



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**“PROCEDENCIA DE LA CONVERSIÓN DEL
JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO A DIVORCIO
VOLUNTARIO, POR CONSENTIMIENTO DE LAS
PARTES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN,
PARA EL ESTADO DE MÉXICO”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSÉ LUIS DE JESÚS HERNÁNDEZ

ASESOR:

LIC. ALEJANDRO ARTURO RANGEL CANSINO



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A MI ASESOR
LIC. ALEJANDRO ARTURO RANGEL CANSINO**

**CON ESPECIAL AGRADECIMIENTO POR
LA ORIENTACION Y ASESORAMIENTO
EN LA ELABORACION DE LA PRESENTE
TESIS.**

A MIS PADRES

**JULIA HERNANDEZ ORTEGA Y
EDUARDO DE JESUS SANCHEZ.**

**MI MAYOR AGRADECIMIENTO POR
TODO SU APOYO, COMPRENSION Y
CARIÑO QUE ME HAN BRINDADO
EN TODA MI VIDA Y POR GUIARME
POR EL CAMINO CORRECTO, LOS
QUIERO.**

A MIS HERMANOS.

**MIGUEL ANGEL, INES, EMMA,
MARINA, TRINIDAD, EDUARDO,
NATALIA.**

**CON QUIEN HE COMPARTIDO LAS
ETAPAS MAS IMPORTANTES DE MI
VIDA Y JUNTOS HEMOS ADQUIRIDO
LA FORTALEZA PARA SALIR
ADELANTE EN LAS SITUACIONES
ADVERSAS, CON SU COMPAÑIA Y
CARIÑO ME HAN SERVIDO DE
ESTIMULO EN LA VIDA.**

A MIS CUÑADOS.

**ENRIQUE, ADOLFO, ALFONSO,
JUAN CARLOS, ISABEL.**

**POR QUE ESTAN PRESENTES SIEMPRE
Y SU APOYO A LA FAMILIA.**

AL LICENCIADO ALBERTO GONZALEZ VARGAS.

**MI AGRADECIMIENTO POR SU AMISTAD, SUS
CONSEJOS Y POR SU MOTIVACION E IMPULSO
DE SIEMPRE EN LOS MOMENTOS MÁS DIFÍCILES
GRACIAS.**

**AL LICENCIADO JUAN FRANCISCO
GARCIA ESCAMILLA.**

**POR SU AMISTAD DE QUIEN RECIBI
APOYO Y CONSEJOS INVALUABLES E
INNUMERABLES.
GRACIAS.**

A TODOS MIS AMIGOS.

**PEDRO, JOAN VICENT, FAUSTO, RICARDO,
KARLA, MARY CARMEN, NOE, ELIDHE,
LIDIA, ELOISA. E.T.C. E.T.C.**

**QUE ME HAN BRINDADO SU APOYO
EN FORMA INCONDICIONAL.**

PROCEDENCIA DE LA CONVERSIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO A DIVORCIO VOLUNTARIO, POR CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN. ----- 1

C A P Í T U L O I

1.1.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO.----- 1

A) ETAPA PRIMITIVA. ----- 1

1.- Promiscuidad primitiva. ----- 2

2.- Matrimonio por grupos. ----- 2

3.- Matrimonio por raptó. ----- 3

4.- Matrimonio por compra. ----- 3

B) EN EL DERECHO ROMANO. ----- 4

1.- La Manus. ----- 4

2.- La Iustae Nuptiae. ----- 6

C) EN EL DERECHO ESPAÑOL. ----- 7

D) EN EL DERECHO AZTECA. ----- 15

E) EN LA ÉPOCA INDEPENDIENTE. ----- 15

1.2.-EL ORIGEN DE LA FAMILIA. ----- 17

1.3.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA. -----	17
a) FAMILIA CONSANGUÍNEA. -----	19
b) FAMILIA POLIGÁMICA. -----	19
c) FAMILIA POLIÁNDRICA. -----	19
d) FAMILIA MONOGÁMICA. -----	19
1.4.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO. -----	21
A) EL DIVORCIO EN ROMA. -----	22
B) EL DIVORCIO EN MÉXICO. -----	25
I.- ÉPOCA PRECOLONIAL. -----	25
II.- ÉPOCA COLONIAL. -----	27
III.- MÉXICO INDEPENDIENTE. -----	28

C A P Í T U L O II

2.- EL MATRIMONIO.

2.1.- CONCEPTO. -----	31
2.2.- NATURALEZA JURÍDICA. -----	35
2.2.1 Matrimonio como Contrato. -----	35
2.2.2 Matrimonio como Acto Jurídico. -----	39
2.2.3 Matrimonio como Institución Jurídica. -----	42

2.2.4 Matrimonio como Estado Jurídico. - - - - -	43
2.2.5 Matrimonio como Acto de Poder Estatal. - - - - -	43
2.3.- CARACTERÍSTICAS. - - - - -	45
2.3.1 Orden Público. - - - - -	45
2.3.2 Legalidad. - - - - -	45
2.3.3 Permanencia. - - - - -	46
2.3.4 Unidad. - - - - -	46
2.3.5 Singularidad. - - - - -	47
2.3.6 Igualdad. - - - - -	47
2.3.7 Libertad. - - - - -	47
2.4.- REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO. - - - - -	48
A) Elementos Esenciales del Matrimonio. - - - - -	49
B) Elementos de Validez del Matrimonio. - - - - -	51
2.5.- IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO. - - - - -	54
2.6.- DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO. - - - - -	59
2.7.- CODIFICACIÓN SUSTANTIVA EN EL ESTADO DE MÉXICO. - - - - -	60

C A P Í T U L O I I I

3.- EL DIVORCIO.

3.1.- CONCEPTO. - - - - -	62
---------------------------	----

3.2.- NATURALEZA JURÍDICA. - - - - -	64
3.3.- OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DIVORCIO. - - - - -	65
3.3.1 Divorcio Vincular y Divorcio no Vincular. - - - - -	67
3.3.1.1 Divorcio Vincular o Absoluto. - - - - -	67
3.3.2 Divorcio no Vincular de Separación de Cuerpos o Relativo. - - - - -	67
3.4.- EFECTOS DEL DIVORCIO. - - - - -	69
A) Efectos Provisionales. - - - - -	70
B) Efectos Definitivos. - - - - -	71
3.5.- CLASES DE DIVORCIO. - - - - -	72
3.5.1 Divorcio Necesario. - - - - -	73
3.5.1.1 Concepto. - - - - -	73
3.5.1.2 Causales de Divorcio. - - - - -	73
3.5.1.2.1 Causales de Divorcio derivadas de Culpa. - - - - -	73
3.5.1.2.2 Causales de Divorcio no derivadas de Culpa. - - - - -	79
3.5.2 Etapas Procesales. - - - - -	80
3.5.2 Divorcio por Mutuo Consentimiento. - - - - -	82
3.5.2.1 Concepto. - - - - -	82
3.5.2.2 Formalidades. - - - - -	82

3.5.2.3 Solicitud de Divorcio. - - - - -	83
3.5.2.4 Etapas Procesales. - - - - -	85
3.5.3 Divorcio Administrativo. - - - - -	87
3.5.3.1 Concepto. - - - - -	87
3.5.3.2 Requisitos. - - - - -	87
3.5.3.3 Etapas Procesales. - - - - -	87
3.5.3.4 Ventajas de este Procedimiento. - - - - -	89

C A P Í T U L O I V

4.- PROCEDENCIA DE LA CONVERSIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO A DIVORCIO VOLUNTARIO, POR CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, PARA EL ESTADO DE MÉXICO. - - - - -	92
4.1.- Aspectos de carácter práctico que deben ser tomados en consideración dentro de nuestra Legislación Civil para el Estado de México. - - - - -	92
4.2.- Propuesta legislativa para que sé de la procedencia de la conversión del juicio de divorcio necesario a divorcio voluntario, por consentimiento de las partes en la audiencia de conciliación dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de México, en su respectivo caso específico. - - - - -	95
CONCLUSIONES. - - - - -	101
BIBLIOGRAFIA. - - - - -	104

INTRODUCCIÓN

El derecho de familia esta demandando mayor atención, en virtud de la trascendencia que la familia viene requiriendo una adecuada legislación, ya que esta es parte fundamental dentro de nuestra sociedad.

Toda vez que la familia juega un papel muy importante en la comunidad, es por ello que en nuestro capítulo primero presentaremos la trayectoria y evolución que ha tenido dicha célula social, así como lo concerniente a las figuras jurídicas del matrimonio y del divorcio, dentro de las diversas culturas del mundo, desde épocas pasadas hasta nuestros días.

El tema de la presente investigación es el referente a la economía procesal que se pretende obtener dentro del divorcio necesario, en el supuesto caso de que los cónyuges optaren en ese mismo proceso, para que este sea tramitado por vía especial de divorcio por mutuo consentimiento.

Para ello, nuestra legislación civil requiere de ciertas reformas ya que la sociedad sufre diversos cambios, en donde surgen necesidades, debiendo por ello revisar nuevamente, si las leyes que nos rigen van de acuerdo a nuestro tiempo, procurando una mejor regulación de las mismas, y con esto lograr hacer posible un cuerpo de leyes.

Nuestro objetivo no sólo es realizar una propuesta general, incluimos una regulación jurídica. En el capítulo tercero estudiaremos concretamente el divorcio, haciendo mención a su concepto, naturaleza jurídica, obligaciones, efectos provisionales y definitivos y lo referente a

las etapas procesales que en forma practica se llevan acabo dentro de los juicios de divorcio necesario, divorcio por mutuo consentimiento y en el ámbito del divorcio administrativo.

Finalmente el capítulo cuarto, se trata lo concerniente al ámbito procesal en materia de divorcio, es decir se presenta un caso especial, que en ocasiones se ventila dentro del divorcio necesario, cuestión esta, que ya fue mencionada en párrafos procedentes y en virtud de que no existe uniformidad de criterios jurisdiccionales sobre este tema, es por lo que consideramos pertinente expresar nuestra opinión, lo cual nos lleva a proponer las reformas necesarias al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

CAPÍTULO I

I.I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO.

Para poder dar inicio al presente trabajo en relación al divorcio es necesario conocer los antecedentes históricos tanto del matrimonio como de la familia, ya que estos son un complemento importante dentro de la temática de la presente investigación.

El origen del matrimonio se encuentra vinculado con el origen de la familia, motivo por el cual dentro del presente apartado analizaremos someramente los antecedentes históricos de la institución del matrimonio, los cuales de acuerdo a su evolución podemos clasificarlos de la siguiente manera:

- A) ETAPA PRIMITIVA.
- B) DERECHO ROMANO
- C) DERECHO ESPAÑOL.
- D) DERECHO AZTECA.
- E) ÉPOCA INDEPENDIENTE.

A) ETAPA PRIMITIVA.

En esta etapa encontramos que existen cuatro periodos evolutivos como son:

1.- Promiscuidad primitiva.- Era un estado de sexualidad en donde existía una relación sexual de una mujer con varios hombres, motivo por el cual era difícil establecer la paternidad, de tal suerte que los hijos continuaron esta relación jurídica y social de la madre, circunstancia de la cual se dio origen a lo que se llama, la teoría del matriarcado como forma de organización familiar.

En ninguna forma de familia puede saberse con certeza quien es el padre de la criatura, pero sí se sabe quien es la madre. Aun cuando esta llama hijos suyos a todos los de la familia común y tiene deberes maternales para con ellos.

Entendiéndose por matriarcado como aquella autoridad que se encontraba depositada en la madre, Leandro Azuara Pérez, señala que él "matriarcado aparece cuando la cultura de los cazadores se transforma en una cultura sedentaria. La mujer estaba dedicada a la recolección de frutos y de los productos de la tierra, las plantas. Los progresos que llevo acabo la mujer en el cultivo de la tierra, el tejido y la alfarería al arrebatarle el predominio económico al hombre que se dedicaba a la caza, dieron a la mujer en tanto el elemento productor, la preponderancia económica y al darse esta transformación única en la cultura, convirtió a la mujer en la clase directora de la época clásica de la cultura femenina de corta duración"(1)

2.- Matrimonio por grupos.- Este tipo de matrimonio será analizado con mayor amplitud dentro del capítulo posterior concerniente a la familia, pero es menester citarlo ya que forman parte

(1) AZUARA PÉREZ Leandro, "SOCIOLOGIA", Edit. Porrúa S.A, México, 1994, págs. 227 y 228.

del presente apartado, motivo por el cual, hablaremos de este en forma mucho más breve.

En virtud que los miembros de la tribu se consideraban hermanos entre sí, circunstancia por la cual no podían contraer matrimonio con las mujeres del mismo clan, pues esto era considerado como incesto, ya que este matrimonio por grupos se llevaba acabo entre grupos enteros de mujeres, los cuales se pertenecían en forma reciproca.

3.- Matrimonio por raptó.- Esta era una forma de unión en la que la mujer era considerada como parte de un botín que obtenían los vencedores en una guerra.

4.- Matrimonio por compra.- En este periodo se habla acerca de que el marido adquiere un derecho de propiedad sobre la mujer, reconociendo la familia a este como padre, dando lugar con esto a la monogamia.

Antiguamente este tipo de matrimonio entre los indios de América y en otras partes, consistía en la realización de un convenio, en el cual no intervenían los interesados como lo eran los futuros esposos, ya que estos ni siquiera se les consultaba, sino más bien este lo realizaban sus madres, quedando comprometidos sus propios hijos, sin que estos llegasen a conocerse, sino sólo hasta el enlace matrimonial, pero antes de la boda, él futuro esposo hace regalos únicamente a los parientes por parte de la madre de la prometida, y no al padre ni a los parientes de éste. Considerándose estos regalos como precio por el que el hombre compra a la joven que le conceden. Pudiendo disolver el matrimonio a voluntad de cada uno de los cónyuges, sin embargo en

numerosas tribus como la iroquesa se tomaron en cuenta esas rupturas, estableciendo que en caso de disputas entre los cónyuges, mediarían los parientes gentiles de cada parte y sí esta mediación no funciona entonces se llevaría acabo la separación, en la cual los hijos se quedan con la madre y cada una de las partes es libre para poder contraer nuevo matrimonio.

B) EN EL DERECHO ROMANO.

Una vez de haber hecho una breve referencia de los cuatro periodos evolutivos de la etapa primitiva del matrimonio, analizaremos la figura jurídica del matrimonio en Roma, para poder precisar sus características y sus datos esenciales.

El matrimonio en Roma no consistía en el acto solemne o no solemne en que se declarará la voluntad de las partes en tomarse recíprocamente como marido o mujer, sino más bien en la vida común, constante y permanente, de compartir un mismo techo, siendo los elementos característicos la cohabitación e intención marital predominante.

Las principales formas de matrimonio fueron:

1.- LA MANUS, la cual se verificaba de tres modos: Usus, Confarreatio y Coemptio.

2.- LA IUSTAE NUPTIAE.

Por lo que respecta a la primera esta consistía en la potestad doméstica sobre la mujer en la domus del marido, la cual se podía adquirir mediante tres figuras a saber.

I.- El Usus.- La posesión de la mujer, continuada durante un año ininterrumpido, daba al marido la manus y en caso de que la esposa no deseara estar bajo el poder del marido, podía ausentarse durante tres noches consecutivas fuera de la casa del marido, antes del fin de año, a efecto de interrumpir la posesión. El hecho de que la mujer se separara del hogar conyugal demostraba que la unión era libre surgiendo así el matrimonio sine manu.

II.- La Confarreatio.- Consistía en una ceremonia religiosa que se realizaba ante la presencia de diez testigos, el sacerdote de Júpiter y el Gran Pontífice Máximo con pronunciamiento de palabras solemnes. El acto toma su nombre de la ofrenda de un pan de trigo, el panis farreus del cual comían los esposos como símbolo de la vida en común que se iniciaba. Durante los primeros tiempos de Roma sólo era facultad exclusiva de los patricios el contraer matrimonio, sin embargo aparece con posterioridad la Ley Canuleia, la cual autorizó el matrimonio entre patricios y plebeyos.

Con el tiempo la Confarreatio fue perdiendo práctica, llegando hasta el grado de caer en desuso pues al desaparecer esta, surge entonces la siguiente figura.

III.- La Coemptio.- Consiste en la venta ficticia de la mujer al marido, con asistencia del jefe de familia si es *aliam iuris*, o del tutor si es *sui iuris*.

Los efectos de la manus, serán que la mujer in manu sale de su familia y entra a la de su marido, es decir este será un matrimonio cum manu, en donde la condición en la que se encuentra la esposa será igual a la de una hija (loco filiae), en potestad paterna si el marido es sui iuris, y a la de una nieta estando el marido sometido a la potestad paterna; adquiere los derechos de sucesión y si tiene un patrimonio se absorbe en el de su marido. Mientras que en el matrimonio sine manu no ingresaba a la familia del marido, siempre y cuando fuera sui iuris (que no se encontrara bajo la potestad o autoridad de nadie), debía permanecer en esa calidad aunque estuviera casada, pudiendo los esposos conservar sus respectivas propiedades, el goce y la administración de sus bienes y de los que adquieran en lo sucesivo, es decir la mujer ocupaba ante el marido el mismo plano de igualdad.

Años más tarde cae en desuso la manus, dando surgimiento con el emperador Justiniano a lo que se le llamo IUSTAE NUPTIA, cuyos requisitos para poder ser contraído, eran en primer lugar la pubertad, con esta palabra se designa en el hombre la aptitud de engendrar y en la mujer la de concebir, exigiendo esto con el fin de que se cumpla el objeto del matrimonio: La procreación de los hijos, hubo varias opiniones por parte de la sociedad romana para considerar cuando se era apto para reunir este requisito. Fue entonces cuando Justiniano, fijo que la edad idónea de la pubertad seria a los 14 años para los varones y para las mujeres 12 años. Como segundo requisito se habla del consentimiento de los contrayentes, es decir que este fuera reciproco y realizado libremente por estos. También se requería el consentimiento del jefe de familia en donde los sui iuris podían casarse libremente, mientras que los aliani iuris, necesitaban el consentimiento del jefe de familia y por último se requiere el conubium que era la aptitud legal para contraer matrimonio.

Dentro de este tipo de matrimonio ya se habla de los impedimentos que existen para contraer matrimonio tales como son: El parentesco, la tutela, el rapto, el adulterio, etc.

Así mismo también existe ya una regulación respecto de las consecuencias jurídicas que conlleva el matrimonio, por mencionar algunas como la fidelidad que debe existir entre los cónyuges, toda vez que este era de carácter monógamo, esto en virtud de que el adulterio de la mujer se castigaba con más severidad que el del marido, a tal grado que Constantino, lo castigo con la muerte. Los cónyuges debían darse alimentos y la mujer debía vivir al lado de su esposo.

Por tanto, existieron en este derecho diversas formas de su celebración, pero bajo cualquiera de sus formas, la vida en común, constante y permanente entre el hombre y la mujer para compartir un mismo techo en calidad de marido y mujer fueron los elementos característicos del matrimonio.

C) EN EL DERECHO ESPAÑOL

España estuvo influenciada por las ideas cristianas, y las acogió gradualmente, teniendo una fuerte influencia sobre todo en materia de familia, siendo de especial importancia hablar del derecho canónico, por su trascendencia en la concepción del matrimonio.

Así: "En España, durante el medievo y dada la estrecha relación que hubo en aquella época entre la Iglesia y el Estado casi todo lo relativo al derecho de familia y al matrimonio, fue reglamentado por el derecho canónico; este derecho penetra en Castilla por conducto de las partidas y de la doctrina de los canonistas, fue aceptado en cataluña

como supletorio de la legislación civil. En toda España fue recibida la legislación matrimonial del Concilio de Trento a virtud de la Real Cédula de Felipe II, del 12 de julio de 1564".(2)

En este mismo orden de ideas, encontramos que: "La regulación del matrimonio por normas canónicas comienza en el siglo IX tímidamente, hasta que por el Concilio de Trento toda la materia matrimonial es regulada canónicamente, afirmándose corresponder a la exclusiva competencia de la Iglesia la disciplina del matrimonio por el principio de que los actos concernientes al estado y condición de las personas son de la competencia de la Iglesia. Mientras tanto la Iglesia, avanzando en esta dirección, se atribuye el conocimiento de las causas matrimoniales, afirma la exclusiva competencia de los tribunales eclesiásticos para dirimir las cuestiones matrimoniales y prepara el camino para extender la exclusividad de la jurisdicción a la de la legislación, fijando en lo oportunos cánones: los requisitos, los impedimentos, la forma de celebración, la nulidad del matrimonio".(3)

Como se ve, el cristianismo tuvo una influencia decisiva durante la edad media, regulando el matrimonio y otras instituciones de derecho familiar, asumiendo la Iglesia para sí toda intervención en la celebración del matrimonio y atribuyó competencia a los tribunales eclesiásticos, quienes decidían todas las cuestiones relacionadas con él, fundando de esta manera la iglesia su autoridad en esta materia durante varios siglos. Luego entonces, se tiene que: "Para el Derecho Canónico, el matrimonio es un sacramento en el cual los esposos son

(2) GALINDO GARFIAS Ignacio. "DERECHO CIVIL", Primer Curso, Parte General. Personas, Familia. Edit. Porrúa S.A. 12° Edición, México 1993, pág. 453 y 454.

(3) ROJINA VILLEGAS Rafael. "DERECHO CIVIL MEXICANO". Tomo II. Derecho de Familia. 4° Edición, Edit. Porrúa S.A México. 1975. Pág. 202 y 203.

los ministros del acto y en el que interviene el sacerdote como testigo de su celebración, con objeto de asegurarse la ejecución de las disposiciones del derecho canónico, a efecto de registrar el acto mismo. Independientemente de la naturaleza sacramental del matrimonio canónico, para el derecho de la iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran entre sí los cónyuges, por libre y espontánea voluntad".(4)

De lo anterior desprendemos que el matrimonio viene a ser con el cristianismo la gran institución del amor sagrado como el que Cristo profeso a su iglesia, quedando fundado indisolublemente por la recíproca prestación del consentimiento de cada uno de los esposos.

Para la concepción canónica el matrimonio es un sacramento solemne, cuyos ministros son los mismos esposos y en el que interviene el sacerdote como un testigo autorizado por la iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la iglesia, y como tal indisoluble, creándose el vínculo por la voluntad de ambos, ya que es su consentimiento el que genera la relación matrimonial, pero su consagración ante la iglesia lo eleva a sacramento.

Respecto a la forma de celebración del matrimonio encontramos que: "El concilio laterense (año 1215) ordena que la promesa de matrimonio se haga pública, que la publicación se haga en la iglesia parroquial durante la celebración de la misa, que la bendición del sacerdote acompañe y sancione la unión. Sus prescripciones no fueron

(4) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit. pág. 497.

siempre observadas ni recibieron aplicación general; el matrimonio es válido a pesar de la inobservancia de estas prescripciones. Pero la inobservancia se generaliza y más tarde el concilio de Trento (1563) regula toda esta materia de modo definitivo. Ordena necesariamente la intervención del párroco y la celebración del matrimonio in facie ecclesiae: los esposos, después de tres publicaciones efectuadas en tres días festivos y ante los fieles congregados por el oficio de la misa y durante ésta, deben comparecer ante el párroco, quien en presencia de dos o tres testigos los une y bendice la unión, extendiendo la partida correspondiente, que conservará en los registros parroquiales".(5)

De esta manera en el concilio de Trento, quedó constituida la forma normal y pública, creándose el vínculo por voluntad de los esposos, pero su consagración ante la iglesia, mediante la bendición nupcial lo eleva a sacramento.

Galindo Garfias en relación al elemento esencial que produce el matrimonio prescribe lo siguiente: "Por lo demás, la iglesia no había tomado partido sobre el problema de saber si era del consentimiento de los esposos o de la cohabitación, de donde resultaba el matrimonio, pero bajo la influencia de las sentencias de Pedro Lombardo, dictadas en algunos años posteriores al Derecho de Graciano (1140) el consentimiento constituyó el elemento esencial y suficiente. El matrimonio era un sacramento que se confería a los esposos por un acto de voluntad" y que "En el Derecho canónico el consentimiento de los cónyuges legítimamente manifestado, consentimiento que ninguna

(5) ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. Cit. pág. 203.

potestad humana puede suplir, produce por sí sólo el matrimonio, siempre que la declaración de voluntad reúna todas las condiciones para hacer del matrimonio un acto naturalmente válido". (6)

Así para que el matrimonio exista, es indispensable el consentimiento de la persona, externa y suficientemente manifestada por el que se muestra la adhesión a la institución matrimonial y que se elige libremente al cónyuge; consentimiento que ninguno puede suplir y que constituye el elemento personal insustituible en el matrimonio cristiano.

En tal virtud para el derecho canónico el matrimonio de las partes es enteramente libre, sin que sea exigido el consentimiento de ninguna otra persona, por ser el matrimonio un sacramento.

Ahora bien, el jurista Antonio de Ibarrola, define el consentimiento matrimonial de la siguiente manera: " Es el acto de la voluntad por la cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio.(7)

Para la celebración del matrimonio, primeramente el derecho canónico primitivo, no exigió ninguna forma para la manifestación del consentimiento, bastando con que la voluntad de los contrayentes de celebrar el matrimonio se manifestará recíprocamente en cualquier forma. Posteriormente fue exigida una forma para su manifestación y sobre ella se prescribe lo siguiente: "La primera vez que exigió una forma de la declaración del consentimiento matrimonial fue el Concilio

(6) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit. pág. 496 y 540.

(7) IBARROLA Antonio De. "DERECHO DE FAMILIA". 3ª Edición, Edit. Porrúa S.A. México 1984. Pág. 195.

de Trento. Y en conexión con lo allí establecido, el código exige que el consentimiento matrimonial sea manifestado en forma legal, legitime manifestatus, para que pueda crear un matrimonio válido. Con este precepto, que prescribe una forma obligatoria, recibe la celebración del matrimonio el carácter de un acto formal de derecho canónico". (8)

De esta forma el Concilio de Trento, se exigió como formalidad el intercambio de consentimiento, mismo que debía ser otorgado ante la presencia del cura de la parroquia de uno de los esposos y a partir de entonces mediante el registro de los matrimonios se pudieron distinguir los legalmente eficaces, prevaleciendo la idea de que los esposos eran los ministros del sacramento del matrimonio y el cura intervenía como un simple testigo.

Por tanto el derecho canónico el sacerdote después de recibir las declaraciones de los contrayentes en el sentido de que pretenden contraer entre sí matrimonio, los une legítimamente.

Antonio de Ibarrola, expresa que "El derecho canónico siguió en un principio las huellas del derecho romano. La iglesia universal no tenía, ni tiene más remedio que atenerse a las condiciones naturales del matrimonio, tal como se presentan en todos los pueblos de la tierra, lo cual obliga a fijar una edad normal o promedio. El derecho romano al señalar la edad respectiva de los catorce y doce años para los dos sexos, establecía una presunción jurídica, incompatible con toda prueba en contrario, respecto a la capacidad o incapacidad para el matrimonio; la iglesia, aún entendiendo que el defecto de la edad incapacitaba para casarse, renunciaba aquella presunción con su

(8) Ob. Cit. pág. 195.

impedimento correspondiente en gracia a la realidad, cuando la persona demostraba tener físicamente el suficiente desarrollo, aún antes de llegar a la edad exigida, en cuyo caso, según la expresión canónica *malitia suplevit aetatem*, y viceversa, no reconocía posibilidad de matrimonio, a pesar de tener la edad legal". (9)

Podemos ver que en el derecho canónico se fijó una edad normal o promedio para contraer matrimonio que es de 14 y 12 años para el hombre y la mujer respectivamente, sin embargo, cuando la persona demostraba tener el suficiente desarrollo físico podía celebrarlo aún antes de tener la edad exigida y por el contrario, si no estaba suficientemente desarrollada a pesar de tener la edad, la iglesia no reconocía posibilidad para contraer matrimonio.

En esta época el matrimonio se hallaba organizado sobre bases religiosas y su validez nace del acuerdo de voluntades de los contrayentes, declaradas ante la presencia del cura, merced al carácter sacramental que la iglesia otorga solemnemente en el acto de la celebración a la voluntad de las partes y que ninguna persona pueda suplir.

Con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y el registro de la ceremonia en actas parroquiales, adquiriendo de esta manera una determinada forma de su celebración que permitió distinguir la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato.

(9) IBARROLA Antonio De. Ob. Cit. pág. 201

En este había subsistido en toda su pureza la practica de derecho canónico, hasta la revolución política de septiembre de 1868 que planteo la institución del matrimonio civil, sancionado por la Constitución de 1869, que estableció la libertad de cultos. El Ministro de Gracia y Justicia presento el proyecto del libro primero del código civil donde se establecía el matrimonio civil y el 15 de junio de 1870 se dicto la ley relativa a esta materia, en lo cual no se concedían efectos civiles al matrimonio que no se celebren de acuerdo a sus disposiciones.

Por decreto del 9 de febrero de 1875 se dejo sin efecto la ley del matrimonio civil, en cuanto a los que hubieran contraído o contrajesen matrimonio canónico.

El código civil español reconoce dos formas de matrimonio, uno el canónico que deben contraer todos los que profesan la religión católica y el otro civil, que se celebre del modo que el mismo código determina.

Los efectos del matrimonio tanto para el canónico como para el derecho civil, encontramos que producen los mismos efectos legales con respecto a sus bienes y a los hijos, en donde los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente; además de que el marido debe de proteger a la mujer y esta obedecer al marido, hallándose obligada a seguirle donde quiera que fije su residencia. Los tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de tal obligación cuando el marido traslade su residencia a ultramar o país extranjero.

D) EN EL DERECHO AZTECA.

El pueblo azteca, fue el que mayor organización tuvo en aquel tiempo, dado que sus leyes eran ordenadas y eficaces, lo que traducía en que sus habitantes vivieran con gran tranquilidad.

En el pueblo azteca, el matrimonio era la base de la construcción familiar, que se celebraba con grandes festejos por parte de las familias de los cónyuges y se consumaba hasta el quinto día de los ritos, después de haber permanecido cuatro días en oración. La mujer dentro del matrimonio era considerada como legítima, pero el hombre podía tener otras mujeres como concubinas.

El historiador Fray Juan de Torquemada señala: "El matrimonio era reconocido como utilidad social y la mayoría de los jóvenes se casaban entre los veinte y los veintidós años". (10)

El hombre que no se casaba dentro del término señalado ya no podía tomar esposa, teniendo la obligación de permanecer soltero y casto. Los aztecas practicaban la poligamia la cual sólo existía entre los nobles, posteriormente los conquistadores implantaron la monogamia como única forma de matrimonio.

E) EN LA ÉPOCA INDEPENDIENTE.

Para poder adentrarnos a los antecedentes legales de los cuales parte el matrimonio en México, debemos citar los ordenamientos que regían a la familia tales como fueron:

(10) TORQUEMADA Fray Juan De, "HISTORIA DE MÉXICO", Edita, U.N.A.M., México. 1977, pág. 24.

- a) La Ley del Matrimonio Civil, del 23 de Julio de 1859.
- b) La Ley del Registro Civil, del mismo mes y año.
- c) El Código Civil de 1870.

Estas leyes son de gran importancia ya que gracias a estas, el matrimonio es considerado como un contrato meramente civil, fuera de la injerencia de las autoridades eclesiásticas, esto es, dejó de tener el carácter religioso que había dominado por mucho tiempo, para pasar a convertirse en algo de naturaleza privada e independiente.

Algunos de los aspectos que más sobresalieron en esta primera legislación civil son que el matrimonio, es un contrato civil, que contrae lícita y validamente ante la autoridad civil, bastando que los contrayentes se presentaran ante esta y expresaran su libre voluntad de unirse en matrimonio.

Además de ello se busca la indisolubilidad del vínculo, así como la procreación de la especie, sin embargo observamos que dentro de estas primeras legislaciones el matrimonio a pesar de que se encontraba ya regulado jurídicamente, este todavía tenía rasgos característicos provenientes de las normas eclesiásticas, ya que aunque las autoridades religiosas no intervenían, estos ordenamientos aún conservaban los principios básicos por los cuales se regía la iglesia católica, consistentes en la no admisión del divorcio vincular, esto en razón de los que a continuación señalare.

Ernesto J. Rage Atala, nos manifiesta brevemente algo de lo concerniente al código civil de 1870. "La filosofía de este código es que

la noción del matrimonio es indisoluble y no admitió el divorcio vincular". (11)

Como podemos observar este código seguía muy de cerca la doctrina de la iglesia católica, la cual sólo admitía la separación de cuerpos y para que esta separación pudiera darse se requería que hubieran transcurrido dos años mínimo, los cuales se contaban desde la celebración del matrimonio, así mismo, en el código civil de 1928, el matrimonio es considerado como un acto jurídico.

1.2.- EL ORIGEN DE LA FAMILIA.

Ahora bien, el hombre nace perteneciendo a una familia motivo por el cual encontramos que para Lewis H. Morgan la familia tiene su origen en base a la existencia de los estadios prehistóricos de la humanidad, consistentes estos en las siguientes épocas:

- “1.- Época del Salvajismo.
- 2.- Época de la Barbarie y
- 3.- Época de la Civilización” (12)

1.3.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA.

En virtud de que en la familia se da la existencia de varias clases, es menester señalar los tipos de familia que se daban en la antigüedad en otros países.

(11) RAGE ATALA J. Ernesto, “LA PAREJA: ELECCIÓN, PROBLEMÁTICA Y DESARROLLO”, Edit. Universidad Iberoamericana, Plaza y Valdés, México 1996, pág. 411.

(12) ENGELS Federico, “EL ORIGEN DE LA FAMILIA”, Edit. Quinto Sol, S.A. México 1985, pág. 20.

El Iroqués: No sólo llama hijos o hijas a los suyos, sino también a los de sus hermanos, que a su vez también le llamaban tío, inverso a esto la iroquesa le llama, hijos a los suyos propios así como los de sus hermanas, pero a los hijos de sus hermanos les llama sobrinos o sobrinas quienes a su vez le llaman a esta tía.

En Hawai todos los hijos de hermanos y de hermana, sin excepción, son hermanos y hermanas entre si y se reputan como hijos comunes.

En el sistema americano de parentesco un hermano y una hermana no pueden ser padre y madre de un mismo hijo.

Haciendo un análisis de la historia primitiva, encontramos que los hombres practicaban la poligamia y las mujeres la poliandria y que por lo consiguiente los hijos de unos y otros se consideraban comunes. Existiendo con el paso del tiempo una serie de cambios en los cuales se da el surgimiento de la monogamia.

El citado autor Morgan llega a la conclusión, "De que existió un estadio primitivo en el cual imperaba dentro de la tribu un comercio sexual, promiscuo de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres".(13)

En relación a este concepto u opinión que nos proporciona el autor mencionado, observamos que se habla de un comercio sexual, debiendo entender que tal no existían límites prohibidos, deduciendo por ende que en aquellas épocas no existían los celos, ya que eran

(13) ENGELS Federico. Ob. Cit . pág. 27.

permitidas este tipo de relaciones y dicho sentimiento fue manifestándose con mucho mayor posterioridad, al ir naciendo el concepto no nada más de la monogamia, más aún el de la propiedad.

Así mismo, Federico Engels, en su libro denominado “El Origen de la Familia”, hace referencia a los siguientes tipos de familias que existieron en aquellas épocas hasta nuestros días.

a) LA FAMILIA CONSANGUÍNEA.- Esta es considerada como la primera etapa de la familia en la que los grupos conyugales se clasifican en generaciones:

Todos los abuelos y abuelas son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con los hijos, es decir con los padres y las madres; los hijos de estos forman, el tercer círculo de cónyuges comunes.

b) LA FAMILIA POLIGÁMICA.- Este tipo de familia es definida por el sociólogo Leandro Azuara Pérez, como “aquella en la cual el hombre mantiene vínculos jurídicos con varias mujeres”. (14)

c) LA FAMILIA POLIÁNDRICA.- Es aquella en la cual las mujeres son las que mantienen relaciones con varios hombres.

d) LA FAMILIA MONOGÁMICA.- Es la que actualmente existe dentro de nuestra sociedad, de tal manera que el hombre y la mujer están unidos por un vínculo único que excluye en forma rotunda que cualquiera de las partes pueda contraer otros vínculos con otras mujeres o con otros hombres, su finalidad es la procreación de los hijos

(14) AZUARA PEREZ Leandro. Ob. Cit. pág. 229.

en donde no existe duda alguna sobre la paternidad. Asimismo, para ambos esta prohibida la infidelidad, si no estos podrían incurrir en lo que se denomina adulterio el cual se encuentra debidamente regulado y sancionado por nuestra legislación.

Ahora bien ya que fue mencionado brevemente el origen de la familia el maestro Galindo Garfias, al hablar sobre este tema nos dice "La familia es un núcleo de personas, que como grupo social ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación. Pero dicho grupo social, que se constituye originalmente en las tribus o clanes primitivos, por necesidad de orden socioeconómico de los pueblos cazadores y agricultores, y que surgió antes de la formación de cualquier idea de estado o derecho, ha sufrido una incesante evolución para llegar hasta nuestros días como una verdadera institución, fuertemente influenciada por la cultura (la religión, la moral, el derecho, la costumbre)". (15)

Vemos que la familia encontró sus orígenes en las exigencias biológicas de reproducción derivada primordialmente de uniones transitorias e inestables entre el hombre y la mujer, y que ha adquirido en su desarrollo a través de milenios, por influencia de elementos culturales, una completa estabilidad que le da existencia y razón de ser, que va más allá de motivaciones de carácter biológico y económico.

De esta manera en relación a la definición de la familia este mismo autor nos dice que: "Es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común;

(15) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit. pág. 447.

sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil)".(16)

Por consiguiente la familia comprende todas las personas que descienden de un tronco común más o menos lejano y sin duda la institución más importante de ella es el matrimonio.

Así donde quiera que encontramos a un varón y una mujer, compartiendo una vida común encontramos una forma de matrimonio y una familia, tratándose siempre de un grupo social primario, integrado por los padres y los hijos. Apareciendo de esta forma la familia como la base de toda comunidad de vida, que surge en todos los lugares y todos los siglos, donde quiera que actúa el hombre histórico o contemporáneo. Incluso puede existir y han existido épocas y países sin estado, pero nunca ha existido vida humana sin lazo familiar.

Una vez de haber hecho una breve referencia de la familia, analizaremos los antecedentes históricos del divorcio, para poder precisar sus orígenes, formas y datos esenciales.

1.4.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO.

El divorcio tiene sus orígenes en la repudiación de la mujer, la cual era realizada por el marido, de ahí que los persas, los hebreos y los romanos hicieron uso de este derecho. Solón en Grecia, Herodes entre los judíos y Domiciano en Roma, comenzaron a establecer el principio de igualdad entre el marido y la mujer, concediendo a esta el derecho de repudiar al marido. Posteriormente se estableció el divorcio

(16) Ibidem

y entre este la repudiación, existía la diferencia de que el divorcio se daba la separación de los cónyuges y se rompía el vínculo por mutuo consentimiento de los esposos, mientras que en la repudiación no era necesaria más que la voluntad de uno sólo.

A continuación tratare el tema concerniente a algunos de los países más importantes para que de esta forma se logre un mejor estudio sobre el divorcio en aquellas épocas.

A) EL DIVORCIO EN ROMA.

En el derecho romano existió desde épocas remotas el divorcio, el cual fue legalmente admitido por la legislación romana, pudiendo pedirse este sin causa justificada.

La mujer sometida a la manus del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, motivo por el cual esta carece del derecho de repudiar, ya que sólo el marido podía ejercer este derecho o que además fuese por causas graves, en el matrimonio sine manu los dos esposos tenían derechos iguales.

En los orígenes del derecho romano el pater familias tuvo durante siglos el poder de romper el matrimonio de los sometidos a su autoridad, lo que constituía un abuso, el cual fue suspendido hasta tiempos de Marco Aurelio, estableciendo causales para disolver los lazos maritales, tales como fueron; la esclavitud como pena de derecho civil, la cautividad y la muerte.

Los romanistas decían que no era necesaria una causa para solicitar el divorcio, en virtud de que el matrimonio romano se fundaba

en la cohabitación y en el efecto conyugal y que cuando este desaparezca procedía por ende el divorcio.

La facilidad de obtener el divorcio dio lugar a que se originara una inmoralidad de las clases poderosas que abusaban de esta institución sólo para satisfacer sus caprichos amorosos, provocándose con ello la inestabilidad en el matrimonio, así como la pérdida de la dignidad moral y religiosa que antes existía en la sociedad romana.

El divorcio podía efectuarse de dos maneras:

I.- Bona Gratia.- Que es aquel que se lleva acabo por la simple voluntad de los esposos, sin ninguna formalidad ya que consideraban que el desacuerdo disolvía lo que el consentimiento había unido.

II.- Por Repudiación.- Que es el que se da por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido a excepción de la mujer que como ya mencione es manumitida y casada con su patrono.

En virtud de que el divorcio se estaba presentando en gran medida, al grado de llegar a convertirse en algo común, ya que este era solicitado por causas exageradas y frívolas por los ciudadanos romanos, al grado de exceder con este derecho, circunstancia ante la cual el Emperador que gobernaba en aquella época se vio obligado a regular dicha cuestión.

Manuel F. Chávez Ascencio, nos manifiesta al respecto que "los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero si buscaban el

hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación". (17)

En razón de lo anterior, se tuvo que legislar al respecto, imponiendo Infinidad de penas en contra del esposo culpable o contra el autor de alguna repudiación sin causa legítima.

El Emperador Constantino, sólo permitió el divorcio cuando existiera una verdadera causa para obtenerlo y en caso contrario se castigaría al infractor, estableciendo este como causales el que la mujer cometiera adulterio, maleficio o que fuera alcahueta y en el marido el que fuera homicida, violador de sepulcros; las cuestiones concernientes a que el hombre fuera borracho, jugador, mujeriego, no eran suficientes para que la mujer pudiera dar el repudio, pero si lograba demostrar las causales procedía por consecuencia el repudio, con la facultad de volver a contraer un nuevo matrimonio.

Ahora bien, Justiniano estableció causales legales para que el hombre pudiera pedir el divorcio y de esta manera el matrimonio pudiese disolverse, estableciendo a continuación las siguientes:

- 1.- Que la mujer haya encubierto maquinaciones contra el estado.
- 2.- El adulterio probado de la mujer.
- 3.- Atentar contra la vida del marido.
- 4.- El que la mujer trate con otros hombres contra la voluntad del marido o que se haya bañado con ellos.

(17) CHÁVEZ ASCENCIO Manuel F. "LA FAMILIA EN EL DERECHO, RELACIONES JURÍDICAS CÓNUGALES", 3° Edición, Edit. Porrúa. S.A., México 1995, pág. 411.

- 5.- El alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.
- 6.- Que la mujer asista a espectáculos públicos sin licencia.

A su vez la mujer podía pedir el divorcio por las siguientes causas:

- 1.- La alta traición oculta del marido.
- 2.- Atentar contra la vida de la mujer.
- 3.- Intento de prostituirla.
- 4.- La falsa acusación de adulterio.
- 5.- Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes.

Es de observarse dentro del presente trabajo la gran regulación que existía respecto al divorcio, toda vez que se contaba con una legislación que primeramente no requería precisar las causales que debían contemplarse para que se pidiera el divorcio, pero en virtud del gran abuso que se daba en esa época, fue entonces que se implanto un cuerpo de leyes que contemplara las causales que deban darse, así como las penas en que incurrirán los que no logran acreditarlas.

B) EL DIVORCIO EN MÉXICO.

I.- EL DIVORCIO EN LA ÉPOCA PRECOLONIAL.

Por lo que respecta a la cultura indígena de Texcoco, cuando se presentaba algún pleito de divorcio por parte de los contrayentes el

cual no era muy común, los jueces procuraban conciliarlos, mediante pláticas que se realizaban a efecto de recordarles las causas por las cuales se habían unido en matrimonio, tales como el amor (quererse), que en aquel momento existió ya que esa unión fue realizada con plena voluntad, además de que estos se expondrían a los posibles comentarios del pueblo y que a su vez con esa aptitud podrían deshonorar a sus padres y sus parientes, observamos que esta cultura no quería aceptar el divorcio conversando las autoridades correspondientes con los cónyuges a efecto de que estos continuarán con el vínculo matrimonial por el cual decidieron unirse.

En esta época, encontramos que la cultura maya existía la poligamia, pero en la clase guerrera. Dentro de esta sociedad los mayas se casaban con una sola mujer a los veinte años de edad y los padres buscaban esposas para sus hijos. La infidelidad de la mujer daba causa para pedir el divorcio y si al tiempo del repudio los hijos eran pequeños se los llevaba la mujer, pero si estos eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo y además de esto la mujer repudiada podía unirse con otro hombre y si ella lo deseaba podía volver con el primero, de los cual se deduce la gran facilidad que existía en este aspecto para que pudiera regresar o en su defecto alejarse.

La aplicabilidad de la ley en esta época específicamente en que las quejas del matrimonio eran interpuestas ante un sacerdote el cual era llamado Petamuti, el cual amonestaba a los cónyuges las tres primeras veces, reprimiendo al culpable y en caso de una cuarta vez, entonces este decretaba el divorcio y en dado caso de que la esposa fuese la culpable, esta podía seguir viviendo en el hogar conyugal, con excepción del caso en el cual era declarada culpable por adulterio,

porque entonces esta era presentada ante el Petamuti, mismo que ordenaba que la mataran y así la culpa era del esposo, los parientes de la mujer iban a recogerla para casarla con otro hombre, aunque cabe aclarar que en esa época no era permitido un segundo divorcio.

Así mismo, en esta época precolonial, existieron las llamadas casas del señor, que eran aquellos lugares en donde residían los jueces, los cuales eran demasiados por estar en cada provincia del pueblo y barrio, en ese lugar dichas personas oían y determinaban las causas de los matrimonios y divorcios.

El pueblo Azteca que fue una de las culturas más completas, ya que regulo lo concerniente al matrimonio tal y como lo observamos en el capítulo precedente, circunstancia de la cual se deriva que también regulaba el divorcio, en donde en un principio lo tomaron como una medida a la que sólo podía llegarse en casos muy extremos, no obstante que siempre reprobaron el divorcio, aún y cuando consideraron que había situaciones que hacían verdaderamente insoportable la vida en común de los cónyuges y por consiguiente optaron por aceptar el divorcio.

II.- EL DIVORCIO EN LA ÉPOCA COLONIAL.

Dentro de esta época, encontramos la vigencia que existió en la Nueva España, es decir esta se encontraba regida principalmente por la legislación española. Misma que se basó en el derecho canónico, y que el único divorcio que admitió era el llamado divorcio de separación de cuerpos, que no otorgaba libertad para contraer matrimonio mientras viviera el otro cónyuge.

III.- EL DIVORCIO EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE.

En esta época existió una ley que regulaba al matrimonio civil en la cual se contemplaba el divorcio, pero sólo en forma temporal, además de que no les era permitido a las personas contraer nuevo matrimonio, mientras viviese alguno de los cónyuges divorciados, por lo que podemos observar, que en este periodo se hablaba sólo de una separación de cuerpos más no de una separación definitiva entre los consortes.

En aquella época se encontraban vigentes los códigos de 1870 y 1884, los cuales no concibieron el divorcio vincular permitiendo sólo la separación de cuerpos. Entre estos códigos se daba una leve diferencia, es decir el primero de los mencionados contemplaba que debían darse mayores requisitos, audiencias y plazos para que el juez pudiera decretar el divorcio por separación de cuerpos, los cuales fueron reducidos en gran medida por el código de 1884, es necesario desglosar lo que agrandes rasgos contemplaban dichos ordenamientos.

En base al código de 1870, se consideraba que el matrimonio era totalmente indisoluble, en razón por la cual rechaza el divorcio vincular, dicho código en su artículo 240, estipulaba como causas legítimas de divorcio, el adulterio de uno de los cónyuges, el cual como hemos venido observando con anterioridad era muy penado por las legislaciones pasadas, así como también es bien sabido que el mismo en la actualidad también está considerado como una causal de divorcio además de muchas otras, pero retomando nuevamente el punto a tratar dentro de la presente investigación, se contemplaban como otras causas de divorcio el que el marido le propusiera a su esposa el que esta se prostituyera, no sólo cuando el esposo le haya hecho

directamente la proposición, sino también cuando el marido ha recibido dinero o remuneración alguna por haber permitido que otro hombre tenga relaciones sexuales con su propia esposa. Así mismo, también se habla del caso en el cual un cónyuge incita al otro a usar violencia contra este para cometer algún delito. El hecho de que la mujer o el marido corrompan a los hijos. El abandonar sin ninguna justificación el hogar conyugal, por más de dos años. La sevicia del marido hacia la mujer o viceversa, causales que también se asemejan a nuestra legislación civil mexicana en la actualidad. O bien también encontramos la acusación falsa que realiza un cónyuge en contra del otro para perjudicarlo.

Observamos dentro de este apartado citado que el divorcio se prohibía por separación de cuerpos en los casos en los cuales el matrimonio duraba más de veinte años y para poder gestionar el divorcio se necesitaba que los cónyuges hubieren dejado pasar dos años por lo menos, contados a partir de la celebración del matrimonio.

Por lo que se refiere al código civil de 1884, este señala como único divorcio la separación de cuerpos, subsistiendo por ende el vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas disposiciones civiles que imponía el matrimonio. Como causas adicionales al código antes mencionado, se contemplaban aquellos casos en los cuales la mujer daba a luz durante el matrimonio a un hijo antes de la celebración del respectivo contrato de matrimonio y que para ello se declarase judicialmente ilegítimo; la negativa a proporcionar los alimentos de acuerdo a la legislación establecida en aquel tiempo; los vicios de juego, la embriaguez, la enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria antes del matrimonio; así como el mutuo consentimiento.

Así mismo, Venustiano Carranza, expidió dos decretos, uno de fecha 29 de diciembre de 1914 y el otro del 29 de enero de 1915, introduciendo en México el divorcio vincular, suprimiendo el contrato civil, posteriormente Benito Juárez, confirma esta posición, creándose además, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, misma que reglamenta el divorcio vincular, es decir en el decreto del 29 de diciembre de 1914, se manifestaba que el matrimonio tiene como objeto la procreación de la prole, la ayuda recíproca y demás circunstancias, pero que también podía darse diversidad de problemas conyugales y que a razón de esto la unión o acto que había sido realizado por los cónyuges dejaba de subsistir, es decir desaparecía aquella voluntad de las partes para poder continuar la vida conyugal, motivo por el cual este decreto favoreció la implantación del divorcio vincular, justificándose para ello en que este era procedente, ya que no siempre se cumple el objeto del matrimonio.

Venustiano Carranza, expide a su vez una Ley sobre Relaciones Familiares el 9 de abril de 1917, logrando establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble, el cual permite a los divorciados celebrar nuevas nupcias. Es decir esta ley deroga los capítulos y títulos relativos al código civil de 1884, por lo que hace al matrimonio no como un contrato social según los códigos civiles anteriores, sino como contrato civil de acuerdo con la definición constitucional (contrato civil) y como ya se agrego anteriormente que este vínculo se disuelve en su totalidad.

CAPÍTULO II

2.- EL MATRIMONIO

Como hemos visto el matrimonio es una de las instituciones sociales más importantes, por ser base y fundamento de todas las demás y en definitiva de la sociedad misma.

Sin el matrimonio no puede concebirse una permanente organización de la sociedad, ya que representa la completa comunidad de vida entre un hombre y una mujer.

Dicha comunidad entre el hombre y la mujer al ser reconocida, y regulada por el derecho, la organiza a través de diversas disposiciones jurídicas, reforzando la solidez y permanencia de la unión entre los consortes.

2.1.- CONCEPTO.

Dentro del presente es menester citar las diversas concepciones que existen del matrimonio, a efecto de que con ello logremos un mejor entendimiento dentro del capítulo respectivo.

La palabra matrimonio es de origen latino y deriva de la unión de *matris* (madre) y *Monium* (carga o gravamen), su significación etimológica de idea pues que las cargas más pesadas que derivan de la unión, recaen sobre la madre.

Para determinar el concepto de matrimonio, sin duda, nos tenemos que apegar a la concepción legalista, así en nuestro sistema

jurídico, el artículo 159 del código civil para el Distrito Federal de 1870 decía expresamente: “El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre con una sola mujer que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

El código civil para el Distrito Federal de 1884, en su artículo 155 reprodujo textualmente esta misma definición. Por su parte el artículo 13 de la Ley de Relaciones Familiares lo definió de esta forma “El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con un vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”

Podemos ver que la Ley de Relaciones Familiares cambia la definición ya que inserta contrato civil en vez de sociedad legítima, estas dos definiciones del matrimonio fueron copias substancialmente del código de Napoleón, por lo que consideramos importante citar la definición de Portalis a que hace referencia el maestro Galindo Garfias, por ser la que reprodujo el código citado, y que particularmente dice: “Es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino”. (18)

Sin embargo esta definición ignora el fin esencial del matrimonio ya que la perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para ayudarse mutuamente o para compartir su destino, contempla el concepto esencial del matrimonio, ya que aquellos pueden ser los motivos para su celebración y se pueden realizar más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial desde el punto de

(18) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit. pág. 494.

vista jurídico radica en que a través del matrimonio, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica, regulando la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, así como la situación y el estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos.

Por lo tanto el estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el derecho fortalece el grupo familiar y permite que se cumplan las finalidades sociales, éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad.

La definición que nos proporciona el autor Rafael de Pina Vara es la siguiente: "Es la unión de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida".(19).

Como podemos observar en base a esta definición, se habla acerca de una unión que se encuentra debidamente regulada por nuestra legislación civil, la cual parte del elemento esencial como lo es la voluntad que debe existir dentro de esa unión, debiendo existir con autoridad la voluntad de que se unirán para cumplir con los fines que se buscan dentro de este vínculo matrimonial, mismos que serán citados con posterioridad.

Rodolfo de Ibarrola, señala que es la unión que se realiza entre un hombre y una mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, procedida de la manifestación del consentimiento, por el acto Jurídico de la celebración ante el oficial del registro civil.

(19) DE PINA VARA Rafael. "DICCIONARIO DE DERECHO". Edit. Porrúa. S.A. 19 Edición. Pág. 368. México 1993.

Así mismo Efraín Moto Salazar, expresa en su concepto del matrimonio que es "un contrato solemne por el que se unen dos personas de sexo diferente, con la doble finalidad de crear una familia y ayudarse a soportar de la vida".(20).

De acuerdo a las definiciones proporcionadas por los juristas ya mencionados, observamos la semejanza que existe entre estas, ya que van enfocadas a la unión de dos personas cuya finalidad es la procreación de la especie, debiendo para ello someterse a varios requisitos que exige la ley para que este acto pueda ser valido y surta sus respectivos afectos legales, como lo es que este sea celebrado ante un oficial del registro civil, siendo para ello indispensable el consentimiento o voluntad de las partes para contraerlo y hecho lo anterior se tenga por reconocida esta unión conyugal ante la ley y ante la sociedad, para de esta forma lograr asegurarse los derechos de los cónyuges, así como también los derechos de los nacidos dentro de esa unión matrimonial.

La maestra Sara Montero Duhalt, proporciona el concepto de matrimonio que se adapta al derecho positivo mexicano y lo define como "La forma legal de la constitución de la familia a través del vínculo Jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas determinadas por la ley". (21).

(20) MOTO SALAZR Efraín. "ELEMENTOS DE DERECHO". Edit. Porrúa. S.A. 39° Edición. pág. 168. México 1993.

(21) MONTERO DUHALT Sara. "DERECHO DE FAMILIA". Edit. Porrúa. S.A. México 1992. pág. 97.

2.2.- NATURALEZA JURIDICA.

Mucho se habla de la naturaleza jurídica del matrimonio, sin embargo en la actualidad no se ha llegado a una posición exacta de la naturaleza jurídica, ya que para algunos estudiosos del derecho esta es considerada como un contrato, para otros juristas, es un acto jurídico, mientras que para algunos otros, es una institución jurídica, sin embargo para poder definir, nuestro punto de vista, consideramos necesario citar las diversas posiciones doctrinales que se han planteado, para lograr comprender dicha naturaleza jurídica del matrimonio.

2.2.1.- MATRIMONIO COMO CONTRATO

A este respecto muchas legislaciones han definido el matrimonio como un contrato para distinguirlo del acto religioso que lo denomina sacramento, en este caso se atiende la idea de separar las obligaciones religiosas de las civiles y ambas posturas en la actualidad lo fundan en la voluntad de los esposos, lo que en todo caso le daría carácter contractual, por mencionar lo siguiente:

A) EL CONTRATO ORDINARIO.

Esta ha sido la tesis tradicional, desde que se separó el matrimonio civil del religioso al considerarlo tanto la doctrina y el derecho positivo como contrato.

El artículo 130 de la Constitución General de la República y los Códigos civiles de 1870, 1884, 1928, calificaron al matrimonio como

un contrato y contemporáneamente, nuestra Constitución únicamente refiere actos del estado civil.

En relación a esta consideración tenemos que “Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil. Por consiguiente se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes. Así mismo se requiere que exista la capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no este viciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez que deben observarse en todo contrato, consistentes respectivamente en la capacidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto motivo y fin del acto”. (22).

Algunos actores apoyan esta posición contractualista como lo es, la opinión emitida por Esteban Calva, el cual expresa “Que el matrimonio, no es simplemente un contrato, sino el más antiguo que existe entre los hombres, pues siendo la causa de la familia su existencia, debe remontarse hasta el origen de la humanidad”. (23).

Esta concepción contractualista tiene su origen en las opiniones de los cronistas desidentes, los cuales sustentaban que debía existir una separación entre lo que es el contrato y el sacramento, concepción esta que fue elaborada en Francia, la cual se produjo con la revolución de 1789, alcanzando su máxima expresión en la Constitución de 1791, en la que se considera al matrimonio como un contrato civil.

(22) ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. Cit: págs. 213 y 214.

(23) CALVA Esteban. " INSTITUCIONES DE DERECHO". Tomo I. México 1974. pág. 79.

Esta posición doctrinaria ha sido objeto de diversas críticas, por lo que es conveniente citar aquellas más significativas y que son:

La de él Jurista Rojina Villegas, este agrega que “debe reconocerse que en el derecho de familia, ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participa en forma constitutiva del mismo, el oficial del registro civil”. (24)

Por otra parte el autor Galindo Garfias menciona que :

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

b) En los contratos, la voluntad de las partes es la que dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos en la ley (artículo 182), Sólo son libres para establecer, también dentro de ciertos límites, el régimen matrimonial respecto de sus bienes. Pero no lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio”. (25)

De la cita anterior podemos inferir que la voluntad de las partes

(24) SÁNCHEZ Roman, “ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL”, Tomo V, Vol. I, México 1983, págs. 379 - 381.

(25) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit. pág. 498.

es la que dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas, pero en el matrimonio, si bien hay acuerdo de voluntades entre los contrayentes para su celebración, todos los derechos y obligaciones están establecidos por la ley.

Así pues de esto se desprende que no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, ni tampoco los contrayentes pueden pactar términos, condiciones o modalidades que afecten el régimen del matrimonio que se considera de interés público.

Rafael de Pina Vara, nos expresa en su libro denominado elementos de derecho civil, que “esta doctrina favorece la tesis de la disolución del matrimonio mediante el divorcio vincular, con el efecto de que los cónyuges divorciados queden en libertad de contraer nuevos vínculos matrimoniales”. (26)

B) Contrato Adhesión

Sobre este particular encontramos que, “Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos en aquellos que imperativamente determina la ley. En cuanto a los contratos de adhesión se ha sostenido que en realidad prevalece la voluntad de una de las partes sobre la otra, o bien la voluntad del estado que a través de ciertos reglamentos determina algunas cláusulas o elementos de los contratos de prestación de servicios públicos.

(26) DE PINA VARA Rafael, “ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO”, Volumen I, 13ª Edición, Edit. Porrúa. S.A., México 1983, pág. 322.

Respecto al matrimonio, no se puede sostener que prevalezca la voluntad de una parte sobre la otra, sino que es la voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal". (27)

La tesis que se comenta sostiene que el matrimonio tiene las características de un contrato de adhesión, en virtud de que los consortes no pueden estipular derechos y obligaciones distintos a aquellos que establece la ley. Sin embargo se olvida que ninguna de las partes, impone a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil.

2.2.2.- Matrimonio como Acto Jurídico

Es considerado de esta forma basándose en que este procede de la voluntad de los esposos, posición que contradice a la doctrina contractualista ya que se habla de que no puede ser un contrato, pues no tiene naturaleza económica derivándose de esta, distintas conclusiones de actos jurídicos:

a) Como Acto condición, posición sostenida por León Duguit, en relación, a que es la situación que es creada y regida por la ley, es decir en este acto condición, los efectos del acto se producen, cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece.

Es decir el derecho se encarga de regular la conducta de los Individuos imponiendo para ello normas jurídicas, conforme a las

(27) ROJINA VILLAGAS Rafael. Ob. Cit. pág. 222.

cuales deberán regirse todos y cada uno de los individuos y por lo que respecta a su naturaleza jurídica se refiere a que en virtud del matrimonio, el derecho de familia, se va a encargar de regir la vida de los consortes.

b) Como acto mixto o complejo, en relación, a esto el jurista Galindo Garfias, expresa que en este “concorre la voluntad de los consortes y la voluntad del estado, algunos han pretendido explicar el carácter jurídico del matrimonio”. (28)

Aquí es conveniente establecer que en el derecho se distinguen tres clases de actos, los privados que se realizan por intervención exclusiva de los particulares, los públicos por intervención de órganos estatales y los mixtos por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, que hacen sus respectivas manifestaciones de la voluntad

c) Como acto bilateral o complejo, sosteniendo al respecto Spota “la celebración del matrimonio constituiría un acto jurídico bilateral, en cuanto a que las partes son los dos contrayentes, pero también sería complejo en cuanto a que su perfeccionamiento depende de una declaración de voluntad constitutiva, la del oficial público”(29)

El sector de la doctrina que sostiene la teoría del matrimonio, como acto bilateral o complejo, explican el carácter del matrimonio como acto mixto, señalando que el órgano del estado por conducto del Oficial del Registro Civil desempeña un papel constitutivo y no

(28) GALINDO GARFIAS Ignacio, Ob. Cit. pág. 479.

(29) BELLUSCIO Augusto Cesar, "DERECHO DE FAMILIA", Tomo I, Edit. De Palma, Buenos Aires 1979,pág, 303.

simplemente declarativo, pues si se omite en el acta respectiva la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, no obstante el consentimiento de los contrayente, éste no existiría jurídicamente.

La opinión de Spota a sido refutada por varios autores, que manifiestan que el vínculo nace de la voluntad de los contrayentes y que el Estado no tiene nada que ver con esa voluntad, esto es, se habla acerca de que el oficial público únicamente se debe abocar a unir a los novios en matrimonio, no porque quiera sino porque debe, quedando a merced de la voluntad de los novios.

De acuerdo a la opinión emitida por Belluscio, este tampoco esta de acuerdo con lo expresado por Spota, ya que considera que el acto es netamente bilateral, más no complejo, esto en virtud de que el oficial público sólo debe limitarse a comprobar la identidad de las partes, su habilidad para poder contraer matrimonio y la expresión de su consentimiento y reunidos estos requisitos, esta obligado a celebrarlo, realizándose dicho acto en forma legal.

En conclusión con este aspecto, en él concurre la voluntad de los consortes, sosteniéndose que el matrimonio es un acto del poder estatal, rechazando la tesis contractualista y para formar la constitución del matrimonio debe ser una declaración de voluntad de los esposos dada personalmente al encargado del registro en el momento en que se preparan para el pronunciamiento.

2.2.3.- Matrimonio como Institución Jurídica.

Primero es necesario conocer el significado de la palabra institución, esta proviene del latín "Instituto" que significa establecimiento o fundación de una cosa, o bien también puede ser instrucción, educación enseñanza.

Para Bonnacase, el matrimonio "Es una institución formada de un conjunto de reglas de derecho imperativas, cuyo objeto es dar la unión de los sexos y a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre y a las directrices que le imprime el derecho".
(30)

En otras palabras, desde este punto de vista se sostiene que el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende un conjunto de reglas de derecho que caracterizan al estado matrimonial y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de la celebración.

No podemos decir que la naturaleza jurídica sea una institución, ya que de acuerdo a una de sus características encontramos que en ella se da la jerarquía de uno de sus miembros, sin embargo, como es bien sabido, nuestra carta magna establece en forma expresa la igualdad jurídica, de la cual debe gozar tanto el hombre como la mujer, sin distinción alguna, cuestión que no se suscita en la institución y en cuanto a la naturaleza contractual, esta si contempla que debe existir una igualdad entre las partes (cónyuges).

(30) DE PINA VARA Rafael. Ob.Cit. pág. 324.

2.2.4.- Matrimonio como Estado Jurídico

Desde este punto de vista se sostiene que “El matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración”. (31)

Indudablemente el matrimonio constituye un estado jurídico, pues crea para los consortes una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial, mediante la aplicación del estatuto legal respectivo.

2.2.5.- El Matrimonio como Acto de Poder Estatal

Al hablar de este tema: “Para Cicu, el matrimonio es simplemente un acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del Juez del registro civil que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley”.(32)

En este sentido, tal punto de vista olvida, que no basta con el pronunciamiento del Oficial del Registro Civil, sino que se requiere también la previa declaración de los contrayentes, lo que no requiere mayor comentario debido a su nítida consideración.

(31) ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. Cit. pág.223.

(32) GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob.Cit. pag. 499

Ahora bien, una vez que han sido estudiadas las diversas posiciones que existen de la naturaleza jurídica del matrimonio, desde nuestro punto de vista consideramos, que la posición contractualista es la más correcta, en razón de que esta si se dan los elementos esenciales como lo son el consentimiento el objeto y la solemnidad, aunque cabe aclarar la diversidad de puntos de vista que existen de los elementos esenciales y de validez, esto en virtud de que consideramos que la problemática de las posiciones doctrinales, se debe a que muchos de los autores que se han citado dentro de la presente investigación, adaptan de manera muy personal los elementos ya mencionados, aunque nosotros estamos en completo acuerdo con Magallon Ibarra, al manifestar que "El legislador le ha otorgado el carácter contractual y a él concurren dos supuestos: El consentimiento que se convierte en la unión y su objeto que se cristaliza en la procreación y ayuda mutua". (33)

Además de esto, si nos remontamos al contenido que presenta el capítulo anterior, referente al matrimonio por compra, nos daremos cuenta que su antecedente histórico surge dentro de este tipo de matrimonio, ya que se realizaba una compraventa de la mujer hacia el futuro marido, quien por ella pagaba un precio, sobre entendiéndose que este tipo de unión conyugal, era de carácter meramente económico, dando con ello respuesta a la opinión emitida con anterioridad por Esteban Calva.

Así mismo, siguiendo la historia evolutiva del matrimonio observamos que el matrimonio es y ha sido considerado por mucho

(33) MGALLON IBARRA Jorge Mario, "EL MATRIMONIO", 1ª Edición, Edit. Style, México 1965. pág. 198.

tiempo como un contrato, el cual cuenta con los elementos esenciales, como lo son el consentimiento que se traduce en la decisión de unirse; el objeto, consistente en la procreación de la prole, así como también la ayuda recíproca y la solemnidad, puesto que dicha unión se lleva a cabo mediante la intervención del funcionario público.

2.3.-CARACTERISTICAS.

Para que el matrimonio sea una comunidad íntima de vida y pueda alcanzar todos sus fines, debe reunir las siguientes características:

2.3.1.- Orden Público:

El matrimonio es de orden público y para su celebración necesita una serie de requisitos legales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación dice, que en "La institución del matrimonio y sólo por excepción, la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial, por lo tanto en los divorcios necesarios, es preciso que la causal invocada quede plenamente probada, así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad".(34)

2.3.2.- Legalidad:

Para la celebración del matrimonio se requiere una serie de requisitos, formas y solemnidades previstos por la ley y en caso de no satisfacer estos, podrá haber nulidad o inexistencia.

(34) Jurisprudencia 165, Sexta Época, pág. 517, Sección Primera, Volumen Tercera Sala, Apéndice, de jurisprudencia 1917, 1965, Visible en la pág. 565 de la Actualización I Civil de ediciones Mayo.

2.3.3.- Permanencia:

Esta es una consecuencia de la fidelidad prometida entre los cónyuges. Los consortes están obligados a permanecer unidos y en base a esta característica, sabemos que en nuestro régimen legal el matrimonio es monogámico, en virtud de que el matrimonio es la base de la familia, el estado se preocupa por la estabilidad de esta figura jurídica, permitiendo únicamente su disolución por medio del divorcio, en casos verdaderamente graves, los cuales se encuentran señalados por la ley, circunstancia por la cual todas las disposiciones legales que establecen tal disolución, consideran procedente decretarla sólo por las causas enumeradas en la ley procesal civil.

Dentro del matrimonio se busca una permanencia, esto en razón del amor que existe entre los cónyuges, sin embargo es muy común y frecuente que lleguen a darse serios problemas dentro de esa comunidad de vida circunstancia ante la cual el legislador se vio obligado a regular, para así dar una solución jurídica a esta problemática, es decir, el divorcio no es una opción, ni un camino de vida, sino más bien es un remedio al fracaso de la pareja, aunque en muchos casos es una solución muy dolorosa.

2.3.4.- Unidad:

Es también conocida como convivencia, vida en común, o deber de cohabitación siendo necesaria la existencia de un domicilio conyugal. Se consideran para ello los impedimentos para contraer matrimonio, que atentan contra la unidad y la convivencia.

2.3.5.- Singularidad:

Se refiere a la unión entre un sólo hombre y una sola mujer, prohibiendo estrictamente la poligamia y la poliandria, es decir por singularidad debemos entender que se habla de exclusividad de la entrega total de uno para con el otro en forma monogámica.

2.3.6.- Igualdad:

Esta característica no siempre se ha dado en el derecho mexicano toda vez que anteriormente se tenía a la mujer condicionada o limitada, sin embargo, con el transcurso del tiempo, se logra implantar la garantía de igualdad, que es un valor que se promueve dentro del matrimonio.

Así mismo, de acuerdo al artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que el hombre y la mujer son iguales ante la ley. Ambos cónyuges están obligados a contribuir con los fines del matrimonio, además de que deben socorrerse mutuamente y por lo que se refiere a los derechos y obligaciones que nacen de dicha unión, serán por ende iguales para ambos.

2.3.7.- Libertad:

En relación con esta característica, se habla acerca de que los cónyuges deben consentir libremente la celebración del matrimonio y este consentimiento debe ser expreso, requiriéndose para ello la mayoría de edad (18 años), para expresar el consentimiento, considerando que la edad límite para contraer matrimonio es de 16 años para el hombre y 14 años para la mujer.

Dentro de este aspecto a tratar, debemos entender que sólo puede contraer matrimonio todas aquellas personas que sean libres, esto es, que no se encuentren sujetas a ningún otro vínculo.

2.4.- REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Para contraer matrimonio, es requisito indispensable que los contrayentes estén de acuerdo, por lo que deberán declarar su voluntad de contraer nupcias ante el oficial del registro civil, en el momento de la celebración del matrimonio, además deben reunir los requisitos esenciales y de validez que a continuación se enuncian:

Primeramente nos abocaremos a determinar los elementos esenciales del matrimonio, y para poder hacerlo aplicaremos la doctrina general relativa al acto jurídico, ya que no obstante la naturaleza especial hemos señalado al matrimonio, ello no impide que en su celebración se tomen en cuenta las disposiciones generales, en tanto que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones sobre los mismos.

Así respecto a la definición de los elementos esenciales del matrimonio, vemos que son aquéllos sin los cuáles el acto jurídico no puede existir.

En tal virtud los elementos esenciales son parte integrante del acto jurídico, ya que si no aparecen en el acto, éste no puede siquiera llegar a formarse, por lo que la ausencia de cualquiera de los elementos de existencia se sanciona con la inexistencia del acto.

El estudio de estos elementos se enfocará primero a la voluntad, después al objeto, y finalmente, a la solemnidad.

A) LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL MATRIMONIO SON:

- 1.- La voluntad.
- 2.- El objeto.
- 3.- Las solemnidades requeridas por la ley.

1.-La Voluntad.- Es la manifestación que hacen los contrayentes, es decir el hombre y la mujer externan estar de acuerdo en unirse en matrimonio, así como también se requiere la presencia del oficial del registro civil, para que este proceda a declarar a la pareja marido y mujer, en donde por ende los unirá legalmente en matrimonio.

2.- El Objeto.- Este de acuerdo a Rojina Villegas, expresa que debe ser "física y jurídicamente posible, la imposibilidad originaria la inexistencia del mismo. Ahora bien el objeto directo del matrimonio consiste en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, de tal manera que los cónyuges tienen la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual". (35)

3.-Solemnidad.- La ley exige que se cumplan con ciertas formalidades como lo es la presencia del Oficial del Registro Civil, para que este una a los novios en nombre de la ley y de la sociedad, previa la manifestación de voluntad emitida por estos.

(35) ROJINA VILLEGAS Rafael, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL", Introducción, personas y familia, Tomo I, 24ª Edición, Edit. Porrúa. S.A. México 1991, pág. 302.

A continuación enunciaremos las solemnidades, mismas que son consideradas de forma esencial para que pueda existir el matrimonio, tales como son:

I.- Que se otorgue el acta matrimonial.

II.- Que se haga constar en la misma la voluntad de los consortes y la del oficial del registro civil, considerándolos unidos en el nombre de la ley y de la sociedad.

III.- Que consten los nombres y apellidos de los contrayentes.

Por tanto, el matrimonio no basta la voluntad y el objeto, sino que se requiere además de la solemnidad, pues no debe perderse de vista que ésta es una forma elevada al rango de elemento de existencia, que si llega a faltar produciría que el matrimonio fuere inexistente.

En el punto anterior fueron expuestos cuales son los elementos que el matrimonio requiere para existir y una vez que el acto existe, por reunirse las voluntades y referirse a un objeto, con las solemnidades de ley, se precisan otros requisitos para que el acto tenga validez, ya que si no se cumple con estos el acto existirá, pero no produce efectos normales.

En cuanto a los elementos de validez, el matrimonio requiere como todos los actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin del acto y la observancia de las formalidades legales, indicando que son, aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo

disponga la ley, lo que permite decir, que si no se cumple con éstos elementos, el acto existirá, pero no surte su plenitud y eficacia jurídica.

Como efecto de lo anterior, iniciaremos hablando de los elementos de validez del matrimonio iniciando por la capacidad.

B) LOS ELEMENTOS DE VALIDEZ DENTRO DEL MATRIMONIO SON:

- 1.- La Capacidad.
- 2.- La Ausencia de vicios en el consentimiento.
- 3.- La Licitud en el objeto.
- 4.- Las Formalidades.

1.- La Capacidad.- Atendiendo a este elemento, se requiere primeramente la capacidad de goce y la de ejercicio, entendiendo por la de goce, como aquella en la cual se llega a la edad núbil, que en nuestro derecho es hasta los 16 años para el hombre y de 14 para la mujer, en virtud de que los menores de edad carecen de capacidad de ejercicio, se requiere el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o la tutela.

Este consentimiento es necesario o puede ser suplido por el Juez de lo Familiar, cuando las personas autorizadas nieguen su consentimiento para otorgarlo sin justa causa, facultando por lógica a la autoridad judicial correspondiente.

La capacidad de ejercicio se refiere a la mayoría de edad, es decir que la persona ya es sujeto de derechos y obligaciones, siendo legalmente capaz para adquirirlos.

2.- La Ausencia de Vicios en el Consentimiento.- Existen cinco vicios del consentimiento, los cuales pueden ser causa de nulidad, como son: El error, dolo, mala fe, intimidación, violencia o lesión.

Se debe entender por vicios, la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de validez o de existencia para celebrar el matrimonio.

Siendo de tal forma que, cuando un elemento de existencia se realiza o se presenta de una manera imperfecta, está viciado y así tenemos el error, el dolo y la violencia como vicios del consentimiento y por lo tanto aplicables al matrimonio como causa de nulidad, así como el miedo o la mala fe, cuando se incurra en las circunstancias enumeradas en el consentimiento de los consortes ha de estar exento de estos vicios de tal suerte que debe manifestarse de manera cierta, por lo que no deben existir tales vicios.

En síntesis, es indispensable que las voluntades que integran el consentimiento no sufran vicio alguno, pues basta que una sola de ellas lo esté, para que el consentimiento resulte viciado, por lo que la voluntad debe estar exenta de vicios para poder celebrar válidamente el matrimonio.

3.- Licitud en el Objeto.- Consiste en que el matrimonio se efectúe sólo entre las personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo a cabo.

4.- Formalidades.- algunas de estas se encuentran contempladas dentro de nuestro código civil, tales como son:

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.

II.- Si son mayores o menores de edad.

III.- Los nombres, apellidos, ocupación, y domicilio de los padres.

IV.- El consentimiento de estos, de los abuelos o tutores o de las autoridades que deben suplirlo.

V.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que este se dispense.

VI.- La declaración de los pretendientes, de ser su voluntad de unirse en matrimonio y la de haber quedado unidos, que hará el oficial del registro civil en nombre de la ley y de la sociedad.

VII.- La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.

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

IX.- Que se cumplieron las formalidades exigidas por la ley.

Pero debemos distinguir, que además de todas las formalidades que hemos indicado y que constituyen un elemento de validez, existen otras, que constituyen un elemento esencial para la existencia del acto

y las cuales ya nos hemos referido al hablar del tema de la solemnidad como elemento esencial del matrimonio.

En este aspecto se puede decir que, en cuanto a la forma desempeña un doble papel, pues alternativamente, puede ser un simple elemento de validez o bien un elemento esencial por constituir una verdadera solemnidad.

También en cuanto a la forma es conveniente señalar que los vicios o defectos que haya en las actas, sujetan al Oficial del Registro Civil a las correcciones que señala la ley y el reglamento respectivo; pero cuando no sean sustanciales no producirán la nulidad del acto, a menos que judicialmente se compruebe la falsedad de este.

2.5.- IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Como ha quedado establecido en el punto anterior, la falta de los elementos esenciales o de validez del matrimonio, impiden que pueda celebrarse validamente. En tal sentido todo hombre que se halle en pleno uso de razón, en principio está capacitado para celebrarlo, pero la naturaleza misma del matrimonio exige que personas que no se acomodan a sus exigencias esenciales no deben poder contraerlo.

Así el nombre de impedimento matrimonial, se emplea para designar cuando se opone a la celebración del matrimonio, abarcando este concepto determinadas cualidades y circunstancias personales que conforme a derecho, se oponen a la celebración del, matrimonio de aquél a quien afecta.

De esta forma, los impedimentos que constituyen prohibiciones para la celebración del matrimonio han sido clasificados tradicionalmente en dirimentes y los impedientes: “ Los primeros no sólo representan obstáculos para la celebración del matrimonio, sino que celebrado a pesar de su concurrencia, lo invalida; los segundos, una vez celebrado, no lo invalida, pero lo hacen ilícito.(36)

De lo anterior se deduce que en los impedimentos dirimentes la violación de la prohibición produce la nulidad del matrimonio, mientras que en los impedientes la transgresión de la prohibición, no invalida el matrimonio pero da lugar a ilicitud.

En consecuencia, tomando en consideración la regulación que hace nuestro derecho, podemos decir, que la esencia del impedimento es la prohibición legal de un matrimonio por circunstancias que se refieren a la persona o a la situación de alguno de los pretendientes, concluyendo a nuestro criterio, que por impedimento debemos entender toda prohibición establecida por nuestra legislación civil, esto es, toda circunstancia de carácter biológico, moral o jurídica por lo cual se considera que el matrimonio no debe celebrarse

De acuerdo al artículo 4.7 del Código Civil para el Estado de México, estos impedimentos son:

“I.- La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;

(36) PINA VARA Rafael De. Ob. Cit. pág. 329.

II.- La falta del consentimiento de quienes legalmente deben de otorgarlos; (del que ejerzan la patria potestad, el tutor o juez en sus respectivos casos).

III.- El parentesco de consanguinidad sin limitación de grado, en línea recta, ascendiente o descendente, en segundo grado en línea colateral y el del tercer grado colateral, siempre que no se haya obtenido dispensa;

IV.- El parentesco de afinidad que hubiere existido en línea recta. Sin limitación alguna;

V.- El adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado;

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados, judicialmente comprobado, para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII.- La violencia para obtener el consentimiento para celebrar el matrimonio. En caso de raptó subsistente el impedimento entre los sujetos activo y pasivo, mientras éste no sea restituido a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;

VIII.- La embriaguez habitual, y el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia;

IX.- La impotencia incurable para la cópula, la bisexualidad; las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias. No serán impedimentos cuando sean aceptadas por el otro contrayente;

X.- Trastornos mentales, aunque haya espacios de lucidez;

XI.- El matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes".

De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

El artículo 4.9 señala. Que el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que haya estado o este bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Juez de Primera Instancia, sino cuando hayan sido aprobadas las cuantas de la tutela.

Esta prohibición comprende también el curador y a los descendientes de este y del tutor en el artículo 4.10.

El matrimonio es ilícito cuando se realiza sin que se haya cumplido alguno de los requisitos, esta omisión no está sancionada con la nulidad del acto, entonces es válido, aunque produce sanciones de otra naturaleza distinta a la nulidad.

La ilicitud en materia de matrimonio, refleja una idea de reprobación jurídica, contra el acto que no debió celebrarse, al no cumplirse con determinadas condiciones de derecho, previas a la celebración de matrimonio y que se refieren a ciertas situaciones particulares en que se ubique a alguno de los contrayentes; dichas condiciones no son intrínsecas ni a la persona ni al acto mismo.

Así mismo, el artículo 4.87 del Código Civil, establece:

Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio cuando:

I.- Se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa;

II.- No se ha otorgado la dispensa a tutores, curadores o descendientes de estos;

III.- Se celebre sin que hayan transcurrido los plazos para que los divorciados puedan contraer matrimonio, o el fijado a la mujer después de la nulidad o disolución del matrimonio.

Por lo que se refiere a los artículos 4.100 y 4.101 respectivamente establecen el plazo para contraer matrimonio.

El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse, sino después de dos años, contados desde que se decreto el divorcio. Los divorciados uno del otro pueden volver a casarse entre sí en cualquier momento.

para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente:

El divorcio voluntario judicial o administrativo no podrá pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

En estos casos, el ordenamiento ha negado su aprobación señalado con concepto de ilícitud de matrimonio que el Juez del Registro Civil ha realizado, violando el deber jurídico de respetar la normatividad jurídica establecida, aunque haya decretado posteriormente la nulidad del matrimonio.

Esto es el Oficial del Registro Civil que autoriza un matrimonio ilícito, no incurre en responsabilidad ya que este no lo sanciona, y queda sin perjuicio de las penas aplicables, aunque se haya violado el deber jurídico establecido.

2.6.- DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

Dentro del matrimonio se derivan derechos y obligaciones recíprocos entre los cónyuges, en primer termino estos están obligados a guardarse fidelidad a contribuir a los fines del matrimonio a socorrerse y respetarse.

Los cónyuges deben de vivir juntos en el domicilio conyugal, pero los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos.

Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como la educación de estos en términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar

Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos tendrán derecho referente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar al aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos.

Así mismo, el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto resolverán de común acuerdo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan.

El estado de casados implica una serie de deberes, derechos recíprocos entre los cónyuges, respecto de los deberes, derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, dividiéndose estos de acuerdo a sus consecuencias jurídicas en relación con las personas de los cónyuges, los hijos y de los bienes de dichos consortes.

Es necesario hacer énfasis en este capítulo ya que el legislador asigna obligaciones recíprocas a los cónyuges, tratándose de la aportación económica para el sostenimiento del hogar.

Los cónyuges se deben recíproca fidelidad, el incumplimiento del mismo, implicaría el adulterio, mismo que lo recoge las leyes. En el código civil como causal de divorcio y el código penal tipificándolo como delito.

2.7.- CODIFICACIÓN SUSTANTIVA EN EL ESTADO DE MÉXICO.

La intervención del Código Civil para el Estado de México, es de gran importancia para las personas que pretenden contraerlo, ya que este lo reglamenta como una Institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia. (artículo 4.1 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de México).

Nuestro Código Civil para el Estado de México, se encarga de regular todas y cada una de las cuestiones concernientes al presente capítulo, para los efectos de procurar una buena estabilidad familiar y seguridad social, logrando su objetivo más específicamente a través del derecho de familia.

Por lo que se concluye que el matrimonio es la unión formada entre dos personas de sexo diferente a fin de producir una comunidad de vida, moral, espiritual y física y de todas las relaciones que traen consecuencias jurídicas. La unión solemne e indispensable de hombre y mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos. La sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen en un vínculo matrimonial, para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma vida en común, esto es la comunidad de vida del hombre y la mujer reconocida, regulada y amparada por el derecho, en nuestra legislación.

CAPÍTULO III

3.- EL DIVORCIO.

3.1.- CONCEPTO.

El tratadista Marcel Planiol, al hablar de divorcio, dice que "significa gramaticalmente, separa, apartar, etimológicamente proviene del vocablo latino *divortium*, derivado de *divertiere*, que significa irse cada cual por su lado, equivalente a la ruptura del matrimonio, esta ruptura sólo puede realizarse por autoridad del juez y basándose en las causas que la ley determine".(37)

El jurista Palomar de Miguel afirma, que el divorcio, "es separar por su sentencia al Juez a dos casados, en cuanto al lecho y cohabitación".(38)

Los profesores Españoles Colín y Capitant, a su vez dicen que el divorcio, "significa la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos a consecuencia de una decisión judicial, dictada a petición de cada uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley"(39)

El maestro Rafael de Pina Vara, considera que "La palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación en el

(37) PLANIOL MARCEL Ripert Goerges. "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL". Tomo IV, 12ª Edición, Edit. Cajica S.A. Puebla 1946, pág. 13.

(38) PALOMAR DE Miguel Juan. "DICCIONARIO PARA JURISTAS". Ediciones Mayo S. de R.L. México 1983. pág. 471.

(39) COLIN Y CAPITANT. "CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL". Tomo I, Edit. Reus, Madrid 1952. pág. 457.

sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso, de acuerdo con el código civil vigente, el divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".(40).

A su vez el maestro Antonio de Ibarrola asevera que: "El divorcio es la ruptura de un matrimonio valido en vida de los dos cónyuges. Divortium viene del verbo divirtiēre: Irse cada quien por su lado. Esta ruptura no puede tener lugar más que mediante la acción de la justicia y por las causas determinadas por la ley".(41)

Como pude advertir en los conceptos antes descritos, la doctrina se pronuncia casi en los mismos términos en cuanto al divorcio, ya que es un hecho que el divorcio es la separación de los cónyuges, misma que se da en virtud de las causales que regulan dicha disolución, la cual será decretada por autoridad judicial o bien administrativa según sea el caso, atendiendo a nuestro código civil vigente.

Desde nuestro punto de vista, la definición que podemos proporcionar respecto a esta figura jurídica, es que el divorcio es aquel que disuelve el vínculo del matrimonio, mismo que sólo puede ser decretado, ya sea por autoridad judicial o administrativa, según sea el caso, en donde una vez disuelto este y respetando los plazos señalados por la ley, los cónyuges divorciados son aptos para contraer nuevo matrimonio, si así lo desean.

(40) PINA Rafael De. "DERECHO CIVIL MEXICANO". Vol. I, 14° Edición, Edit. Porrúa S.A. México 1985. pág. 338.

(41) IBARROLA Antonio De. Ob.Cit. pág. 334.

3.2.- NATURALEZA JURÍDICA.

De acuerdo a la naturaleza jurídica del divorcio, proporcionada por el autor Eduardo Pallares, esto expresa "Que el divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con la relación a los cónyuges como respecto de terceros".(42)

Analizando la naturaleza jurídica proporcionada por este autor, nos podemos percatar que hace alusión a que el vínculo matrimonial es disuelto por virtud de un acto judicial o administrativo, en donde el primero de los mencionados se refiere a la competencia de la cual goza el Juez de lo Familiar para poder disolver el vínculo matrimonial, atendiendo a las características o requisitos que se deben de presentar para que deba conocer, circunstancia esta que será tratada más a fondo en apartados posteriores.

Y por lo que se refiere al acto administrativo, podemos hablar acerca de que su diferencia, es que este debe ser disuelto por el Oficial del Registro Civil, atendiendo a los requisitos que la propia ley señala para que pueda ser disuelto, tales como son, el que los cónyuges sean mayores de edad, que no tengan hijos, que disuelvan de común acuerdo la sociedad conyugal, si es que bajo este régimen se casaron, es decir en razón de lo antes mencionado, este es un acto meramente conferido a la autoridad administrativa, en virtud de los requisitos que contempla esta clase de divorcio.

(42) PALLARES Eduardo. "EL DIVORCIO EN MÉXICO". 6ª Edición, Edit. Porrúa S.A. México 1991, pág. 36.

En consecuencia de lo anterior, el divorcio consiste en la ruptura del vínculo matrimonial, absteniéndose mediante las formas y requisitos que la propia ley establece, es decir es un procedimiento extintivo y declarativo, el cual al ser decretado extingue en su totalidad el vínculo matrimonial y es meramente declarativo, porque esta declaración es emitida por la autoridad competente.

3.3.- OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DIVORCIO.

En relación a las obligaciones que se originan, en atención al nuevo estado civil que tienen los divorciados, estas son impuestas por el tribunal familiar o autoridad que deba conocer del asunto, es decir el tribunal determinara las obligaciones conforme a las cuales estarán sujetos los cónyuges les corresponderá conservar la patria potestad de sus hijos y en dado caso de que ambos cónyuges fueran culpables del divorcio, el Juez determinará que los hijos queden al cuidado del ascendiente a quien corresponda la patria potestad, incluso aunque el padre o la madre pierdan esta, igualmente se encuentran sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Ahora bien, al hablar del o divorcio administrativo, encontramos que en este, no deriva obligación alguna, puesto que esta clase de divorcio es mucho más rápido y sin ninguna dificultad o problema que pudiese dar lugar a obligaciones, es decir este se extingue en su totalidad sin acarrear obligación alguna, dada su propia y especial naturaleza.

Así mismo, nuestro código sustantivo, también hace alusión al caso en el cual el cónyuge inocente, tiene derecho a los alimentos, esto

en base en la separación de los cónyuges por más de dos años tendrá derecho a ello el que los necesite.

Además de lo anterior, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ello. Mientras que el divorcio por Mutuo Consentimiento, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, salvo pacto en contrario.

Pudiéramos decir que otra obligación que se deriva del divorcio, aunque en forma provisional es que los cónyuges divorciados deben sujetarse un lapso determinado de tiempo en el cual deberán abstenerse de contraer matrimonio, el cónyuge que haya dado causa al divorcio sólo podrá casarse, una vez transcurridos dos años, contados desde que se decreto el divorcio.

Los divorciados uno del otro pueden volver a casarse entre si en cualquier momento.

Consideramos que uno de los motivos por los cuales fueron creadas estas obligaciones, son en virtud de que es necesario asegurar tanto al cónyuge inocente, como a los hijos habidos dentro de esa unión conyugal, toda vez que estos no pueden quedar en completo abandono, motivo por el cual, el legislador prevé y atiende todas las posibles consecuencias que pudieran generarse sino legislar al respecto, estatuyendo y estableciendo para ello la protección y seguridad familiar dentro de nuestros ordenamientos legales.

3.3.1.- Divorcio Vincular y Divorcio no Vincular.

De acuerdo al jurista Augusto Pérez de Anda, "manifiesta la existencia de dos especies de divorcio, tales como son:

3.3..1.1.- El Divorcio Vincular o Absoluto: En este se disuelve completamente el vínculo conyugal y por consecuencia se extinguen los efectos del matrimonio, produciéndose otros que se derivan de esta nueva situación, quedando los cónyuges libres para celebrar nuevas uniones.

3.3..1.2.- El Divorcio No Vincular, Relativo o Separación de Cuerpos: Es una simple suspensión o separación de los cónyuges, en cuanto a la cohabitación, dejando subsistente el vínculo matrimonial y ciertos efectos como la fidelidad conyugal y los alimentos".(43)

El Código de Procedimientos Civiles vigente para el estado de México, autoriza prácticamente este ultimo, al disponer la separación de personas, cualquiera de los cónyuges, 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 subsistentes por consiguiente, todas las demás obligaciones creadas por el matrimonio, tal y como lo manifiesta el autor antes señalado.

En realidad la llamada Separación de Cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ella se crea sólo una situación que bien supone un alejamiento del vínculo matrimonial, más no lo

(43) PÉREZ DE ANDA Augusto. "ESTUDIO SOBRE EL DIVORCIO Y POSIBLES REFORMAS QUE SE PODRIAN INTRODUCIR A LA ACTUAL LEGISLACIÓN ECUATORIANA". Edit. Casa de la cultura Ecuatoriana, 1954, págs 59 y 60.

destruye. "Por lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten, con exclusión de la relativa a la vida en común".(44)

Si analizamos en forma genérica la figura del divorcio, podremos, observar que este se ha venido presentando con gran frecuencia, desde épocas pasadas tal y como se desprende en los antecedentes del sistema romano, así como en otros países de gran importancia y que a pesar del tiempo transcurrido este se sigue dando con mucho mayor frecuencia, deduciéndose el gran abuso cometido con esta figura jurídica. Al estado no le interesa la abundancia de divorcios, sino más bien, lo que le interesa es dar una solución jurídica a los problemas suscitados por los cónyuges, sin embargo, tal vez no se ha dado cuenta, de que la manera más práctica y segura, para determinar con precisión si los cónyuges desean o no separarse es proponer o legislar lo referente al divorcio no vincular, es decir, esta especie de divorcio puede ser un primer paso para que se de la disolución del vínculo matrimonial y en atención a esto, independientemente de los problemas habidos por los cónyuges, pudiera ser que en base al tiempo en que estos dejaren de convivir y cohabitar, logren definir sus sentimientos y su vida y si su voluntad siguiere siendo la misma, entonces, promover el divorcio respectivo. Aclarando, de antemano, que el presente comentario no es motivo de controversia, sino más bien es un análisis crítico o analítico que se hace del mencionado divorcio, motivo por el cual no nos adentramos más a fondo, ya que el tema o propuesta hecha en la presente investigación va enfocada al procedimiento judicial que se ventila en materia familiar y el cual será tratado en el capítulo posterior.

(44) COLIN Y CAPITANT. Ob. Cit. pág. 457.

3.4.- EFECTOS DEL DIVORCIO.

En base a esto, el jurista Eduardo Pallares, señala que los efectos que se producen van a ser dos:

“La ruptura y el otorgar a los cónyuges la facultad de poder contraer nuevo matrimonio”.(45)

Mientras que para el maestro Rojina Villegas, hace una distinción de los efectos del divorcio y los divide en las siguientes categorías.

“Efectos provisionales y los Efectos definitivos; los efectos provisionales son aquellos que se producen durante la tramitación del juicio y los efectos definitivos que se causan una vez pronunciada la sentencia ejecutoriada que disuelve el vínculo matrimonial”. (46)

Se dice que los efectos provisionales sólo tienen vigencia durante la duración y la tramitación del juicio, debido a que estas resoluciones pueden ser modificadas en sentencia interlocutoria o definitiva.

No así los efectos definitivos que adquieren toda su validez jurídica en el momento en que la sentencia causa ejecutoria. Estos son los de mayor trascendencia, porque se van a referir a la situación permanente en la que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes.

(45) PALLARES Eduardo. Ob. Cit. pág. 36.

(46) ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. Cit. pág. 421.

En cuanto a los efectos provisionales en el juicio de divorcio necesario, el maestro Rafael Rojina Villegas apunta que “todas las legislaciones coinciden en que el juicio de divorcio necesario al presentarse la demanda y en los casos urgentes, antes de su presentación, puede el Juez tomar providencias para separar a los cónyuges, depositar a la mujer, si se dice que dio causa al divorcio, confiar la custodia de los hijos a uno de los cónyuges, si se pusieren de acuerdo, o bien, si no lo hubiere, el juez podrá determinar si concede esa custodia durante el procedimiento a uno de los cónyuges o tercera persona”. (47)

Mucho se ha hablado acerca de que el matrimonio tiene como objetivo esencial, la perpetuación de la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges para soportar las cargas de la vida, pero existen ocasiones en que esos fines o ideales del matrimonio no se logren motivo por el cual la ley considera que al no reunirse o cumplirse estos, determina la disolubilidad del matrimonio y crea el divorcio, eximiendo a los cónyuges de la obligación de permanecer juntos durante toda su existencia.

Para un mejor entendimiento de lo anterior, encontramos los siguientes efectos del mencionado divorcio:

A) Efectos Provisionales.

De acuerdo al artículo 4.103 del Código Civil del Estado de México vigente, este señala lo siguiente:

(47) ROJINA VILLEGAS Rafael. Ob. Cit. pág 422.

“Antes que se decrete el divorcio, el Juez autorizara la separación de los cónyuges, de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos”.

Y con base al artículo 4.95, este estatuye en forma general que al admitirse la demanda o antes, si hubiere urgencia podrán dictarse sólo mientras dure el juicio, las siguientes disposiciones:

Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela, fijar y asegurar los alimentos que, debe dar al cónyuge, alimentario al acreedor y a los hijos, el desacuerdo entre los cónyuges de la guarda y custodia de los hijos que la decretara el Juez en función del mejor interés de los menores y de los sujetos a tutela, dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que este en cinta, las necesarias para que los cónyuges no causen daño a su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal y en los bienes de los hijos.

B) Efectos Definitivos.

Una vez decretado el divorcio, los cónyuges pueden volver a contraer nuevas nupcias, debiendo respetar los plazos y términos fijados por la ley, se procede a fijar la situación de los hijos, tales como son:

El establecer que los hijos quedaran bajo la patria potestad del cónyuge no culpable en el divorcio necesario y en dado caso de que los dos sean culpables se quedaran con el ascendiente que corresponda, y

si no lo hay, se nombrará un tutor. Los padres aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con los hijos.

Haciendo un análisis crítico respecto de la figura jurídica del divorcio y en base, a todo lo que hemos tratado dentro del presente trabajo, podemos decir, que si bien es cierto que este daña moral y psicológicamente a los miembros de la familia, también es bien cierto que los afecta dentro del círculo matrimonial, al observar las constantes discusiones y problemas, llegando al grado de convertirse en constantes afrentas que van desde la simple lejanía y el olvido, hasta momentos rispídos llenos de agresividad y daño. Sin que alguno de los miembros pueda soportarlo y a pesar de que dicha figura es muy crítica, debemos comprender y entender la gran necesidad que existe de procurar la paz y estabilidad social, circunstancia por la cual consideramos que se justifica su legislación, ya que lo importante es asegurar y proteger los derechos de la familia.

3.5.- CLASES DE DIVORCIO.

Dentro de nuestra legislación civil, existen dos clases de divorcio, el necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama fundado en una o más causas que se encuentran en la legislación civil y voluntario cuando se solicita de común acuerdo por éstos. Pero también nos adentraremos a mencionar el divorcio administrativo que aunque este va aunado al divorcio voluntario también tiene su propio concepto, requisitos y procedimiento para llevar a cabo la disolución del vínculo matrimonial.

3.5.1.- Divorcio Necesario o Contencioso.

3.5.1.2.- Concepto.

Es aquel que se pide por alguno de los cónyuges, en virtud de existir alguna de las causas señaladas en la legislación civil y que en consecuencia hacen necesaria la separación.

3.5.1.2.- Causales de Divorcio.

En el referido cuerpo de la ley, el artículo 4.90, se establecen las causales por virtud de las cuales, se produce la disolución del vínculo matrimonial por motivo del divorcio necesario.

Esta clase de divorcio es también llamado Contencioso, en virtud de que supone una contienda entre cónyuges. De acuerdo con la causal que motive el divorcio, se ocasionaría una sanción al cónyuge que dio lugar a ella o simplemente producirá consecuencias, desfavorables al cónyuge que incurrió en la respectiva causa.

Estas causas pueden derivar de la culpa de uno o de ambos consortes y atendiendo al contenido del artículo 4.90 del Código Civil para el Estado de México, podemos dividir las en:

3.5.1.2.1.- Causas de Divorcio Derivadas de la Culpa.

F.I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

Para que pueda proceder esta causal no es necesario, que se reúnan los requisitos que exige el Código penal, es decir que se realice

el acto sexual con escándalo o en el domicilio conyugal, basta con que se comprueben esas relaciones sexuales, en cualquier circunstancia, para tener por probada dicha causal.

Esta causal prescribe dentro de los seis meses siguientes, contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del adulterio de su cónyuge (artículo 4.91).

Desde nuestro punto de vista, consideramos que esta causal no es explícita ni clara, ya que no especifica con exactitud de que manera considera que puede ser comprobada dicha causal sin necesidad de exhibir en el proceso civil las actuaciones penales, es decir, no estipula específicamente de que manera puede comprobarse el adulterio en el proceso civil.

F.II.- Que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el mismo con persona distinta al cónyuge.

Los hijos concebidos antes del matrimonio pueden ser declarados ilegítimos, si nacen dentro de los 180 días contados a partir de la celebración del matrimonio y por lo que respecta a los hijos nacidos después de ese periodo, se presumen hijos de matrimonio.

F.III.- La propuesta de prostitución de un cónyuge a otro no cuando el mismo la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitirlo.

La actitud tan degradante que demuestra y realiza el cónyuge, es sumamente perjudicial y dañina para el matrimonio y cualquiera de los cónyuges que es utilizado con el objeto de obtener un lucro,

observándose la falta de respeto que este le guarda, así como la ausencia de los valores y cimientos que en su momento existieron, careciendo por ende de los fines esenciales del matrimonio.

F.IV.- La bisexualidad, manifestada posterior a los seis meses de celebrado el matrimonio;

Consideramos que esta causal es sumamente perjudicial para cualquiera de los cónyuges motivo por el cual es procedente ya que a sabiendas que tienen tendencias sexuales no heterosexuales a un así contraen matrimonio ocasionando con esto graves daños a la familia psicológicamente hablando y obteniendo con esto todo lo contrario con los fines del matrimonio.

F.V.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

Esta incitación entra a un grave peligro para los cónyuges, motivo por el cual es procedente esta causa, para efecto de evitar peores problemas dentro de la unión conyugal, ya que si estos no son detenidos a tiempo, pudieran llegarse a generar cuestiones de carácter irremediables.

F.VI.- Los actos inmorales ejecutados por alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos de ambos o de uno de ellos, así como la tolerancia en su corrupción.

Este tipo de actos provoca y afecta psicológicamente y moralmente a la familia, hasta el grado de llegar a la pérdida total de los valores familiares; así como las buenas costumbres, siendo que

siempre deben estar y estarán por encima la moralidad, paz y salud mental del círculo familiar, motivo por el cual se justifica plenamente la existencia de dicha causal para beneficio y progreso de nuestra sociedad ya que es importante rescatar y salvaguardar la unidad familiar.

F.IX.- La separación del domicilio conyugal por más de seis meses, sin causa Justificada.

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

F.Xi.- La sevicia, las amenazas, las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan difícil la vida en común;

Estas comprenden los malos tratos de palabras y de obra de uno de los cónyuges para el otro y toda palabra o actitud irrespetuosa de uno de los esposos hacia su consorte, provocando con ello una falta de respeto. Esta causa esta sujeta a la apreciación del Juez, el cual calificara la gravedad de la sevicia, las amenazas o injurias y para poder realizar su calificación, es necesario darle a conocer los actos precisos, las palabras concretas, las actitudes o hechos injuriosos específicos o amenazas realizadas entre los cónyuges.

F.Xii.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos;

En atención a esta causal, consideramos que es fundamental, ya que existen diversidad de ocasiones en las cuales el o la cónyuge que tienen obligación de proporcionar los alimentos, llegan a negarse

rotundamente a otorgarlo, circunstancia ante la cual el otro cónyuge se ve en la necesidad de demandar.

F.XIII.- La acusación calumniosa por un delito, hecha por un cónyuge contra el otro;

Dicha acusación revela que entre los cónyuges ha desaparecido, todo afecto y estima, siendo riesgoso mantener el vínculo conyugal, ya que ha desaparecido todo lazo de respeto recíproco entre los consortes y con posterioridad pudiera manifestarse de peores formas.

F.IV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión no comutable.

F.XV.- Los hábitos de juego prohibidos o de embriaguez habitual, el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

Esta causal igualmente es admisible, toda vez que el derecho procura la estabilidad, paz y seguridad del hogar familiar y si llegasen a presentarse estas cuestiones y fueran permitidas por los miembros de la familia, entonces se incurrirá en un círculo vicioso y perjudicial para sus respectivos integrantes, así como para la sociedad, ya que como se menciono anteriormente, la familia es la célula social más importante.

F.XVI.- Haber cometido un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de tercero, siempre que tenga señalada en la ley una pena de prisión que exceda de un año.

F.VII.- El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos de ambos o de uno de ellos;

Primeramente, están por encima los derechos de los niños, circunstancia ante la cual no es aceptable el maltrato y abuso cometido en contra de estos, puesto que ellos merecen ser conducidos por un camino sano tanto mental como psicológico, para lograr un buen desenvolvimiento de la persona, causal esta que prevé y protege a dichos menores, de los abusos cometidos por sus propios padres o por sus futuros padrastros o madrastras, procurando comprender, que nuestro deber es salvaguardar la protección y desarrollo normal de nuestros hijos, motivo por el cual se justifica plenamente la existencia de la presente causal.

F.VIII.- Permitir ser instrumento de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge.

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

Consideramos que esta causal, no se adapta a los lineamientos para poder solicitar el divorcio necesario, toda vez que en atención a esta clase de divorcio, se contemplan cuestiones de gran necesidad como para que una vez comprobadas se logre la disolución del vínculo matrimonial, sin embargo el legislador solamente plasma que puede ser invocada por cualquiera de las partes independientemente del motivo que dio lugar a su separación, además de que atendiendo a la lógica de la vida diaria, si los cónyuges decidieron separarse por más de dos años, debió haberse suscitado dicha circunstancia, por alguna causa

que les afectara de alguna manera y no es procedente que opere una causal sino hay razón, motivo o conflicto, que pudiere dar lugar a la disolución del vínculo matrimonial.

3.5.1.2.2.- Causas de Divorcio no derivadas de la Culpa:

De acuerdo a la fracción VII y VIII del ya mencionado ordenamiento legal, en el artículo 4.90 son: Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria, así como padecer enajenación mental incurable.

En virtud de que la causal que ha dado origen al divorcio no es Imputable al cónyuge que la origino, señala que el cónyuge que no desee pedir el divorcio fundado en estas causales mencionadas en el párrafo anterior, puede solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, para lo cual una vez que el Juez tenga conocimiento de causa, podrá entonces decretar la suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio. Si analizamos lo ya expresado con antelación, podremos observar que dentro de estas causales se da lo que se denomina divorcio relativo o de separación de cuerpos, aunque cabe aclarar, que como ya lo habíamos mencionado antes, no podemos hablar de que este sea un divorcio, pues sólo se esta dando una separación de cuerpos como su nombre bien lo indica, además de que al mencionar que a pesar de la suspensión de cohabitar con su cónyuge, quedan subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

3.5.1.3.- Etapas Procesales.

Las etapas que comprende este procedimiento a tratar son las siguientes:

Esta clase de divorcio, se promueve a través de la Vía Ordinaria Civil, es decir este tipo de juicio abarca varios periodos o etapas, tales como son:

A) Demanda.

Podemos considerar como el acto básico del litigio, ya que este tiene gran importancia, pues de ella parte el ejercicio de la acción.

B) Contestación.

Esta tiene la misma importancia que la demanda, aunque cabe mencionar que esta no es la única actitud que puede asumir el demandado, es decir este puede colocarse en diversos supuestos tales como son las que a continuación señalare:

DEMANDA: Puede ser que el demandado asuma las siguientes actitudes tales como son:

- + Que se allane.
- + Que conteste la demanda o a su vez que también reconvenga.
- + Que se constituya en rebeldía.

C) Pruebas.

Dentro de esta se comprende el ofrecimiento y la admisión de pruebas, así mismo en virtud de ser un juicio promovido en la vía ordinaria civil, de acuerdo con la ley se estipula que el término para ofrecer dichas probanzas será de cinco días y por lo que respecta al desahogo se señala un lapso de tiempo de diez días, esta etapa es trascendental dentro del juicio instaurado, toda vez que las partes deberán probar debidamente y conforme a derecho, ya que sea su acción (para el actor) o sus excepciones (para el demandado), acreditando dichas circunstancias mediante los medios de convicción señalados en el artículo 1.250 y demás relativos y aplicables del Código Procesal Civil para el Estado de México.

D) Alegatos.

El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, señala que cualquiera de las partes, y concluido el plazo de desahogo de pruebas, dentro de los tres días siguientes, estos podrán presentar sus alegatos por escrito, los autos estarán en la secretaría a la vista de las partes para que tomen sus apuntes respectivos, además de que esta citación para la audiencia produce efectos de citación para sentencia.

Pudiéramos decir, que los alegatos son los razonamientos lógico jurídicos que van a emitir cada una de las partes a efectos de manifestarle al juzgador que les asiste la razón.

E) Sentencia Definitiva.

Es la resolución que emite el juzgador respecto a un caso concreto, para los efectos de dar solución a una controversia o conflicto suscitado entre dos o más personas.

3.5.2 DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

3.5.2.1 Concepto.

Es aquel que se da, cuando ambos consortes convienen de manera libre y espontánea, separarse por mutuo acuerdo y dar por terminado el vínculo matrimonial.

3.5.2.2 Formalidades.

Esta clase de divorcio, se encuentra consagrado dentro de nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, en su artículo 2.275, así como también dentro de nuestro Código Civil de la misma Entidad federativa, en su artículo 4.102.

Para establecer el divorcio por mutuo consentimiento, se penso esencialmente que el matrimonio es una institución, tan es así, que nuestra legislación civil le atribuye tal carácter, según se desprende en el artículo 4.1, además de que se considera que los cónyuges eran libres al unirse y por ende manifestaron libremente su voluntad para casarse y que incluso su voluntad puede ser, el quedar nuevamente libres por virtud de esa voluntad, en función de que todo contraste puede destruirse de acuerdo con el otro y la institución que el consentimiento de ambos había formado.

El divorcio voluntario judicial se presenta cuando los cónyuges acuden ante el Juez de lo familiar, expresando por medio de un escrito su voluntad de divorciarse.

Antes de iniciar más a fondo el contenido jurídico que contempla esta clase de divorcio hay que señalar quienes son las personas que pueden promoverlo, además de que debemos contemplar varios requisitos, tales como son, el que los cónyuges tengan hijos, que su decisión de divorciarse sea en forma recíproca y que tengan un año de casados.

Las personas que pueden promover este Juicio son los consortes mayores de edad y los menores, en el caso de estos últimos, requieren de un tutor especial para solicitar este divorcio.

3.5.2.3 Solicitud de Divorcio.

Tomando en consideración el apartado antes mencionado, a continuación entraremos de lleno al estudio de la presente figura jurídica.

Al dar inicio a este tipo de procedimiento, es importante determinar quien es el Juez del domicilio conyugal, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1.42 fracción XII del Código Adjetivo Civil de esta entidad.

Los documentos que se deben acompañar a la solicitud de divorcio son:

La copia certificada del matrimonio, así como copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos procreados dentro del matrimonio, y otro de los aspectos más indispensables y necesarios en el procedimiento es el convenio, el cual será celebrado ante los cónyuges, dentro de este se debe atender a lo dispuesto por el artículo 4.102 del Código Civil vigente, en el cual deben estipularse cuestiones relativas a las personas de los cónyuges, a los hijos y a los bienes de la sociedad conyugal o mejor dicho su liquidación.

Este convenio debe señalar la casa donde deba habitar la esposa durante la tramitación del juicio, además de que también por ende el domicilio donde a su vez habitara el cónyuge.

Así mismo, se debe determinar la cantidad que por concepto de alimentos deba pagar su cónyuge al otro, durante el procedimiento, la forma en que se va a realizar ese pago y la garantía para asegurarlo, la cual puede ser ya sea con dinero en efectivo, por medio de fianza o por medio de hipoteca, etc.

La estipulación referente a la administración de los bienes de la sociedad conyugal durante el juicio y hasta que sea liquidada, el modo de liquidación y el nombramiento de él o los liquidadores, después de ejecutoriado el divorcio, acompañado para tal efecto un inventario de todos los bienes, muebles o inmuebles que integran la sociedad.

La guarda y custodia de los menores:

Si hay hijos, la designación de la persona a quien serán confiados, después de ejecutoriado el divorcio y el régimen de convivencia.

De este último párrafo, se corrobora una vez más el contenido del artículo 4.105, respecto al divorcio administrativo, en el se faculta a los consortes para que estos puedan promover el divorcio por mutuo consentimiento, ante la autoridad que deseen, toda vez que es bien claro establecer que si lo intentan ante el órgano jurisdiccional, esto no les perjudicará, pero si atendemos a la naturaleza del divorcio administrativo, en caso de que los cónyuges no tengan hijos, es preferible que lo promuevan ante el Oficial del Registro Civil correspondiente, puesto que con ello se facilita el procedimiento.

Comúnmente se agregan diversas cláusulas más, como son el contemplar la convivencia que tendrán cada uno de los cónyuges con sus menores hijos, estableciéndose horarios, días, fechas en que cada cónyuge podrá salir de viaje con dichos menores, en fin se procuran citar todas las cláusulas necesarias para el efecto de poder evitar que se susciten toda clase de problemas entre los cónyuges divorciados y sus hijos.

3.5.2.4 Etapas Procesales.

1.- Admitida la solicitud de divorcio, el Juez procederá a citar a los cónyuges y al C. Agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado, a una junta de avenimiento, así mismo el día y hora fijados deberán de comparecer personalmente los cónyuges, toda vez que de acuerdo a nuestra legislación civil, los cónyuges no pueden hacerse representar por nadie y para el caso de que estos sean menores de edad como ya se había mencionado, en este caso deberán ir acompañados de tutor especial.

Esta junta deberá efectuarse dentro de un plazo de 15 días, sin embargo, regularmente no se cumple con este dispositivo legal en razón del cumulo de trabajo que tienen los juzgados familiares.

2.- El Juez identificara plenamente a los cónyuges, acto continuo, declarara abierta la audiencia y procederá a exhortarlos para que se abstengan de continuar con el tramite de divorcio y no obstante, si a pesar de dicha exhortación ambos cónyuges continuarán manifestando su firme propósito y voluntad de continuar con el tramite correspondiente.

3.- Así mismo, dado que la junta no tuvo éxito, entonces, el Juez aprobará provisionalmente el convenio presentado, oyendo al C. Agente del Ministerio Público, ya que es el representante social, que va a ventilar y velar por los intereses de los menores y también en cierto caso de la cónyuge.

Con la distinción de que en el convenio deberán quedar garantizados los derechos de los hijos. Y el tribunal oyendo el parecer del Ministerio público, formulara su pedimento en el sentido de que deberá obrar en autos la garantía que se haya mencionado para el aseguramiento de los alimentos, no se dicta la sentencia respectiva, pero sino existe oposición por parte de este, el Juez dictara sentencia en la que declarará la disolución del vínculo matrimonial.

Cabe aclarar que si los solicitantes dejan pasar más de 90 días naturales, sin continuar el procedimiento, el Juez dejara sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente.

3.5-3.- Divorcio Administrativo.

3.5.3.1 Concepto.

Es aquella disolución del vínculo matrimonial, que se da en atención a las características esenciales, que contempla este, el cual se decreta por virtud de una autoridad administrativa (Oficial del Registro Civil).

3.5.3.2 REQUISITOS.

- + Ambos cónyuges deben estar de acuerdo en divorciarse.
- + Los consortes deben ocurrir personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio.
- + Deben ser mayores de edad.
- + No deben de tener hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela.
- + Deben de liquidar de común acuerdo la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron.
- + Sólo pueden solicitarse una vez que haya transcurrido un año, desde la celebración del matrimonio.

3.5.3.3 Etapas Procesales.

Una vez que los cónyuges cumplan con los requisitos antes indicados, al ocurrir ante el Oficial del Registro Civil, deberán comprobar con la copia certificada (Acta de Matrimonio), el estar debidamente casados y ser mayores de edad, para lo cual, manifestaran

de una manera terminante y explícita su libre voluntad de divorciarse, posteriormente presentaran un convenio para liquidar la sociedad conyugal, en caso de que se hayan casado bajo este régimen, el Oficial del Registro Civil, después de identificar a los consortes hará constar la solicitud de divorcio en un acta que levantara al efecto y citara a los cónyuges para que se presenten a ratificar esa solicitud a los 15 días, citando igualmente al Ministerio Público para que manifieste a lo que a su representación social corresponda y vea liquidar la sociedad conyugal.

Si ambos cónyuges ratifican la solicitud presentada y no existe oposición por parte del Ministerio Público, entonces el Oficial del Registro Civil los declarara divorciados, y levantara el acta respectiva en la que hará la anotación marginal correspondiente en la del matrimonio.

Así mismo, respecto a esta clase de divorcio, los cónyuges, también pueden divorciarse, acudiendo ante el Juez de lo Familiar, es decir, pueden tramitarlo en la vía judicial, pero por razones de orden práctico no resulta conveniente seguir este último procedimiento.

Cabe advertir, que en dado caso de que se llegare a comprobar que los cónyuges no son mayores de edad, que tienen hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela o que no han liquidado la sociedad conyugal, entonces se hará la denuncia penal respectiva y por consecuencia no surtirá efectos legales dicha clase de divorcio.

3.5.3.4 Ventajas de este Procedimiento.

Las ventajas que trae consigo este procedimiento, son la rapidez y la expedites que se proporciona a los cónyuges, en razón de que una vez efectuado este divorcio, no hay necesidad de alargar el procedimiento, puesto que sus características y requisitos son de suma agilidad, cooperando de esta forma, el Oficial del Registro Civil, toda vez que mediante este juicio administrativo, se logra evitar una mayor carga de trabajo para los juzgadores, ya que a pesar de que los cónyuges pueden intentarlo ante la autoridad judicial, estos prefieren que se ventile de una manera mucho más sencilla, ya que nuestra sociedad lo único que busca, es obtener una mayor eficacia y rapidez jurídica dentro de nuestro sistema de derecho.

Ahora bien como ya han sido desarrolladas las tres clases de divorcio consideradas en nuestra legislación civil, es menester señalar nuestro punto de vista socio jurídico del divorcio, ya que en toda sociedad organizada, el matrimonio es la base de la familia. En consecuencia, la estabilidad del grupo social, exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y sólidas y que la unión de los cónyuges subsista durante toda la vida de los consortes.

Dicha exigencia social se impone en el interés de la educación de los hijos. El divorcio destruye el matrimonio al disolverlo, afecta al grupo familiar y priva a los hijos del medio natural para su desarrollo moral e intelectual, presidiendo de las consideraciones religiosas, el divorcio parecería que se encuentra en pugna con los intereses superiores de la colectividad social y por lo tanto, no se le puede aceptar como institución deseable; antes bien se justifican las medidas

que en diversos países se han adoptado para evitar los divorcios o bien para hacer difícil la disolución del vínculo matrimonial.

El divorcio se presenta a discusión y comentarios, desde un punto de vista humano, en el sentido de el cual debe ser motivo que la ley se considera como causas justificadas de el mismo, por que la resolución judicial que declare la disolución del vinculo, debe ser pronunciada en el caso de que el estado matrimonial ya haya desaparecido entre los consortes. La cuestión se desplaza que efectivamente ya no subsiste entre los consortes dicho vínculo matrimonial, no puede pensarse que en este caso, los cónyuges tengan interés en mantener el vínculo jurídico, esta ruptura no puede tener lugar más que mediante la acción de la justicia y por las causas determinadas por la propia ley.

No puede desconocerse de manera alguna que los jóvenes de las actuales generaciones, son las primeras víctimas de ese desajuste que se observa en las familias modernas y que el creciente numero de divorcios es alarmante en los desajustes familiares, la proliferación de los divorcios es un síntoma del mal que trata de atacarse. En este sentido el divorcio es que se emplea hoy en día como un medio o pretexto para eludir las responsabilidades de los consortes frente a la sociedad, ha recibido las criticas que deben ser encauzadas hacia otras causas más profundas , las crisis por las que atraviesa el matrimonio moderno y la familia, pone de manifiesto que los elementos constitutivos del grupo familiar, no se agotan en la satisfacción sexual ni en la obligación de crianza.

Este elemento psíquico fundamental, el recíproco y verdadero amor conyugal, que cada día requiere más de un sentido de

responsabilidad y vocación compartido entre los cónyuges tiende hoy en día a debilitarse y revierte en muchos matrimonios modernos cuando entre los consortes falta una sólida convivencia y ésta se diluye o desaparece la idea de que el matrimonio es el medio natural de integración de la persona y la sociedad, las causas de la disolución de la familia no se encuentra en la institución del divorcio, ni en el desajuste que sufre el núcleo familiar, sino que el germen de destrucción se origina en otros factores, la mayoría de las veces de carácter social, político y económico, que han trastocado los valores humanos y éticos en la educación que forman a la persona hoy en día.

CAPÍTULO IV

4.-PROCEDENCIA DE LA CONVERSIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO A DIVORCIO VOLUNTARIO, POR CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

4.1.- ASPECTOS DE CARÁCTER PRACTICO QUE DEBEN SER TOMADOS EN CONSIDERACIÓN DENTRO DE NUESTRA LEGISLACIÓN CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

En nuestro sistema jurídico mexicano, encontramos que en la practica se presentan diversidad de juicios, los cuales en ocasiones no están debidamente regulados, pero para los efectos de esta tesis, sólo nos referiremos a un caso practico que se suscita en varias ocasiones dentro del divorcio necesario, ya que es indispensable contemplar y legislar sobre las necesidades y exigencias de nuestra sociedad, para los efectos de lograr una mejor impartición de justicia y una eficiente economía procesal entre otros aspectos.

Ahora bien, entrando al análisis del tema propuesto dentro de la presente investigación, hemos observado que en múltiples ocasiones se tramita un juicio ordinario civil sobre divorcio necesario, en donde suele suceder que las partes (cónyuges), en la etapa conciliatoria esto es en la audiencia previa de conciliación, expresan a la autoridad judicial que en virtud de las platicas que han sostenido, manifiestan al juzgador que es su libre voluntad el dar por concluido dicho juicio de divorcio voluntario.

La probanza de las causas que dieron lugar a ello, podrían ocasionar daños psicológicos que se generan en perjuicio de los hijos o bien en razón de que los cónyuges no deseen seguirse agrediendo, ni faltarse al respeto, ni mucho menos inventar cuestiones no ocurridas en realidad, o bien que pudiera derivar de alguna otra causa personal que los haga desistirse, solicitando en tal virtud, se de continuación en ese mismo proceso al juicio de divorcio por mutuo consentimiento.

Circunstancia ante la cual al no existir una disposición expresa en la ley adjetiva civil, que permita que una vez que se haya iniciado un juicio de divorcio necesario y las partes llegaren a un acuerdo en relación a que se siga ahí mismo el tramite de divorcio por mutuo consentimiento. A lo que el juzgador que conoce del asunto, procede a indicarles a las partes, la imposibilidad de continuar con ese procedimiento y que para ello deberán formular su escrito de solicitud de divorcio por mutuo consentimiento de acuerdo a los requisitos que marca la ley, esto es que deben comenzar un nuevo tramite de acuerdo al artículo 2.275 del código adjetivo civil, situación que no debería darse, en razón de que si ya hay un juicio preexistente y los cónyuges han llegado a un acuerdo reciproco de promoverlo en forma pacifica, no vemos el porque no pueda convertirse, un juicio de divorcio necesario a juicio de divorcio por mutuo consentimiento puesto que ambos persiguen la misma finalidad, además de que con ello se evitaría un retraso en la administración de justicia, una duplicidad de juicios y una menor aglomeración de expedientes, obteniendo por ende una menor carga de trabajo para el juzgador que deba conocer de dicho juicio.

Así mismo, cabe hacer mención que existen algunas practicas en los Juzgados familiares que si permiten que en el divorcio necesario se

de inicio a él divorcio por mutuo consentimiento, es decir permiten que se lleve acabo en un mismo expediente, dando lugar a la conversión de juicios, situación esta que es aprobada en función de las razones expresadas con antelación, pero que desgraciadamente no conforman un criterio generalizado, precisamente por falta de regulación señalada en el supuesto de divorcio.

De ahí, que en base a las argumentaciones vertidas es que debe estipularse en la ley, esta hipótesis a tratar, pero en forma escrita y no verbal, dentro de una etapa procesal determinada, considerando que si fuera legislada esta cuestión se podría lograr eficazmente los fines señalados dentro del artículo 17 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que se debe satisfacer la necesidad de procurar la economía procesal, independientemente de la vía que contempla el divorcio necesario y la vía especial del divorcio por mutuo consentimiento, puesto que aquí lo importante es dar solución jurídica, más no alargar el procedimiento, atendiendo a que la finalidad buscada, es la disolución del vínculo matrimonial, además que consideramos que una de las justificaciones más que respaldan la inquietud para que legisle este supuesto divorcio, es porque hoy en día y desde tiempos atrás se ha convertido en algo preocupante el hecho de que cada órgano jurisdiccional juzgue y aplique la ley en base a su propio criterio, el cual debe estar al tenor del principio de legalidad, incurriendo entonces en una inseguridad jurídica, sin embargo cabe aclarar que aunque la presente propuesta por desgracia no cuenta con el apoyo de algún criterio jurisprudencial o doctrinal al respecto, podemos concluir que si cuenta con el apoyo emanado de la practica jurídica que se ventila en los juzgados familiares, misma que en ciertas ocasiones se encuentra apoyada por la fuente del derecho denominada "costumbre" y estimamos que sino reflexionamos sobre el presente

tema, seguiremos encontrándonos con lagunas dentro de nuestros ordenamientos jurídicos, haciéndose evidente que debemos promover la creación de una norma jurídica que regule adecuadamente todos aquellos casos que a omitido contemplar el legislador, para de esta forma procurar la obtención de una mejor economía procesal por lo que se refiere a la presente propuesta.

4.2.- PROPUESTA LEGISLATIVA PARA QUE SÉ DE LA PROCEDENCIA DE LA CONVERSIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO A DIVORCIO VOLUNTARIO, POR CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DENTRO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, EN SU RESPECTIVO CASO ESPECIFICO.

En virtud de los aspectos señalados anteriormente, es nuestro objetivo primordial, el promover una reforma al código procesal civil para esta entidad federativa, en el cual se contempla el caso mencionado.

Primeramente y como es bien sabido, toda controversia judicial, inicia por medio de una demanda y en este caso será la correspondiente a la demanda de divorcio necesario.

Nosotros proponemos se lleve acabo por escrito y no en forma verbal, es decir no hay que cerrarnos a posibles soluciones que pudieran ayudarnos a obtener la economía procesal que todos buscamos, para de esta forma lograr satisfacer y beneficiar a las personas que intervienen dentro de este tipo de procesos.

Esta situación sería cuando los cónyuges, una vez que se encuentran en completo acuerdo en dar por terminado el juicio contencioso, a sabiendas de las consecuencias jurídicas producidas por el desistimiento realizado, sería factible que nuestra legislación permita que esta decisión sea manifestada en forma escrita, es decir que los consortes presenten una promoción, en la cual el actor se desiste de su acción y el demandado otorga su aceptación y de conformidad del desistimiento y en caso de que se hubiere planteado una reconvencción, el demandado en lo principal y el actor en la reconvencción, se desiste de esta y el actor en lo principal y el demandado en la reconvencción, lo acepta.

Una vez hecho lo anterior, solicitan la conversión procedimental de los juicios, acompañando a su promoción el convenio señalado en el artículo 4.102 del Código Civil, procediendo en consecuencia a acordar la conversión de dichos juicios; citando a los cónyuges para que ratifiquen su escrito de desistimiento ante autoridad judicial; teniendo por exhibido el convenio, dándole vista de este al Ministerio Público adscrito, debiendo citarlo para tal efecto el mismo día y hora en que deban comparecer los cónyuges, en donde después de ratificar su escrito respectivo, se proceda a exhortarlos para que no continúen con el procedimiento, y sino es posible evenirlos, se continúe el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, debiendo dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 2.277 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, en base a la decisión tomada por las partes.

Cabe aclarar que esta forma escrita en donde se solicita la conversión y los demás aspectos ya indicados, nosotros consideramos pertinente que sea presentada hasta antes o en la audiencia de

conciliación, esto es hasta antes de llegar a la etapa de desahogo de pruebas, manifestación que debe hacerse con tiempo prudente para que pueda ser acordada y ratificada. La razón por la cual no aprobamos que sea después de esta etapa, es porque ya no podríamos hablar de buscar una economía procesal en este tipo de aspecto a tratar, además de que sería demasiado tarde el pretender evitar que se ocasionen peores daños tanto a los menores como a los cónyuges.

Si observamos el aspecto que pudiera presentarse dentro del divorcio necesario, logramos percatarnos que el procedimiento que indica nuestra legislación procesal civil no ha sido alterado en su totalidad, sino más bien levemente modificado en atención al caso señalado, ya que a fin de cuentas el seguimiento es el mismo, a partir de lo dispuesto por los artículos 2.277, 2.283 y 2.284, aunque claro también se adecuan algunos otros preceptos legales, tales como son los artículos 2.279 y 2.281 del procedimiento especial.

Ahora bien de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2.275 del Código de Procedimientos Civiles, en el encontramos que existe ya una regulación especial y específica sobre el divorcio por mutuo consentimiento, sin embargo dicho ordenamiento legal no contempla lo concerniente al divorcio necesario, motivo por el cual, este debe regirse y llevarse a cabo de acuerdo al procedimiento indicado dentro de la ley adjetiva civil.

La propuesta realizada dentro de la presente tesis, exige y requiere que hablemos de una reforma, ya que consideramos que se estipule al respecto y para que esto pueda ser posible, tendríamos que crear un artículo más siendo el más idóneo el 2.282 Bis, contenido dentro de los procedimientos especiales, ya que sería factible.

contemplar este caso a tratar, aclarando desde este momento que el apartado que se propone, sólo sería un complemento del juicio ordinario civil, es decir el hecho de que no tenga una tramitación especial, no significa que este deba ser especializado ya que nuestro objetivo no es modificar el procedimiento ordinario, puesto que consideramos que es necesario conservar tal carácter, esto en razón de que dentro de este tipo de juicio se da la controversia, guardando cierta complejidad, motivo por el cual es mucho más largo, siendo por ello indispensable que conserve tal carácter, toda vez que de esta forma las partes tendrán una mayor oportunidad de acreditar en la etapa procesal correspondiente ya sea sus acciones o excepciones.

Por lo que el apartado propuesto dentro de la presente investigación, es sin perjuicio de alterar el contenido jurídico que guarda nuestra ley procesal civil para el estado de México, respecto del juicio ordinario civil, en atención a la figura jurídica del divorcio necesario, motivo por el cual se propone una reforma mediante la creación del artículo 2.282- Bis.

La reforma que se aspira, adecuándola al artículo procedente, quedaría establecida de la siguiente manera.

PROCEDENCIA DE LA CONVERSIÓN DEL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO A DIVORCIO VOLUNTARIO, POR CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN.

ARTICULO 2.282- Bis.- Cuando se encuentre tramitando un Juicio Ordinario Civil sobre divorcio necesario, hasta antes de la etapa de desahogo de pruebas y los cónyuges decidan voluntariamente en divorciarse en términos del artículo 4.102 del Código Civil, deberán

manifestar su conformidad ante el mismo tribunal que este conociendo del juicio de divorcio necesario y sujetarse al siguiente procedimiento:

A) Los cónyuges en razón de lo anterior, deberán presentar una promoción en la cual solicitaran la conversión del juicio de divorcio necesario a divorcio voluntario, desistiéndose ambos para tal efecto de la demanda o reconvenición según sea el caso, circunstancia ante la cual deberán acompañar a dicha promoción el convenio respectivo que señala el artículo 4.102 del código civil en vigor.

B) Hecha la solicitud, citara el tribunal a los cónyuges para que ratifiquen su escrito de desistimiento ante la autoridad judicial, en la cual se identificaran plenamente, teniendo por exhibido el convenio presentado por las partes, dándole vista al Ministerio Público adscrito, citándolo el mismo día y hora en que deban comparecer los cónyuges.

C) Sí los ocursores concurren a la ratificación señalada, una vez aceptado el desistimiento respectivo por la contraparte, el tribunal dictara un acuerdo donde dará por concluido el juicio de divorcio necesario, procediendo en ese mismo acto a convertir en este mismo juicio el procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento, en donde procederá a exhortar por una sola vez a los promoventes para procurar su reconciliación, pero sino logra avenirlos, aprobara provisionalmente oyendo al Ministerio Público sobre los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, los alimentos y de los que un cónyuge deba dar al otro, mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento.

Así mismo, en dado caso de que los consortes o uno de ellos no concurra a la ratificación mencionada, se hará una certificación de este

hecho, teniéndose por desechada la solicitud presentada por los mismos, dando el debido seguimiento al procedimiento ordinario civil, sin posibilidad de poder intentarlo nuevamente, esto por lo que se refiere a este procedimiento de conversión de juicios de divorcio.

D) Así mismo, en dado caso de no haber oposición por parte del Ministerio Público y de que queden bien garantizadas las obligaciones respectivas, entonces pasaran los autos al ciudadano Juez para los efectos de dictar la sentencia definitiva correspondiente, tal y como lo dispone el artículo 2.278 de este código de procedimientos civiles en vigor.

E) En dado caso de existir oposición por parte del Ministerio Público respecto a la aprobación del convenio por considerar que viola los derechos de los hijos o que no queden bien garantizados, se dará cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 2.277 del multicitado ordenamiento legal.

Lo anterior será sin perjuicio de alterar el procedimiento especial Indicado en el presente capítulo, por lo que se refiere a lo dispuesto por los artículos 2.275, 2.276 y 2.27 de este código.

CONCLUSIONES

PRIMERA.– La familia es la base fundamental y esencial dentro de toda la sociedad, motivo por el cual, es menester citarla en el presente trabajo, conociendo para ello su trascendencia y evolución para darnos cuenta que de ella emanan muchos aspectos importantes, tales como son el buen desarrollo del ser humano, así como sus bases morales y sociales dentro del mundo que nos rodea.

SEGUNDA.– Consideramos que el matrimonio desde el punto de vista conceptual, es un acto jurídico celebrado entre un hombre y una mujer que se lleva acabo ante la autoridad civil, por la cual manifiestan su voluntad de unirse para establecer un vínculo conyugal, creándose así un estado permanente de vida que permite a la pareja cumplir con sus fines comunes bajo la protección del derecho que reconoce esa unión.

TERCERA.– Para la constitución del matrimonio es necesario que se cumplan con los elementos de existencia, tales como son, el consentimiento el objeto y la solemnidad, además de estos elementos, para que el matrimonio produzca sus efectos jurídicos, deben cumplirse los requisitos de validez, tales como son: La capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, así como las formalidades, en donde la inobservancia de estos, traerá como resultado la nulidad del matrimonio.

CUARTA.– El matrimonio aspira a ser de carácter permanente y por el hecho de que exista el divorcio, debe darse paso a su disolución, es decir, sólo debe darse por excepción, debiendo ser solicitado sólo cuando la relación conyugal se haga insoportable y se tenga el temor de

llegar a peores consecuencias o daños tanto para los esposos como para los hijos, dando lugar a este, en base a la vía que mejor les parezca a los cónyuges.

QUINTA.– Hoy en día, el divorcio se suscita con mucho mayor frecuencia dentro de nuestra sociedad mexicana y en razón de la gran problemática que en ocasiones se presenta en el seno familiar, se ha hecho necesario regularlo y que mejor manera de resolver dicho conflicto en forma pacífica, como lo es por medio del divorcio por mutuo consentimiento; así mismo por lo que respecta a sus efectos una vez disuelto el vínculo matrimonial, los cónyuges quedan en actitud de contraer nuevo matrimonio en los plazos y términos que señala nuestra legislación civil.

SEXTA.– Así mismo, consideramos que la principal diferencia que existe entre la vía ordinaria civil del divorcio necesario y la vía especial de divorcio por mutuo consentimiento, es que la primera, no tiene una tramitación especial, debe regirse conforme a él procedimiento señalado dentro del Código de Procedimientos Civiles, y por lo que respecta a la segunda, en vista de que esta sí cuenta con una regulación específica, señalada dentro del ordenamiento ya indicado, debe tramitarse conforme a los procedimientos especiales.

SEPTIMA.– Estimamos que por economía procesal debemos entender que es aquella necesidad de que los juicios o controversias sean sometidos a reglas que permitan llegar a una decisión con el menor esfuerzo y gasto, en el menor tiempo posible en beneficio de los litigantes y en general de la administración de justicia.

OCTAVA.– En virtud de la necesidad y dada la transformación de la sociedad, proponemos que se legisle un capítulo especial respecto del juicio de divorcio, es decir si logramos se estipule lo concerniente a la conversión procedimental de los juicios de divorcio necesario con el juicio de divorcio voluntario lograremos obtener múltiples ventajas, tales como son: una menor carga de trabajo tanto para la administración de justicia como para los abogados litigantes que conocen del asunto, además de que uno de los aspectos mucho muy importantes, sería que en base al procedimiento propuesto, una vez que las partes exhiben su convenio, por ende ese estaría contemplado todo lo concerniente a los menores, a los bienes y demás aspectos, dando lugar a la economía procesal que todos buscamos, en el sentido de que ya no habría necesidad de abrir incidente de régimen de visitas por lo que respecta a los hijos, situación que si se suscita en el proceso de divorcio necesario, ya que cuando se tramita hasta su fin, que es la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial, se extiende el juicio, en razón de que se debe continuar con el siguiente acto procesal relativo a la apertura de dichos incidentes y si tomamos en consideración los puntos a tratar dentro de la presente propuesta, podemos concluir que al llevar acabo la conversión de dichos juicios, nos ahorraremos el tiempo necesario ya que en ese momento lograríamos darle conclusión total y definitiva a todo lo que debe contemplarse dentro del juicio de divorcio voluntario logrando evitar el ocasionar daños de diversa índole tanto a los hijos como a los cónyuges.

BIBLIOGRAFIA

- AZUARA PEREZ LEANDRO. SOCIOLOGÍA. Editorial Porrúa S.A. 1994.
- BELLUSCIO AUGUSTO CESAR. DERECHO DE FAMILIA. Tomo I. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1979.
- CALVA ESTEBAN. INSTITUCION DE DERECHO CIVIL. Tomo I. México. 1974.
- COLIN Y CAPITANT. CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL. Tomo I. Editorial Reus. Madrid. 1952.
- CHAVEZ ASENCIO MANUEL F. LA FAMILIA EN EL DERECHO, RELACIONES JURÍDICAS CONYUGALES. Editorial Porrúa S.A. Tercera Edición. 1995.
- ENGELS FEDERICO. EL ORIGEN DE LA FAMILIA. Editorial Quinto Sol S.A. 1985.
- GALINDO GARFIAS IGNACIO. DERECHO CIVIL, PRIMER CURSO PARTE GENERAL, PERSONAS, FAMILIA. Editorial Porrúa S.A. Décimo Segunda Edición. 1993.
- IBARROLA ANTONIO DE. DERECHO DE FAMILIA. Editorial Porrúa S. A. Tercera Edición. 1984.
- MOTO SALAZAR EFRAÍN. ELEMENTOS DE DERECHO. Editorial Porrúa S.A. Trigesimo Novena Edición. México. 1993.
- MAGALLON IBARROLA JORGE MARIO. EL MATRIMONIO. Editorial Style. México. Primera Edición. 1965.
- MONTERO DUHALT SARA. DERECHO DE FAMILIA. Editorial Porrúa S.A. México. 1992.

PALLARES EDUARDO. EL DIVORCIO EN MÉXICO. Editorial Porrúa S.A. Sexta Edición. México. 1991.

PEREZ DE ANDA AUGUSTO. ESTUDIOS SOBRE EL DIVORCIO Y POSIBLES REFORMAS QUE PODRIAN INTRODUCIR A LA ACTUAL LEGISLACIÓN ECUATORIANA. Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana. 1954.

PINA RAFAEL DE. DERECHO CIVIL MEXICANO. Volumen I. Décimo Cuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1985.

PINA RAFAEL DE. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. Volumen I. Décimo Tercera Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1983.

RAGE ATALA J. ERNESTO. LA PAREJA: ELECCIÓN, PROBLEMÁTICA Y DESARROLLO. Editorial México: Universidad Iberoamericana Plaza y Valdez. 1996.

PLANIOL MARCEL RIPERT GEORGES. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL. Tomo IV. Décimo Segunda Edición. Editorial Cajica S.A. Puebla. 1946.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, INTRODUCCIÓN PERSONAS Y FAMILIA. Tomo I. Vigésima Cuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1991.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo II. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1975

SANCHEZ ROMAN. ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. Tomo V. Volumen I. 1983.

TORQUEMADA JUAN FRAY DE. HISTORIA DE MÉXICO. Edita UNAM, México. 1977.

LEGISLACIONES

CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

OTRAS LEGISLACIONES

CLEMENTE SOTO ALVAREZ. SELECCIÓN DE TERMINOS JURÍDICOS POLITICOS, ECONOMICOS Y SOCIOLOGICOS. Segunda Reimpresión. Editorial Limusa. México. 1985.

PALOMAR DE MIGUEL JUAN. DICCIONARIO PARA JURISTAS. Ediciones Mayo S. de R.L. 1981.

PALLARES EDUARDO. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Porrúa S.A. México. 1991.

PINA VARA RAFAEL DE. DICCIONARIO DE DERECHO. Décimo Novena Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1993.