocomposición; a diferencia de la transacción que es bilateral."¹⁵⁹

Aparece así, para este autor, como un equivalente jurisdiccional, donde su único fundamento es el reconocimiento del derecho. Por eso dice que en el allanamiento una parte "se adopta totalmente a la exigencia de la otra."¹⁶⁰

Esta tesis al concebir al allanamiento como un equivalente jurisdiccional, está negando la necesidad del dictado de una sentencia judicial, lo cual consideramos inadmisibile, porque esa forma de solución del litigio no tendría entonces fuerza imperativa, y en consecuencia, al no existir sentencia no se advierte como se determinarían los efectos jurídicos del allanamiento.

c) La teoría del negocio jurídico procesal

Esta tesis ha sido desarrollada principalmente por la doctrina italiana del

¹⁵⁹ Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Trad. Sentís Melendo. Vol.I Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. p.112.

¹⁶⁰ Carnelutti, Francesco. Ob. Cit. p.112.

derecho procesal, y su idea central tiene su fundamento en que "por ley, determinados actos de voluntad producen efectos jurídicos; tales serían aquellas declaraciones de voluntad unilaterales o bilaterales a las que las propias normas positivas admiten como aptas para constituir, modificar o extinguir derechos procesales."¹⁶¹

Sobre este mismo principio Eduardo Pallares sostiene que "si por negocios jurídicos procesales deben entenderse las declaraciones de voluntad que hagan las partes en el proceso, con influencia directa y necesaria en el mismo proceso, indudablemente que sí existen negocios de esa naturaleza. El allanamiento a la demanda que haga el demandado, el convenio-transacción mediante el cual se pone fin al juicio, son ejemplos de negocios que tienen aquéllas características y en las cuales, la ley, respetuosa de la voluntad de las partes y de los derechos subjetivos de las mismas, concede a las declaraciones de voluntad efectos directos en el juicio, obligando al órgano jurisdiccional a actuar en determinado sentido, de tal manera que la voluntad es la causa eficiente del cambio producido en el proceso."¹⁶²

Como se observa, la categoría de negocio jurídico procesal se aproxima bastante a lo que es el allanamiento, puesto que efectivamente la voluntad del demandado tiene como fin suspender y dar por terminado el proceso.

Sin embargo, esta teoría ha recibido diversas críticas, y entre sus opositores se encuentra Goldschmidt quien opina que "al allanamiento debe

¹⁶¹ Chiovenda, Giuseppe. Ob. Cit. p.75.

¹⁶² Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p.200 in fine y 201.

clasificársele entre los actos de causación, agregando, que en el mismo interviene una participación de voluntad y no una declaración de voluntad, donde ambas se distinguen en que la manifestación de voluntad no tiene que coincidir con el efecto producido.”¹⁶³

De lo anterior, podemos decir que es inútil intentar desprender la declaración de voluntad en el allanamiento, puesto que, ésta es indispensable para que se produzca la extinción de la relación jurídica cuando el demandado se allana a la demanda.

d) Tesis Procesalista

Esta tesis constituye la posición que la mayoría de los autores adopta, quienes consideran que el allanamiento es un acto procesal que debe regirse por normas procesales.

Así, tenemos a Chioventa quien establece “la renuncia como el allanamiento son ante todo actividades procesales, por que para su validez se requiere la forma pedida para los actos procesales y su efecto posible sobre el derecho sustancial no aparece como tal, puesto que se produce por medio de la sentencia, que es declaración de derechos.”¹⁶⁴

Por su parte Fornaciari expresa “el allanamiento sólo puede tener lugar en el proceso y está sometido a una especial normativa en cuanto a capacidad,

¹⁶³ Goldschmidt, James. Teoría General del Proceso. Editorial Labor, S.A. Barcelona. 1936. p.150.

¹⁶⁴ Chioventa, Giuseppe. Ob. Cit. p.73 in fine y 74.

formas, etc. Su efecto mediato sobre la relación sustancial no le quita su carácter de procesal.”¹⁶⁵

De lo anterior, se deduce que el allanamiento es un acto del proceso y como tal debe regirse por el derecho procesal; donde sus efectos inmediatos repercutirán en la relación jurídico procesal y no en la esfera del derecho sustantivo.

Decimos que los efectos del allanamiento repercutirán en forma directa e inmediata en el proceso, porque una vez que éste se produce se afecta la relación procesal de tal modo que se elimina, se da por terminada la controversia, y en consecuencia se acelera el dictado de la sentencia.

Y, en este mismo sentido Márquez Romero establece “el allanamiento en su sentido propio y único, sólo existe en el proceso para extinguirlo o terminarlo, mediante una sentencia judicial estimatoria de la pretensión deducida en la demanda.”¹⁶⁶

Es decir, el allanamiento para que pueda ser considerado como válido es necesario que se recoja en una resolución que contenga la sumisión del demandado a las pretensiones del actor.

e) El Allanamiento como modo anormal de terminación del proceso

¹⁶⁵ Fornaciari, Mario Alberto. Modos Anormales de Terminación del Proceso. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1987. p. 84.

¹⁶⁶ Márquez Romero, Pedro. Ob. Cit. p. 85.

La existencia de un proceso como explica Montero Aroca supone "contradicción entre, por lo menos, dos personas, sobre la titularidad de un derecho. La función del juzgador es decidir ese litigio, aplicando el derecho objetivo a los hechos concretos, para lo cual después de un procedimiento en que se han concedido las partes una serie de posibilidades y cargas, dicta una sentencia contradictoria que pone fin al mismo. Sin embargo, existen además de este modo de terminación otros que por no consistir en una sentencia contradictoria reciben el calificativo de anormales."¹⁶⁷

Lo anterior, significa que el proceso se plantea, se inicia, pensando en la oposición del demandado a las pretensiones del actor, es decir, habrá controversia donde cada parte alegara lo que a su derecho corresponda y que terminará necesariamente con el dictado de una sentencia.

Sin embargo, cuando el demandado no se opone a la demanda sino que por el contrario manifiesta su conformidad con lo pedido en la misma, el proceso se interrumpe y es entonces cuando resulta anormal su terminación.

En este sentido Fornaciari expresa "con el allanamiento, efectivamente, el litigio concluye con el dictado de la sentencia, pero el acto por el cual se abdica al derecho de oposición elimina la controversia y acelera el pronunciamiento judicial."¹⁶⁸

¹⁶⁷ Montero Aroca, Juan. La Intervención Adhesiva Simple. Editorial Hispano europea. España. 1972. p.180.

¹⁶⁸ Fornaciari, Mario Alberto. Ob. Cit. p.112.

En otras palabras el allanamiento provoca "la conclusión anticipada del litigio."¹⁶⁹

Y, esta característica del allanamiento consistente en la conclusión anticipada del litigio, es la nota que le da al proceso su anormalidad, puesto que no se llevan a cabo las fases procesales previstas para un juicio ordinario.

Una vez analizadas las distintas tesis que tratan de determinar la naturaleza jurídica del allanamiento concluimos que éste es un instituto de derecho estrictamente procesal, que consiste en una declaración de voluntad por la que el demandado abdica a su derecho de oposición, eliminando de esta manera la controversia.

2. CARACTERES DEL ALLANAMIENTO

Después de considerar que el allanamiento es un acto procesal, podemos señalar que es un acto unilateral, incondicional, irrevocable y formal.

1) Acto Unilateral. El allanamiento es, en efecto, un acto del demandado de carácter unilateral, porque el mismo no es un contrato ni requiere de la aceptación de la otra parte litigante, ya que, como dice Prieto Castro "se dirige al tribunal, no a la parte contractual."¹⁷⁰

Es decir, allanamiento produce sus efectos jurídicos con independencia

¹⁶⁹ Arias, José. Ob Cit. p. 192.

¹⁷⁰ Prieto Castro, autor citado por Romero Márquez Pedro. Ob. Cit. p. 87.

de la voluntad del actor, a quien por supuesto, favorece la conformidad del demandado, puesto que determina el triunfo a sus pretensiones.

2) Acto Incondicional. El allanamiento ha de producirse sin condición alguna, es decir, el allanamiento es un acto voluntario, en tanto que el demandado actúa bajo su libre albedrío al renunciar a la contienda, ya sea por razones de conveniencia, de justicia, de comodidad o de cualquier otra índole, pero que no obedece su actuar a condición alguna.

3) Acto Irrevocable. El allanamiento como acto procesal, no es susceptible de revocación, esto significa, que el allanado no puede desdecirse, no puede volverse atrás, después de haber manifestado expresamente su voluntad de conformarse con los pedimentos del demandante.

4) Acto Formal. La trascendencia que tiene el allanamiento justifica que éste sea expreso, por tanto, la conformidad del demandado al allanarse ha de constar expresamente en el escrito de contestación a la demanda, esto es, se requiere necesariamente la exteriorización de la voluntad del demandado para proponer una solución definitiva a la controversia, por tal motivo no puede aceptarse a través de ciertas manifestaciones que se refieran a la aceptación del allanamiento.

5) Acto Relevante. Porque estando el demandado en el ejercicio de su derecho, opta por dar una solución rápida y definitiva al conflicto, al aceptar,

sin discusión las pretensiones que le reclama el actor, situación que provoca que sin mayor dilación se dicte la sentencia correspondiente.

3. FORMA DEL ALLANAMIENTO

La forma de los actos procesales significa "la manera como deben exteriorizarse los actos"¹⁷¹

Así, tenemos que el allanamiento reviste las siguientes formas:

1) El allanamiento debe ser expreso. Si bien el allanamiento no requiere solemnidad alguna para su formulación, es necesario que éste sea preciso y categórico. La regla en esta materia como señala Sentís Melendo es que "su producción sea de una claridad tal que no deje lugar a dudas en cuanto a la voluntad de allanarse."¹⁷²

Es decir, no cabe un allanamiento ambiguo o dubitativo, sino que es necesario que conste claramente la intención de allanarse.

Por tanto, el allanamiento debiera producirse de manera clara, que no de lugar a confusiones, titubeos, indecisiones, sino que ha de realizarse en forma clara y concisa.

¹⁷¹ Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso. Ob. Cit. p.279.

¹⁷² Sentís Melendo, Santiago. Ob. Cit. p. 635.

En este orden de ideas, es evidente que "La incomparecencia del demandado no constituye forma alguna de allanamiento. Tal actitud puede producir la declaración de rebeldía, empero ésta no altera la secuela regular del proceso, pudiendo generar presunción de la verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración de contumacia."¹⁷³

Esta idea es confirmada por Sentís Melendo al decir que la incontestación de la demanda no puede considerarse allanamiento porque "ese silencio de allanamiento tácito no tiene otra cosa que el sentido etimológico: podrá ser una actuación tácita, puesto que quien puede hablar opta por callarse; pero no es allanamiento ni la ley lo llama así..."¹⁷⁴

Luego entonces, reiteramos que el allanamiento requiere una formulación indubitable en cuanto a su sometimiento a la pretensión del actor y renuncia del ejercicio del derecho de defensa.

Sin embargo, debemos señalar que la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la admisión de un allanamiento tácito.

Así, quienes admiten esta forma de allanamiento sostienen que éste se configura "cuando el demandado realiza los actos necesarios para el cumplimiento de la obligación, por ejemplo, consignando la cantidad o cosa que se le pide."¹⁷⁵

¹⁷³ Arlas, José A. Ob. Cit. p. 194.

¹⁷⁴ Sentís Melendo, Santiago. Ob. Cit. p.639.

¹⁷⁵ Palacio Lino, Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo V. 4ª Reimpresión. Editorial Abeledot-Perrot. Buenos Aires. 1993. p.548 in fine y 549.

Es decir, el demandado realiza una conducta para dar cumplimiento a lo pedido por el actor en la demanda.

Y, entre los autores que no admiten el allanamiento tácito se encuentra Sentís Melendo, que dice "en vista de esa conducta el actor puede aceptarla dando por terminado el proceso. Pero como es evidente el juez no podrá, en tal caso, dictar sentencia que tenga por contenido el allanamiento ya que en la realidad procesal éste no se ha producido, también puede ocurrir que aquél acuse la rebeldía, para que el proceso se siga en esta situación, terminándose por sentencia que resuelva sobre el fondo de la litis."¹⁷⁶

En efecto, el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal estatuye "Transcurrido el plazo fijado en el emplazamiento sin haber sido contestada la demanda se hará declaración de rebeldía..."

Por lo tanto, la incomparecencia del demandado no equivale a un allanamiento tácito, porque la ley lo ha llamado rebeldía.

2) El allanamiento debe ser incondicional. Es decir, el allanamiento debe ser "un acto puro, por ello carece de eficacia el que se hace con reservas o bajo condiciones."¹⁷⁷

Es decir, el allanamiento deberá producirse sin exigir algún requerimiento.

¹⁷⁶ Sentís Melendo, Santiago. Ob. Cit. p.638.

¹⁷⁷ De la Plaza, Manuel. Derecho Procesal Civil Español. Vol I. Editorial Revista d Derecho Privado. Madrid. 1942.p. 502.

Puesto que, sí para su eficacia “se requiriera del cumplimiento de una condición, el allanamiento se desnaturalizaría, desde el momento en que el juez no puede dictar sentencia teniendo presente tan sólo el allanamiento sino que ha de comprender otros elementos.”¹⁷⁸

Esto significa que el allanamiento no admite condiciones, requisitos o limitaciones, puesto que, si éste implica ausencia de lucha, renuncia, lógico es que el demandado no exija nada a cambio, pues ha sido él quien decidió no luchar.

Porque como señala Goldschmidt “la renuncia y el allanamiento implican una dejación de todas las posibilidades y expectativas de triunfo, y no existen si la dejación se cualifica por alguna limitación.”¹⁷⁹

Además “si quien pretende allanarse lo hace sometándolo a la producción de ciertas condiciones que requieran de la conformidad de su contradictor, más que un allanamiento estará produciendo una oferta de transacción o una propuesta conciliatoria.”¹⁸⁰

En efecto, el allanamiento implica un sometimiento a las pretensiones del actor y renuncia al derecho de defensa, en tanto, que la transacción es “un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura” (artículo 2944 del Código

¹⁷⁸ Sentís Melendo, Santiago. Ob. Cit. p. 637.

¹⁷⁹ Goldschmidt, James. Derecho Procesal Civil. Editorial Labor. Buenos Aires. 1936. p.196.

¹⁸⁰ Fornaciari, Mario Alberto. Ob. Cit. p. 134 in fine y 135.

Civil para el Distrito Federal).

Como vemos, para que se produzca la transacción se requiere que las partes se hagan recíprocas concesiones, lo cual no puede suceder en el allanamiento, porque éste ha de verificarse sin condición o limitación alguna.

De igual manera sucede con la conciliación, donde las partes necesariamente deberán cumplir con determinadas condiciones a fin de dar por terminado el conflicto; en cambio, en el allanamiento solo interviene la voluntad del demandado para dar por terminada la controversia, además de que éste ha de producirse sin condición alguna.

3) Allanamiento total y allanamiento parcial. Al respecto Sentís Melendo expresa "Nada tiene de extraño que la parte demandada se someta a unas pretensiones del actor y no a otras, de manera que la sentencia de allanamiento deba contemplar una parte de la litis, continuando el proceso, en forma ordinaria, en cuanto a la otra."¹⁸¹

En este mismo sentido Podetti afirma "el allanamiento puede ser parcial o total en cuanto al contenido del 'petitum', sólo en el segundo caso se hace innecesaria la sustanciación de la instancia donde se formula."¹⁸²

Lo anterior significa que el allanamiento puede ser total o parcial según implique el sometimiento a todas las pretensiones o sólo con parte de ellas. Sin

¹⁸¹ Sentís Melendo, Santiago. Ob. Cit. p.637.

¹⁸² Podetti, Ramiro J. Teoría y Técnica del Proceso Civil. Editorial Ediar. Buenos Aires.1963.p.233.

embargo, como bien lo señalan los autores antes citados, el allanamiento parcial no puede producir la terminación del proceso, por tanto, no procede a dictarse una sentencia inmediata que recoja el sometimiento a determinadas pretensiones, sino que es necesario esperar a la sentencia definitiva donde el juez tome en cuenta dicho allanamiento parcial y dicte la resolución que sea procedente y congruente con los pedimentos de las partes.

4. SUJETOS DEL ALLANAMIENTO

1) Capacidad.

Conforme lo expresado hasta aquí, el allanamiento es producido por el sujeto contra quien se ejercita una pretensión; así pues puede provenir del demandado o del actor en una demanda reconvenzional.

Sobre la base de estas ideas, el principio general en materia de capacidad para allanarse no ofrece mayores dificultades; como señala Alsina "No se requiere capacidad especial, únicamente la necesaria para actuar en juicio."¹⁸³

Sin embargo, los menores emancipados requerirán de un tutor para que pueda efectuarse el allanamiento, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 643 fracc. II del Código Civil para el Distrito Federal que estatuye:

Artículo 643. "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes,

¹⁸³ Alsina, Hugo. Ob. Cit. p.186.

pero siempre necesita durante su menor edad:

I...

II. De un tutor para sus negocios judiciales."

2) Representación.

Al respecto, la doctrina no es uniforme, pues un sector de ella, se inclina por la "innecesariedad de facultades o poderes especiales para la concreción del allanamiento."¹⁸⁴ Sin embargo, otra opinión se inclina por la "exigencia de poder especial conforme al contenido de la pretensión, que deberá ser analizado en cada caso."¹⁸⁵

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece:

"DEMANDA. EL MANDATARIO NO PUEDE ALLANARSE A LA. A NOMBRE DE SU MANDANTE, SÍ EL PODER SOLO SE LE CONFIRIO PARA PLEITOS Y COBRANZAS Y ACTOS DE ADMINISTRACIÓN.

Si el poder otorgado al mandatario sólo lo fue para pleitos y cobranzas y actos de administración, sus facultades no comprenden la de allanarse a la demanda instaurada en contra de su mandante, porque el allanamiento no sólo entraña una actitud meramente procesal asumida dentro del juicio, sino un acto jurídico de disposición del derecho ahí controvertido que, al ser reconocido a favor del colitigante de modo directo grava el patrimonio del mandante. De ahí que ese acto debe corresponder únicamente al dueño, y en su caso también al mandatario, pero sólo cuando el correspondiente poder se le hubiere otorgado

¹⁸⁴ Ibidem. p.186.

¹⁸⁵ Palacio Lino, Enrique. Ob. Cit. p. 547.

para actos de dominio. Tal es la naturaleza del allanamiento, porque su consecuencia final es que, una vez reconocido el adeudo reclamado en la demanda, el patrimonio del mandante resiente un menoscabo que sólo su propietario podría autorizar porque se refleja en su perjuicio; más si no faculto al mandatario para que lo hiciera a nombre suyo, es porque se reservo para sí esa atribución no otorgando el poder para actos de dominio, con las facultades a que se refiere el tercer párrafo del artículo 2554 del Código Civil.

Amparo directo 6162/92. Casimiro Sordo Sordo. 17 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente Luz María Perdomo Juvera. Secretario: J. Jesús Pérez Grimaldi.”¹⁸⁶

De esta tesis jurisprudencial se desprende que, en todos los casos es necesario que se cuente con una facultad especial o con las instrucciones precisas para la realización del allanamiento, puesto que éste implica una renuncia a la oposición en juicio, que conlleva necesariamente a la extinción de un derecho.

Lo anterior, atiende a que sin duda el allanamiento tiene la forma de una renuncia gratuita, por tanto, consideramos como justo que se exija poder o cláusula especial, tal como se exige para el desistimiento.

Por lo que hace a los tutores, el artículo 537 fracc. V del Código Civil para el Distrito Federal establece que el tutor está obligado a representar al

¹⁸⁶ Demanda. El mandatario no puede allanarse a la. A nombre de su mandante, si el poder solo se confirió para pleitos y cobranzas y actos de administración. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Tomo XIII-Febrero. No. Registro 213,456 p.308

incapacitado en juicio y fuera de él, esto significa que el tutor puede allanarse a una demanda en representación del incapaz a quien representa; sin requerirse autorización judicial para el allanamiento a la demanda pues, ello no significa transacción.

Esto último se desprende del artículo 566 del Código Civil citado, que estatuye "Se requiere de licencia judicial para que el tutor pueda transigir o comprometer en árbitros los negocios del incapacitado."

Pero, como ya indicamos, el allanamiento no implica una cesión de bienes, en este caso del incapacitado, por tanto, no puede considerarse como una transacción.

5. MOMENTO EN QUE DEBE FORMULARSE EL ALLANAMIENTO

Al respecto De Pina señala que "el allanamiento se produce cuando el demandado en juicio contesta a la demanda manifestando su conformidad con lo pedido por el actor."¹⁸⁷

Esto significa que el momento procesal oportuno para verificarse el allanamiento es al contestar la demanda.

Esto obedece a que siendo el allanamiento, una de las actitudes que puede asumir el demandado frente a la demanda, lógico es que sea en la

¹⁸⁷ De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José. Instituciones de Derecho Procesal Civil. 25ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México.2000. p.204.

contestación cuando se efectúe el allanamiento.

Sin embargo, esto no es óbice para que el allanamiento pueda realizarse en cualquier momento del proceso anterior a la sentencia y así dar por terminada la controversia.

6. EL ALLANAMIENTO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

En un excelente trabajo publicado hace mas de 40 años que tiene por título *El allanamiento a la demanda* de Santiago Sentís Melendo señalaba con acierto "las dificultades que ofrece el estudio de este instituto y las carencias que se advierten a su respecto en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación."¹⁸⁸

Lo cierto es que a pesar del largo tiempo transcurrido desde entonces, y aunque han aparecido trabajos importantes, las observaciones formuladas en aquel estudio conservan todavía su vigencia, además, que sigue siendo dificultoso un tratamiento adecuado al tema del allanamiento.

Por su parte, Pedro Márquez expresa "Pese a la frecuencia del allanamiento en la practica diaria de los juzgados, y no obstante las dificultades conceptuales que comporta, no existe en nuestra legislación actual una regulación suficiente de esta materia, a la que se alude en algunos preceptos."¹⁸⁹

¹⁸⁸ Sentís Melendo, Santiago. Ob. Cit. p. 610.

¹⁸⁹ Márquez Romero, Pedro. Ob. Cit. p.23.

El autor en cita se refiere a la regulación jurídica que tiene el allanamiento en España, sin embargo, idéntica situación sucede en México, puesto que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal sólo lo contempla en los artículos 274 y 404.

Tales artículos a la letra dicen:

Artículo 274. "Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente, ante el juez de los autos si se trata de juicio de divorcio, sin perjuicio de lo previsto en la parte final del artículo 271".

De conformidad con el artículo transcrito tal parece que el legislador no entiende el concepto de allanamiento, puesto que lo confunde con la confesión y el reconocimiento, porque estas dos actitudes que puede asumir el demandado frente a la demanda son utilizadas por él como sinónimos de allanamiento.

Así, cuando expresa "Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes" esta comprendiendo a la confesión por referirse a los hechos, al reconocimiento por lo que hace al derecho y al allanamiento por lo que toca a las pretensiones exigidas, y esto es totalmente erróneo porque como ya señalamos el allanamiento no implica estas tres actitudes que puede asumir el

demandado frente a la demanda, sino que solamente implica una sumisión a las pretensiones exigidas y una renuncia al derecho de defensa.

En resumen, podemos decir que para que se configure el allanamiento no es necesario que éste contemple confesión y reconocimiento sino que solamente se requiere que haya una aceptación de las prestaciones reclamadas, es decir, que el demandado acepte las consecuencias de la demanda aunque no acepte los hechos y el derecho invocado.

Siguiendo con el análisis del Artículo 274 transcrito, estatuye que “manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella...”. Significa que el actor también puede allanarse, esto sucede cuando éste tiene el carácter de demandado en la reconvención y como tal también puede allanarse a las prestaciones que le ha reclamado el actor en la contrademanda.

Pero, la regla general es que sea el demandado quien se allane y no el actor en vía reconvencional, porque el demandado al allanarse tiene entre sus prioridades la terminación anticipada del proceso, luego entonces, no va a plantear reconvención para continuar el juicio, sino que al contrario con el allanamiento manifiesta su oposición al ejercicio del derecho de defensa.

Continúa, diciendo el artículo transcrito “se citará para sentencia...” esto significa que cuando el demandado se allana, al someterse a las pretensiones del actor y renuncia al ejercicio del derecho de defensa, no es necesario realizar

las etapas probatoria y de alegatos, por tanto, el juez debe pasar directamente a la etapa resolutive.

Este dispositivo también previene que, antes de la citación para sentencia, la parte que se haya allanado deberá "ratificar el escrito correspondiente, ante el juez de los autos si se trata de juicio de divorcio."

Esta exigencia de ratificación ante el juez que este conociendo del asunto cuando se trate de juicios de divorcio, es "insuficiente para impedir que a través de este medio, se haga una renuncia de derechos indisponibles como son los derivados del estado familiar, o de derechos de terceros, también irrenunciables, como son los de los hijos, particularmente el de recibir alimentos."¹⁹⁰

La última parte del artículo dice "sin perjuicio de lo previsto en la parte final del artículo 271."

El mismo autor, expresa que esto no resulta fácilmente comprensible porque "la parte final del artículo 271 se refiere a una de las consecuencias de la declaración de rebeldía, y el allanamiento implica necesariamente que el demandado compareció ante el juez, es decir, que no incurrió en rebeldía. Quizá los legisladores quisieron aludir más bien a la parte final del artículo 266, que dispone que el silencio y las evasivas del demandado en su contestación, cuando se trate, entre otros casos, de juicios de familia y del Estado Civil, no

¹⁹⁰ Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso. Ob. Cit. p.21.

producirán una confesión ficta, sino que harán presumir una respuesta negativa. Es probable que los legisladores hayan querido referirse a este último precepto para indicar que, en todo caso, el allanamiento debe ser expreso y claro, y no derivarse de silencios y evasivas.”¹⁹¹

En resumen, del análisis del artículo en comento, se observa que el mismo exige una reforma total, sobre todo porque no hay excepciones para allanarse, es decir, el legislador contempló al allanamiento de manera general para aplicarse a todo tipo de juicios, y sólo exigiendo una simple ratificación del escrito en el que se contemple el allanamiento tratándose de divorcio, como si esa obligación de ratificar bastara para que las partes no cometieran fraude procesal, al no quedar bien garantizados los alimentos de los hijos y bien establecido el régimen de visitas.

Es por ello, que proponemos una reforma que limite al allanamiento, puesto que no es posible que un juicio de naturaleza familiar sea tratado de igual manera que un juicio de naturaleza civil o mercantil.

Por su parte el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal estatuye:

Artículo 404 “El allanamiento judicial expreso que afecte a toda la demanda, produce el efecto de obligar al juez a otorgar en la sentencia un plazo de gracia al deudor después de efectuado el secuestro y a reducir las

¹⁹¹ Ovalle Favela José. Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p.76.

costas.”

Del artículo transcrito, diremos que, el allanamiento solo puede ser expreso, por lo que tal mención debiera ser suprimida, además, la exigencia de que el allanamiento “afecte toda la demanda” no corresponde con el concepto de allanamiento que la doctrina señala y que nosotros consideramos, puesto que solo debe referirse a las prestaciones exigidas; sin necesidad de afectarse los hechos y el derecho invocado.

Sin embargo del mismo se desprenden dos consecuencias favorables al demandado, que son:

“1.- La concesión del demandado de un plazo de gracia para dar cumplimiento a las prestaciones que ha aceptado frente al demandante.

2.- La reducción de costas a cargo del demandado.”¹⁹²

7. LA SIMULACIÓN EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO A TRAVÉS DEL ALLANAMIENTO.

Antes de iniciar con el análisis del presente tema y que constituye el origen de la presente tesis, empezaremos por decir que es la simulación.

Simulación viene del latín “simulo, simulare que significa imitar,

¹⁹² Arellano García, Carlos. Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. p. 197 in fine y 198.

representar lo que no es, fingir. En el lenguaje ordinario el verbo simular significa presentar engañosamente una cosa, como si en realidad existiera como tal, cuando en realidad no es así.”¹⁹³

Es decir, la simulación implica un aparentar, un fingir, es una ficción, una mentira.

Sin embargo, aunque ésta implique engaño, como señala Borda “ocupa un lugar importante en la vida humana; es un recurso de autodefensa y de escalamiento. Se simula carácter, coraje, virtud, conocimiento, talento, éxitos; se disimulan defectos, odios, fracasos.”¹⁹⁴

Como vemos, en la simulación se hace aparecer lo que no es, se trata pues de una ficción de la realidad, porque se pretende engañar sobre algo no verdadero.

Pues, como dice Ferrara “Muchos hombres son verdaderos artistas simulando en la escena de la vida.”¹⁹⁵

Luego entonces, si el hombre es capaz de ser un gran actor y autor de sus propias virtudes y defectos, lo será sin mayor dificultad en la simulación de un juicio, con el fin de escapar a los requisitos que la propia ley exige para la convalidación del acto.

¹⁹³ Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. Cit. p.2918.

¹⁹⁴ Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Parte General II. 10ª Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1991. p. 351 in fine y 352.

¹⁹⁵ Ferrara, Francisco. La Simulación de los Negocios Jurídicos. 5ª Edición. Editorial Blas, S.A. Tipográfica. Madrid. 1926.

Sin embargo, como señala Mosset Iturraspe "si bien es verdad que cualquier hecho humano puede ser encubierto bajo la apariencia de otro, que el ámbito o campo de la simulación, en el sentido vulgar o corriente, es amplísimo -pudiendo comprender sentimientos, afectos, exteriorizaciones, conductas, etc.- el estudio de la simulación, desde el punto de vista jurídico, solo se limita a los actos jurídicos."¹⁹⁶

Así, desde esta perspectiva se entiende por acto simulado "aquél que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de cómo parece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí, mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto."¹⁹⁷

El artículo 2180 del Código Civil para el Distrito Federal estatuye que "Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas".

Por tanto, la simulación se refiere a la declaración ficticia de la realidad con la finalidad de engaño.

El concepto de simulación que proporciona el Código Civil como ya se dijo sólo tiene aplicación en la teoría de los actos jurídicos, sin embargo, como vimos, ésta no tiene un límite, no hay materia en que no pueda aplicarse

¹⁹⁶ Mosset Iturraspe, Jorge. *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*. Tomo I. Editorial Ediar. Argentina. 1974. p.59.

¹⁹⁷ Ferrara, Francisco- Ob. Cit. p.60.

Y la simulación en los juicios de naturaleza familiar no es la excepción, mas aún en los juicios de divorcio necesario, porque actuando de común acuerdo ambos cónyuges -es decir con unidad de propósito y ánimo fraudatorio- deciden simular controversia cuando en realidad hay acuerdo.

En efecto, la manera en que se realiza es la siguiente: cualquiera de los dos cónyuges presenta su demanda de divorcio necesario, invocando cualquier causal de las contempladas en el Código Civil para el Distrito Federal (artículo 267); y posteriormente el otro cónyuge, que es el supuesto demandado, se allana a la demanda que ha sido instaurada en su contra, después el juez de lo familiar ordena la ratificación del escrito del allanamiento, y una vez hecho lo anterior por parte del demandado, si el actor manifiesta su conformidad con el allanamiento, y ratifica su escrito inicial de demanda, en este momento se acaba la litis y se cita a las partes para oír sentencia.

Lo cual consideramos como injusto y terrible para los hijos, porque la idea de promover un juicio de divorcio necesario estando de acuerdo los supuestos contrincantes es con la finalidad de evadir la intervención del Ministerio Público, así como garantizar los alimentos o bien presentar el convenio que se exige para el divorcio voluntario, estando de igual manera de acuerdo los contrincantes.

Otra forma de llevar a cabo la simulación en el divorcio necesario es

cuando uno de los cónyuges se autodemanda en el juicio, es decir, primero comparece como actor, pero a nombre de su cónyuge para demandar la disolución del vínculo matrimonial por alguna de las causales establecidas en el Código Civil (artículo 267), después ya como demandado da contestación a la demanda y se allana; y una vez que es requerido ante la presencia judicial para ratificar el allanamiento, acude sin ningún problema, asimismo el supuesto actor manifiesta su conformidad con el allanamiento y en ese momento se acaba la litis y en consecuencia se cita a las partes para oír sentencia.

Al realizar lo anterior se cometen los delitos de falsedad de abogados, patronos y litigantes que contempla el artículo 231 frac. IV, consistente en simular un acto jurídico o un acto o escrito judicial; el delito de falsificación de documentos que describe la frac. I del artículo 244 consistente en "Poner una firma o rubrica falsa" y el delito de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad previsto en el artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal.

No obstante lo anterior lo que les interesa a los cónyuges simuladores o al cónyuge simulador es obtener de manera rápida el dictado de una sentencia que declare disuelto el vínculo conyugal, sin más tramites o requisitos que cumplir, por tanto, no es difícil comprender porque la tramitación de tantos juicios de divorcio necesario que se solucionan vía allanamiento.

En base a lo anterior, podemos decir que el juicio de divorcio necesario

envuelve en la mayoría de los casos un fraude procesal, realizado con el instrumento procesal "allanamiento".

Entendemos por fraude procesal "Al acto o conjunto de actos procesales realizados en forma artificiosa o engañosa por una o ambas partes, para perjudicar a otra persona, obtener un beneficio indebido o, en fin, lograr un objetivo que no sería posible satisfacer sino mediante un proceso regular."¹⁹⁸

Como se desprende de esta definición el fraude puede ser en perjuicio de un tercero o de la ley, sin embargo, nosotros consideramos que también puede ser en perjuicio de la contraparte.

En efecto, cuando el fraude se produce en perjuicio de la contraparte el engaño puede consistir en la presentación de documentos falsos, en testigos falsos, en la utilización de documentos verdaderos usados fraudulentamente, pero en el caso específico de divorcio necesario el perjuicio que se le causa a la otra parte consiste en el derecho que tiene a recibir alimentos.

Ahora bien, cuando nos referimos al fraude que se realiza en perjuicio de la ley comprendemos "aquellas situaciones que sin ocasionar un perjuicio a una parte o a un tercero, eluden lo que impone imperativamente el ordenamiento jurídico por el falseamiento de los hechos verificados en un proceso, haciendo incurrir con ello en error al juez, de tal modo que éste otorgue validez legal a un acto o situación no querida o prohibida por la ley.

¹⁹⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. Cit. p. 1473.

En este sentido, pueden citarse como ejemplos: la notificación de la demanda en un domicilio falso para dejar a la otra parte en una situación de indefensión; alegar falsamente que se desconoce el domicilio del demandado a fin de notificarlo por edictos; la simulación por parte de los cónyuges de causales de divorcios inexistentes a fin de lograr el mismo en situaciones en que la ley no lo acuerda; etc.”¹⁹⁹

Por lo que respecta a los actos procesales fraudulentos en perjuicio de terceros, el engaño se presenta cuando no es llamado a juicio a efecto de defender sus respectivos intereses.

Como se ha dicho, la simulación litis no tiene un límite, las partes utilizan el proceso a su conveniencia, es decir, se utiliza la ley para “obtener la convalidación de una situación no querida por ella y esto se realiza por medio de ardidés o engaños que hacen incurrir en error al juez de tal modo que este dé validez a un acto o situación que de aparecer como realmente es, no la reconocería.”²⁰⁰

Lo anterior no puede permitirse más, y la forma de combatir estos actos procesales fraudulentos de una de las partes, en perjuicio de la otra o de un tercero, es como señala Ovalle Fabela “el principio de contradicción, que permite a la parte afectada poner de manifiesto los artificios o maquinaciones de la contraria; y el permitir la intervención de terceros en el proceso en defensa de

¹⁹⁹ Levene, Ricardo y Sucar, German. Fraude Procesal. Revista la Ley. 1 junio 2000. Argentina. p.2

²⁰⁰ Ibidem. p.2

sus legítimos intereses. Además, al lado de estos medios de defensa, están también las facultades del juzgador para dirigir el proceso y para decretar de oficio la practica de pruebas 'para mejor proveer'.²⁰¹

Sin embargo, como señala el autor en cita, el problema mayor, es frente al proceso fraudulento cuya sentencia ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

Para resolver este problema deberá tomarse en cuenta lo siguiente:

El artículo 14 Constitucional en el Segundo Párrafo consagra la garantía de audiencia o del debido proceso legal que reza "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

Por tanto, en base a lo anterior, ningún tercero puede ser afectado por una sentencia pronunciada en un proceso en el que no se le haya dado la oportunidad razonable de defenderse.

Sin embargo, cuando suceda que éste pueda ser afectado, puede promover un juicio de amparo indirecto como lo previene el artículo 114 frac. V de la Ley de Amparo que estatuye:

²⁰¹ Ovalle Favela, José. Voz "Fraude Procesal" en Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. Cit. p.1474.

“Art. 114. El amparo se pedirá ante el juez de Distrito:

V. Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio que afecten a personas extrañas a él, cuando la Ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercera.”

Por su parte el artículo 93 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone que “El tercero puede excepcionarse contra la sentencia firme, pero no contra la que recayó en juicio de estado civil, a menos que alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo.”

Aquí se aplica el principio jurídico “res inter alios acta, aliis neque nocere seque prodesse potest (los negocios entre las partes, no favorecen ni dañan a terceros), porque estos no han sido oídos ni vencidos en juicio, a excepción de las cuestiones relativas al estado civil de las personas, y a las de validez o nulidad de testamentos, en cuyo caso la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros aunque no hubiesen litigado.”²⁰²

Por último la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene la siguiente tesis:

NULIDAD DE JUICIO CONCLUIDO. SOLO PROCEDE RESPECTO DEL

²⁰² Mar, Nereo. Guía del Procedimiento Civil para el Distrito Federal. 3ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1996. p.117.

PROCESO FRAUDULENTO.

En un principio no procede la nulidad de un juicio mediante la tramitación de un segundo juicio, por respeto a la autoridad de la cosa juzgada; pero cuando el primer proceso fue fraudulento, entonces su procedencia es manifiesta y el tercero puede también excepcionarse contra la sentencia firme, pero no contra la que recayó en juicio de estado civil, a menos que alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo.

Amparo directo 195/89. Juan Juárez Sánchez. 5 de julio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra.²⁰³

Como vemos, esta tesis jurisprudencial permite oponer la excepción de nulidad contra la cosa juzgada fraudulenta, como lo prevé el Art. 93 del Código de Procedimientos Civiles, y también ejercer la acción de nulidad de un juicio concluido cuando es resultado de un proceso fraudulento.

Sin embargo, no obstante los anteriores fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales un importante sector de la doctrina considera que "la acción de nulidad del proceso fraudulento, no es sino una aplicación, en el terreno procesal de la acción pauliana."²⁰⁴

Acontinuación, estudiaremos el fraude procesal pero desde el punto de vista del Derecho Penal.

²⁰³ Nulidad de juicio concluido. Solo procede respecto del proceso fraudulento. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Tomo XV-II, Febrero de 1995. No. de Registro 208,564. p.419.

²⁰⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. Cit. p. 1475.

Se entiende por fraude procesal el “hecho de interponer ante los tribunales de justicia un juicio simulado, apoyado en pruebas engañosas, artificiosas o falsas, para mediante dicha maquinación sumergir en error a los jueces y obtener un lucro patrimonial.”²⁰⁵

Este delito es tipificado en el artículo 387 fracc. X del Código Penal para el Distrito Federal que estatuye: “las mismas penas señaladas en el artículo anterior (que tipifica y sanciona el fraude genérico y el fraude maquinado) se impondrán: X. Al que simulare un contrato, un acto o escrito judicial, con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido.”

De lo anterior, se advierte que son dos las situaciones descritas, una la de un contrato; y otra la de un acto o escrito judicial, donde ambas han de efectuarse con perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido.

Por lo que respecta a la simulación contractual, consiste en que “los otorgantes de mutuo acuerdo, finjan o aparenten la creación o transferencia de obligaciones o derechos; la simulación contractual implica necesariamente la participación conscientemente mentirosa de los diversos contratantes, porque lo que se finge no son las declaraciones de uno de ellos sino el contrato mismo; es, pues, una operación ficta, mutuamente consentida por los participantes.”²⁰⁶

Por tanto, para la existencia del delito no basta la simulación del

²⁰⁵ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. 6ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 2000. p.146 in fine y 147.

²⁰⁶ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 32ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 2000. p.271.

contrato; si no que es necesario que “vaya acompañada de ejecutivos engaños finalisticamente orientados a obtener un beneficio indebido en perjuicio de los intereses patrimoniales ajenos.”²⁰⁷

Es decir, la sola simulación contractual no lesiona ningún interés jurídico patrimonial, sino que es necesario, para que se configure el delito de fraude procesal, el hecho de perjudicar patrimonialmente a otro.

Por lo que respecta a la simulación de un acto o escrito judicial a que también hace referencia la fracc. X del artículo 387 consiste en “realizar una ficta promoción, por comparecencia personal o escrita en un proceso, afirmando lo que no es para obtener de la autoridad judicial el pronunciamiento que conforme a derecho correspondería dictar si lo que se alega fuere real y cierto. Empero, esta simple conducta, desprovista de todo ardid engañoso para alcanzar un beneficio indebido de índole patrimonial, integraría ya el delito de abogados, patronos y litigantes que describe la fracc. I del artículo 231, consistente en ‘alegar a sabiendas hechos falsos...’. Por tanto, lo que, en puridad, nutre de auténtico matiz patrimonial la simulación del acto o escritos mencionados en la fracc. X del artículo 387, es el fin específico que constituye la meta de dicha simulación, aludido en la frase ‘en perjuicio de otro o para obtener cualquier beneficio indebido’; perjuicio o beneficio que necesariamente han de entenderse de naturaleza patrimonial, si se tiene en cuenta la índole del bien protegido en el delito de fraude.”²⁰⁸

²⁰⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p. 148.

²⁰⁸ Ibidem. p.148 in fine y 149.

Por lo tanto, el acto o escrito judicial simulado sólo podrá configurarse como delito cuando por medio de éste se obtenga un beneficio indebido de carácter patrimonial.

Además, cabe aclarar que el delito de fraude procesal sólo puede cometerse por los particulares, porque como señala González de la Vega "si los jueces simulan actos judiciales en ejercicio de sus funciones, cometen el delito de falsificación de documentos públicos auténticos, como son las actuaciones (Art. 243 del Código Penal), o los diversos delitos cometidos en la administración de justicia previstos en los artículos 225 y 226 del Código Penal, etc. Tampoco la simulación en materia judicial consiste en que alguna de las partes o interesados en el juicio falte simplemente a la verdad en sus declaraciones o escritos, porque estos hechos unilaterales están previstos como delitos especiales en el capítulo de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a la autoridad."²⁰⁹

Asimismo, el autor en cita considera que "la simulación en actos o escritos judiciales requiere en la mentira cierta actitud bilateral de las diversas partes con aparentes intereses opuestos, la que da por consecuencia que el juez reconozca como válidas sus acciones o sus excepciones fictas. La bilateralidad entre los interesados puede asumirse por un oculto acuerdo, o al menos por la tácita aceptación de los actos o escritos simulados."²¹⁰

Por último, diremos que la simulación en materia civil se sanciona con la

²⁰⁹ González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p.272.

²¹⁰ Ibidem. p. 272 in fine y 273.

nulidad del acto simulado que pueden hacer valer los terceros perjudicados y el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública.

Por lo que toca a la simulación desde el punto de vista del derecho Penal, ésta es considerada como delito cuando se obtiene un beneficio indebido de naturaleza patrimonial y se sanciona como fraude genérico.

Sin embargo, nosotros consideramos que sólo podrían denunciar este delito los extraños a la simulación, es decir, los terceros que sufren un perjuicio en sus intereses patrimoniales.

No así los hijos del divorcio, en tanto que si bien es cierto que sufren un perjuicio económico al no darles sus padres lo que les corresponde por concepto de alimentos, se necesitaría que se les nombrara un tutor, a efecto de que defendiera sus intereses contra sus propios progenitores.

Lo cual no parece ser idóneo, porque además del perjuicio económico que ya han sufrido, se sumaría aquél perjuicio moral, que es por demás más dañino que todo el dinero del mundo.

Pero por lo que respecta al fraude procesal, éste da lugar a la nulidad del juicio concluido, como se desprende de las siguientes tesis jurisprudenciales:

JUICIO CONCLUIDO, NULIDAD DEL. ES IMPROCEDENTE CUANDO EL ACTOR INTERVINO EN ESE PROCESO.

La acción de nulidad de un juicio concluido, por tratarse de un proceso fraudulento, solo compete a un tercero que alegue colusión de los litigantes para llevar el juicio a sus espaldas y de ese modo perjudicarlo, o cuando quien si fue parte alegue que fue suplantado o que fue representado por quien no tenia facultades para hacerlo. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º. , 91 y 426 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la resolución firme que decide en definitiva un juicio constituye cosa juzgada para las partes que litigaron en él; por tanto, tal fallo establece la verdad legal, a la que los contendientes quedan vinculados. De modo que una característica de las sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada, es su inmutabilidad; es decir, que ya no pueden ser modificadas o revocadas porque constituyen la verdad legal respecto de la controversia que se dirimió a través de ellas. De ahí que por regla general, no es admisible que alguna de las partes pretenda anular el juicio concluido, en el cual participaron, porque al haber intervenido en el proceso, se estuvo en aptitud de alegar y demostrar dentro del mismo, los vicios en los cuales se sustenta el supuesto fraude; además ningún precepto del Código Procesal invocado autoriza a que la parte que actúo en el juicio se sustraiga de los efectos producidos de la cosa juzgada; y de permitirse que en cualquier momento quien fue oído y vencido en juicio, mediante el ejercicio de una acción ordinaria independiente ante otra autoridad jurisdiccional, hiciera variar la inmutabilidad de la cosa juzgada y de la verdad legal, se vulneraría el principio de seguridad jurídica que debe regir en todo

Estado de derecho, y los juzgadores no tendrían autonomía en el ejercicio de la función jurisdiccional. Luego, quien si fue parte y además compareció al juicio a defenderse, no esta legitimado para alegar la nulidad de ese juicio bajo el argumento de que era nulo el acto que dio origen al documento base de la acción, y que el proceso fue fraudulento, porque para ello tuvo a su alcance, en las etapas procesales correspondientes, los recursos y medios ordinarios de defensa que la ley procesal respectiva establece.

Amparo directo 3623/2000. León Velásquez y Víctor Hugo Cortés Venegas. 14 de diciembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Rómulo Amadeo Figueroa Salmorán.²¹¹

JUICIO FRAUDULENTO, LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLO.

Cuando se demanda la nulidad de un juicio concluido por fraudulencia, la circunstancia de que el promovente hubiese comparecido al primer juicio y hubiese ejercitado sus derechos procesales, excluye la posibilidad de que hubiese existido colusión de los litigantes para perjudicarlo, y que el juicio cuya nulidad se pretende se hubiera tramitado a sus espaldas, colocándolo en estado de indefensión. No es óbice para lo considerado que la nulidad de juicio concluido puedan promoverlo las partes mismas y los terceros legitimados, porque el fraude procesal no solo es susceptible de perjudicar a terceros, sino también a las partes. Tal criterio debe entenderse en el sentido de que las partes podrán promover la nulidad del juicio concluido, siempre y cuando el mismo se haya seguido a sus espaldas, sin su consentimiento, puesto que en dicha hipótesis su situación es equiparable a la de un tercero legitimado. De no ser así,

²¹¹ Juicio Concluido, nulidad del. Es improcedente cuando el actor intervino en ese proceso. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Tomo XIII, marzo de 2001. No. De Registro 190,140. p. 1769.

se perdería es respeto a la cosa juzgada.

Amparo directo 433/94. Lilia Antonieta Núñez Pellon. 3 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.²¹²

NULIDAD DE JUICIO CONCLUIDO. POR REGLA GENERAL, LAS PARTES QUE LITIGARON EN ESTE CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA DEMANDARLA.

De los artículos 1º, 91 y 426 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es posible desprender, que la resolución firme, que decide en definitiva un juicio, constituye cosa juzgada para las partes que litigaron en él. En esta virtud, tal fallo establece la verdad legal, a la cual dichos contendientes quedan vinculados. De ahí que, por regla general, no es admisible que alguna de esas partes pretenda anular el juicio concluido, en el cual participo, sobre la base de que adolece de fraudulencia; pues en primer lugar, es claro que, por haber intervenido en el proceso, estuvo en condiciones de aducir y demostrar dentro de éste, los vicios en los cuales se sustenta el supuesto fraude alegado y, en segundo lugar, porque ningún precepto del ordenamiento citado autoriza a que, la parte que actuó en el juicio se sustraiga de los efectos producidos por la cosa juzgada; Sin embargo, es razonable considerar que la excepción a dicha regla se presenta, cuando está demostrado fehacientemente, que quien se dice defraudado no actuó en realidad en el proceso pretendidamente viciado, aun cuando aparentemente se haya hecho a parecer lo contrario, como puede

²¹² Juicio fraudulento, legitimación para promoverlo. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Tomo XIII, Marzo de 1994. No. De Registro 213,173. p. 392.

ocurrir, por ejemplo, si alguien se ostenta como representante de otro, cuando lo cierto es que carece de esa representación, o bien, cuando el litigante es suplantado, etcétera, pues en estos casos, tales circunstancias constituirán precisamente el posible fraude, que se invoque como causa de pedir de la anulación demandada.

Amparo directo 1194/96. Felipe Ramírez Martínez. 7 de marzo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Aurora Rojas Bonilla.²¹³

De tales criterios jurisprudenciales se deduce lo siguiente:

1. La acción de nulidad contra juicio concluido fraudulento sólo corresponde a un tercero, cuando alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo.

2. Esta misma acción pueden promoverla también las partes cuando aleguen que fueron suplantadas o representadas por quien no tenía facultades para hacerlo o bien cuando aleguen que el juicio se siguió a sus espaldas sin su consentimiento.

Lo anterior, no puede hacerse valer entre las partes en un juicio de divorcio necesario, cuando media allanamiento, puesto que si la intención de éstas era burlar la ley por medio de este instituto, no procede ahora, alegar perjuicio, ya que ninguna de ellas fue privada del derecho de audiencia para

²¹³ Nulidad de juicio concluido. Por regla general, las partes que litigaron en este carecen de legitimación para demandarla. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados d Circuito. Novena poca. Tomo III, Marzo de 1996. No. de Registro 203,011. p. 977.

defenderse y desenmascarar el fraude procesal, por tanto, no podría hacerse valer entre las partes.

7.1 CAUSAS POR LAS QUE SE ACUDE A LA SIMULACIÓN EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO.

Como ya hemos señalado el allanamiento implica un sometimiento, una renuncia al derecho de oposición, es decir, se opone a toda idea de conflicto o de contienda.

Por tanto, cuando uno de los llamados a juicio no responde a la controversia, sino por el contrario se somete a las prestaciones exigidas, extingue con esa conducta el proceso y en consecuencia facilita el dictado de la sentencia.

Así, podemos señalar que una de las causas por las que se acude al allanamiento se encuentra, la de extinguir el proceso de manera rápida y, una segunda causa o razón es como dice Peláez Sanz "el temor litis, ese miedo al proceso y a los perjuicios que bajo la forma de dinero, tiempo, dudas, etc. pueda producir, constituye la causa mas profunda del allanamiento."²¹⁴

En términos generales podría decirse que esas dos causas, son por las cuales se acude al allanamiento, sin embargo, nosotros consideramos que la verdadera razón por la cual se acude a este instituto en el juicio de divorcio

²¹⁴ Peláez Sanz. Autor citado por Márquez Romero Pedro. Ob. Cit. p.42.

necesario, es el evitar dar cumplimiento a los requisitos que se exigen para el caso de divorcio voluntario.

Como hemos visto estos requisitos consisten en:

1. Garantizar los alimentos a través de prenda, fianza o hipoteca.
2. La presentación del convenio que exige el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal.
3. Dar vista al Ministerio Público para que apruebe dicho convenio.

Porque como hemos señalado, el allanamiento en el juicio de divorcio necesario implica por lo general un acuerdo de voluntades entre actor y demandado que se presentan como si fueran contrincantes, pero que en realidad están de acuerdo para cometer un fraude procesal, simulando en un proceso ordinario civil y obtener así de manera rápida la disolución del vínculo matrimonial.

Lo anterior se realiza bajo un criterio egoísta, puesto que en ningún momento se toma en cuenta a los hijos, quienes además de sufrir la desintegración de su familia, tienen que padecer limitaciones tanto de tipo económico como de convivencia, porque no se garantizan alimentos y no se establece un régimen de visitas, como sucede en el divorcio voluntario.

Porque no hay duda, los cónyuges utilizan el allanamiento para la

confabulación, para obtener a través del proceso de divorcio necesario un resultado idéntico al del divorcio voluntario, pero sin requisitos que cumplir.

8. LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL ALLANAMIENTO

Producido el allanamiento, dispone el artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que "el juez dictará sentencia."

Esto significa que, no debe seguirse la tramitación del proceso, ni hay necesidad de ninguna otra actuación procesal, sino que debe dictarse sentencia y así dar por concluido el proceso.

Sin embargo, como se advierte del artículo en cita éste no establece cual ha de ser el contenido de la sentencia, es decir, no estatuye si el juez ha de recoger en la sentencia lo solicitado en la demanda o bien entrar al análisis del fondo del asunto.

Al respecto la doctrina se encuentra dividida, entre quienes sostienen que el juez no debe quedar vinculado al allanamiento al dictar sentencia y entre quienes consideran necesaria la vinculación en el allanamiento.

Acontinuación analizaremos cada una de estas teorías referidas a la vinculación.

A) Tesis de la no vinculación. Uno de los mas destacados defensores de esta tesis es Chioventa quien afirma que "la sentencia en caso de allanamiento da fe del reconocimiento y de la renuncia y declarara fundada o infundada la acción. El simple hecho del reconocimiento, no obstante, no da derecho al actor a una sentencia favorable; el juez examina libremente si existe una norma abstracta aplicable al caso."²¹⁵

En este mismo sentido, De Pina expresa "el allanamiento del demandado no produce necesariamente la condena, de acuerdo con la petición del actor, sino que habrá que dictarse el fallo que corresponda con arreglo a derecho, pero hay que reconocer que si la demanda esta jurídicamente fundada, la solución judicial no podrá separarse de la petición del actor, con la que coincidirá rigurosamente."²¹⁶

Lo anterior, se traduce en la obligación que tiene el juzgador de dictar una sentencia justa, y para lograr tal cometido, no tiene porque aceptar el derecho invocado por las partes, sino por el contrario, tiene el deber de aplicar correctamente el derecho que corresponda; donde el allanamiento no tiene ninguna injerencia.

Porque como señala Sentís Melendo "El juez debe gozar de absoluta libertad en la aplicación del derecho que ha de serle conocido y que el demandado no puede, con su allanamiento, contribuir a que sea aplicado indebidamente."²¹⁷

²¹⁵ Chioventa, Giuseppe. Vol. III. Ob. Cit. p. 73.

²¹⁶ De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José. Ob. Cit. p.204.

²¹⁷ Sentís Melendo, Santiago. Ob. Cit. p. 620.

Es decir, el allanamiento no puede constituir un medio legal para la obtención de una sentencia favorable, sino que, deberán aplicarse los preceptos jurídicos que correspondan para la solución de la controversia, y no como haya sido solicitado por las partes a través de sus invocaciones de derecho.

Porque como dice Coviello "el reconocimiento que hace una persona de la norma jurídica que debe aplicarse a una controversia determinada, no produce ningún efecto: es el juez quien debe conocer la norma que decide el caso concreto, y la voluntad de las partes no ejerce en ello la menor influencia."²¹⁸

Esto representa, que el allanamiento no es fundamento de una sentencia condenatoria, puesto que el juez tiene toda la libertad de entrar al análisis del asunto y aplicar la ley que corresponda al caso concreto y obtener con ello el pronunciamiento de una sentencia justa.

B)Tesis de la Vinculación. Al respecto Prieto Castro sostiene "el juez no entra en el examen de los hechos y dicta sentencia que tiene como contenido el allanamiento del demandado."²¹⁹

Esto significa que la resolución que dicte el juez contendrá exclusivamente el allanamiento, sin que pueda entrar al análisis del asunto, porque la voluntad demandado fue no litigar, es decir, por medio del

²¹⁸ Coviello, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Editorial Hispanoamericana. México. 1938. p.587.

²¹⁹ Prieto Castro, Ferrandiz L. Ob. Cit. p.620.

allanamiento decidió dar por terminada la controversia al someterse a las pretensiones del actor, luego entonces, el juez deberá tomar solo en cuenta el allanamiento.

En este mismo sentido Infantes señala "el principio general de la vinculación no quiebra ni la función judicial ni la esencia del proceso. Sólo en los supuestos que las pretensiones de la demanda fueran imposibles, real o jurídicamente, no existiría vinculación para el juez como consecuencia del allanamiento."²²⁰

Como se observa, este autor considera que el juez debe quedar vinculado al allanamiento al pronunciar su sentencia, puesto que, con ello da cumplimiento a lo que ha sido solicitado por el actor y aceptado por el demandado, salvo que lo pedido por el actor sea ilícito o bien imposible.

Por su parte Márquez Romero sostiene que "el allanamiento tiene por objeto solo el petitum de la demanda y, en principio y por regla general, vincula al juzgador, por lo que será siempre recogido en la sentencia, salvo en los supuestos de prohibición legal."²²¹

Es decir, el juez dictará sentencia basado o bien de acuerdo con el allanamiento, sin que pueda examinar la verdad de los hechos y los fundamentos de la demanda.

²²⁰ Infantes, Autor citado por Márquez Romero Pedro. Ob. Cit. p.151.

²²¹ Márquez Romero, Pedro. Ob. Cit. p. 150 y 151.

Sin embargo, nosotros consideramos que el juez no debe quedar vinculado al allanamiento; porque ello propicia que se presente en la práctica innumerados casos de simulación de procesos, especialmente en juicios de divorcio necesario donde como sabemos los más perjudicados son los hijos.

9. EL ALLANAMIENTO Y LA SENTENCIA

Como ya señalamos el allanamiento carece en sí mismo de fuerza decisoria, por tanto, todo proceso en el cual se produzca allanamiento debe terminar con el dictado de una sentencia.

Asimismo, la sentencia que se dicte deberá revestir el carácter de definitiva y contener los requisitos que señala el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; porque como señala Fornaciari "el actor tiene derecho a la obtención de la cosa juzgada, que únicamente se genera con el dictado de una sentencia."²²²

No obstante, antes de que el actor pueda obtener la cosa juzgada puede suceder que la sentencia sea recurrida, en efecto, algunos autores consideran que "la sentencia que se pronuncia en estos casos es apelable, lo mismo que cualquier otra sentencia que ponga termino a un proceso; y ello se justifica con la facultad del juez de pronunciarse libremente con independencia del allanamiento."²²³

²²² Fornaciari, Mario Alberto. Ob. Cit. p. 143.

²²³ Sentís Melendo, Santiago. Ob. Cit. p.645.

Lo anterior, significa que al establecerse que una sentencia es apelable implica necesariamente que el juez no está vinculado al allanamiento, puesto que no resuelve conforme a lo pedido; sino que pronuncia sentencia de acuerdo a lo que considera que procede en justicia.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con la apelabilidad de la sentencia referida al allanamiento, pues como señala Fornaciari "no se advierte cuál es el agravio que puede aducir quien se sometió a lo pretendido por su contraparte y renunció a toda oposición."²²⁴

Para el autor en cita es dudoso que quien se allana pueda recurrir la sentencia, puesto que al renunciar a su derecho de defensa decidió proponer una solución definitiva para dar por terminada la controversia, luego entonces, si su deseo fue no litigar en el momento procesal oportuno, no parece congruente que una vez que se dictó sentencia definitiva desee ejercer ese derecho.

No obstante, debe advertirse que distinto es el caso de las cuestiones accesorias que pueda contener la sentencia, tales como la aplicación de costas, sobre las cuales puede haber vía recursiva pero, que en la presente tesis no estudiamos.

²²⁴ Fornaciari, Mario Alberto. Ob. Cit. p.144.

10. TESIS JURISPRUDENCIALES EMITIDAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN MATERIA CIVIL, CON REFERENCIA AL ALLANAMIENTO EN DIVORCIO NECESARIO.

"DIVORCIO. EFECTOS DEL ALLANAMIENTO PARCIAL DE LA DEMANDA.

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

Amparo directo 1582/90. Alma Peralta Di'Gregorio.28 de junio de 1990. Mayoría de votos de los magistrados Jose Joaquín Herrera Zamora y Victor Manuel Islas Domínguez, en contra del voto del magistrado Martín Antonio Ríos. Ponente: Jose Joaquín Herrera Zamora. Secretario: Gonzalo Hernández Cervantes."²²⁵

La Jurisprudencia en cita establece que no hay prohibición de un allanamiento parcial a una demanda de divorcio, si el actor invoca varias causales para solicitarlo; además, puede suceder que la demanda contenga varias pretensiones, y en tal supuesto nada tiene de extraño que el demandado se someta a algunas pretensiones del actor y no a otras, de manera que el allanamiento contemple una parte de la litis, continuándose el proceso en forma ordinaria en cuanto a las otras.

"DIVORCIO, ALLANAMIENTO AL, DEBE RATIFICARSE PARA QUE PRODUZCA EFECTOS DE CONFESIÓN.

El artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles, señala que en tratándose de juicios de divorcio, para tener por producido el allanamiento de una demanda que lleve en su contenido alguna pretendida confesión de todos los hechos, es necesario que se deba ratificar dicho escrito de contestación, a efecto de tener al reo por confeso expresamente en todos los planteamientos de la demanda, lo cual se evidencia de la literalidad del referido precepto, en cuanto exige la previa ratificación sin perjuicio de lo previsto en la parte final

²²⁵ Divorcio. Efectos del allanamiento parcial de la demanda. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Tomo Vi, Segunda Parte-2, julio a diciembre de 1990. No. de Registro 2225,036. p. 517.

del artículo 271 del mismo ordenamiento, que se refiere a los casos en que tratándose de asuntos que afecten a las relaciones familiares, no deben de tenerse por confesados los hechos de la demanda que se dejen de contestar sino que se deben de tener por negados. La finalidad que tuvo el legislador al expedir al artículo 274 del multicitado Código adjetivo, fue la de evitar la simulación de actos dentro del procedimiento, procurando tener la certeza absoluta de que quien supuestamente se allana a una demanda e hipotéticamente confiesa todos los hechos, fue en realidad la parte demandada, sobre todo cuando se trata de juicios que afecten relaciones familiares o del estado civil de las personas. Así la situación, ante la falta de eficacia del referido escrito de contestación, un juzgador actúa de manera ajustada a derecho, al tener por no contestada la demanda y estarse a lo establecido en el último párrafo del artículo 271 del Código Adjetivo, teniéndose por negados los hechos con que se inicio el juicio natural.

Amparo directo 4571/90. Hilda Araceli Rábuela Ríos. 18 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Vicente C. Banderas Trigos.²²⁶

De la jurisprudencia en cita, vale la pena comentar dos situaciones: Primera, se exige ratificar el escrito que contiene el allanamiento, cuando haya confesión de hechos, a efecto de tener al demandado por confeso de todos los planteamientos de la demanda, lo cual parece significar que el allanamiento implicara necesariamente confesión, situación que no es así, porque como ya

²²⁶ Divorcio, allanamiento al, debe ratificarse para que produzca efectos de confesión. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Tomo VI, Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1990. No. de Registro 224,487. p.142.

señalamos una cosa es, someterse a las pretensiones que se exigen (allanamiento) y, otra muy distinta, reconocer hechos en beneficio de la contraria y en perjuicio propio (confesión). En consecuencia, para que el allanamiento sea eficaz sólo basta someterse a las pretensiones exigidas, sin ninguna necesidad de obtener la prueba confesional; y, Segunda, la intención del legislador fue evitar *la simulación en el juicio de divorcio necesario*, exigiendo tan solo la ratificación del allanamiento, requisito que no es suficiente, porque como vimos la simulación no tiene límites, por tanto, es necesario y urgente establecer casos de excepción al allanamiento a efecto de que las partes no puedan cometer fraude a la ley, al simular conflicto cuando en realidad hay acuerdo.

“DIVORCIO NECESARIO, ES IMPROCEDENTE APROBAR EL CONVENIO DE ALLANAMIENTO A LA DEMANDA Y LOS ACUERDOS SOBRE CUSTODIA DE MENORES Y PENSION ALIMENTICIA.

En la solución del juicio de divorcio necesario, por la causa prevista en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, es improcedente aprobar el convenio celebrado durante la secuela del procedimiento, en que la demandada se allana a las pretensiones del actor, sometiendo a la consideración del juez familiar acuerdos sobre la custodia de los hijos y pago de pensión alimenticia, toda vez que el allanamiento no sustituye la vía procedente para el sometimiento del convenio propuesto. Propiamente cambiaría de divorcio necesario a voluntario, al no existir oposición de disolver el vínculo matrimonial y, así, tendrían que cubrirse requisitos básicos, según disponen

los artículos 273 del Código Civil y 675, 676, 680 y 681 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. De no seguir las formalidades adjetivas fundamentales, se violan las leyes del procedimiento, que son de orden público e irrenunciables, conforme lo dispone el artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles.

Amparo directo 6469/95. Javier Celedonio Sandoval Sánchez. 29 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Trujillo Muñoz. Secretario: Juan Pedro Contreras Navarro."²²⁷

La Jurisprudencia en cita, tiene la intención de evitar que se cometa fraude procesal, al considerar improcedente aprobar un convenio propio de un divorcio voluntario en un juicio de divorcio necesario, porque el allanamiento no tiene por que ser el medio legal para sustituir la vía judicial, porque el allanamiento implica una renuncia a la contienda, pero nada mas, luego entonces, no procede someter a consideración del juez de lo familiar acuerdos sobre custodia o pensión alimenticia de menores, puesto que estas situaciones estan contempladas de manera distinta en otro procedimiento y no en el que se pretende hacer valer.

Además, aunque la fracción XVIII a que hace referencia la tesis jurisprudencial, se encuentre actualmente modificada, esto no significa que no tenga plena aplicación, puesto que ahora la causal se actualiza en la fracción IX, donde lo único que se cambia es el plazo de tiempo para solicitar el divorcio.

²²⁷ Divorcio necesario. Es improcedente aprobar el convenio de allanamiento a la demanda y los acuerdos sobre custodia de menores y pensión alimenticia. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Tomo III, enero de 1996. No. de Registro 203,392. p.281.

11. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 274 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Prometíamos, páginas atrás, volver sobre el tema del daño psicológico que se les causa a los hijos del divorcio, y conviene que lo hagamos ahora.

Apuntábamos en el capítulo II los daños emocionales psicológicos que sufren los cónyuges cuando se disuelve su matrimonio, sin embargo, como señala Omar Barbero "¿será realmente el cónyuge inocente el principal damnificado por el divorcio? ¿Los hijos del matrimonio no resultarán tan perjudicados como su padre o madre inocente, o tal vez aún más?"²²⁸

La respuesta a éstas interrogantes no las dá el doctor Mariano J. Grandoli al relatarnos de manera clara y de gran calidad, lo siguiente:

"1. *Introducción.* Habrán leído en los diarios, habrán sentido u oído decir, habrán escuchado quizá por radio que el día tal, a tal hora, hubo un accidente de automóviles, a raíz del cual, la principal víctima del mismo fue uno de los conductores, el cual falleció pocas horas después de ocurrido el percance.

Habrán leído, sentido o escuchado que el día tal, a tal hora, hubo un accidente ferroviario, con motivo del cual perdió la vida un maquinista, siendo él, y algunos pasajeros que viajaban de pie, en la plataforma delantera, las principales víctimas de dicho infortunio.

Habrán sentido o escuchado ustedes que, en tal o cual fecha, hubo un

²²⁸ Barbero U, Omar. *Daños y Perjuicios derivados del divorcio.* Editorial Astrea. Buenos Aires. 1977. p.265.

accidente de aviación, siendo la principal víctima, el piloto, el cual murió pocos minutos después de haberse precipitado el aparato a tierra.

En fin, noticias así, las oiréis o las leeréis todos los días.

1) Pero, en otro orden de ideas, hay otras víctimas de las cuales *casi nadie se ocupa*, que viven y conviven quizá a nuestro alrededor. Esas víctimas, a veces ignoradas y, otras veces ocultadas, son los hijos de padres divorciados, pues debemos saber y reconocer, con gran dolor de nuestro corazón, que *las principales víctimas del divorcio son los hijos*.

De esos niños, de esos hijos, de esas víctimas de padres divorciados, de esos 'huérfanos con padres vivos', como dijo recientemente un juez nacional en lo Civil de la Capital Federal, vamos a ocuparnos a continuación...

II. *Antes del divorcio*. 1) En esta primera etapa se observan, entre otras cosas: a) desavenencias continuas o discontinuas entre los padres de los menores; b) escenas violentas entre los cónyuges; c) silencios prolongados entre los esposos: no se hablan entre ellos, contestaciones con monosílabos, medias palabras, no se saludan, no se dan los 'buenos días' ni las 'buenas noches', cuando entran o salen de la casa; no se dan ni ha hora, etc.; d) a veces, vías de hecho: violencias entre los consortes, y *los chicos están en medio de ellos llorando, no sólo cuando presencian esto de día, sino más bien, más intensamente, de noche, donde tienen y cuando tienen tiempo y tranquilidad para digerir lo que han visto, oído o presenciado entre sus padres*.

2) El niño no vive una vida reflexiva, sino una vida instintiva.

3) Por lo demás, ya tuvimos oportunidad de decir en otra ocasión que: 'Los hijos de padres desavenidos pasan por un sufrimiento moral de hondos

raíces; y, mientras ven a sus padres en tal situación, sufren un verdadero martirio; y al contrario, los hijos nunca son más felices que cuando ven a sus padres bien unidos’.

III. *Durante el juicio de divorcio.* 1) Durante el juicio de divorcio, los hijos no sufren menos que antes del divorcio entre los padres.

2) Verse en un juicio de divorcio significa trastornos de toda índole: material, moral y espiritual. Aparte de la tragedia que representa un pleito de divorcio, hay que tener en cuenta el tiempo que dura, a veces dos o tres años, asistir a audiencias, a menudo interminables, con preguntas y repreguntas a los testigos, que obliga en ciertas oportunidades al juzgado a suspender las audiencias, dado lo avanzado de la hora, y a continuarlas otro día o al día siguiente; ver y conversar con empleados, funcionarios y magistrados; ambiente o clima de tensión que casi siempre se respira en dichas audiencias, especialmente cuando concurren personalmente los cónyuges a las mismas; recursos de apelación, nulidad, etcétera.

3) Aparte de esto, nos permitimos insistir y recalcar que un juicio de divorcio cuesta dinero, y esos pesos de menos se descuentan de la herencia cuando fallecen los padres. Por tanto, si el caudal de la herencia es reducido, el hijo o los hijos de padres divorciados lo sienten, no durante meses, sino durante años.

IV. *Después del juicio de divorcio.* 1) Es decir, después de la sentencia el juez da a uno de los cónyuges la tenencia de los hijos, vale decir, el menor se encuentra privado prácticamente de uno de sus padres. Por tanto, *el niño siente hambre de cariño de su padre o de su madre, según tenga la tenencia del mismo, uno u*

otro de sus padres.

2) Si son varios los hijos del matrimonio, lo comentan entre ellos y a veces toman partido por una de las partes.

3) En última instancia, los padres, por su mal ejemplo y todos los antecedentes mencionados anteriormente, dificultan tremendamente el camino de sus hijos a su destino definitivo y la entrada a la feliz eternidad. ¿Y qué desea un padre o una madre más que la felicidad de sus hijos?

4) Y la felicidad eterna de los hijos la destruyen o la merman considerablemente los cónyuges por dos causas: una, cuando no saben cumplir con su deber de esposos y de padres, y otra, cuando fracasan frente al problema de la vida, frente a las exigencias del hogar o, en una palabra, por su egoísmo, que no sabe renunciar a un capricho o a una fementida pretensión, que se opone a la felicidad propia y a la de sus hijos.

Por consiguiente, las principales víctimas del divorcio son los hijos.

5) Ahora bien, una vez terminado el juicio de divorcio, mediante la sentencia que da por concluido el pleito, el juez concede la tenencia de los hijos al cónyuge que considera más idóneo o, a veces, no concede la tenencia a ninguno de los dos cónyuges y procede a la internación del menor o los menores en un buen colegio, donde se los instruya, se los eduque y se los prepare para la vida. Otras veces confiere la tenencia de los hijos del matrimonio a los abuelos o a los tíos, según lo aconsejen las circunstancias o las modalidades del caso. Pero lo común es que se conceda la tenencia de los hijos al padre o la madre. Y esto, a su vez, origina otras cuestiones, si no se cuenta con la buena voluntad de los esposos.

6) Sucede a veces que el cónyuge a quien le han conferido la tenencia de sus hijos, predispone a éstos contra el otro consorte.

Y, para colmo de desdichas para el niño, concedida la tenencia de los hijos a uno de los cónyuges, éstos se vuelven a trenzar en el régimen de *visitas*; y se vuelven a pelear en el régimen de *vacaciones* o en caso de *enfermedad* del menor.

7) Sin embargo, no termina aquí -perdóneseme la expresión- el “vía crucis” de los hijos. Si se fija un régimen de visitas para los padres que no tienen la tenencia de los hijos, el cónyuge que tiene el menor, no lo lleva a ver a su padre o a su madre: un día, porque hace frío y el chico está muy resfriado; otro día, porque hacía mucho calor, y el chico estaba un poco insolado; otro día... porque se creen dueños y señores de sus hijos, para privar o cercenar al otro cónyuge el derecho que tiene para visitar a su hijo. Al final de cuentas... víctimas del divorcio son los hijos.”²²⁹

Como vemos, la narración transcrita, no es ni resulta exagerada, es simplemente la realidad, se trata de un problema que se presenta día a día, donde los principales perjudicados son los hijos del divorcio.

Es por ello que Omar Barbero, considera que el sufrimiento de los hijos del divorcio; no puede quedar como un dolor ajeno que causa lástima, sino por el contrario, piensa que las principales víctimas del divorcio, o sea los hijos, tienen acción para demandar de su padre o madre culpable una indemnización por daño moral derivada del divorcio.

²²⁹ Grandoli, Mariano J. Autor citado por Barbero U. Omar. Ob. Cit. p. 266-270.

Nosotros no compartimos este criterio, consideramos que es más perjudicial para el interés y bienestar de los hijos embarcarlos en acciones contra sus propios progenitores, que el sufrimiento que ya han padecido con motivo del divorcio.

Sin embargo, decidimos transcribir la narración anterior, porque nos muestra con gran sensibilidad como es esa muerte espiritual de los hijos al ver a su familia destruida, sumándose además el egoísmo de los padres al no importarles el futuro de éstos.

Porque cuando los cónyuges cegados por su odio o resentimiento contra su pareja deciden poner punto final a su conflicto matrimonial, lo realizan evadiendo normas proteccionistas que marca el derecho de familia y que son cuidadosamente remarcadas en el procedimiento de divorcio voluntario, pero como ya hemos señalado, debido a su egoísmo y por pensar sólo en ellos y no en sus hijos, deciden evadir con gran facilidad el procedimiento de divorcio necesario a través del allanamiento, quedando sin garantizar los alimentos.

Esta situación tan injusta no puede permitirse más, porque la manera de terminar con una controversia que atañe a la familia, como lo es el juicio de divorcio necesario, debe tratar de ser benéfica para todos sus miembros, porque lo mínimo que se merecen es un futuro cierto, en cuanto queden bien garantizados sus derechos.

Para erradicar esta situación, se propone que se reforme el artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a efecto de que las partes no puedan evadir la garantía de los alimentos con sólo allanarse, y de esta manera hacerse los desentendidos para cumplir con sus obligaciones de padres; perjudicando aún más a sus hijos.

La reforma que se propone al artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal consistiría en exceptuar el allanamiento tratándose de juicios de divorcio necesario, es decir, deberá de continuarse el proceso con todas sus etapas y fases procesales, y obtener con ello, que los cónyuges no puedan autodemandarse o bien simular en un juicio de divorcio, y en consecuencia los más beneficiados serán los hijos.

El fundamento de esta reforma es porque consideramos que los hijos del divorcio, ya no pueden seguir sujetos a la buena o mala voluntad de sus propios padres, para darles al menos económicamente lo necesario par satisfacer sus necesidades alimenticias.

Además la reforma que se propone es justa, y de ninguna manera cambia el sentido de las pretensiones, sino por el contrario, lo que hace es encaminarlas a su fin principal: el divorcio, pero protegiendo a los que integran a la familia en disolución, asegurándole alimentos una vez que éste ha sido pronunciado.

Porque si bien es cierto que posteriormente a la resolución que dicte el

juez al procedimiento allanado, se pueden reclamar alimentos para los hijos o bien en cualquier otro momento, también es cierto que en realidad los cónyuges al encontrarse desligados judicialmente de la relación matrimonial por virtud del divorcio, éstos se esfumaron para evadir el cumplimiento de su obligación alimentaria.

Y para evitar esta situación tan injusta para los hijos, la mayoría de la doctrina, principalmente la extranjera, se inclina por excluir el allanamiento en determinados casos, porque "constituye una restricción que se explica por sí sola. Cuando se contraponen cuestiones privadas a un interés superior comunitario, a un interés público, aquéllas deben ceder. Aparece una restricción a la autonomía de la voluntad con la finalidad de amparar el interés general de la sociedad para la realización de una determinada idea de justicia. En este orden de ideas, el allanamiento que tenga por eventualidad afectar el interés público, carece de eficacia. Lo dicho nos permite concluir que el allanamiento tendrá eficacia en la medida en que no comprenda derechos absolutos o indisponibles, tales por ejemplo los referidos a cuestiones de estado civil o, en general, aquellas que no pueden ser objeto de renuncia o transacción."²³⁰

Por su parte Víctor de Santo establece "El juez, está autorizado para desestimar el allanamiento y disponer la continuación del juicio, si el objeto de éste se halla sustraído al poder dispositivo de las partes (v.gr., como sucede en las pretensiones por divorcio, nulidad de matrimonio, etc.). Por el contrario, si

²³⁰ Fornaciari, Mario Alberto. Ob. Cit. p. 138.

el juez comprobase que la prestación reclamada es de cumplimiento imposible o contraria a la moral o buenas costumbres, o que se trata de un proceso simulado, sería procedente el rechazo inmediato de la pretensión, y por consiguiente, del allanamiento a ésta.”²³¹

En base a lo anterior, podemos decir que resulta doblemente ineficaz el allanamiento cuando éste se pretende hacer valer en juicio de divorcio necesario, primero, porque éste no puede versar sobre derechos indisponibles como lo son las pretensiones de divorcio, la patria potestad, alimentos etc. y segundo, aunque el allanamiento verse sobre derechos de los cuales pudiera disponer el demandado no podría admitirse, si el juez comprueba que se trata de un proceso simulado, y que sin duda alguna, el allanamiento en el juicio de divorcio envuelve la mayoría de las veces una simulación.

En este mismo orden, Cortes Domínguez señala “En los supuestos de separación, divorcio o nulidad, se ventilan derechos claramente indisponibles, en donde las partes no pueden conseguir determinados efectos regulados por las normas jurídicas aún a pesar de que estén de acuerdo en conseguirlo.”²³²

Por lo tanto, el allanamiento sólo podrá referirse a “derechos privados renunciables y, en consecuencia, no será admisible tratándose de cuestiones que interesen al orden público o puedan fundar una condena o prestación imposible o contraria a las buenas costumbres.”²³³

²³¹ De Santo, Víctor. El proceso civil. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1998. p.314.

²³² Cortes Domínguez, V. Autor citado por Saura Fernando. El allanamiento en los procesos matrimoniales. Revista Justicia. Núm. IV. Librería Bosch. Barcelona. 1991. p.813.

²³³ Alsina, Hugo. Ob. Cit. p.186.

Asimismo, este autor considera que rigen en materia de allanamiento las mismas restricciones que se exigen en cuanto al objeto de transacciones, como son el Estado Civil de las personas y la validez del matrimonio (Art.2948 del Código Civil para el Distrito Federal), la sucesión futura, la acción civil que nazca de delito o culpa futuros y el derecho de recibir alimentos (Art. 2950), por no ser derechos que estén en el comercio.

Por lo tanto en materia procesal deberá tomarse en cuenta según el allanamiento verse sobre derechos dispositivos o bien sobre una cuestión que interese al orden público.

Porque como señala Pérez Martín "Ninguna norma puede impedir al demandado reconocer los hechos de una demanda o conformarse con la pretensión en aquella deducida. Ninguna norma puede imponerle tampoco que litigue contra sus propias convicciones, esto es, manteniendo una pretensión distinta de la que se contiene en la demanda si en realidad está de acuerdo con esta última. Sin embargo, los efectos jurídicos procesales del allanamiento son distintos según que la materia del pleito sea de derecho dispositivo o una cuestión de orden público, como la disolución del vínculo matrimonial. En el primer caso, el allanamiento del demandado es fundamento suficiente para la estimación de la demanda. En el segundo caso, no. La demanda sólo debe estimarse en virtud de sus propios méritos y de la prueba aportada...".²³⁴

²³⁴ Pérez Martín, Antonio Javier. Derecho de Familia. 2ª Edición. Editorial lex nova. España. 1998. p.789 in fine y 790.

Tomando en cuenta lo establecido por la doctrina, es que algunos Códigos Procedimentales de los Estados como son Zacatecas, Morelos, Sonora y Tabasco no admiten el allanamiento si la cuestión planteada interesa al orden público.

Por orden Público se entiende que es "... *estándar jurídico* (trascendente a la norma) que (en virtud de los superiores principios jusfilosóficos que lo informan, vinculados a la conservación misma de sociedad) limita el ámbito de la autonomía de la voluntad, limita temporalmente el principio de la irretroactividad de las leyes, determina espacialmente su excluyente territorialidad y, en general, somete irrefragablemente a los destinatarios a las normas sólo cuando y en tanto éstas tienden al logro de su esencial finalidad: la justicia."²³⁵

Así el Código de Procedimientos Civiles de Morelos establece en su artículo 219:

"Si el demandado se allanare a la demanda, el juez citará a las partes para oír sentencia definitiva, sin necesidad de otro trámite.

No procede citar para sentencia, en caso de allanamiento de la demanda, si la cuestión planteada interesa al orden público o cuando manifiestamente la sentencia por dictarse, surta efectos frente a terceros que no han litigado, y en los demás casos en que la ley así lo disponga".

Y el artículo 520 fracción IV estatuye: "La admisión de hechos y el

²³⁵ Cardini, Eugenio Osvaldo. El orden público. Abeledot-Perrot. Buenos Aires. 1959. p.84.

allanamiento no vinculan al juez”.

Como se observa, éste Código Procedimental al excluir el allanamiento de cuestiones que interesen al orden público, significa que en materia familiar éste queda fuera, es decir se exceptúa; porque al estar en juego intereses superiores como son los de familia, no tiene lugar la voluntad de los particulares, hay una restricción a la autonomía de la voluntad a fin de que la norma logre su cometido: la justicia.

Por lo anteriormente expuesto es que nosotros nos manifestamos a favor de que se excluya el allanamiento de los juicios de divorcio necesario, porque como ya se dijo, al estar en juego intereses superiores, como son los de los hijos, no es justo que los cónyuges utilicen éste instituto para simular contienda cuando hay acuerdo y todo con el fin de no garantizar alimentos, o bien se presente la autodemanda, donde no sólo los hijos son los perjudicados sino también el cónyuge inocente.

Estamos conscientes que la posibilidad de simulación es muy grande, sin embargo no podemos quedarnos inertes, sin hacer nada; y para erradicarla se propone que tratándose de divorcio necesario aunque medie allanamiento deberá abrirse el juicio a prueba, a fin de que el juez cuente con facultades de investigación sobre lo que realmente sucede en el proceso; y de esta forma eliminar el fraude procesal que se presenta en el divorcio necesario a través del allanamiento.

Por consiguiente, consideramos que el artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal debe quedar de la siguiente manera:

"Artículo 274.- Cuando el demandado se allane a las pretensiones contenidas en la demanda, el juez citará a las partes para oír sentencia definitiva, sin necesidad de otro trámite.

No corresponde citar para sentencia sin más trámite cuando se trate de juicio de divorcio necesario, en cuyo caso, siempre deberá abrirse el asunto a prueba y fallarse con vista de las probanzas que se rindan.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-El divorcio surgió en forma casi paralela a la institución del matrimonio, y aunque su aplicación en un principio no fue frecuente, la mayoría de las legislaciones lo contemplaron como la forma legal de disolver el vínculo matrimonial.

SEGUNDA.- En México el divorcio como medio legítimo para disolver el vínculo matrimonial, fue introducido en la Ley de Divorcio Vincular expedida el 29 de diciembre de 1914 por Venustiano Carranza.

TERCERA.-El procedimiento de divorcio necesario se promueve en la vía ordinaria civil, en el que el cónyuge inocente deberá probar la causal en que funda su pretensión.

CUARTA.-Las medidas provisionales decretadas por el juez en el juicio de divorcio, tienen como finalidad la protección de los divorciantes y de sus hijos, por lo que pueden modificarse en cualquier tiempo mediante sentencia interlocutoria o definitiva.

QUINTA.- El allanamiento es un acto procesal, unilateral, incondicional, irrevocable y formal, a través del cual el demandado se somete y renuncia a su derecho de defensa, para terminar el proceso mediante una sentencia estimatoria de la demanda.

SEXTA.- El momento procesal para producir el allanamiento es al contestar la demanda, lo que no impide que pueda verificarse hasta antes de dictarse sentencia.

SÉPTIMA.- El allanamiento puede ser total o parcial, pues el demandado puede someterse a parte de las pretensiones y no a todas, de manera que el procedimiento deberá continuar por las pretensiones que queden subsistentes.

OCTAVA.- Por lo anterior, no hay prohibición de allanamiento parcial a una demanda de divorcio, pues esta puede contener varias pretensiones y nada impide someterse algunas y oponerse al resto, además de que las causales que dan origen a éste son autónomas e independientes unas de otras.

NOVENA.- La simulación en el juicio de divorcio necesario se presenta, cuando los cónyuges aparentan ante el juez que tienen una controversia, cuando en realidad hay un acuerdo entre ellos con ánimo fraudulento.

DÉCIMA.- La simulación se lleva a cabo cuando el cónyuge aparentemente ofendido, presenta su demanda de divorcio necesario y posteriormente el cónyuge demandado se allana, a fin de que el juez dicte una sentencia decretando el divorcio.

DÉCIMA PRIMERA.- Con la simulación los cónyuges evitan cumplir con las obligaciones que establece la ley para el divorcio voluntario.

DÉCIMA SEGUNDA.- La jurisprudencia establece que es suficiente la ratificación del allanamiento por parte del demandado para evitar la simulación

de actos dentro del procedimiento, y de esta forma tener la certeza absoluta de que quien se allana fue en realidad el demandado, sobre todo cuando se trata de un juicio del estado civil de las personas.

DÉCIMA TERCERA.- No obstante lo anterior, otra forma de simulación en el juicio de divorcio necesario, consiste en que uno de los cónyuges se autodemanda y posteriormente éste mismo cónyuge, como demandado, presenta su escrito de allanamiento ratificándolo ante el juzgado, concluye la litis y obtiene el divorcio.

DÉCIMA CUARTA.- Por lo anterior puede decirse que el allanamiento en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal está defectuosamente regulado, puesto que no es posible que éste sea contemplado por el artículo 274 de manera casi genérica; pues la ratificación que exige tratándose del juicio de divorcio necesario no es obstáculo para que los simuladores dejen cometer fraude procesal y se sigan afectando los derechos de sus hijos, particularmente el de recibir alimentos.

DÉCIMA QUINTA.- Para evitar la situación antes descrita, debe reformarse el artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a fin de que los cónyuges no puedan solucionar un divorcio necesario por la vía del allanamiento, sino que deberá abrirse el juicio a prueba y fallarse con vista de las probanzas que se rindan.

DÉCIMA SEXTA.- Con la reforma que se propone se busca dar a los hijos de padres divorciados una mayor protección, tanto económica como afectiva, porque los cónyuges ya no podrán autodemandarse o simular una contienda, y en consecuencia los mas beneficiados serán precisamente los hijos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO.** Ensayos de Derecho Procesal. Edición de la Revista Argentina, S.A., Buenos Aires, 1944.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO.** Proceso, Autocomposición y Autodefensa. 3ª Edición. UNAM. México, 1991.
- ALSINA, HUGO.** Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. 2ª Edición. Editorial Ediar, S.A., Buenos Aires, 1961. Tomo III.
- ARELLANO GARCIA, CARLOS.** Derecho Procesal Civil. 8ª Edición. Porrúa, S.A., México, 2001.
- ARLAS, JOSÉ A.** EL allanamiento en el Proceso Civil, en problemática Actual de Derecho Procesal, libro Homenaje a Almicar Mercader. Editora Platense. Argentina, 1971.
- BAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA.** Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México, 1990.
- BARBERO U. OMAR.** Daños y Perjuicios derivados del divorcio. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1977.
- BOWRA, C.M.** La Grecia Clásica. Ediciones Culturales Internacionales. México, 1983.
- BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR.** Derecho de Familia. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1981. Tomo III.
- BIRD, FRANCKE LINDA.** Los hijos frente al divorcio. Editorial Diana. México, 1990.
- BORDA, GUILLERMO A.** Tratado de Derecho Civil. Parte General II. 10ª Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1991.
- BRAVO GONZÁLEZ, AGUSTÍN Y BRAVO VALDÉS, BEATRIZ.** Primer Curso de Derecho Romano. 18ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.
- CARDINI, OSVALDO.** El orden público. Editorial Abeledot-Perrot. Buenos Aires, 1959.
- CARNELUTTI, FRANCESCO.** Instituciones del Proceso Civil. Trad. Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959. Vol. I.

CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 5ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

CHIOVENDA, GIUSSEPPE. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. Gómez Orbanjea E. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1954. Vol. III.

COULANGES DE FUSTEL. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma. 2ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

COUTO, RICARDO. Derecho Civil Mexicano. Editorial La Vasconia. México, 1919. Tomo I.

COUTURE, J. EDUARDO. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1997.

COUTURE, J. EDUARDO. Vocabulario Jurídico. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1993.

COVIELLO, NICOLAS. Doctrina General del Derecho Civil. Editorial Hispanoamericana. México, 1938.

DE IBARROLA, ANTONIO. Derecho de Familia. 4ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México. 1993.

DE LA PLAZA, MANUEL. Derecho Procesal Civil Español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1942. Vol. I.

DE PINA, RAFAEL Y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSÉ. Instituciones de Derecho Procesal Civil. 25ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

DE PINA, RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. 21ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 2000. Vol. I.

DE SANTO, VICTOR. El Proceso Civil. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1998. Tomo I.

DORANTES TAMAYO, LUIS. Teoría General del Proceso. 6ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

FALCÓN, ENRIQUE M. Elementos de Derecho Procesal Civil. Editorial Abeledot-Perrot. Buenos Aires, 1987. Vol. II.

FERRARA, FRANCISCO. La simulación de los negocios jurídicos. 5ª Edición. Editorial Blas, S.A., Tipográfica. Madrid, 1926.

- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. El Derecho Privado Romano. 22ª Edición. Editorial Esfinge, S.A., México, 1997.
- FORNACIARI, MARIO ALBERTO. Modos Anormales de Terminación del Proceso. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1987. Tomo I.
- FRITZ, SCHULZ. Derecho Romano Clásico. Editorial Busch. Barcelona, 1960.
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil. 20ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
- GELSI BIDART, ADOLFO. Modos Extraordinarios de concluir el Juicio, en Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá Zamora y Castillo. México. 1978. Vol. I.
- GOLDSCHMID, JAMES. Derecho Procesal Civil. Editorial Labor, S.A., Buenos Aires, 1936.
- GOLDSCHMID, JAMES. Teoría General del Proceso. Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1936.
- GÓMEZ LARA, CIPRIANO. Derecho Procesal Civil. 6ª Edición. Editorial Oxford. México, 1998.
- GÓMEZ LARA, CIPRIANO. Teoría General del Proceso. 9ª Edición. Editorial Oxford. México, 1996.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. 32ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
- GUASP, JAIME. Derecho Procesal Civil. Madrid, 1956.
- IBÁÑEZ LANGLOIS, JOSÉ MIGUEL. 21 slogans divorcistas. Editorial Andrés Bello. Chile, 1991.
- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. Derecho Penal Mexicano. 6ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 2000. Tomo IV.
- LEMUS GARCÍA, RAÚL. Derecho Romano. 5ª Edición. Editorial Limsa. México, 1979.
- LEVENE, RICARDO Y SUCAR, GERMAN. Fraude Procesal. Revista La ley. Argentina, 2000.
- LINO, PALACIO. Manual de Derecho Procesal Civil. 13ª Edición. Editorial Abeledot-Perrot. Buenos Aires, 1997.

LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO. El Nuevo Sistema Matrimonial Español. Editorial Tecnos. España, 1983.

MAGALLÓN IBARRA, JORGE MARIO. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia. 2ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 2001. Tomo III.

MAR, NEREO. Guía del Procedimiento Civil para el Distrito Federal. 3ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1996.

MÁRQUEZ ROMERO, PEDRO. El allanamiento en el Proceso Civil. Editorial Comares. España, 1992.

MARTÍNEZ SAEZ, SANTIAGO. ¿Divorcio? ¡No!. Colección Ateneo Sacerdotal de Guadalajara. 3ª Edición. Editorial Revistas. México, 1990.

MENDEIETA Y NÚÑEZ, LUCIO. El Derecho Precolonial. 3ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1976.

MONTERO AROCA, JUAN. La Intervención Adhesiva Simple. Editorial Hispano europea. España, 1972.

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

MORALES, JOSÉ IGNACIO. Derecho Romano. 3ª Edición. Editorial Trillas. México, 1989.

MORINEAU IDUARTE, MARTHA E IGLESIAS GONZÁLEZ, ROMÁN. Derecho Romano. 4ª Edición. Editorial Oxford. México, 1998.

MOSSET, ITURRASPE JORGE. Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios. Editorial Ediar. Argentina, 1974. Tomo I.

OSHIVER FISHER, ESTHER. Divorcio: La Nueva Libertad. Logos Consorcio Editorial S.A., México, 1976.

OVALLE FAVELA, JOSÉ. Derecho Procesal Civil. 8ª Edición. Editorial Oxford. México, 1999.

OVALLE FAVELA, JOSÉ. Teoría General del Proceso. 5ª Edición. Editorial Oxford. México, 2001.

PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Panorama Editorial. México, 1984.

PALACIO LINO, ENRIQUE. Derecho Procesal Civil. 4ª Reimpresión. Editorial Abeledot-Perrot. Buenos Aires, 1993. Tomo V.

PALLARES, EDUARDO. El Divorcio en México. 6ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

PALLARES, EDUARDO. Derecho Procesal Civil. 12ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.

PÉREZ DUARTE, ALICIA. Derecho de Familia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1994.

PÉREZ MARTIN, ANTONIO JAVIER. Derecho de Familia. 2ª Edición Editorial Lex Nova. España, 1998.

PETTIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. 15ª Edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1999.

PLANIOL, MARCEL Y GEORGES RIPERT. Derecho Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1996.

PODETTI, RAMIRO J. Teoría y Técnica del Proceso Civil. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1963.

PRIETO CASTRO, FERRANDIZ L. Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1968. Vol. I.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. 9ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1998. Tomo II.

ROSENBERG, LEO. Tratado de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955. Tomo II.

SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN. Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México. 2ª Edición Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

SÁNCHEZ CORDERO, JORGE. La Evolución del Derecho Civil desde la Independencia hasta el Código Civil de 1884 en Obra Jurídica Mexicana. 2ª Edición. Procuraduría General de la República. México, 1987.

SÁNCHEZ MÁRQUEZ, RICARDO. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

SAURA, FERNANDO. El allanamiento en los procesos matrimoniales. Revista Justicia. Núm. IV. Librería Bosch. Barcelona, 1991.

SENTÍS MELENDO, SANTIAGO. El allanamiento a la demanda, en Estudios Jurídicos de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina. Editores Ediar, S.A., Buenos Aires, 1946.

VENTURA SILVA, SABINO. Derecho Romano. 16ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

ZANNONI, EDUARDO A. Derecho de Familia. Editorial Abeledot-Perrot. Buenos Aires, 1984.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 21ª Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1989. Tomo III.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 20ª Edición. Real Academia Española. España, 1984. Tomo I.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 15ª Edición. Porrúa, S.A., México. 2001.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Driskill, S.A., Argentina. 1986. Tomos II y IX.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. 2ª. Edición. Editorial Francisco Seix. Barcelona, 1974. Tomo VII.

PALLARES, EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 24ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

LEGISLACIÓN

CÓDIGO CIVIL para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V. México.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES para el Distrito Federal, Editorial Sista S.A. de C.V., México.

CÓDIGO PENAL para el Distrito Federal, Editorial Ediciones Fiscales Isef, S.A., México.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Sista, S.A. de C.V., México.

IUS 2000 CD ROM, Jurisprudencia y Tesis Aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

LEY DE AMPARO, Editorial Sista S.A. de C.V., México.