



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
"ARAGÓN"**

**TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE
DIVORCIO NECESARIO POR CONVENIO JUDICIAL
EN 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:

GUADALUPE LIRA MÍRELES

ASESOR: LIC. ALEJANDRO ARTURO RANGEL CANSINO

MÉXICO

2005

m 346801



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.

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

NOMBRE Guadalupe Lirio
Mirales

FECHA: 30-Junio-05

FIRMA: 

Agradecimientos

A mis padres; Por confiar y estar a mi lado, pero sobre todo por la formación que me dieron como persona; Gracias Felisa Mireles Sierra y Martín Lira Infante.

A mis hijas Jessica y Vanessa, por darme las fuerzas necesarias para seguir adelante, por ser esa luz en mi camino.

A mi esposo Rodolfo López Beltrán, por el apoyo y comprensión brindado.

*Y especialmente a ese ser maravilloso que siempre nos ha acompañado, guiado y protegido;
Gracias Dios.*

**TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO
NECESARIO POR CONVENIO JUDICIAL
EN EL ESTADO DE MÉXICO**

INDICE

Introducción _____ I

**CAPÍTULO I
LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO**

1.1. Antecedentes de la familia _____ 1
1.2. Concepto de familia _____ 5
1.3. Concepto de matrimonio _____ 11
1.4. Evolución del matrimonio _____ 20
1.5. Naturaleza jurídica del matrimonio _____ 22
1.6. Requisitos para contraer matrimonio _____ 25
1.7. Elementos de existencia y de validez _____ 29
1.7.1. Elementos de existencia _____ 29
1.7.2. Elementos de validez _____ 31

**CAPÍTULO II
MARCO JURÍDICO CONCEPTUAL**

2.1. Concepto de proceso _____ 34
2.2. Concepto de procedimiento _____ 36
2.3. Concepto de juicio _____ 40
2.4. Concepto de acción _____ 43
2.5. Concepto de allanamiento _____ 69
2.6. Concepto de desistimiento _____ 71
2.7. Convenio judicial _____ 74

**CAPÍTULO III
DEL DIVORCIO**

3.1. Concepto _____ 75
3.2. Antecedentes _____ 76
3.3. Tipos de divorcio _____ 86
3.4. Administrativo _____ 87
3.5. Judicial _____ 88

CAPÍTULO IV
EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO NECESARIO EN EL ESTADO DE MÉXICO

4.1. Procedencia _____	92
4.2. Causales de divorcio _____	93
4.3. Tramitación _____	96
4.4. Audiencia conciliatoria _____	107
4.5. Situación práctica en el divorcio necesario en el Estado de México _____	108
4.6. Concepto de suplencia en el Derecho familiar _____	108
4.7. Propuestas _____	109
Conclusiones _____	111
Bibliografía _____	113

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de gran relevancia que actualmente se manejan, es todo lo relacionado con la familia. Siendo ésta la célula básica de la sociedad. Es así que el matrimonio, uno de los medios legales para constituir la familia, tiene una gran trascendencia en el ámbito de la sociedad mexicana, lo que para su constitución requiere de una serie de requisitos determinados por la ley para otorgarle plena validez jurídica.

Hoy en día, el matrimonio atraviesa por una crisis, que ha llevado a que se disuelva el mismo por uno de los medios legales, el divorcio. Para poderlo realizar existen dos vías, una que es administrativa y otra judicial que puede ser por mutuo consentimiento o necesario. Este último no requiere de un procedimiento especial, por lo tanto, es en la vía ordinaria civil y ante un juez de lo familiar, si es que existe en la entidad en que se tramite.

Siendo así las cosas, hemos de ver que el divorcio necesario en el Estado de México, se realiza por la vía ordinaria civil y ante un juez de lo familiar. Es el caso, de que si las partes quieren llegar a un acuerdo de divorcio en la audiencia de conciliación, tienen que manifestarlo ante la autoridad y presentar un escrito donde se solicite el cambio de divorcio necesario a voluntario y en consecuencia realizar lo dispuesto por la ley de la entidad para el trámite de divorcio voluntario.

Es en lo anteriormente manifestado, en donde consideramos que no debería de ser así, en tanto que si las partes llegan a un acuerdo en la audiencia de conciliación o en cualquier otra etapa del juicio, dicho acuerdo debería homologarse como sentencia y evitarse una serie de trámites, como es la conversión de necesario a voluntario, que para el caso tiene los mismos efectos.

En el presente trabajo, analizaremos nuestro particular punto de vista en relación a la situación planteada, proponiendo una solución al respecto.

Para tal efecto, la tesis se desarrollará en cuatro capítulos. El primero estableciendo a la familia y al matrimonio; en el segundo un marco jurídico conceptual

de instituciones aplicables al tema; en el tercero tocaremos el tema del divorcio, indispensable para el desarrollo del tema en cuestión y como último y cuarto capítulo nos referiremos al divorcio necesario y su tramitación en el Estado de México.

La metodología aplicable es la inductiva, deductiva y exegética.

ÍNDICE DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

CDCIPF	Rojina Villegas, Compendio de Derecho civil introducción, personas y familia.
CTDC	Magallón Ibarra, Compendio de Términos de Derecho Civil.
CTP	Alcalá Zamora, Cuestiones de terminología procesal.
DC	Galindo Garfias, Derecho civil.
DCM	Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano.
DD	Pina Vara, Diccionario de Derecho.
DDF	Chávez Asencio, Derecho de familia.
DDFS	Baqueiro Rojas, Derecho de familia y sucesiones.
DDPC	Pallares, Diccionario de Derecho procesal civil.
DDS	Diccionario de Sociología.
DJT	Colegio de profesores de Derecho procesal, Diccionario jurídico temático.
DP	Briceño Sierra, Derecho procesal.
DPC	Ovalle Favela, Derecho procesal civil.
DPR	D'ors Álvaro, Derecho privado romano.
DR	Padilla Sahagún, Derecho Romano.
DRLCPCF	Escriche, Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense.
EDM	Pallares Eduardo, El divorcio en México.
EJA	Burgoa Orihuela, El juicio de amparo.
EMSCI	Magallón Ibarra, El matrimonio, Sacramento, contrato, Institución.
EPDC	Sánchez Márquez, El parentesco en el Derecho comparado.
GDP	Pérez Palma, Guía de Derecho Procesal.
LCM	Castán Tobeñas, La crisis del matrimonio.
LFD	Chávez Asencio, La familia en el Derecho.
LPFM	Peña y Peña, Lecciones de practica forense Mexicana.
LSDPF	Tenorio Godínez, La suplencia en el Derecho procesal familiar.
MDEJ	Orizaba Monroy, Matrimonio y divorcio efectos juridicos.
NDJM	Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano.
TGP	Gómez Lara, Teoría general del Proceso.

CAPÍTULO 1

La Familia y el Matrimonio

1.1. Antecedentes de la Familia

La concepción y definición de la familia ha surgido y evolucionado a través de los tiempos, es así que se ha establecido lo siguiente.

“El origen de la familia es sin disputa anterior al derecho y al hombre mismo. Los sociólogos han encontrado que entre los antropoides se produce una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra, a partir de la unión sexual”¹.

Históricamente la familia es la organización primitiva que se conoce y la primera que forma la sociedad, además de que es el pilar del estado. Aunque a lo largo de la historia la familia ha evolucionado y pasado por una serie de estilos y organizaciones ésta aún ha permanecido inalterada.

Por lo que históricamente entendemos que los primeros nexos que se establecen entre los hombres primitivos son de tipo biológico o familiares, por lo tanto la familia es la primera organización primitiva que se conoce.

Entre los pueblos primitivos, constituidos por tribus o clanes cazadores y trashumantes, la familia normalmente está constituida por un varón y una o más hembras y a veces, por unos pocos parientes que se agregan al pequeño núcleo de personas, formado por los padres y los hijos, que a cambio de obtener protección y ayuda del jefe del núcleo, colaboran en las labores propias del pastoreo y de la caza.

Ya en los grupos sedentarios, constituidos por tribus o clanes que en cierta manera son independientes entre sí, se dedican a las labores de pastoreo y de la caza, y además al cultivo de la tierra (agricultores). En ellos los lazos de cohesión o de parentesco entre los miembros del grupo, se consolidan y expanden un poco porque a la

¹ Galindo Garfias, DC. p. 450.

motivación de orden simplemente biológico o económico se agrega un dato de orden religioso. En estas organizaciones rudimentarias de individuos, normalmente está severamente prohibido el incesto (tabú) o sea la relación sexual y el matrimonio entre los miembros del clan que son parientes entre sí.

En Roma, la familia se organizó bajo un régimen patriarcal monogámico, en el centro de la cual se colocaba la autoridad del marido, fundada en el culto a los muertos. El *pater familias*, era a la vez, sacerdote del culto doméstico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia.

Bajo el Cristianismo y durante la época feudal, la Iglesia Católica en el Siglo X elevó el matrimonio a la categoría de sacramento, reconoció el alto nivel de la mujer dentro de la familia y puso a toda la sociedad doméstica al servicio de los hijos.

La familia moderna está formada por los progenitores y su prole, el padre, la madre, los hijos y los nietos que había con ellos. Los efectos principales derivados de la relación de familia consisten en el derecho a alimentos, entre parientes próximos, el derecho a la sucesión legítima y en la prohibición para contraer matrimonio entre ascendientes o entre colaterales dentro del tercer grado en la línea colateral desigual (tíos, sobrinos) y sin limitación alguna en la línea recta ascendente o descendente, ya sea por consanguinidad o por afinidad.

La familia moderna se caracteriza por ser una institución fundamental fundada en una relación sexual, suficientemente precisa y duradera, que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos. Ha de consistir en una relación sexual continuada; normalmente se funda en el matrimonio y excepcionalmente en una institución equivalente (concubinato).

Las primeras organizaciones familiares que existieron fueron las siguientes:

La consanguínea. En la cual el matrimonio se sigue dando por grupo generacional y el vínculo hermano-hermana presuponía el matrimonio. Existía la poligamia como derecho del hombre para tener relaciones sexuales con cualquier mujer y, la poliandria como derecho de la mujer de tener relaciones con cualquier hombre.

Esta familia existió en el esclavismo y la barbarie. “No existe la noción de pareja conyugal, y la prohibición de incesto se refiere únicamente a las relaciones entre padres e hijos”².

La Púnalua. El matrimonio se sigue dando por grupos y se excluye a los hermanos del intercambio sexual recíproco. Los hijos de una madre no tienen relaciones entre sí; todos los hombres y las mujeres consideran a todos los hijos como suyos, se conserva la poligamia y la poliandria y el parentesco se da por línea materna.

La Sindiásmica. Aquí la unión conyugal se realiza por pareja y no por grupos como es la consanguínea y púnalua. Un hombre vive con una mujer, pero mientras que a ésta, por lo menos mientras dure la unión, se le exige fidelidad estricta y se castiga severamente el adulterio femenino, en cambio el varón goza del derecho de la infidelidad ocasional e incluso a la poligamia. Permanece la poligamia y desaparece la poliandria; en este caso el matrimonio puede disolverse por voluntad de cualquiera de los miembros de la pareja, y los hijos sólo pertenecen a la madre.

La Monogámica. En ésta se establecen lazos conyugales más duraderos y no pueden ser disueltos por el solo deseo de alguno de los cónyuges, pero se permite al hombre repudiar a la mujer por infidelidad. Este tipo de familia se encuentra fundado en el poder del hombre. “Un poder de origen económico radicado en el control masculino por la propiedad privada y tiene el objetivo formal de procrear hijos de una paternidad cierta, para que hereden los bienes de la fortuna paterna”³.

Esta organización perdura en la actualidad y consiste en la unión conyugal de una pareja con predominio absoluto del varón y el parentesco determinado por la línea paterna, aunque sigue existiendo la poligamia. Sin embargo, la unión debe consistir exclusivamente entre un solo hombre y una sola mujer.

De las etapas históricas que atravesó la organización familiar de la humanidad, es la monogamia paternalista. Las primeras etapas pertenecen a la prehistoria, la historia verdadera se inicia cuando de simples hipótesis empiezan a obtener datos reales de lo

² Chávez Asencio, LFD, p. 199.

³ Chávez Asencio, LFD, p. 201.

sucedido en el pasado a través de documentos de toda índole, así la historia de la familia nos relata la organización patriarcal monogámica, con las excepciones ya señaladas de la poligamia por algunos pueblos para las clases dirigentes. La familia patriarcal monogámica no sólo es el antecedente de la familia moderna, sino que es su propio modelo.

La *gens*, es otra organización social primitiva que rebasa el ámbito de las relaciones familiares e incluye algunos aspectos de tipo social y religioso. Estos aspectos son los que distinguen a una *gens* de otra dentro de la misma tribu, aunque siguen existiendo relaciones consanguíneas o familiares; cuando la *gens* se amplía, surge la patria.

La patria es un conjunto de la *gens* de la misma tribu que tenía rasgos comunes y en la cual las relaciones sociales y políticas se van incrementando y los nexos familiares ya no cuentan.

La tribu surge cuando se amplían las relaciones de las patrias. La tribu es un conjunto de patrias donde se acentúan aún más las relaciones sociales y sobre todo las políticas.

La sociedad contemporánea comienza a organizarse basándose en nuevos patrones de convivencia en el ámbito familiar: padres e hijos y cónyuges entre sí, en el que rijan principios de respeto mutuo, colaboración, igualdad y reciprocidad de derechos y deberes.

De lo anterior se puede establecer que la familia puede estar constituida de diferentes formas dependiendo de diversos factores como lo son: la cultura, la clase social, la época o el espacio geográfico. En cuanto a nuestro Derecho la familia la constituyen los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea recta ascendientes y descendientes sin limitación de grado, ya sean surgido dentro o fuera de matrimonio, los colaterales hasta cuarto grado, los afines y el adoptante y adoptado entre sí.

1.2. Concepto de Familia

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

Conforme va evolucionando la familia, se va dando una definición diferente atendiendo a la época y el lugar en que ésta se asienta. Por lo que no se puede dar una definición universal, ya que la misma dependería de la perspectiva en que se analice, ya sea, a través del punto de vista de su origen, a partir de su evolución histórica o bajo un ámbito jurídico.

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

Respecto del aspecto etimológico también se dice lo siguiente:

"La palabra familia procede del grupo de los *famuli* (del osco *famel*, según unos; *femel* según otros, según entender de Taparelli y de Greef, proviene de *fames*, hambre).

Famulus son los que moran con el señor de la casa, según anota Breal, en osco, *fuamat* significa habita, tal vez del sánscrito *vama*, hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (*servi*), llamando pues familia y *familia* al conjunto de todos ellos.

Famulus, dice Engels quiere decir esclavo doméstico y familia es el conjunto de los esclavos pertenecientes a un mismo hombre”⁴.

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

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc.

Así podemos decir que la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras:

“Se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social”⁵.

La familia tradicional está compuesta por un padre, una madre y los hijos, que viven todos juntos en forma permanente en una casa llamada hogar conyugal y funciona como unidad de vida. Por lo que toda unión sexual esporádica y pasajera no crea familia.

Sin embargo, para que sea una familia propiamente dicha, debe de estar basada en la institución del matrimonio, ya que la unión libre o de concubinato no reúnen las características de un matrimonio formal y legal en atención a que el matrimonio es el fundamento de la familia, se deben observar, realizar y respetar todos los requisitos, formas y procedimientos establecidos en la ley.

⁴ Sanchez Márquez, EPDC, p. 1.

⁵ Chávez Asencio, LFD, p. 7

En toda familia debe imperar, leyes, reglas, costumbres, diálogo, moral, educación y religión, que unen más a las familias, gobernándolas y regulando su conducta para que vivan ordenadas y organizadas.

Por todo esto es importante que la pareja, que pretenda contraer matrimonio manifiesten su voluntad y acepten cumplir todos y cada uno de los fines del matrimonio, así como, los deberes, derechos y obligaciones conyugales que establece la ley, la costumbre, la moral, la sociedad y la religión.

Los deberes, derechos y obligaciones conyugales se traducen fundamentalmente en; constituir un estado permanente de vida, perpetuar la especie en forma responsable, ayudarse mutuamente, darse afecto, respeto, fidelidad y cariño recíproco y exclusivo entre los cónyuges, vida en común con características de autoridad y decisión iguales, con valores de tipo moral, religioso, ético, educativo y jurídico a efecto de dar coherencia y estabilidad integral a la familia

Los padres e hijos como integrantes de una familia, llegan a sufrir las consecuencias de una inadecuada integración familiar, ya que no solamente la clase media sufre desavenencias, sino también la clase alta o acomodada; el matrimonio que se inicia en situación efectiva y social basada en hechos convencionales, encontrara con el tiempo una inestabilidad y una ruptura que los llevara al fracaso.

Por lo tanto citaremos algunas definiciones de diferentes puntos de vista.

El primer enfoque nos coloca frente a un concepto biológico de la familia que desde este ángulo, deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación. La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

La segunda perspectiva nos enfrenta a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares.

En algunos casos, como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada "familia nuclear", que se encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos, estos, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva y, aunque vivan separadas, se encuentran engranadas, de una forma típica, en redes alargadas de familiares por diversas partes. En otros casos, como sigue ocurriendo en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del *pater*. En estas circunstancias, es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada "familia en sentido extenso".

La familia es: "La institución social básica. Uno o más hombres que viven con una o más mujeres en una relación sexual socialmente sancionada y más o menos permanente con derechos y obligaciones socialmente reconocidos, juntamente con su prole"⁶.

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

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

El tercer enfoque nos sitúa ante un concepto que no siempre ha reflejado al modelo biológico ni al modelo sociológico; es decir, el concepto jurídico, pues este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocida

⁶ DDS. p. 110. s. v. Familia.

como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Definición del autor Joaquín Escriche, “Es la reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe; y el conjunto de las personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por los lazos del parentesco”⁷.

Para Mazeud define a la familia como, “la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuge, están sujetos a la misma autoridad: la del cabeza de familia”⁸.

Encontramos otro concepto acerca de la familia, “En sentido muy amplio, la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere. Esta noción, por su propia vaguedad y su amplitud, no tiene efectos jurídicos. La palabra “familia” tiene una connotación más restringida, a la que se ha llegado después de una larga evolución, y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo”⁹.

“Por lo tanto, y aunque se basa en los conceptos biológicos y sociológicos, en nuestro derecho el concepto jurídico de la familia sólo la considera a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. Así las cosas, el concepto jurídico de la familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos”¹⁰.

En México existen algunas legislaciones que nos dan un concepto de familia como por ejemplo; el Código Familiar de Hidalgo, Código Familiar de Zacatecas, Código Civil del Estado de Morelos y la Ley para la Protección de la Familia del Estado de Yucatán.

⁷ Escriche, DRLCPCF, p. 251. s. v. familia

⁸ Sánchez Márquez. EPDC. p. 49.

⁹ NDJM. 1675-1676. s.v. familia.

¹⁰ Baqueiro Rojas. DDFS. p. 9.

La legislación familiar del Estado de Hidalgo, en su capítulo primero, en su artículo 1º nos define ésta, que a la letra dice: “La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico, del concubinato: por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad”.

Por su parte el Código Familiar de Zacatecas, en su Libro Primero, Título Primero, Capítulo I, en su Artículo 3 nos dice: “La familia es una institución político-social, permanente, constituida por un conjunto de personas, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica”.

El Código Civil del Estado de Morelos en su Artículo 84 nos expresa; “La familia Morelense es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación natural que, establece entre hombre y mujer y su plena realización en la filiación libre, consiente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja.

La Ley para la Protección de la Familia del Estado de Yucatán en su título primero. Disposiciones generales. capítulo único establece:

Artículo 2o. La familia es el agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco y con un domicilio común, y constituye la base de la estructura de la organización y desarrollo de la sociedad, por lo que el Estado le otorgará consideración preferente al momento de elaborar y ejecutar políticas, planes y programas de gobierno.

1.3. Concepto de Matrimonio

El matrimonio es una de las instituciones a las cuales se les presta demasiada atención por ser éste, una de las formas más importantes de crear la familia.

La trascendencia que tiene esta institución comprende los órdenes jurídico, moral y social, esto explica que los especialistas en esas disciplinas le hayan dedicado tantos esfuerzos en estudiar su problemática.

Al estudiar los diferentes aspectos de este tema, es preciso decir que el matrimonio es la forma regular de la constitución de la familia.

El matrimonio puede ser considerado religioso o civil; desde el primer concepto es un sacramento, y civil desde la concepción jurídica que puede definirse como un acto bilateral y solemne, porque se realiza entre dos personas de distinto sexo, una comunidad destinada al cumplimiento de los fines, espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la aceptación voluntaria de los contrayentes. El término matrimonio debe entenderse como la comunidad formada por el marido y la mujer.

El matrimonio, como institución natural, se basa en el instinto sexual, pero al pasar el hombre del estado de la animalidad al de sociabilidad y por tanto de espiritualidad, se sublima convirtiéndose el matrimonio en la unión de almas.

Es así que al matrimonio se le ha conceptualizado de diferentes maneras a saber y tenemos las siguientes:

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se establece el concepto etimológico de matrimonio y la cual refiere a “la voz matrimonio deriva de los vocablos latinos *matris* y *munium*, que significan carga o gravamen para la madre, expresándose de ese modo que es la mujer quien lleva el peso mayor tanto antes como después del parto”.

“Etimológicamente la voz matrimonio deriva de los vocablos latinos *matris* y *munium*, que significan carga o gravamen para la madre, expresándose de ese modo que es la mujer quien lleva el peso mayor tanto antes como después del parto. No reconocen en cambio la misma raíz etimológica los sinónimos de matrimonio en Francia, Italia e Inglaterra por ejemplo, donde se habla de *mariage*, *matrimonio* y *marriage* respectivamente, palabras todas derivadas de marido.

Aunque existe una paralela importancia del padre, en el sentido etimológico, pues de él se obtienen principalmente la adquisición, conservación y administración de los bienes de la familia y por lo tanto, al conjunto de éstos se le denominará patrimonio.

Tomo el nombre de las palabras latinas *matris munium*, que significan oficio de madre; y no se llama patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y lactancia. Ha de preceder para contraerle la licencia del padre, madre, abuelo paterno ó materno, tutor ó juez, en los menores, según los respectivos, y asimismo la publicación de las amonestaciones ó proclamas en la parroquia, no sólo para que llegue a noticia de todos, sino también para que se manifiesten los impedimentos que pudiere haber. Más es de advertir que ni la omisión de las proclamas, ni la de dicha licencia ó consentimiento paterno, son causa de nulidad; antes bien las proclamas se dispensan fácilmente”¹¹.

Algunos tratadistas, entre ellos, José Castán estima que el anterior tiene un significado “poco verosímil y desde luego muy expuesto a interpretaciones equivocadas. Ni el matrimonio echa ninguna pesada carga sobre la mujer, pues lejos de ello, aligera la que a este sexo corresponde naturalmente en razón de sus funciones matrimoniales ni tampoco puede decirse que el matrimonio sea así llamado por que en él es la mujer el sexo importante; prueba de ello que en casi todas las lenguas romances existen para designar la unión conyugal, sustantivos derivados del *maritare* latino, forma verbal de *maritus* marido, más, *maris*, el varón”¹².

¹¹ Magallón Ibarra, EMSCI. p. 6.

¹² Castán Tobeñas, I.C.M. pp. 45-46

Desde otro punto de vista se puede definir etimológicamente al matrimonio como; (del latín *matrimonium*.) con tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.

De ahí que se pueda afirmar que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.

Desde el punto de vista filológico se establece como; “El Derecho romano no ve la relación matrimonial como perfectamente simétrica, sino como distinta según se considere desde el punto de vista de la mujer o del marido. –*Nuptiae*–(siempre en plural) se refiere a la situación de la mujer casada, pues sólo de la mujer se dice que es *nubilis* (casadera), que *nubet* (se casa) o es *nupta* (casada): no son *nuptiae* las ceremonias iniciales del matrimonio, sino la posesión de la mujer casada, en su duración temporal. *Matrimonium*, en cambio, es el del marido, que adquiere como mujer una *mater* para su casa (*ducit uxorem* = se lleva una mujer legítima); de todos modos, el lenguaje acaba por confundir un poco estas diferencias. El *matrimonium*, como institución, se ve, pues desde el punto de vista del varón”¹³.

El matrimonio ha cambiado de fisonomía del Derecho romano a la edad moderna; constituía entonces un hecho humano porque la relación entre los cónyuges no se instauraba establemente por obra de un simple acuerdo inicial como ahora acontece sino que nacía y perduraba con el nacimiento y el perdurar del *affectedio maritalis*, voluntad de ser cónyuges y de vivir y tratarse como marido y mujer: cesando tal *affectedio*, se disolvía automáticamente el matrimonio (divorcio) fundado en él. El cristianismo reaccionó contra tal concepto y aunque sin lograr desarraigo totalmente, ni siquiera en la última fase del imperio romano, lo socavó interiormente haciendo más difícil el divorcio: por fin, en la Edad Media, dominó un nuevo concepto en el Derecho canónico, en cuya virtud el matrimonio que es un contrato creó, por efecto del

¹³ D'ors, Álvaro. DPR, p. 290.

sacramento, un vínculo indisoluble (el sacramento existe o no, y si existe, como significa que Dios ha unido a los cónyuges, estando el vínculo en sus manos, es eterno; es decir, lo que Dios ha unido, los hombres no pueden separarlo); y todo ello, no sólo influyó en el Derecho civil, sino que ha impregnado el actual.

El Código de Derecho canónico define así el matrimonio:

“La alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenada por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”¹⁴.

Como se ha demostrado anteriormente, es posible ver el matrimonio desde distintos puntos de vista, dependiendo del enfoque y los efectos que estamos buscando. Así, en este sentido, veremos ahora, la figura desde el punto de vista jurídico.

Para el autor Cicu, el matrimonio es “una comunidad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola”¹⁵.

“El contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos”¹⁶.

“La unión válida de un hombre y una mujer celebrada conforme a las leyes del Estado y ante un magistrado civil, o la declaración de voluntad de contraer matrimonio prestada ante un magistrado civil y la situación jurídica creada por este acto”¹⁷.

Carlos José Álvarez: “Unión legítima indisoluble del hombre y la mujer con el fin de procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse los esposos recíprocamente en la vida”¹⁸.

¹⁴ c. 1055.

¹⁵ Baquerio Rojas, DDFS. p. 41

¹⁶ Chávez Asencio, DDF. p. 70

¹⁷ Chávez Asencio, DDF. p. 70

Rodolfo de Ibarrola: “Unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación del consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el oficial del Registro Civil”¹⁹.

Juan Carlos Loza : “Institución jurídica, formal de orden público, fundada sobre el consentimiento mutuo, en que dos personas de diferente sexo unen permanentemente sus destinos para los fines de la procreación de la prole, la educación de los hijos y la asistencia mutua sometida al estatuto legal que regula sus relaciones”²⁰.

Borda: “Es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad privada”²¹.

Kipp y Wolf: “El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, reconocida por el Derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas”²².

El Maestro Rojina Villegas hace mención del Matrimonio Consensual: en cuanto a que éste se presenta como “una manifestación libre de voluntades entre el hombre y la mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el Derecho canónico, en un contrato que se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público”²³.

¹⁸ Chávez Asencio, DDF. p. 70.

¹⁹ Chávez Asencio, DDF. pp. 70-71.

²⁰ Chávez Asencio, DDF. p.71.

²¹ Chávez Asencio, DDF. p. 71.

²² Chávez Asencio, DDF. p. 71.

²³ Rojina Villegas, CDCIPF. p. 288.

El autor Rafael de Pina Vara nos conceptúa al matrimonio como “Unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida”²⁴.

Escríche lo define como: “La sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen en un vínculo indisoluble para perpetuar la especie, ayudarse a llevar el peso de la vida, y participar de una misma suerte”²⁵.

Para distinguir esta comunidad se le señalan diferentes características:

- a) Unión entre personas de diferente sexo, se descartan con ello las uniones homosexuales;
- b) Monogámico, o sea, la unión de un hombre y una mujer, por lo que no son matrimonios las uniones promiscuas o de grupo, así como tampoco la poligamia o la poliandria;
- c) Solemne, aun cuando el matrimonio de hecho, por uso o comportamiento ha sido aceptado en diferentes épocas y lugares, esto ha sido como subsidiario del matrimonio celebrado, según ciertos, ritos solemnes ante ministros civiles o religiosos y en casos de conflicto tiene preferencia el matrimonio solemne sobre el que sólo se funda en el comportamiento; y
- d) Disoluble en vida de los esposos. La disolución de la comunidad o convivencia, no implica necesariamente el rompimiento del vínculo jurídico, que deje para contraer un nuevo matrimonio, aun en los sistemas más conservadores que prohíben el divorcio vincular, se ha permitido la nulidad y el divorcio por separación de cuerpos, así en los sistemas civiles que siguen la regulación canónico católica, en la actualidad la mayoría de las legislaciones aceptan el rompimiento del vínculo y dejan a los divorciados en posibilidad de celebrar un nuevo matrimonio que cumpla las finalidades sociales éticas y aun económicas que le competen dentro de la comunidad.

²⁴ Pina Vara. DD. p. 368.

²⁵ Escríche. DRLPCF. p. 419. s. v. Matrimonio.

Se puede afirmar que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.

Sin embargo, cada ley sustantiva civil o familiar de las entidades federativas establece su concepto y así tenemos los siguientes:

Código Civil para el Distrito Federal.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común, donde encontramos la definición de Matrimonio a que hace referencia el artículo 146 que a la letra dice: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y de una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”.

Código Civil para el Estado de México.

Artículo 4.1 “El matrimonio es 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 fundación de la familia”.

Código Familiar Reformado para el Estado de Hidalgo.

Artículo 11. “El matrimonio es una institución social y permanente, por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre y una sola mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones, originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable”.

Código Civil de Jalisco

Artículo 258. "El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia".

Código Civil de Baja California Sur

Artículo 150. "El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, con el propósito expreso de integrar una familia mediante la cohabitación doméstica y sexual, el respeto y protecciones recíprocas, así como la eventual perpetuación de la especie, la cual tiene los siguientes fines:

- I. Es libremente electo, tanto por lo que corresponde a su celebración, como la persona con quien se contrae.
- II. Los cónyuges conservarán en todo tiempo la libertad para determinar la totalidad de los aspectos concernientes a su relación matrimonial, dado que los vínculos que derivan de la unión, son exclusivos de la pareja;
- III. Con el matrimonio se funda legalmente la familia, que es la comunidad establecida naturalmente para la diaria convivencia;
- IV. La estabilidad de la familia, base de las instituciones sociales, contribuyen a la armonía social;
- V. En las relaciones conyugales tiene manifestación la complementariedad de los seres humanos en los aspectos afectivo y biológico, ningún cónyuge es superior al otro y con la unión se hace posible el desarrollo de la potencialidad humana;
- VI. La familia constituye el medio natural para el desarrollo de las interrelaciones de responsabilidad y solidaridad humana;
- VII. En la familia debe buscarse el afecto y la fidelidad, así como darse apoyo recíproco; y
- VIII. El afecto familiar es reconocido como una dignidad, no como un sometimiento de un ser a otro, sino como un perfecto entendimiento sobre los valores de existencia humana".

Artículo 151. "Cualquier condición contraria a los fines señalados en el artículo anterior, se tendrá por no puesta".

Código Civil de Morelos

Artículo 122. Naturaleza del matrimonio. El matrimonio es la unión voluntaria de un hombre y una mujer, sancionada por el Estado, para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente. Cualquier condición contraria a estas finalidades se tendrá por no puesta.

El vínculo matrimonial se extingue por la muerte o presunción de ésta de uno de los cónyuges, por divorcio o por declaración de nulidad.

Código Civil de Puebla

Artículo 294. El matrimonio es un contrato civil, por el cual un sólo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia.

Código civil de Yucatán.

Artículo 54. El matrimonio es la unión voluntaria entre un solo hombre y una sola mujer, basada en el amor y sancionada por el estado, para fundar una familia, perpetuar la especie y darse recíprocamente compañía, ayuda y asistencia.

Desde cualquiera de estos puntos de vista el matrimonio constituye el fundamento de la familia y de la organización social, por lo que Cicerón lo llama el principio de la ciudad y la semilla de la República.

En síntesis y atendiendo a las numerosas características que el matrimonio ha tenido en diversos tiempos y lugares podemos concretarla como la comunidad de vida de hombre y mujer reconocida, regulada y amparada por el Derecho.

1.4. Evolución del Matrimonio

Es conveniente referirnos al desarrollo que ha tenido el matrimonio en sus diferentes momentos históricos y poder precisar sus características y datos esenciales. En épocas muy antiguas se conoció el matrimonio por comunidades, en que los hombres de un clan o tribu tomaban como esposas a las mujeres de otro clan (exogamia); después aparece el matrimonio por raptó o por compra, en comunidades tribales más evolucionadas, apuntando ya hacia la base patriarcal.

En el Derecho romano “El matrimonio es una situación de hecho meramente social. El Derecho no regula la forma como debe celebrarse, es por ello que son importantes, “los actos sociales que inician la convivencia, y también la constitución de la dote, aunque ni unos ni otra sean, en rigor, imprescindibles”²⁶

El matrimonio en el Derecho romano jamás adquirió un carácter jurídico, no reguló la forma como debían contraer matrimonio los ciudadanos, era un hecho social que tenía consecuencias jurídicas, como la *patria potestas*, el parentesco de *agnatio*, la sucesión de los descendientes, etc.

No obstante, la *manus*, que es el poder jurídico que tiene el marido sobre su mujer o sus nueras, cuando éstas así lo desean, sí es un acto jurídico y el Derecho romano regula expresamente tres formas por las que el marido puede adquirir la *manus* sobre éstas: la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*. A partir de época clásica es rara la mujer que desea estar bajo la *manus mariti*, la mayoría prefieren quedar en un plano de igualdad jurídica con respecto a su marido. La *manus* no se produce automáticamente por la celebración del matrimonio, sino que requiere de un acto especial.

La Constitución francesa de 1791 declara que el matrimonio es un contrato civil, igualmente se creó en ese país y en otros la secularización total de la legislación sobre matrimonio paralelamente a la secularización del registro civil.

²⁶ Padilla Sahagún. DR. p. 55.

En México, a partir de la dominación española, las relaciones jurídicas entre cónyuges y la celebración del matrimonio se regularon por el Derecho canónico. Esta situación prevaleció hasta mediados del siglo XIX. En efecto, el 23 de julio de 1859 el presidente Benito Juárez promulgó una ley referente a los actos del estado civil y su registro, abarcando los actos del estado civil, el matrimonio, al que le atribuyó naturaleza de contrato civil y se reglamentaron los requisitos para su celebración, elementos de existencia y validez, etc.

Así, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 que rigieron al Distrito Federal y territorios federales, y los códigos de los Estados de la Federación, confirmaron la naturaleza del matrimonio y su carácter indisoluble.

En 1914, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista don Venustiano Carranza promulga en Veracruz una ley del divorcio que declara disoluble el vínculo matrimonial y deja a los esposos divorciados en libertad de contraer nupcias nuevamente.

Las disposiciones de esta ley, en lo que concierne a la disolubilidad del matrimonio, quedaron confirmadas por la Ley de Relaciones Familiares del 12 de abril de 1917.

Esta última legislación introdujo algunos cambios respecto a la situación jurídica de los bienes de los cónyuges; tuvo vigencia hasta que entró en vigor el Código Civil de 1928, que actualmente rige en el Distrito Federal a partir del 1° de octubre de 1932, sin desconocer las reformas y adiciones al mismo aprobadas el 1° de junio del 2000.

“Durante el gobierno del presidente Plutarco Elías Calles fue sometido a la Cámara de Diputados un proyecto de ley, y en la exposición de motivos equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciéndose que ésta no quedaba sometida, por razones de sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos, y se autorizó que la mujer ejerciera una profesión u oficio de comercio o cualquier otro, sin descuidar la dirección y los trabajos del hogar, así como administrar

los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal si así lo hubiere convenido el esposo”²⁷.

1.5. Naturaleza Jurídica del Matrimonio

El Derecho canónico establece que el matrimonio es un sacramento, en el que los esposos son los ministros y el testigo es el celebrante, autoridad ministerial, quien además puede registrar el acto.

Así encontramos que para la Iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran los cónyuges por su libre y espontánea voluntad.

En el ámbito del Derecho Civil, los tratadistas discuten sobre el aspecto jurídico del matrimonio.

La Constitución mexicana en su numeral 130 y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, califican al matrimonio como contrato, es decir, es un acuerdo de voluntades que generan deberes y derechos entre los consortes e hijos. Esta posición doctrinaria se ha criticado mucho justificadamente, diciendo:

Que este contrato carece de objeto desde un punto de vista jurídico, porque la mayoría de las veces el objeto del contrato es una cosa o derecho que se encuentra en el comercio. Se menciona que si se juzga el matrimonio como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges no puede ser objeto de un contrato.

En los contratos, la voluntad de las partes es aquella que de acuerdo a 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 están ya establecidos en la legislación civil, artículo 182 bis. Sólo son libres dentro de ciertos límites, para establecer el régimen matrimonial respecto de sus bienes,

²⁷ Orizaba Monroy, MDEJ, pp. 7 - 8.

pero no lo son respecto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio. Así, la reforma dice: "Cuando habiendo contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal falten las capitulaciones matrimoniales o haya omisión o imprecisión en ellas se aplicará en lo conducente a lo dispuesto en el capítulo IV del matrimonio con relación a los bienes" (artículo 182 bis al sextus).

En vista de estos comentarios, se menciona que el matrimonio es considerado como "un contrato de adhesión"; se olvidan quienes piensan así que en este contrato una sola parte impone a la otra un conjunto de deberes y obligaciones.

Actualmente en el matrimonio ninguna de las partes puede imponer a la otra responsabilidad propia del estado civil.

Otros son de la opinión de que el matrimonio es simplemente un acto de poder estatal, que se oficializa por el pronunciamiento del Juez del Registro Civil que declara a los consortes unidos en nombre de la sociedad y la ley; en este acto se requiere la declaración de la voluntad previa de los contrayentes,

Otro criterio dice que es un acto mixto o complejo; en él concurren la voluntad de los consortes y la voluntad del Estado; este punto de vista sólo se debe aplicar a la celebración del matrimonio.

El matrimonio es un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer, crea un vínculo permanente, disoluble por voluntad de los cónyuges y por disposición de la ley²⁸.

El concepto del matrimonio como contrato tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores importantísimos, tales como Marcel Planiol, quien lo define

²⁸ Orizaba Monroy, MDEJ. pp. 10 - 11.

como “la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión”²⁹.

Sin embargo, recientemente otros autores han objetado el carácter contractual del matrimonio, sin desconocer el papel que la voluntad de los contrayentes juega en su celebración. Entre estos autores figuran:

a) León Duguit, quien sostiene que “el matrimonio constituye un acto jurídico condición; es acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos. Es condición en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no pueden ser alterados por las partes”³⁰.

b) Antonio Cicu, quien manifiesta que “el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea; para que exista el matrimonio se requiere que éste sea declarado por un oficial del registro civil. Así el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado”³¹.

c) Houriou y Bonnacase, por su parte, sostienen que “el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración”³².

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

- a. Es un acto solemne.
- b. Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.

²⁹ Baqueiro Rojas, DDFS. pp. 40 – 41.

³⁰ Baqueiro Rojas, DDFS. p.41

³¹ Baqueiro Rojas, DDFS. p.41

³² Baqueiro Rojas, DDFS. p.41

- c. Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.
- d. En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.
- e. Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
- f. Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

1.6. Requisitos para contraer matrimonio

El matrimonio, como todo acto jurídico, está compuesto por elementos: de fondo y de forma que son esenciales para que surja a la vida jurídica y para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad.

Los requisitos para la celebración del matrimonio no deben confundirse con los elementos de existencia o de validez, pues aun cuando la falta de alguno de dichos requisitos puede producir la inexistencia o la nulidad del acto matrimonial, su división no coincide con la clasificación de los elementos esenciales del acto jurídico matrimonial.

Es por ello que antes de abordar los elementos de existencia y de validez estableceremos los requisitos de fondo y forma

Requisitos de fondo

Los requisitos de fondo son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de realizar un matrimonio válido.

El matrimonio por ser un acto civil de gran importancia está revestido de diversas formalidades. De tal manera, que la condición indispensable por la cual se

realiza es sin lugar a dudas, el de la perpetuación de la especie, esto es el inicio de la procreación biológica y las bases de la descendencia.

Los requisitos de fondo son los siguientes:

1. Diferencia de sexo.
2. Pubertad legal.
3. Consentimiento de los contrayentes.
4. Autorización familiar (padres, tutores) o suplencia por la autoridad judicial o administrativa.
5. Ausencia de impedimentos.

Requisitos de forma.

Los requisitos de forma que deben satisfacerse se dividen en previos y concomitantes, o propios de la celebración y corresponden a dos momentos de la misma. Ambos constituyen el conjunto de formalidades que hacen que el matrimonio como acto jurídico se tenga por celebrado válidamente.

Las diversas formalidades que reviste la institución matrimonial ante el Juez del registro civil, son de vital importancia pero también se deben de tomar en cuenta la documentación que se pide en las oficinas del registro civil.

Previos a la celebración

Trámites previos a la celebración del matrimonio. Consisten básicamente en satisfacer los requisitos que atañen a la solicitud que los interesados deben presentar un escrito ante el Juez del Registro Civil según lo dispone artículo 97 del Código Civil para el Distrito Federal y que debe contener lo siguiente:

“I. Los nombres, apellidos, edad. Ocupación y domicilio de los pretendientes, nombre y apellidos de sus padres.

II. Que no tienen impedimento legal para casarse, y

III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y asimismo contener su huella digital.

“Artículo 98. Al escrito a que se refiere el artículo anterior, se acompañará:

I. El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto sea notorio que son menores de dieciséis años;

II. La constancia de que otorguen su consentimiento las personas a que se refiere el artículo 148 de este Código para que el matrimonio se celebre.

III. Un documento público de identificación de cada pretendiente o algún otro medio que acredite su identidad de conformidad con lo que establezca el Reglamento del Registro Civil.

IV. Derogado

V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes...;

VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente; y

VII. Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo”.

“Tanto el Derecho canónico como el Derecho francés contemplan otro requisito de publicidad, al exigir la presentación de la copia del acta de bautizo o de nacimiento, libre de anotación marginal, en la que debería constar un matrimonio anterior u otra incapacidad, en caso de existir, como la declaración del estado de interdicción”³³.

³³ Baquero Rojas. DDFS. p. 67.

Propios de la celebración.

El acto de la celebración está rodeado de formalidades y que son las siguientes:

1. El matrimonio se celebrara dentro de los ochos días siguientes a la presentación de la solicitud de matrimonio el día y hora que se señale para tal efecto. (artículo 101 del Código Civil para el Distrito Federal.
2. Lugar, día y hora para la celebración del acto matrimonial, deberán estar previamente señalados y en él estarán presentes ante el Juez del Registro Civil:
 - a) Los pretendientes.
 - b) Apoderado especial de conformidad con el artículo 44.
3. Previa ratificación de las firmas de la solicitud (de los contrayentes, testigos y ascendientes o tutores, si alguno es menor de edad), el Juez:
 - a) Leerá en voz alta la solicitud y los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas.
 - b) Les hará saber sus derechos y obligaciones que contraen con le matrimonio
 - c) Preguntará a cada contrayente, si és su voluntad unirse en matrimonio;
 - d) En caso afirmativo, declararlos unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

“Artículo 103. Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

- 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. En su caso el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, la tutela o las autoridades que deben suplirlo;
 - V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;
-

- VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la ley y la sociedad.
- VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;
- VIII. derogado
- IX. Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes, y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes”.

1.7. Elementos de existencia y de validez

1.7.1. Elementos de existencia

Con relación a los elementos de existencia y de validez del matrimonio se tomará como base los elementos del acto jurídico ya que estos no impiden que para la celebración del matrimonio sean considerados en virtud de que no se oponen a la naturaleza de los mismos o a disposiciones expresas de la ley.

En lo que respecta a los elementos de existencia también conocidos como esenciales se determinan como aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir.

Por lo tanto, los elementos de existencia del matrimonio están integrados en primer término por la manifestación de voluntad de los contrayentes y del Juez u Oficial del Registro Civil, y en segundo por el objeto específico de la institución, que conforme a la ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer. Ahora bien pasaremos a explicar brevemente cada uno de ellos.

El Consentimiento

En el matrimonio existen tres manifestaciones de voluntad a saber: de la mujer, del hombre y del Juez del Registro Civil. Los dos primeros deben de manifestar su consentimiento en estar de acuerdo de contraer matrimonio para que a su vez el Juez del Registro Civil exteriorice la voluntad del Estado al declararlos legalmente unidos en matrimonio.

Al respecto el artículo 102 párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal establece: "Acto continuo el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, les hará saber los derechos y obligaciones legales que contraen con el matrimonio, para que posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes *si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad*".

Como se puede observar del precepto citado resulta indispensable el consentimiento de los contrayentes, y por lo tanto es un elemento de existencia, de tal manera el matrimonio será inexistente por falta del mismo.

Asimismo, el consentimiento como elemento de existencia, en lo relativo a la autorización que deberán conceder los padres, el tutor o el juez en su caso, cuando ambos consortes o uno de ellos sean menores de edad se analizará en la capacidad como elemento de validez.

El Objeto

En relación al objeto, primeramente debemos determinar que como todo acto jurídico debe ser física y jurídicamente posible, por lo que su imposibilidad genera la inexistencia del acto. Así, el matrimonio viéndolo como acto jurídico también tiene un objeto que estableciéndolo de manera general consiste en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, es decir, entre el hombre y la mujer, así pues, los fines del matrimonio imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual y para el caso de que existan hijos se crean obligaciones y derechos en relación a los mismos y de igual manera sucede para el caso de que existan bienes.

Tomando en cuenta que unos de los objetos específicos del matrimonio consiste en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, resulta evidente que la identidad sexual en los consortes, originaría un obstáculo insuperable de carácter legal, tal y como lo dispone el artículo 1828, al indicar que es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

La ley equipara la falta de objeto que puede ser materia del acto, al objeto física o jurídicamente imposible. Con los elementos indicados cabe manifestar que en nuestro Derecho sí está resuelto de manera expresa el caso del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, para considerar que es un matrimonio inexistente, es decir, no puede producir ninguna consecuencia de Derecho, además, no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción.

1.7.2. Elementos de validez

Continuando con la postura de los elementos que debe contener el acto jurídico los elementos de validez son los siguientes:

Formalidades.

Los artículos 102 y 103 del Código Civil establecen las formalidades que deberán observarse en la celebración del matrimonio y en la redacción del acta correspondiente. Se exceptúa de lo anterior la solemnidad que exige el artículo 102 en su segundo párrafo relativo al consentimiento de los contrayentes y a la declaratoria del Juez del Registro Civil.

No todas las formalidades que se consagran son necesarias para la validez del matrimonio, pues podrían omitirse algunos datos que por su importancia secundaria no afectan la validez del acto. Tal es el caso el de no mencionar la ocupación de los contrayentes, de sus padres, así como la algunos datos de los testigos.

En lo que se refiera a que el acta debe ser firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes y demás personas que hayan intervenido si supieren o pudieren hacerlo.

Esta formalidad es esencial para la existencia del matrimonio, pero en lo que se refiere a la firma de los contrayentes y del Juez del Registro Civil. En cuanto a las demás personas que hubieren intervenido, la firma viene a constituir sólo una formalidad que no afectará la existencia del acto.

Pero, es de aclarar que artículo 103 en su última fracción establece que se deben cumplir las formalidades establecidas en el artículo 102.

Capacidad

La capacidad de ejercicio es un elemento de validez en los actos jurídicos, en tanto que la capacidad de goce se presenta como esencial. La capacidad de ejercicio en el matrimonio supone la capacidad de goce, es decir, ya que se tiene edad núbil, pero que también se hayan cumplido los dieciocho años para poder celebrar válidamente el matrimonio. Pero el matrimonio establece una modalidad importante pues tratándose de menores que ya llegaron a la edad núbil, sólo se requiere el consentimiento de los padres, tutores o del Juez familiar en sus respectivos casos, pero directamente el menor celebrara el acto.

Cuando falta la capacidad d ejercicio, por tratarse de menores de edad, pero se tiene la capacidad de goce por haber llegado a la edad núbil, el matrimonio estará afectado de nulidad si no se otorga la autorización respectiva por quien deba hacerlo conforme a la ley.

De acuerdo con lo expuesto, la capacidad se presenta como un elemento de validez en el matrimonio, sancionándose con la nulidad relativa la inobservancia de ese requisito, según lo disponen los artículos 238 y 240 del Código Civil del Distrito Federal.

Ausencia de vicios en el consentimiento.

La ausencia de vicios en el consentimiento constituye un elemento de validez del matrimonio, dispone al efecto los artículos 235 fracción I y 245, que son causas de

nulidad tanto el error en la persona con quien se contrae matrimonio, cuanto el miedo y la violencia, cuando se incurra en las circunstancias que establecen el artículo 245.

El consentimiento de los consortes debe de manifestarse de manera cierta, de tal suerte que no exista error a cerca de la persona con quien contrae. El Código Civil se refiere exclusivamente al error sobre la identidad de la persona misma y no al que recae sobre sus cualidades del cónyuge.

También el consentimiento debe manifestarse de manera libre. Por lo tanto, toda forma de violencia que importe peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes, viciará el consentimiento, pero en le matrimonio se requiere además que la violencia haya sido causada al cónyuge mismo o a la persona o personas que le tengan bajo su patria potestad o tutela al celebrarse le matrimonio, subsistiendo al tiempo de celebrarse el acto, según previene el artículo 245.

Licitud en el objeto, motivo, fin y condiciones del matrimonio.

El artículo 182 del Código Civil establece la nulidad de cualquier pacto que hicieren los esposos contra las leyes o los naturales fines del matrimonio, Además, el artículo 147 considera no puesta cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los consortes. Por consiguiente, encontramos en materia de matrimonio una modalidad de importancia, en cuanto a que para el caso de ilicitud en el fin o en la condición, no se establece la nulidad del acto, sino que subsiste el matrimonio, pero son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines, o bien, se tienen por no puestas las condiciones que pretendan contrariar los mismos. Independientemente de esta regulación especial los artículos 156 fracciones V, VI y VIII, 243 y 244 estatuyen la nulidad d el matrimonio cuando el mismo acto es ilícito.

CAPÍTULO 2

Marco Jurídico Conceptual

2.1. Concepto de Proceso

La palabra proceso viene del Derecho canónico y se deriva de *procedo*, término equivalente a avanzar³⁴.

En su acepción más general, la palabra proceso significa un conjunto de fenómenos, de actos o acontecimientos, que suceden en el tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o vinculación. Así entendido, el proceso es un concepto que emplea lo mismo la ciencia del Derecho que las ciencias naturales.

El proceso jurídico es una serie de actos jurídicos que suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que persigue, lo que configura la institución de que se trata.

En su acepción jurídica más general la palabra proceso, comprende a los procesos legislativo, administrativo, judiciales etc.

Entre los procesos jurídicos tiene gran relevancia el jurisdiccional, el que se lleva acabo ante los órganos jurisdiccionales, o sea, los encargados de administrar justicia en sus diversas modalidades.

La palabra proceso tiene en el léxico jurídico diversas acepciones:

1. Agregado de autos y demás escritos en cualquier causa civil o penal;
2. Causa penal;
- 3 La serie de actos que se realizan ante los tribunales para substanciar el juicio;
- 4 Vestir el proceso: formarlo con todas las solemnidades requeridas;

³⁴ Pallares Eduardo, DDPC. pp. 640-646.

5 Fulminar el proceso: ponerlo en estado de sentencia.

En lo que respecta al concepto de proceso el maestro Briseño Sierra cita diferentes autores que dan su opinión y tenemos los siguientes:

“Alessandri: proceso es el agregado de los escritos, documentos y actuaciones que sucesivamente se presentan y verifican durante el juicio.

Avsolomocivh, Lührs, Noguera: un instrumento destinado a satisfacer pretensiones procesales.

Camiruaga: sinónimo de expediente o autos, y serie de actividades que se deben llevar acabo para lograr el, pronunciamiento del juez sobre el asunto o contienda sometida a su resolución por las partes.

Cassario: en sentido científico, equivale a conjunto de actuaciones destinadas a poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado a favor de particulares, cuando son lesionados sus derechos. En sentido material es el conjunto de escritos y documentos y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio.

Lira: conjunto de actuaciones que se forman ante los tribunales y de los documentos justificativos que se unen a ellas para ilustrar y resolver a su tiempo la cuestión.

Maira: se forma con la reunión material de los diversos escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se verifiquen o presenten en el juicio.

Pereira: la relación jurídica típica entre ciertos sujetos, nacida con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional, estatuida para la justa composición del litigio por acto de autoridad³⁵.

³⁵ Briseño Sierra. DP. p. 674.

2.2. Concepto de Procedimiento

El procedimiento deriva de la raíz latina es *procedere*, proceder, adelantarse, avanzar. En general procedimiento es la manera de hacer una cosa o de realizar un acto. Procedimiento corresponde a *procedure* en inglés, *procedura* en italiano y *Verfahren* en alemán.

En el lenguaje forense esta voz se ha usado tradicionalmente como sinónimo de juicio o instrucción de una causa o proceso civil.

“José Ma. Manresa y Navarro, uno de los clásicos del procedimentalismo español, dice que procedimiento es la aglomeración o reunión de reglas y preceptos que debe de acomodarse el curso y ejercicio de una acción, que se llama procedimiento; y al orden y método que debe seguirse en la marcha de la sustanciación de un negocio se denomina enjuiciamiento; El enjuiciamiento determina la acción sucesiva de las actuaciones trazadas por el procedimiento. O sea, que para este tratadista, el tecnicismo en cuestión debe interpretarse en sentido normativo y de esta acepción no discrepa la doctrina moderna.

“Alcalá-Zamora hace notar que el citado sustantivo no adquirió relieve procesal en su país, sino hasta el siglo XIX, debido al influjo de la codificación napoleónica, dado que en la Partida Tercera, que, como se sabe, es el antecedente de las leyes españolas y latinoamericanas, no aparece dicho vocablo.

“El mismo autor considera que probablemente el primero en usar la locución procedimientos judiciales habrá sido Juan Martín Carremolino en una obra aparecida en 1839. Asimismo da las siguientes acepciones de procedimiento: Sinónimo de juicio; Designa una fase procesal autónoma y delimita respecto del juicio con que se tronca; Sinónimo de apremio; Despacho de la ejecución en el juicio mercantil; diligencias, actuaciones o medidas; tramitación o substanciación total o parcial”³⁶.

³⁶ Pallares Eduardo, DDPC. p. 369

Carnelutti a su vez dice: "Una exigencia metodológica imprescindible para el estudio del procedimiento. Que se resuelve, como ocurre casi siempre, en una exigencia terminológica, me induce a aclarar y observar con el mayor rigor posible la distinción entre la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio, y el orden y la sucesión de su realización; el primero de estos conceptos se denota con la palabra proceso; el segundo con la palabra procedimiento. Aun cuando se tenue, por no decir capilar, la diferencia de significado entre los dos vocablos y por muy extendida que se halle la costumbre de usarlos indistintamente, invito a los estudiosos a tener en cuenta la distinción, sin cuya ayuda hace casi imposible poner orden en el montón de fenómenos que la teoría del procedimiento debe enseñar a conocer"³⁷.

No hay que identificar el procedimiento y el proceso. Este último es un todo o si quiere una institución. Está formado por un conjunto de actos procesales que se inician con la presentación y admisión de la demanda, y que terminan cuando concluye por las diferentes causa que la ley admite. El procedimiento es el modo como va desenvolviéndose el proceso, los tramites a que está sujeto, la manera de sustanciarlo, que puede ser ordinaria, sumaria, escrita, verbal, con una o varias instancias, con periodo de prueba o sin él, y así sucesivamente.

Con base en lo anterior se ha establecido que el procedimiento judicial es una serie de actos formales, progresivos, tienen un avance hacia la meta de la solución procesal, con un triple orden:

Primero, cronológico, son sucesivos en el tiempo, unos se realizan ante otros, se llevan al cabo después, no son simultáneos, no son coetáneos.

Segundo, lógico, el enlace deriva de que unos, los anteriores, son la causa de los que les siguen con ulterioridad, que resultan ser efectos de los primeros.

Tercero. Teleológico; es decir, existe una conjugación de finalidades del procedimiento, parte formal del proceso, y del todo, el proceso mismo, que significa la justa composición del litigio planteado.

³⁷ Pallares Eduardo. DDP. p. 369

En México, la denominación tradicional se mantuvo para los cursos facultativos correspondientes, hasta la primera treintena del siglo XX, época en que empezó a llamárseles cursos de Derecho procesal.

Principios procesales

Son aquellos que orientan el procedimiento para lograr que el mismo pueda desarrollarse adecuadamente de acuerdo con la naturaleza de la controversia planteada.

Existen dos conceptos sobre los principios procesales, el primero de carácter amplio comprende los lineamientos esenciales que deben canalizar tanto el ejercicio de la acción (principios dispositivo o inquisitivo, de contradicción, igualdad de las partes), como aquellos que orientan la función jurisdiccional (los relativos al impulso oficial o de parte, la dirección del proceso por el juez, la intermediación del juzgador), y también los que dirigen el procedimiento (oralidad y escritura, publicidad o secreto, concentración o dispersión, economía, sencillez).

Un criterio más estricto considera que los principios procesales se refieren exclusivamente a la manera en que debe seguirse el procedimiento como aspecto formal del proceso, para que el mismo pueda servir eficazmente a la solución de la controversia correspondiente.

Como sería prácticamente imposible hacer referencia a estas tres categorías de principios, el análisis debe concentrarse sobre los que rigen la tramitación en las diversas ramas procesales del ordenamiento mexicano.

Sin embargo, debemos hacer una breve referencia a los principios que Francisco Ramos Méndez considera como relativos al ejercicio de la acción puesto que son los; que con mayor frecuencia se estudian y que esencialmente están representados por la polaridad de los lineamientos dispositivo e inquisitivo, que no existen en forma pura en la práctica pero que predomina en determinadas ramas procesales, en virtud de la categoría de derechos disponibles o indisponibles que se pueden realizar a través de los procesos correspondientes. Estos dos principios están estrechamente relacionados con el predominio de la actividad de las partes, o por el contrario, con los poderes y de

dirección del juzgador y por ello se examinan en relación con la posición del propio juez en el proceso.

Los principios fundamentales o formativos del procedimiento están representados por la oposición entre la oralidad y la escritura, en virtud de que según predomine uno u otro, se derivan como corolarios otros lineamientos vinculados estrechamente con los primeros, si se toma en cuenta que la tramitación escrita carece de suficiente' publicidad, es dispersa, el contacto entre el juez y las partes se realiza a través de otros funcionarios judiciales, en tanto que un procedimiento orientado hacia la oralidad posee las características contrarias.

Resulta un hecho notorio que en el ordenamiento procesal mexicano, debido a la influencia hispánica tanto en la época colonial como posterior, ha sido predominantemente escrito-inclusive calificado como exageradamente escrito-con la excepción del proceso penal en el cual algunos actos deben realizarse forzosamente de manera pública j oral. Esta tradición de la escritura procesal ha constituido un peso negativo para los esfuerzos que se han venido haciendo en épocas recientes para implantar, así sea en forma restringida, la oralidad en algunos ordenamientos procesales mexicanos.

En primer término, por su carácter exageradamente dispositivo, es decir, por la predominante actividad de las partes, la regulación procesal del Código de Comercio y de los códigos procesales civiles tanto federal como los de las entidades federativas, posee una orientación esencialmente escrita y formalista, y si bien se han hecho algunos intentos por introducir una oralidad limitada en determinadas, actividades procesales, estos ensayos no, han tenido éxito.

Al respecto podemos citar como un ejemplo significativo la reforma de 1973 al Código Procesal Civil del distrito Federal a través de la cual se intentó la imposición del sistema oral de recepción de las pruebas, suprimiendo el procedimiento escrito en esta materia (arts. 299 301), pero en la práctica la reforma no ha podido funcionar en virtud de que no se han superado las condiciones adversas que impiden su realización, tales como la falta' de preparación de los abogados y jueces en el desahogo oral de los

medios de convicción, la limitación del personal judicial y la carencia de los locales adecuados.

Tal vez las únicas excepciones (por otra parte más bien teóricas) sobre la regla del proceso escrito en materia civil en nuestro país, son las relativas a los procesos ante los jueces de paz y los de lo familiar, regulados por el Código Procesal Civil y los que siguen su modelo, en los que se ha pretendido implantar un procedimiento concentrado a través de audiencias en las cuales debe imperar la oralidad y la publicidad, así como la inmediación del juzgador con las partes, principios tan difíciles, de alcanzar en un medio forense en el cual la tradición escrita ha tenido un peso tan enorme³⁸.

2.3. Concepto de Juicio

La palabra juicio se deriva del latín *judicium* que, a su vez, viene del verbo *judicare*, compuesto de *jus*, derecho y *dicere*, *dare* que significa dar, declarar o aplicar el derecho en concreto³⁹.

En un sentido histórico, tanto en el Derecho romano, como en la terminología de las Siete Partidas, juicio equivale a sentencia; así lo revela la ley I, título XII, de la partida, que dice; juicio en romance tanto quiere decir como sentencia en latín, esto es, viene a ser una resolución jurisdiccional que dirime al litigio.

Gómez Negro definía al juicio como: “disputa entre dos o más ciudadanos sobre la persecución de un derecho o castigo de un crimen, que termina por la sentencia o declaración de un juez, la cual en caso de ser condenatoria, se lleva a efecto”⁴⁰.

Para Escriche era el juicio “la controversia y decisión legítima de una causa, ante y por el juez competente”⁴¹.

³⁸ Diccionario Jurídico Temático, p. 158

³⁹ Pallares: Eduardo, DDPC, p. 464

⁴⁰ Pallares Eduardo, DDPC, p. 464

⁴¹ Escriche, DRLCPCF, p. 357 s. v. juicio.

En la opinión de Maresa, el lenguaje forense da el nombre del juicio, en su acepción más propia y general, a la “controversia o discusión legítima de un negocio entre dos o más partes, ante juez competente para que la substancie y determine con arreglo a derecho”⁴².

Carnelutti sostiene que el litigio está reproducido o representado en el proceso: “Ello significa que el litigio está presente en el proceso, como la enfermedad lo esta en la curación. El proceso consiste fundamentalmente, el llevar el litigio ante el juez, o también en desenvolverlo en su presencia. Esta presencia del litigio en el proceso, es lo que en el lenguaje de los clásicos, se entiende por juicio”⁴³.

Otro sentido de la palabra juicio es el equivalente a proceso, entendido como “una suma compleja de actos: del juzgador, las partes y terceros, que tienen por finalidad la aplicación de una ley, a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo”⁴⁴.

En términos generales, la expresión juicio tiene dos grandes significados en el derecho procesal. En sentido amplio, se le utiliza como sinónimo de proceso y, específicamente, como sinónimo de procedimiento o secuencia ordenada de actos a través de los cuales se desenvuelve todo un proceso. En general afirma Alcalá Zamora “en el derecho procesal hispánico, juicio es sinónimo de procedimiento para sustanciar una determinada categoría de litigios. Entonces, juicio significa lo mismo que proceso jurisdiccional”⁴⁵.

En un sentido restringido, también se emplea la palabra juicio para designar sólo una etapa del proceso, la llamada precisamente de juicio, y aún sólo un acto: la sentencia.

Estos dos significados de la palabra juicio eran ya distinguidos con toda claridad por un autor mexicano de la primera mitad del siglo XIX, Manuel de la Peña y Peña, en los siguientes términos: “la palabra juicio, en el lenguaje forense, tiene dos diversas

⁴² Pallares, DDPC, p. 464 s. v. juicio.

⁴³ Pallares, DDPC, p. 464 s. v. juicio.

⁴⁴ Gómez Lara, TGP

⁴⁵ Alcalá Zamora y Castillo Niceto, CTP, p. 118

acepciones: algunas veces se toma por la sola decisión o sentencia del juez, y otras por la reunión ordenada y legal de todos los tramites de un proceso⁴⁶.

En la doctrina, la legislación y la jurisprudencia mexicanas, es mucho más frecuente la utilización de la expresión juicio en el significado más amplio. Incluso, por la importancia de este concepto dentro del juicio de amparo la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido en diversas ejecutorias que por juicio, para los efectos del amparo, debe entenderse el procedimiento contencioso desde que se inicia en cualquier forma, hasta que queda ejecutada la sentencia definitiva.

Debe advertirse que lo anterior no suele ser aceptado por la doctrina del juicio de amparo, la cual cuestiona, con base en el contenido de la ley de amparo y en las orientaciones de la propia jurisprudencia, que el juicio incluye actos de ejecución de la sentencia definitiva, en este sentido Burgoa estima que el juicio es “el procedimiento contencioso que concluye con la sentencia”⁴⁷.

Por ultimo hemos de establecer las acepciones de la palabra juicio a consideración de Escriche:

- a. La sentencia y aun todo mandamiento de juez.
- b. El tribunal o lugar donde se juzga;
- c. La instancia y así se dice “ abrir el juicio”;
- d. El modo de proceder, como en la frase “ sin estrépito y forma de juicio”;
- e. La jurisdicción o fuero; juicio eclesiástico, juicio civil;
- f. La discreción cordura o prudencia de una persona;
- g. El dictamen de los peritos y;
- h. En la Sagrada Escritura la palabra juicio significa, a veces, la condenación eterna, la perdición, el castigo⁴⁸.

⁴⁶ Peña y Peña, LPFM. p. 2

⁴⁷ Burgoa Orihuela, EJA

⁴⁸ Escriche, DRLCPCF. p. 357 s. v. juicio.

2.4. Concepto de Acción

El vocablo acción proviene del latín *actio*, que significa ejercer, realizar, el efecto de hacer, posibilidad de ejecutar alguna cosa.

Como se señala, el término “acción” proviene del vocablo latino *actio*, y como expresa Véscovi, todos los autores citan el famoso texto de Celso que sirvió por siglos para definir la acción: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi*. (La acción no es otra cosa más que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe).

Para Celso, la acción en el período formulario, era el derecho concedido por el magistrado para acudir ante el juez haciendo valer su fórmula, ya que era el pretor o magistrado quien redactaba la fórmula ante el reclamo del interesado, por lo que siempre las acciones estaban por encima del derecho y eran las que importaban, pues éstos eran definidos por aquellas.

De esta manera, mediante la acción que se insertaba en la fórmula el juez podía absolver o condenar a un sujeto, siendo un derecho autónomo que se originaba en la fórmula que elaboraba el pretor, que era considerado lo principal (acción), en tanto que el derecho defendido era lo accesorio

En el Derecho romano, la acción se confundió con el derecho mismo, por lo que el interrogante no consistía en saber si se tenía o no el derecho a una cosa, sino si se tenía la acción de reclamar, todo lo cual originó, que por mucho tiempo se confundiera con el derecho subjetivo, llegándose incluso a decir, que se trataba del mismo derecho subjetivo transformado para la lucha (*armée et casquée en guerre*), cuando era desconocido.

En la última etapa del derecho procesal romano, expresa Azula Camacho, denominado extraordinario, se caracterizó por la eliminación de la fórmula y el conocimiento de toda la actuación por el mismo sujeto o funcionario ya investido de jurisdicción, considerándose la acción como el derecho que se hacía valer en juicio.

En el ámbito jurídico, la palabra ha tenido diversas acepciones; así, encontramos acción utilizado para referirse a la realización de un hecho punible; para diferenciar las diversas ramas de Derecho, bien procesal, laboral, penal, de niños y adolescentes, contencioso administrativo; para determinar la clase de derecho material que se hace valer en el proceso, tales como acción reivindicatoria, acción posesoria, de nulidad entre otras, suele utilizarse para calificar la clase de bien sobre la cual recae la relación jurídica material ventilada, tal como acción mobiliaria o inmobiliaria; y finalmente, suele utilizarse según la persona o los bienes, acción real o personal.

Para Véscovi, la acción consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el Poder Judicial o tribunales), y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle movimiento, de poner en marcha el proceso, por lo que en definitiva quien ejerce el poder tendrá respuesta: la sentencia.

Sigue diciendo el autor, que la acción consiste en reclamar un derecho ante el órgano jurisdiccional y obtener, como resultado, el proceso, que debe terminar con una sentencia, por lo que la finalidad, es tener acceso a la jurisdicción, siendo el famoso derecho de acceso al tribunal, a ser escuchado, a que se tramite un proceso para dilucidar la cuestión planteada.

Concluye el autor conceptuando a la acción, como un derecho subjetivo procesal, y por consiguiente, autónomo e instrumental, o el poder abstracto de reclamar ante el juez (el órgano jurisdiccional del Estado) un determinado derecho concreto, éste sí, que se llama pretensión.

Rengel Romberg, define la acción como el derecho subjetivo o el poder jurídico concedido a todo ciudadano, para solicitar al juez, la composición de la litis, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado.

Para Couture, la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión; ya no es el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino el poder jurídico de acudir a los órganos jurisdiccionales.

Devis Echandía, define la acción como el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante sus sentencias, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso.

Dice al autor que la acción es una actividad jurídica por naturaleza, puesto que origina relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, cargas y facultades.

Es subjetivo, dado que no es un simple poder o una facultad inherente al derecho de libertad o a la personalidad, que pertenece a todas y cada una de las personas físicas o jurídicas que quieran recurrir al Estado para que les preste el servicio público de su jurisdicción.

Es un derecho autónomo, público, individual o abstracto, que pertenece al grupo de derecho cívicos, cuya raíz se encuentra en las garantías constitucionales del particular frente al Estado y cuyo origen puede ser común a todos los derechos de petición a la autoridad.

Los sujetos de la acción son únicamente el actor (sujeto activo) y el Estado a quien se dirige a través del Juez, que es el órgano mediante el cual se actúa (sujeto pasivo). Ni el demandado ni el imputado son parte de la acción, únicamente lo son de la pretensión o acusación.

El objeto de la acción es hincar el proceso y a través de él obtener la sentencia que lo resuelva.

Consideramos, siguiendo a Bello Lozano, que la acción es el nervio del derecho procesal, y en el fin del Estado moderno, es solamente a él a quien corresponde resolver los conflictos surgidos entre las personas mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en el estudio y decisión de los litigios aplicando a cada caso en particular el derecho subjetivo.

Como expresa Pineda León, es el derecho puesto en pie de guerra, para enervar los obstáculos que se oponen en contra de su eficacia.

Es el derecho, poder o potestad que tiene toda persona natural o jurídica, en fin, todo ciudadano de reclamar del Estado la jurisdicción, solicitándole un derecho determinado o concreto, que es la pretensión, para obtener como resultado el proceso, el cual terminará mediante la decisión que resuelva el conflicto planteado.

Teorías sobre la acción

Teoría Clásica o Monista

Esta constituye la primera tendencia relacionada con la teoría sobre la acción, la cual la identifica con el derecho sustancial mismo, siendo ésta la teoría unitaria de la acción y el derecho.

Según esta tendencia, la acción constituye sólo un elemento del derecho sustancial, relacionándose la idea de la acción con la de lesión de un derecho sustancial, concibiéndosele, como expresa Echandía, como un poder inherente al derecho subjetivo de reaccionar contra la lesión.

Entre los seguidores de esta doctrina encontramos a Demolombe (1806), para quien la acción no es ya lo primero y el derecho subjetivo lo segundo, por el contrario, estos factores se invierten, pasando a convertirse el derecho subjetivo en la entidad importante, donde no hay acción sin derecho.

Otros seguidores de esta corriente, fueron Garconnet y Savigny, este último, quien incluyó un nuevo concepto de la acción, consistente en que la violación del derecho sustancial daba origen a otro derecho que tenía por contenido una obligación del violador de cesar la violación, dependiendo el derecho de acción, de la existencia del derecho sustancial y de su violación.

Esta novedosa concepción sigue permaneciendo en la teoría monista, puesto que el derecho como acción no fue dotado de autonomía, por el contrario, el derecho de acción para Savigny, derivaba de la violación de otro derecho.

Teoría de la acción autónoma o autonomía de la acción

En un avance notable, y tras las críticas que se formularon a la doctrina clásica o monista, dentro de las cuales se destacó fundamentalmente que la actuación de la jurisdicción podía surtirse en su totalidad por la realización del proceso, y a pesar de ello, no ser reconocido el derecho reclamado por el accionante, como resultado de la sentencia adversa, se comienza a desligar conceptualmente la acción del derecho sustancial, y al efecto, se trazan dos corrientes, la primera que trata la acción como un derecho autónomo concreto, y la segunda, que la concibe como un derecho autónomo abstracto.

Para el estudio de la teoría de la acción como un derecho autónomo concreto, previamente debemos referirnos a la polémica desatada entre Bernhard Windscheid y Theodor Müther, donde tiene su origen las teorías autónomas del derecho de acción.

En este sentido, el profesor Alemán Windscheid, influenciado por sus estudios romanísticos y civilísticos, en el año de 1856 publica su obra in titulada “La ‘*actio*’ del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual”, donde expresó que mientras en Roma la acción era el derecho, en Alemania, para la época, el derecho era primero que la acción, pero además, esa *actio* romana era el *anspruch* o pretensión material, concebida como el reclamo de la prestación debida cuando ha de trasladarse al proceso.

Windscheid, sostuvo que toda violación o desconocimiento de un derecho sustancial, producía una pretensión a favor del lesionado y en contra del violador, para obtener de esta manera, el resarcimiento del daño o la satisfacción de la obligación, pretensión que podía obtenerse en forma espontánea, cuando quien había dado lugar a ella reparaba el daño o pagaba lo debido; o en caso contrario, a través de la actuación de la jurisdicción, por lo que la pretensión material, se convertía en acción.

De esta manera, Windscheid descubre el derecho de pretensión material, la cual confundió con la acción, ya que la reclamación de la prestación debida, era el equivalente a la *actio* romana.

Como expresa Azula Camacho, en la terminología jurídica alemana, se reconocía el concepto de la *actio* y la *Klage*, entendida la primera como el derecho mismo o la potestad de reaccionar contra su violación, en tanto que la *Klage* era el

derecho de poner en actividad la rama jurisdiccional, siendo que Windscheid, había eliminado el primero de los conceptos y se había centralizado en el segundo, pero entendida como aquella dirigida contra el demandado, para obtener una sentencia favorable.

Por lo que en conclusión, toda violación o desconocimiento de un derecho, originaba una pretensión (*anspruch*) a favor del afectado y contra quien lo había ocasionado, la cual se proponía la obtención del resarcimiento del daño o la satisfacción de la obligación.

Tras la teoría expuesta por Windscheid, en el año de 1857 el también profesor Alemán de la Universidad de Königsberg, Theodor Müther, quien era reconocido como un científico de la ciencia procesal, publica su obra in titulada "La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar", la cual pretendía rebatir la teoría que había expuesto Windscheid.

El trabajo de Müther, desliga en forma definitiva la acción del derecho civil, pasando a formar parte del derecho procesal, concebido como un derecho público subjetivo, mediante el cual se obtiene una tutela jurídica (*rechtsschutzanspruch*), que se dirige, de una parte, contra el Estado, quien es el obligado, para lograr una sentencia favorable, y de otra, contra el demandado, a fin de obtener el cumplimiento de una prestación insatisfecha, por lo que la *actio* romana no era algo equiparable a la *Anspruch*, era el derecho de obtener la fórmula de manos del pretor o magistrado

La teoría desarrollada por Müther expresa, que la acción no es un anexo del derecho originario ni un agregado a su contenido, sino que por el contrario, es un derecho singular que existe junto al otro como protección, por lo que, con la violación del derecho originario, se tienen dos derechos de naturaleza pública, como lo son: 1) El derecho del lesionado hacia el Estado para la obtención de la tutela estatal; 2) El derecho del Estado contra el autor de la lesión, para obtener la reparación de la violación.

En este sentido, para Müther la *actio* era la pretensión del titular del derecho dirigida al pretor para la expedición de la fórmula, con el fin de obtener la composición

del derecho sustancial violado, por lo que, el presupuesto del derecho a la tutela estatal, era otro derecho y la lesión del mismo.

Chiovenda citado por Beatriz Quintro y Eugenio Prieto, al referirse a la teoría desarrollada por el maestro alemán Theodor Mütter, en el discurso que sobre la acción pronunció en Bologna, traducido por Santiago Sentís Melendo, expresó, que Mütter había llegado a concebir el derecho de accionar como un derecho frente al Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales, como un derecho a la fórmula, o, para nosotros, a la tutela jurídica. A este derecho subjetivo público que tiene por presupuesto un derecho privado y su violación, corresponde al Estado, no sólo el deber respecto al titular del derecho de impartirle-la tutela, sino también un derecho subjetivo suyo, del Estado, público, se entiende, de realizar contra el particular obligado la coacción necesaria para obtener de él el cumplimiento de sus obligaciones.

Luego de la réplica de Mütter, el maestro alemán Windscheid, en el mismo año de 1.857, publica una réplica al trabajo de Mütter, intitulada "La actio, réplica al doctor Theodor Mütter", donde expresó que su intención no referirse al concepto de acción, el cual sólo de manera impropia podría significar derecho, como derecho de actuar, por lo que la acción, así sería el acto de actuar en el proceso (*Klagerecht*).

En realidad, como expresan Chiovenda, Mercader y Azula Camacho, la concepción de Mütter, lejos de contradecir la teoría de Windscheid, a pesar de sus aspiraciones de polémica, pasan a integrar o complementar la figura del *anspruch*, al señalar que obra en dos direcciones: una dirigida al Estado, y la otra dirigida hacia el deudor para que cumpla con la obligación contraída.

Teoría Concreta de la Acción

Esta teoría fue expuesta por el profesor Alemán Adolf Wach, en sus obras "Manual de Derecho Procesal Civil" (1885) y "La Acción de Declaración" (1888), y seguida por Kisch.

Wach, quien tomó los fundamentos de Mütter, consideró la acción como un derecho autónomo contra el Estado, puesto que se reclamaba la actuación jurisdiccional para obtener la tutela del derecho invocado; y frente al demandado, dado que se perseguía una decisión favorable a las pretensiones deducidas.

En este sentido, como expresa Bello Lozano, para Wach la acción se presenta como un derecho subjetivo por sí mismo, que tiene como sujeto activo al demandante, y al demandado como sujeto pasivo, constituyendo una relación jurídica distinta de la privada, encuadrándose en el campo del derecho público.

En esta teoría, como se expresó, la acción es un derecho autónomo y diverso del derecho sustancial; subjetivo, dado que uno de sus sujetos pasivos es el Estado; concreto, pues se encuentre referido con un vínculo definitivo conceptual al derecho sustancial, dirigido contra el demandado, y además porque no corresponde a cualquier persona, sino al titular del derecho sustancial controvertido, siendo el Estado el destinatario de la acción, ya que de él deriva la tutela pretendida.

Concluye señalando, como expresan Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, que el proceso es un medio de conceder la tutela jurídica justa, o, visto subjetivamente, para satisfacer el interés legítimo de la tutela, por lo que, el derecho que no ha sido amenazado o ha sido satisfecho, no requiere tutela.

Las teorías de Windscheid, Müther y Wach, como expresa Azula Camacho, se fundan en una misma premisa, constituyendo eslabones de la acción que la sitúan cada vez en un plano más alto, ubicándola en el campo del derecho público como un derecho subjetivo, pero siendo criticadas por colocar el interés individual por encima del interés colectivo o público, ya que consideran que el Estado está en la obligación de ejecutar una pretensión a favor del ciudadano, concretamente el demandado.

Otro de militantes de esta teoría, es el maestro italiano Giuseppe Chiovenda, para quien la naturaleza de la acción, como lo expuso en su discurso pronunciado en la Universidad de Bologna en el año de 1903, es de carácter privado, ya que no vincula al Estado, de donde se deriva, que la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para actuaciones de la voluntad de la Ley.

Para el maestro italiano, la acción sigue siendo de índole procesal, pero de carácter privado, pues se dirige contra el obligado y la intervención del Estado en nada afecta su naturaleza.

Chiovenda en su discurso de Bologna, donde se refirió a la polémica de Windscheid y Müther, concluye expresando que no existe un derecho de accionar

independiente de un efectivo derecho privado o de un interés que pueda conducir a una sentencia favorable, ya que la acción, a su decir y apoyado en el concepto de Wach, es el derecho a la sentencia favorable, que se tiene contra el adversario, por el titular efectivo del derecho sustancial.

De manera, si bien Chiovenda retrocede a la concepción del derecho de acción como un derecho privado, y la confunde con el derecho de pretensión procesal (obtención de una sentencia favorable al demandante), también abre el camino de la autonomía de la acción respecto al derecho sustancial ya la propia pretensión material, ya que una cosa es el derecho a la prestación, y otra el poder de provocar la coacción del Estado, por lo que la acción puede nacer y extinguirse independientemente del derecho sustancial y se rige por el derecho procesal.

Teoría Intermedia de la Acción

Esta teoría es sostenida por von Bülow, quien en su obra in titulada "La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales", publicada en el año de 1.868, concibe la acción como un derecho a obtener una sentencia justa, convirtiéndose de esta manera en una teoría intermedia, donde se considera a la acción como un derecho concreto a la obtención de una sentencia favorable, y abstracto, que sólo ve en ella una simple facultad jurídica.

La tesis sostenida por von Bülow, junto con los trabajos de Dágenkolb (1877), Plosz (1.880), se considera como los antecedentes o precursores de la teoría abstracta de la acción, la cual realmente puede apreciarse del último trabajo de Windscheid, para quien la acción es algo mas que el derecho que triunfa, es un derecho abstracto de obrar, desvinculado de todo fundamento positivo que legitimen las pretensiones de quienes lo ejercen.

Teoría Abstracta de la Acción

En esta teoría supera la escuela que pregona la tesis de la acción como derecho concreto, y concibe la acción como un derecho totalmente autónoma e independiente del derecho sustancial, tiene como finalidad, la obtención de una sentencia, sea esta o no favorable al demandante, por lo que existe un distanciamiento del resultado del proceso,

estructurándose como un derecho abstracto, genérico, universal, siempre el mismo, cualquier que sea la relación sustancial que origina el proceso.

De esta manera, bajo esta nueva concepción, se dota de autonomía propia a la institución de la pretensión procesal, la cual es concebida como aquel derecho concreto que se dirige contra el demandado, el cual variará, según el derecho sustancial debatido.

Como expresa Couture, la acción se realiza por medio del proceso, sin tener en cuenta la razón o sin razón del pedimento del demandante.

La teoría abstracta de la acción, es desarrollada por Francesco Carnelutti, Alfredo Rocco, Ugo Rocco, y entre sus seguidores se encuentran además Enrico Tulio Libman, Eduardo J Couture, Hemando Devis Echandía, Jairo Parra Quijano, Hemán Fabio López Blanco.

Para el maestro italiano Francesco Carnelutti, la acción constituye un derecho subjetivo procesal abstracto y público para el cumplimiento del proceso. Afirma que la acción constituye un derecho subjetivo procesal autónomo anterior al proceso, es decir, que para el momento de trabar el proceso, ya el conflicto existe (litigio), supuesto que si bien la ley impone, entre otras, la carga de la demanda, de la cual depende no sólo la existencia del poder del juez, sino también la existencia de su deber, la proposición de la misma constituye simultáneamente el cumplimiento de una carga y ejercicio de un derecho subjetivo procesal.

Observa el maestro italiano, que la manera de solucionar el litigio es a través del proceso, por lo que, éste es el instrumento del litigio, el cual además viene a ser su contenido.

Se expresa afirmando que la acción es un derecho subjetivo que tiene el individuo como ciudadano para obtener del Estado la composición del Litigio; es el derecho subjetivo procesal de las partes, ya que el derecho subjetivo es un interés debidamente protegido mediante una obligación, cuyo cumplimiento depende de un acto de voluntad del titular, dado que el proceso no se inicio de oficio por el juez, sino que actúa previa petición de parte, siendo ese acto conocido como demanda, la que origina para el funcionario, la obligación de proveer.

De esta manera, para que el particular tenga acción, ha de gozar de una determinada idoneidad, o sea, una especial situación respecto al litigio, en otras palabras, tener un interés en la composición del litigio, aún cuando no sea titular del derecho material subjetivo, por lo que puede concebirse la titularidad de la acción con la titularidad del derecho subjetivo material.

En este sentido, afirma que la obligación procesal que impone al juez la acción, es distinta de la obligación del demandado afirmado en la demanda, por lo que queda satisfecho el "derecho subjetivo procesal en que consiste la acción", al concluirse normalmente el proceso, aún cuando quede insatisfecho el contenido del derecho subjetivo material que en él se ha pretendido hacer valer. Es el acto de voluntad del titular de la acción la condición impuesta por la ley para que el juez quede obligado a proveer, aún cuando este proveer no siempre sea favorable a dicho actor, por lo que puede considerarse la acción como "derecho de proveimiento y, en particular, a la sentencia", pero no a la sentencia justa o favorable, o derecho a la tutela jurídica.

Concluye Carnelutti expresando que la abstracción del instituto de la acción, consiste en su independencia respecto del derecho sustancial que se invoque, porque la acción tiende a un pronunciamiento judicial para la justa composición del litigio, con autonomía plena, por lo que la acción no se muta cualquiera que sea el derecho sustancial que se debata en el proceso, favorezca o no la sentencia a quien lo acciona, accédase o no al reclamo que se formula.

Resumiendo la teoría de Carnelutti, podría sintetizarse las siguientes proposiciones:

La acción constituye un derecho autónomo anterior al proceso, pero de carácter subjetivo, procesal y abstracto;

- La acción es un derecho anterior al proceso;
- La acción es un derecho subjetivo;
- La acción es un derecho subjetivo procesal;
- La acción es un derecho público;
- La acción es un derecho autónomo; y
- La acción es de carácter abstracto.

Por su parte, Alfredo Rocco perfecciona el concepto de Carnelutti, al señalar que la acción es un derecho subjetivo público frente al Estado, frente a los órganos de la función jurisdiccional, y sólo frente a ellos, no contra el adversario, siendo su contenido de interés abstracto en lo que se refiere a la intervención del Estado, para el logro de la aplicación de la norma sustancial al caso concreto, con miras a la realización de los intereses tutelados.

De esta manera, la acción corresponde a todo sujeto de derecho, con independencia de cualquier otro presupuesto.

Ugo Rocco, desarrolla el tema de la acción como prestación de la jurisdicción, fundamentándose en los estudios de Carnelutti, y explica que la misma es el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional para hacer cierto o realizar coactivamente los intereses sustanciales tutelados en abstracto por el derecho objetivo, por lo que el contenido del derecho de acción es la prestación de la jurisdicción, es decir, la actividad positiva del Estado.

Pero Ugo Rocco, al igual que Alfredo, hablan de la acción del opositor, demandado o acusado, siendo en consecuencia lo teorizantes originales del derecho de contradicción o acción en negativo.

La tesis de Rocco se sustenta en los siguientes puntos:

La acción es un derecho subjetivo, ya que entre el Estado y el particular existe una relación que corresponde al derecho subjetivo, caracterizado por una reciprocidad de derechos y obligaciones;

La acción es un derecho público, dado que la obligación del Estado de dar jurisdicción, es una actividad y función soberana de derecho público;

La acción es un derecho autónomo, en tanto que es independiente del derecho material o de la relación sustancial sobre la cual se pide la declaración de certeza, por lo que la acción siempre tiene una misma naturaleza o contenido; la prestación de la jurisdicción, mientras que la relación material es diversa o variada;

La acción es de carácter abstracto, dado que se presupone una sentencia, sin tener en cuenta la decisión tomada en ella;

La acción es diferente a la pretensión, puesto que esta última se dirige contra el adversario y para obtener una prestación individualizada de los órganos jurisdiccionales;
y

La acción es relación obligatoria con elementos indeterminados pero determinables, ya que tiene como sujetos al demandante, en calidad de activo, y al Estado, como pasivo, siendo su objeto la prestación de la jurisdicción.

En síntesis, encontramos que para Rocco, la acción es un derecho contra el Estado, y es un derecho que pertenece a todo ser con personalidad jurídica, por consiguiente autónomo e independiente de los derechos sustanciales que se pretenden en el proceso.

De lo anterior se observa, como expresan Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, que la tesis abstracta se distancia del "derecho potestativo", el cual fuera afirmado por Weismann en Alemania y por Chiovenda en Italia, como el poder de poner en movimiento lo necesario para la realización del derecho objetivo, dado que hace corresponder el derecho de acción del deber jurídico de jurisdicción que el Estado asume, existiendo en consecuencia, una relación inmodificable a saber: derecho-deber de la persona y del Estado.

Este distanciamiento lo es también del concepto de acción entendida como "derecho a la tutela judicial" expuesto entre otros por Wach, Stein, Helwig en Alemania y Simoncelli y Menestrina en Italia, que concibe como el derecho a la sentencia favorable (teoría concreta).

De esta manera, como expresa Bello Lozano, 16 el fundamento de la acción reposa el deber que ostenta el Estado de brindar su jurisdicción, a fin de evitar que los ciudadanos asuman la justicia por sí mismos, por lo que todo sujeto investido de personalidad jurídica, se encuentra el derecho de pedir al Estado su intervención (jurisdicción), para que mediante un proceso se componga el conflicto.

Teoría de la acción como facultad o poder

Esta teoría concibe la acción como un poder o facultad que tiene todo sujeto de derecho, de solicitar del Estado su poder de jurisdicción.

Entre los doctrinantes que sostienen esta teoría, encontramos a Kóhler, Nicoló Coviello y Eduardo J. Couture, entre otros

Para Kóhler, el sujeto, mas que el derecho de trabar un proceso, se encuentra investido de la facultad de entablar el mismo, ya que ello es una emanación de su personalidad jurídica, convirtiéndose en consecuencia la acción en un poder o mera facultad de pedir jurisdicción, fundado en el derecho de la libertad.

Por su parte Coviello concibió la acción desde dos sentidos a saber: material, según la cual la acción es la facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa del derecho; y formal o procesal, entendida como un mero hecho, equivalente a la instancia procesal, no siendo ni un derecho ni un elemento de éste.

El maestro Uruguayo Eduardo J. Couture, al referirse a la acción expresa, que en el Estado de derecho la violación privada se transforma en petición ante la autoridad; esa petición constituye el poder jurídico del individuo de acudir ante la autoridad que no puede serle quitado a nadie, porque, prohibida la justicia por mano propia, ese poder es el medio necesario para obtener la prestación de la jurisdicción a fin de conseguir la justicia por medio de la autoridad, y privarlo de una y otra, sería negarle la justicia.

Al referirse a la naturaleza del derecho de acción, sostiene que el mismo es de carácter cívico inherente a todo sujeto de derecho en su condición del tal; siendo el mismo derecho constitucional de petición a la autoridad, consagrado en la mayoría de las Constituciones vigentes, por lo que la acción vendría a ser una especie dentro del género de los derechos de petición, puesto que el derecho constitucional de petición no es otra cosa que el derecho de comparecer ante la autoridad.

Explica Couture, que históricamente la acción había sido confundida con otros poderes jurídicos o facultades a las cuales se les daba el mismo nombre, por lo que la acción es un poder, ya que compete a todo individuo como tal, por ser una emanación

de su personalidad, el cual se contrae a poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del Estado, con el fin que se realice el proceso.

Más tarde el maestro Uruguayo en su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil, manifiesta que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de su pretensión.

En esta nueva obra, Couture ya no habla de la acción como un derecho cívico, sino como un poder, el cual dice que se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948.

Señala igualmente que la acción es un derecho eminentemente público, ya que si bien la acción es ejercida por un particular, se encuentran en juego los intereses de la comunidad, como lo es la composición de los conflictos para vivir en armonía, paz social y seguridad; Igualmente es de carácter autónomo, ya que no sólo se diferencia del derecho material, sino también de la pretensión, ello a propósito de ser un derecho que reside en cualquier persona, el cual tiene derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales, para que considere su pretensión, indistintamente de la razón o sin razón del accionante, por lo que la acción vive y actúa con prescindencia del derecho que se pretende proteger en el proceso.

Por otro lado, la acción expresa Couture es diferente a la pretensión, ésta la cual, es concebida como la auto atribución de un derecho por parte del sujeto que la invoca y pide concretamente se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica, por lo que si bien la pretensión puede resultar desestimada en la sentencia, el derecho de acción se habrá cumplido y ejercido en su totalidad.

Es de carácter abstracto, expresa el maestro Uruguayo, ya que recae en todos los sujetos de la colectividad, siendo un derecho cívico que se verifica a través del derecho constitucional de petición, el cual constituye un instrumento de relación entre el Estado y el ciudadano, que garantiza un sistema de tutela judicial efectiva.

Como Expresa Devis Echandía, la diferencia entre el pensamiento de Couture, Carnelutti y Rocco, descansa en que para el primero la acción es poder o facultad, en tanto que para los otros, es un derecho subjetivo, elemento éste que es objeto de crítica a

la tesis del maestro Couture, pues no puede existir -dice Echandía similitud entre el derecho de petición genérico y la acción, puesto que la posible analogía entre ambos se contrae en una similar garantía constitucional, siendo mejor considerar a la acción como un derecho público, cívico y especial.

A modo de conclusión, respecto de las teorías estudiadas y con relación a lo que debe entenderse por acción, resulta interesante el criterio de los autores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, para quienes la acción es el derecho de jurisdicción, el cual se ofrece como un derecho con autonomía propia, no sólo con referencia al derecho sustancial que se debate en el proceso, sino además como fundante del derecho de libertad. Es el derecho de crear la obligación correlativa, el cual obliga al Estado a desplegar su actividad jurisdiccional, aplicando las normas jurídicas a los casos concretos para lograr en última instancia la paz social.

Siguen expresando los citados autores, que la acción es en todo caso el correlativo del deber jurisdiccional, de índole público, específicamente procesal, estructurado sobre la base de que la ley protege en abstracto al titular de un derecho subjetivo sustancial; el cual tiene como sujeto activo la persona y como pasivo al Estado; cuyo objeto es la prestación de la jurisdicción y su causa o finalidad, es la solución de los conflictos o litigios; y que se materializa constitucionalmente a través de cuatro hitos o mojones a saber:

El derecho de acceder a un proceso;

El derecho a que se adelante un debido proceso;

El derecho a que se decida el fondo o mérito; y

El derecho a que se ejecute lo decidido.

Por su parte Jaime Azula Camacho, al concluir el estudio de las teorías de la acción expresa, que la misma es el derecho de poner en actividad la rama jurisdiccional para que se surta un proceso.

La naturaleza jurídica de la acción

La problemática más severa de esta cuestión es determinar la relación entre la acción y el derecho sustancial. La naturaleza jurídica de la acción ha tenido profunda evolución en la historia del pensamiento procesal, partiendo desde la concepción romana que la comprendía dentro del derecho material, hasta las modernas corrientes doctrinarias que la tienen como un derecho autónomo e independiente, desligado del derecho privado de la persona en particular.

La teoría tradicional, la identifica en el derecho material protegido, que es el criterio que se sostiene al considerarla como un medio que se da al titular de un derecho para su debida protección que toma la misma naturaleza que el derecho que protege, y para conocer la de aquella es menester precisar éste.

La primera concepción, es decir, la latina, tiene su génesis en el derecho romano inspirado en la definición del jurisconsulto Celso y las instituciones de Justiniano, que conceptúan la acción como el *ius persequendi quod sibi debetur*; o como se afirma el medio legítimo para reclamar en juicio los derechos que nos pertenecen.

Savigny, ha señalado que cuando se examina el derecho bajo la relación especial de su violación, aparece un nuevo estado, el estado de defensa, y así la violación de igual manera que las instituciones establecidas para combatirlas recobran sobre el contenido y la esencia del derecho mismo, y así el conjunto de modificaciones operadas en el derecho por aquella causa, se designa con el nombre de acción.

Los elementos de la acción según Savigny, son dos: el derecho protegido y su violación. Si no hay derecho, no cabe violación y sin ésta, no puede tomar la forma la acción.

La violación del derecho establece una relación jurídica entre el titular y el causante de la lesión, que los coloca en una situación idéntica a la del acreedor y del deudor. Estando constituido el contenido de tal relación por la reparación de la violación y según Savigny y la relación que de la violación resulta, es decir, el derecho conferido a la parte lesionada, se llama derecho de acción o acción.

La acción va indisoluble mente unida al derecho protegido, por lo tanto, no puede ser enajenada, hipotecada, gravada o sumada, transmitida independientemente de aquel derecho de donde brota.

La mayoría de los autores seguidores de la trayectoria latina, o sea, la línea tradicional, funda la acción en el derecho que se reclama y es pretendido en el juicio, bien sea de mera declaración, conservación o ejecución.

Características de la acción

Las características de la acción, las podemos enunciar así:

La acción es un derecho subjetivo que genera obligación

El derecho potestad se concreta a solicitar del Estado la prestación de la actividad jurisdiccional, y ésta se encuentra obligada a brindar la misma mediante el proceso.

La acción es de carácter público

Es público en el sentido que su finalidad es la satisfacción del interés general sobre el particular, mediante la composición de los pleitos y el mantenimiento del orden y paz social, evitando la justicia por la propia mano del hombre.

La acción es autónoma

La acción va dirigida a que nazca o se inicie el proceso, no habrá este último sin el ejercicio del primero, y se diferencia con el concepto de pretensión que se verá más adelante.

La acción tiene por objeto que se realice el proceso

La acción busca que el Estado brinde su jurisdicción mediante un proceso, y como se dijo, no habrá tal proceso sin una previa acción ejercida por el ciudadano que busque la tutela que brinda el Estado.

La acción a diferencia de la pretensión como se verá, busca que se emita algún pronunciamiento, que se dicte sentencia, bien sea favorable o desfavorable.

La acción es un derecho de toda persona, bien sea natural o jurídica.

Sujetos de la acción

Los sujetos de la acción son el accionante o actor, quien es el elemento activo, y el juez, quien representa al Estado como sujeto o elemento pasivo a quien va dirigida la acción.

La pretensión. Concepto. Diferencia con la acción y la demanda

Los conceptos de acción, pretensión y excepción, con frecuencia, tienden a confundirse, pero realmente obedecen elementos distintos.

De esta manera, siguiendo a Vescovi, y como se señaló anteriormente, la acción es el poder jurídico de reclamar la prestación de la función jurisdiccional; es un derecho subjetivo procesal, y, por consiguiente, autónomo e instrumental, dirigido al juez (como órgano del Estado) para solicitar la puesta en movimiento de la actividad judicial y obtener un pronunciamiento (sentencia).

La pretensión es la declaración de voluntad hecho ante el juez y frente al adversario; es el acto por el cual se busca que el juez reconozca algo con respecto a una cierta relación jurídica. En realidad, se está frente a una afirmación de derecho y a la reclamación de la tutela para el mismo.

La pretensión nace como una institución propia en el derecho procesal en virtud del desarrollo doctrinal de la acción, y etimológicamente proviene de pretender, que significa querer o desear.

Azula Camacho, define la pretensión como el acto de voluntad de una persona, en virtud del cual reclama del Estado, por conducto de la jurisdicción, un derecho frente, o a cargo de otra persona.

Rengel Romberg, la define como el acto por el cual un sujeto se afirma titular de un interés jurídico frente a otro y pide al juez que dicte una resolución con autoridad de cosa juzgada que lo reconozca.

El ciudadano tiene derecho de exigir su derecho (pretensión) mediante el ejercicio de la acción, que pone en funcionamiento la maquinaria jurisdiccional (jurisdicción) para obtener un pronunciamiento a través del proceso.

La pretensión es la declaración de voluntad de lo que se quiere o lo que se exige a otro sujeto.

Carnelutti, la define como la exigencia de la subordinación de un interés de otro a un interés propio.

En definitiva, la pretensión es la manifestación de voluntad contenida en la demanda que busca imponer al demandado la obligación o vinculación con la obligación; el fin o interés concreto o que se busca en el proceso, para que se dicte una sentencia que acoja el petitório o reclamación..

Características de la pretensión

Se dirige a una persona distinta a quien la reclama.

Es decidida por una persona distinta de quien la solicita, ya que quien en definitiva reconocerá su procedencia es el Estado a través del órgano jurisdiccional.

Jurídicamente, como expresa Couture, sólo requiere la auto atribución de un derecho, o la afirmación de tenerlo, lo que presupone una situación de hecho que lo origina.

Es un acto de voluntad y no un poder o un derecho como lo es la acción.

Elementos de la pretensión

Los sujetos: representados por el demandante, accionante o pretensionante (sujeto activo) y el demandado, accionado o pretensionado (sujeto pasivo), siendo el Estado (órgano jurisdiccional) un tercero imparcial, a quien corresponde el pronunciamiento de acoger o no la pretensión.

El objeto: está constituido por el determinado efecto jurídico perseguido (el derecho o la relación jurídica que se pretende o la responsabilidad del sindicado), y por consiguiente la tutela jurídica que se reclama; es lo que se persigue con el ejercicio de la acción.

El objeto de la pretensión, será la materia sobre la cual recae, conformado por uno inmediato, representado por la relación material o sustancial, y el otro mediato, constituido por el bien de la vida que tutela la reclamación.

La razón: Es el fundamento que se le otorga a la pretensión, es decir, que lo reclamado se deduce de ciertos hechos que coinciden con los presupuestos fácticos de la norma jurídica, cuya actuación es solicitada para obtener los efectos jurídicos.

La razón de la pretensión puede ser de hecho, contentiva de los fundamentos fácticos en que se fundamenta la misma, los cuales encuadrarán el supuesto abstracto de la norma para producir el efecto jurídico deseado; y de derecho, que viene dado por la afirmación de su conformidad con el derecho en virtud de determinadas normas de derecho material o sustancial.

La razón de la pretensión, dice Echandía, se identifica con la *causa petendi* de la demanda, y los hechos en que se basa la imputación formulada al sindicado, es decir, la *causa imputandi*.

De esta manera, el juez al momento de tomar su decisión, bien para acoger la pretensión o rechazarla, observará si existe conformidad entre los hechos invocados, los preceptos jurídicos y el objeto pretendido.

La *causa petendi* o el título: Es el motivo que determina su proposición, y lo constituyen los hechos sobre los cuales se estructura la relación jurídica.

El fin: Es la decisión o sentencia que acoja la pretensión invocada por el accionante. En el ámbito civil, el fin será la pretensión o reclamación; en el ámbito penal, será la responsabilidad del sindicato o procesado.

Diferencia entre la pretensión y la acción

En la acción los sujetos son el actor (sujeto activo), y el juez quien encarna al Estado (sujeto pasivo); en tanto que en la pretensión, el sujeto es el actor o pretensionante (sujeto activo) y el demandado o pretensionado (sujeto pasivo).

En la acción se busca una decisión, bien sea ésta favorable o no; en tanto que en la pretensión se busca una decisión favorable, que acoja el petitório reclamado.

La demanda

En cuanto a la demanda, Bello Lozano Márquez, la define como el acto iniciatorio o introductorio del proceso, acto exclusivo de parte (actora), sin el cual no puede iniciarse el mismo.

De esta manera, el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil, dispone: El procedimiento ordinario comienza por la demanda que se propondrá por escrito, en cualquier día y hora ante el Secretario del Tribunal o ante el Juez.

El procedimiento ordinario comienza por la demanda que se propondrá por escrito, en cualquier día y hora ante el Secretario del Tribunal o ante el Juez.

Con la demanda se ejerce la acción y se deduce la pretensión, es decir, que la demanda contiene la acción que despierta la actividad jurisdiccional, para darle paso al proceso, y contiene a su vez la pretensión o reclamación del solicitante de la tutela por parte del Estado.

De esta manera, la acción es un derecho o potestad; la pretensión, una declaración de voluntad, y la demanda un acto procesal.

El derecho de contradicción. La excepción

Podríamos decir que el derecho de contradicción es el mismo derecho de acción en negativo, es decir, otorgada al demandado.

El derecho de contradicción es aquel que pertenece a todo sujeto, bien sea persona natural o jurídica, por el simple hecho de ser accionado o demandado, o bien por el hecho de ser imputado o sindicado por la comisión de un hecho punible, mediante el cual, se defiende de las pretensiones o imputaciones (excepción). Este derecho es una emanación del derecho constitucional de la defensa que debe reinar en todo proceso legal.

De esta manera, el derecho de contradicción al igual que el derecho de acción, se fundamenta en un interés general, dado que no mira en específico la defensa del

demandado o imputado, sino el interés público del respeto a los principios constitucionales de no poder ser juzgado sin antes ser oído, sin darle los medios adecuados para su defensa, en el plano de igualdad de oportunidades y derechos, y el que niega el derecho de hacer justicia por su propia mano.

Devis Echandía, define el derecho de contradicción, como aquel derecho de obtener una decisión justa del litigio que se le plantea al demandado o acerca de la imputación que se le sigue al procesado, mediante la sentencia que debe dictarse en ese proceso, luego de tener la oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar e interponer recursos que la ley consagre.

Ugo Rocco, define el derecho de contradicción como aquel que tiene el demandado o sindicado con base en el principio constitucional para intervenir en el proceso y poder ejercer su derecho de defensa.

Objeto del derecho de contradicción

En cuanto al objeto de este derecho de contradicción, encontramos que el mismo no es perseguir una tutela concreta mediante una sentencia favorable al demandado o imputado (excepción), sino la tutela abstracta por una sentencia justa y legal, cualquiera que sea, y la oportunidad de ser oído en el proceso para el ejercicio del derecho a la defensa en igualdad de condiciones, facultades y cargas (acción en sentido negativo).

Finalidad del derecho de contradicción

En cuanto al fin, persigue por una parte la satisfacción del interés público en la buena justicia; y por la otra, la tutela del derecho constitucional de la defensa y libertad individual.

Sujetos del derecho de contradicción

Así como en la acción el sujeto es el actor (sujeto activo) y el Estado (sujeto pasivo); en la pretensión, el sujeto activo es el actor y el pasivo el demandado; en el derecho de contradicción, el sujeto activo será el demandado o el sujeto pasivo el Estado.

Derechos que emanan de la contradicción

Del derecho de contradicción, dimanar ciertos derechos que ostenta el demandado, es decir, puede asumir con respecto a la pretensión del accionante varias posiciones que pueden concretarse en las siguientes:

Pasiva: El demandado se limita a recibir la citación, " notificación o intimación y espera el resultado del proceso sin tomar ninguna defensa.

Oposición: Aquella que ejerce el demandado con el objeto de dejar sin efecto la pretensión del accionante, y puede tomar la forma de objeción u excepción. En la primera, el demandado se limita a contradecir las pretensiones en que se fundamenta la demanda del accionante; en tanto que en la segunda, es decir, en la excepción, como se verá más adelante, el demandado invoca otros hechos distintos en los que se fundamenta la pretensión del accionante, para fundamentar su, defensa.

Allanamiento: Se produce cuando el demandado conviene o acepta toda la pretensión del accionante, tanto en los hechos como en el derecho invocado.

Impedimentos procesales: Consiste en que el demandado opone defensas tendientes a depurar el proceso o impedir su continuación, tal como lo son las cuestiones previas a que se refiere el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

La excepción o defensa

Es aquella que puede formular el demandado a la pretensión del accionante, mediante la cual le solicita al juez desestime o declare la improcedencia de la reclamación del accionante; es el derecho de contradicción en específico.

No puede confundirse el derecho de contradicción (la causa) con la defensa o excepción (el efecto), ya que aquel existe siempre aun cuando éste no se formule. La excepción es la pretensión en negativo.

La excepción, señala Carnelutti, citado por Azula Camacho, es la propia razón del demandado que la opone a la invocada por el demandante; es una especie de contraprestación por constituir argumentos propios, basados en hechos diferentes que tienden a dejar sin fundamento la pretensión del demandante.

Clasificación de las excepciones

Las excepciones, según el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, pueden clasificarse de la siguiente manera:

Previas o dilatorias: Son aquellas tendientes a limpiar o depurar el proceso de defectos o vicios que puedan entorpecer su ulterior desarrollo, tales como las cuestiones previas a que se refieren los ordinales 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

De inadmisibilidad: Son aquellas que rechazan al procedimiento e impiden que se forme el juicio o se le de entrada, sirven para destruir la acción, tales como las cuestiones previas a que se refiere los ordinales 9°, 10 y 11 del Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

Perentorias o definitivas: Son aquellas que sirven para destruir la pretensión, para evitar que ésta se reconozca en la sentencia, fundamentada en circunstancias de hecho y de derecho. Estas excepciones presentan tres modalidades:

Impeditivas o invalidativas: Que son aquellas dirigidas a desconocer la existencia del derecho material por hechos que atañen el nacimiento de éste, como el caso de contratos suscritos por menores de edad o incapacitados;

Modificativas: Que son aquellas que le atribuyen al derecho o relación jurídica una modalidad distinta a la otorgada por el accionante, como es el caso de que la parte reclame la existencia de un contrato de arrendamiento y el demandado opone que lo que existe es un comodato; o bien, el demandante reclame una cantidad dineraria y el demandado opone que dicha cantidad fue donada; y

Extintiva: Aquella que se presenta cuando reconociendo el demandado la obligación, alega un hecho que implica su extinción, tal como es el caso del pago, la compensación, la prescripción, la confusión, entre otros.

CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES

Las acciones, atendiendo a la clase de jurisdicción y al tipo de proceso pueden clasificarse en ordinaria y especial. Las primeras son llevadas ante los órganos jurisdiccionales ordinarios y mediante los procedimientos de esta índole, tales como las llevadas en sede civil, mercantil y penal; en tanto que en las segundas, son llevadas ante tribunales de jurisdicción especial, bien mediante procedimientos ordinarios o especiales, tales como los tramitados en sede contencioso administrativo, tránsito, laboral, bancario, de protección del niño y del adolescente, entre otros.

Ahora, dependiendo del tipo de derecho que se haga valer en el proceso, las acciones pueden clasificarse en reales, personales o mixtas, mobiliarios e inmobiliarias, estas últimas tomando en consideración el tipo de bien que se encuentre en litigio.

Atendiendo a la naturaleza del fallo que llegue a dictarse en el proceso, las acciones pueden clasificarse en declarativas, que son aquellas que logran la afirmación de la existencia o inexistencia de un derecho, las cuales no requieren ejecución, ya que ellas mismas son la ejecución del fallo; constitutivas, que son aquellas que crean, modifican o extinguen una determinada relación jurídica; y las de condena, que son aquellas que presuponen la existencia de voluntad de la ley que impone al demandado la obligación de una prestación que puede ser de dar, hacer, o no hacer, conforme a la obligación, cuyo cumplimiento es reclamado en el proceso.

Existen otros tipos de acciones, tales como las ejecutivas, que son aquellas fundamentadas en títulos de carácter ejecutivo, y mediante la cual se solicita el cumplimiento de una obligación; cautelares, que son aquellas constituidas por las medidas provisionales que dictan los jueces para el aseguramiento de un derecho o de una defensa; singulares, las que se intentan contra bienes del deudor para obtener el pago completo del crédito de un solo ejecutante; concursales, que son aquellas en las cuales existen diversos ejecutantes con sus respectivos créditos, quienes ejercitan una acción conjunta para liquidar el patrimonio del deudor y obtener la cancelación de su acreencia (concurso de acreedores en materia civil o quiebra en materia mercantil)⁴⁹.

⁴⁹ La información de la acción se obtuvo de www.tlmsn.bibliografias.com

2.5. Concepto de Allanamiento

Del latín *applanare*, del adverbio *ad* y *planus*, llano. Efecto de allanar o de allanarse. Acto de conformarse, avenirse, acceder a alguna cosa⁵⁰.

Procesalmente hablando encontramos opiniones en el sentido de que el allanamiento a la demanda es una actitud que puede asumir el demandado capaz a una demanda judicial en la que se conforma expresa e incondicionalmente con el contenido de la pretensión que se le reclama.

Empero, esta posible contestación del reo a la demanda, es una fórmula auto compositiva unilateral (solución al litigio, parcial dada por una de las partes, en la que se ofrece el sacrificio del interés propio) y en la que -es obvio- que el arreglo se obtiene por la extinción de la fuerza procesal de resistencia, al volver llano (sin obstáculos) el camino del actor. Esto ocurre si los elementos torales de una demanda son admitidos o sólo en algunos aspectos, al allanarse; es decir, si se contesta admitiendo cabalmente los hechos, el derecho y la pretensión.

Cabe imaginar la hipótesis, no meramente teórica (hay asuntos de esta índole ventilándose en tribunales) de que un demandado rechace los hechos, tampoco acoja el derecho esgrimido por el demandante; y, no obstante, consienta la pretensión. En apariencia, el negocio debía sentenciarse de inmediato a favor del actor; pero, como por mandato constitucional (artículo 14), la resolución jurisdiccional de fondo debe fundarse en leyes o en principios generales de derecho; y, procedimentalmente ese mismo proveído debe ser congruente, claro y preciso en las demandas y contestaciones y con las demás pretensiones deducidas en el pleito, lo que se configura es la llamada sumisión (aunque el término es del todo expresivo y adecuado), por lo que el juez ante la litis, con hechos y derechos controvertidos, deberá continuar el examen del negocio y pasar al periodo probatorio.

Sobre todo medítese en los casos en que se admitiera por el reo la pretensión del atacante y que se tratara de derechos legalmente irrenunciables.

⁵⁰ DJT, p. 15. s.v. allanamiento.

El allanamiento de la demanda, puede ser total o parcial, según que el demandado admita la demanda en todas sus partes; o, bien, si sólo se somete a ciertos hechos, derechos y pretensiones del actor.

En la legislación procedimental civil para el Distrito Federal el artículo 274, que ordena:

Código De Procedimientos Civiles Para El Distrito Federal.

Título Sexto. Del juicio ordinario.

Capítulo I. De la demanda, contestación y fijación de la cuestión.

“Artículo 274. Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente ante el juez de los autos si se trata de juicio de divorcio, sin perjuicio de lo previsto en la parte final del artículo 271”.

Situación antitética supone el allanamiento, que termina el pleito por la desaparición de la oposición procesal por obra de una de las partes, construyendo y limitando al juez a declarar formalmente el autoarreglo de la lid, ante el 'reconocimiento de la acción' como también algunos tratadistas denominan al allanamiento de la demanda.

La legislación del Estado de México no refiere nada al respecto del allanamiento, pero podemos ver que el artículo 1.240 establece:

Causas de extinción del proceso

Artículo 1.240. El proceso se extingue por:

I. ...

II. ...

III. Cumplimiento voluntario de la prestación reclamada antes de la sentencia;

IV. ...”

De lo establecido en el citado artículo podemos inferir que pudiera el demandado someterse a las prestaciones solicitadas por el actor y estaríamos en el caso de allanamiento.

2.6. Concepto de Desistimiento

“La palabra proviene del latín *desistere*, abdicar, cesar de, abstenerse”⁵¹ que en términos genéricos se contrae al acto abdicatorio que lleva a cabo el actor en un juicio y que consiste en el reconocimiento del derecho a demandar con posibilidades de éxito. Acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de abandonar una instancia o de no continuar el ejercicio de una acción, la reclamación de un derecho o la realización de cualquier otro trámite de un procedimiento iniciado.

Los autores de derecho procesal han considerado el desistimiento como un acto de autocomposición o forma de resolver amigablemente un proceso; para ellos constituye uno de los modos extraordinarios, diferentes de la sentencia, por medio del cual se puede poner fin a la pretensión planteada. Entienden por desistimiento, en términos generales, la renuncia de la parte actora a los actos procesales o a su pretensión litigiosa, y distinguen cuatro formas en que puede presentarse: a) desistimiento de la acción; b) desistimiento de la instancia; c) desistimiento del derecho, y d) desistimiento de un acto del procedimiento. Explicaremos con brevedad cada una de estas formas.

El desistimiento de la acción extingue la relación jurídico-procesal, porque quien la haya intentado deja sin efecto legal alguno su propósito inicial. Puede sin embargo variar la intención del reclamante según el estado que guarde el procedimiento o la clase de juicio de que se trate: civil, mercantil, penal o de trabajo. Desistida la acción y aceptada la circunstancia de abandonar los medios de obtener determinados efectos jurídicos para el momento en que deba pronunciarse la sentencia, el resultado produce la inexistencia del juicio y la situación legal se retrotrae al estado en que se encontraban las cosas antes de iniciarse el pleito.

Ahora bien, independientemente de la clasificación que se ha adoptado por los juristas, todo desistimiento de una acción trae aparejadas las siguientes consecuencias:

⁵¹ DJT, p. 74. s.v. desistimiento.

a) con relación al derecho, la no afectación de éste, ya que el mismo subsiste como obligación natural. Puede haber desistimiento de la acción sin que ello implique renuncia a un derecho aun cuando no se demuestre tal derecho en un momento dado; b) respecto de la cosa juzgada la existencia de esta figura jurídica resulta inoperante, por carecer la misma de fundamento legal para producir efectos en tales situaciones; c) tratándose de la excepción de litis pendencia no procede su alegación en un nuevo juicio, en atención a que, al haber concluido el pleito anterior, surtió efectos el desistimiento de la acción que se intentó; d) las medidas precautorias quedan sin efecto alguno porque al abandonarse la acción todas las diligencias cautelares carecen de cualquier justificación que pudiera alegarse, y e) no puede haber ninguna retractación, ya que al admitirse el desistimiento se da por concluida toda relación procesal entre los litigantes y cualquier pretensión posterior queda sin materia.

El desistimiento de la instancia, distinto del de la acción, sólo produce la renuncia de los actos procesales realizados, ya que iniciada aquella, o sea la acción, lo único que ocurre es que se suspende el procedimiento, por convenir al interés del demandante su abandono para conservar un derecho y dejar subsistente la posibilidad de exigirlo en un nuevo proceso con elementos distintos. En otras palabras, el desistimiento de la instancia implica solamente la renuncia de los actos del proceso y deja subsistente la pretensión del actor, pero siempre que lo admita el demandado. En estos casos las cosas vuelven asimismo al estado que tenían antes de la presentación de la demanda, pero quien desiste está obligado a pagar a la contraparte las costas y los daños y perjuicios que se causaren, salvo convenio en contrario.

El desistimiento del derecho es la abdicación de la pretensión jurídica e implica la renuncia de la acción y la continuación de los trámites del procedimiento, ya que las actuaciones correspondientes no podrían llevarse adelante si se carece de sustentación legal, que es el principio y fin de toda controversia. Muy discutible ha sido entre los autores de la materia el posible desistimiento de un derecho, por presentarse situaciones en las que éste resulta irrenunciable. Así, p. ej., el «a.» 5o., de la «LFT» señala que siendo las disposiciones en ella contenidas de estricto orden públicos no producirá efecto legal alguno, ni impedirá el goce del ejercicio de los derechos, cualquier estipulación escrita o verbal que establezca renuncia por parte del trabajador de cualquiera de los derechos consignados en las normas de trabajo («a.» 5o., «fr.» XII

LFT). En otro orden de cosas, se estiman improcedentes el desistimiento del derecho a investigación de la paternidad, el de alimentos que debe proporcionarse a los menores de edad; en las quiebras y en la convención de acreedores los derechos de terceros ajenos; y en materia penal la acción pública una vez iniciada ésta. No podríamos consignar en la presente recopilación algunos otros derechos en los que no cabe la posibilidad de desistir de ellos.

Y agregaríamos que es frecuente, más que el desistimiento de la acción o de la instancia, el desistimiento de determinados actos procesales, en los casos en que una de las partes con el propósito de agilizar el procedimiento y concluir la instrucción del mismo por el juez, renuncia a un privilegio o actuación para permitir la continuación del juicio, o evitar la presentación de incidentes que lo prolonguen. Esta situación se presenta cuando alguna de las partes desiste del desahogo de una prueba y ajusta el resultado del proceso al contenido de las demás que hayan sido ofrecidas y desahogadas. Considera el doctor Alcalá-Zamora que este tipo de desistimiento como en cualquier otra forma autocompositiva supone el reemplazo del pensamiento imparcial y suprapartes del juzgador sobre el fondo del litigio por el pronunciamiento parcial e interpartes de uno o de ambos litigantes.

El código procesal del Estado de México respecto del desistimiento establece:

Causas de extinción del proceso

Artículo 1.240. El proceso se extingue por:

I...

II. Desistimiento de la acción o de la instancia, aceptado por la parte demandada. No es necesaria la aceptación cuando el desistimiento se verifica antes del emplazamiento;

III...

IV. ...

2.7. Concepto de Convenio judicial

De convenir y éste del latín convenire ser de un mismo parecer, ajuste o concierto entre dos o más personas).

Es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones («a.» 1972 «CC»). Las definiciones doctrinales coinciden con la que estipula el ordenamiento civil. Es pues, un género particular de actos jurídicos en el que el acuerdo de voluntades tiene por objeto un interés jurídico referido a la transmisión, modificación, creación o extinción de derechos y obligaciones. Los contratos son una especie de este género.

Ahora bien, en lo que respecta al convenio judicial tenemos que no existe una definición propiamente dicha, sino que lo tenemos que obtener por deducción es así que consideramos que el convenio judicial es: el acuerdo que celebran las partes en un procedimiento judicial, con la finalidad de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones planteadas en la litis.

En lo que respecta a la legislación del Estado de México, está establece en su artículo 1.240 en su fracción IV que; una forma de extinguir el proceso es el convenio o transacción de las partes. De lo que se puede establecer, que si las partes llegan a un acuerdo y que no contravenga las disposiciones legales el proceso termina. Por lo que cabría preguntarnos ¿Qué efectos produce en el proceso el acuerdo de las partes?. La ley dice que se extingue el proceso, lo que no es lo mismo se termina y la autoridad jurisdiccional emite una resolución al respecto, donde pudiera aprobar dicho acuerdo y elevarlo a la calidad de sentencia.

CAPÍTULO 3

EL DIVORCIO

3.1. Concepto

Otra forma de disolución del estado matrimonial –y, por ende, de poner término a éste en vida de los cónyuges –es el divorcio, entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación.

El divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo sólo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo.

Desde sus orígenes latinos el término divorcio implica el significado de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente y en el medio jurídico, por divorcio debamos de entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.

En nuestro medio, en tanto institución jurídica y en lo que toca al alcance de sus efectos, el divorcio ha variado a lo largo del tiempo. Así, en el siglo pasado nuestra legislación lo consideró como la separación temporal o definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y, por lo tanto, sin autorización para contraer nupcias. A principios de este siglo se adopta el criterio de divorcio vincular que actualmente se maneja, como disolución absoluta del vínculo matrimonial que deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar nuevo matrimonio⁵².

⁵² Baqueiro Rojas, DDFS, p. 147.

Es así que, “etimológicamente divorcio proviene del latín *divortium*, que significa disolución del matrimonio. Forma sustantiva del antiguo *divortere* que significa separarse.

Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa dos sendas que se apartan del camino.

En el sentido metafórico, más amplio y moderno, divorcio es la separación de cualesquiera cosas que estaban unidas.

En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal⁵³.

Otra definición es la siguiente: “es la extinción de la vida conyugal, declarada por la autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso”:⁵⁴

El maestro Mario Magallón lo conceptúa como: “Por su naturaleza jurídica puede definirse como la ruptura del vínculo matrimonial en vida de ambos conyuges”⁵⁵.

Por último hemos de ver que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 266 lo establece como la disolución del vínculo matrimonial, y el artículo 4.88 del Código Civil para el Estado de México de igual manera determina que el divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

3.2. Antecedentes

El Maestro Chávez Ascencio, hace referencia de que en todos los países de la antigüedad el divorcio existió. Inicialmente como un derecho o prerrogativa del hombre que podía repudiar fácilmente a la mujer, quien a través del tiempo fue adquiriendo

⁵³ Rojina Villegas, DCM. p. 401

⁵⁴ Orizaba Monroy, MDEJ. p. 47

⁵⁵ Magallón Ibarra, CTDC. p.191

también el derecho al divorcio. En obvio de repeticiones hacemos referencia a lo tratado en esa parte, y sólo la complementaremos con los siguientes antecedentes:

GRECIA.

“Entre los griegos de la época homérica, el divorcio parece haber sido prácticamente desconocido, pero después se transformó en un acontecimiento diario en Grecia. Según la ley ática, el marido podía repudiar a su mujer cuando quisiera y sin tener que invocar motivo alguno, pero estaba obligado a devolver a la mujer a la casa de su padre con su dote. La mujer podía pedir divorcio acudiendo al arconte y mencionar los motivos por los cuales quería divorciarse”⁵⁶.

ROMA.

Antiguamente existía un abuso por parte del *paterfamilias*, él podía disolver el matrimonio de los hijos sometidos a potestad a lo que, en la época clásica hace cesar Antonio Pío.

Aunque al parecer, el divorcio fue admitido legalmente desde el origen de Roma, sin embargo, los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad que, sin duda alguna no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas.

Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley Julia de los adulterios exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por un acta escrita, que le era entregada por un manumitido.

El divorcio no requería de forma especial, sólo bastaba que estuvieran de acuerdo ambos cónyuges en disolver el matrimonio (*divortium*).

Nada era más común, que el divorcio por las causas más frívolas. La esterilidad, las riñas de una suegra con su nuera, la desvergüenza, eran los motivos más ordinarios. Ocurría que se separaban de común acuerdo, sin motivo alguno o porque habían adquirido compromiso por otra parte.

⁵⁶ Chávez Asencio. LFD. pp. 425 - 443.

Se publicaron en numerosas Constituciones, para casos de divorcio, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el actor de una repudiación sin causa legítima. Posteriormente, en la legislación del emperador cristiano Constantino (año 331) quedó establecido el principio de que ni al marido ni a la esposa les era lícito disolver el matrimonio por cualquier causa y éstas fueron limitadas a tres: “en la mujer debía ser o el adulterio o el maleficio o ser alcahueta, y en el marido ser homicida o el maleficio o el violador de sepulcros; Otras causas, como por ejemplo, si el marido era borracho, un jugador o un mujeriego, no eran suficientes para que la mujer pudiera dar el repudio; Pero probadas y demostradas las causas legales, podía procederse al libelo de repudio, con la facultad de contraer un nuevo matrimonio”⁵⁷.

LA REVOLUCIÓN FRANCESA.

Se ha destacado la importancia del Derecho revolucionario francés, debido a su función creadora del divorcio. “Los filósofos liberales del siglo XVIII principalmente Montesquieu y Voltaire atacan el principio de la indisolubilidad matrimonial en nombre de la libertad, la cual sostenían no podía enajenarse en un compromiso perpetuo. Sus ideas son asumidas por la revolución, y al proclamar la Constitución de 1791, que el matrimonio sólo es un contrato civil, se saca la consecuencia de que puede resolverse por mutuo acuerdo como cualquier otro contrato. La ley del 29 de septiembre de 1792, no sólo admite el divorcio por causas determinadas en virtud de sentencia, sino también por mutuo consentimiento y por la incompatibilidad de caracteres, alegada por uno de los cónyuges, lo que constituía una forma de repudio. Se dice que las consecuencias no se hicieron esperar, y que para el año de 1798, el número de divorcios superó al de matrimonio. Los autores del Código Civil estaban divididos en esta materia. Se aceptó un criterio transaccional suprimiéndose el divorcio por voluntad unilateral, se conservó el divorcio por mutuo disenso, si bien sometido a condiciones restrictivas, y se reducen a tres las causas de divorcio por sentencia judicial, haciendo costoso y complicado el procedimiento”⁵⁸.

⁵⁷ Chávez Asencio, LFD, pp. 426 – 427.

⁵⁸ Chávez Asencio, LFD, pp 432 – 433.

FRANCIA.

El régimen vigente del divorcio en Francia, puede describirse así:

- a) Se mantiene el divorcio como sanción suprimiéndose las causas anteriores y se formula una causa general así concebida "hechos imputables a la otra parte, cuando constituyen una violación grave o renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio que hacen intolerable el mantenimiento de la vida común. No obstante, el legislador ha conservado la condena a una pena aflictiva e infamante como causa específica de divorcio.
- b) Se restablece el divorcio por mutuo consentimiento, que existió de 1804 a 1816, bajo dos formas: *la normal* como petición conjunta de ambos cónyuges que debía ir acompañada de un proyecto de convenio en orden a las consecuencias del divorcio sobre los hijos y los bienes (exige seis meses de matrimonio y que sea renovada la petición a los tres meses de presentada); y *la excepcional*, consiste en que uno de los cónyuges se adhiere a la solicitud del otro, reconociendo la certeza de los hechos que hacen intolerable la vida en común.
- c) Se introduce el divorcio por ruptura de la vida en común, basado en causas objetivas, bien en base a la alteración profunda de las facultades mentales de uno de los cónyuges que conducen a una separación efectiva por el mismo período"⁵⁹.

PAÍSES ANGLOSAJONES.

En Inglaterra, hasta 1975 se introduce legislativamente el divorcio, el cual podía solicitarse por el marido a causa de adulterio y por la mujer probando además, el

⁵⁹ Chávez Ascencio, LFD, p 435.

incesto, la bigamia, la crueldad, o dos años de abandono; o bien, alternativamente el raptó u ofensa por actos "*contra naturam*".

En Estados Unidos, el divorcio es una institución generalmente admitida, variando los motivos de un estado a otro. Son causas admitidas en todos ellos de adulterio, la crueldad física o mental, el abuso de alcohol o estupefacientes, delitos *contra naturam*, impotencia antecedente incurable, enfermedad mental incurable, condena por delitos graves y abandono.

En Canadá, no se admitía el divorcio en las provincias de New Foundland y Québec. En las demás con base en el Derecho inglés, se admite como causa de divorcio, la crueldad física o moral, la violencia sexual y otras aberraciones *contra naturam*. Hoy el divorcio está generalizado en todo el país⁶⁰.

PAÍSES LATINOAMERICANOS.

No se admite el divorcio con disolución del vínculo en Chile y Paraguay.

El divorcio por culpa de otro cónyuge y a petición del inocente, está generalmente admitido, si bien varían las causas (Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá). En ningún caso la lista es considerablemente extensa, o bien incluye alguna causa pintoresca; en Ecuador, el que un cónyuge arriesgue en juego de azar los valores de cierta cantidad, o se sancionan los divorcios culposos reiterados. En El Salvador, el cónyuge culpable de dos divorcios no puede casarse por tercera vez, a menos que el primero hubiere sido decretado por mutuo consentimiento.

Con mucha frecuencia se admite el divorcio por mutuo consentimiento con diversidad de requisitos: Al año de matrimonio en Guatemala y México en vía judicial; a los dos años, en *Bolivia*; siendo mayores de edad, en Honduras y habiendo cumplido veinticinco años el varón y veintiuno años la mujer en Panamá; a los cinco años en Costa Rica, presentando escritura pública sobre la situación de los hijos y de los bienes;

⁶⁰ Chávez Asencio, LFD. p 437.

sin requisitos en Ecuador y Uruguay; estando de acuerdo sobre la bipartición de bienes en *Nicaragua*; por resolución del juez del Registro Civil en *México*, siempre que no haya hijos y sean los cónyuges mayores de edad y quede disuelta la sociedad conyugal.

En algunos casos se transforma la separación legal en divorcio, al cabo de un año en Costa Rica, después de dos tentativas de reconciliación, después de tres años en Bolivia y Uruguay. También se contempla la mera separación de hecho; de un año en El Salvador, de tres en Ecuador y de cuatro en Panamá.

MÉXICO.

A. MÉXICO PRECOLONIAL.

Entre los indígenas de Texcoco, “cuando se ofrecía algún pleito de divorcio, que eran pocas veces, procuraban los jueces conformar y poner en paz, y reñían ásperamente al que era culpado, y les decían que mirasen con cuanto acuerdo se habían casado y que no echasen a vergüenza y deshonra a sus padres y parientes que habiendo entendido en los casar y que serían muy notados del pueblo, porque sabían que eran casados, y les decían otras cosas y razones, todo a efecto de los conformar”⁶¹.

Entre los mayas, “parece que la poligamia existía pero en la clase guerrera. Los mayas casaban con una sola mujer a los veinte los de edad, y los padres buscaban esposas a sus hijos. La infidelidad de la mujer era causa de repudio si a tiempo del repudio de los hijos eran pequeños los llevaba la mujer; si eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo. La esposa repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero; había la mayor facilidad para tomarse o dejarse”.

En relación a los jueces y procedimientos, encontramos lo siguiente:

⁶¹ Chávez Ascencio, LFD, p 438.

“Las quejas del matrimonio se presentaban al gran sacerdote, Petamuti. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta decretaba el divorcio. Si la culpable era la esposa, seguía, sin embargo, viviendo en la casa marital; a no ser en el caso de adulterio en que entregada al Petamuti la mandaba matar. Si la culpa era del varón, recogía a la mujer sus parientes y la casaban con otro. No se permitía un segundo divorcio”.

“Había tres señores principales en la Nueva España, a las cuales estaban sujetas las más principales provincias y pueblos de toda aquella tierra, que eran señores de México, el de Tlezcucu, de Tacuba”.

“En las casas del señor, había unos aposentos y salas levantadas del suelo, siete u ocho gradas, que eran como entresuelos, y en ellos residían los jueces, que eran muchos, y los de cada provincia de pueblo y barrio estaban a su parte de allí acudían los súbditos de cada uno, y también oían y determinaban las causas de los matrimonios y divorcios”.

Al haber observado que los indios dejaban a sus mujeres con facilidad, e investigando el porqué de tanto repudio, se pudo saber que lo habían usado sólo después de que habían sido sujetos a los españoles, “porque entonces empezó a perderse entre ellos el concierto y policía, y el rigor de la justicia que antes tenían. Y perdido el temor cobraron atrevimiento para alargarse y extenderse a su voluntad en lo que antes pocas veces se les permitía. Porque puesto ser verdad que el tiempo de su infidelidad usaron el repudio, fue según pareció en algunas provincias por vía de sentencia de los jueces que terminaban los demás pleitos. Y aunque en otras partes no aguardaban sentencia súpuse que era raro el repudio, no por leyes ocasionales sino por adulterio o semejante causa. Y así se halló y averiguó en Texcoco donde estaban las leyes de estos naturales más en su vigor que, en semejantes casos de discordia entre marido y mujer que se procedía en esta forma. Que llegadas ambas partes ante los jueces en su sala, oían primero al querellante, y hecha su plática y dicha queja, preguntaban luego al otro si era ello verdad y si pasaba así como adelante de ellos se había propuesto una queja.

Preguntaban también de qué manera se había ayuntado si habían sido en modo matrimonial, de consentimiento y licencia de sus padres y con las ceremonias usadas o por modo fornicario de amancebados. Y si era por modo de amancebados habían poco caso de que se separasen o quedasen juntos; pero si eran casados según sus ritos matrimoniales, una y dos veces y muchas veces trabajaban de los concertar, más nunca consentían que se apartasen. Porque les parecía, y así lo tenían heredado de sus antecesores, que una cosa que pasó en público en vista del pueblo con tanto acuerdo con tan solemne ceremonia, era mal hecho dar lugar a que se deshiciese y que era mal ejemplo en perjuicio de toda la república”⁶².

B. ÉPOCA COLONIAL.

Durante le época colonial, estuvo vigente en la Nueva España, la legislación española.

C.- MÉXICO INDEPENDIENTE.

En la ley de matrimonio civil del 23 de julio de 1859, se estableció el divorcio como temporal, “y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados”(Art. 20).

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentado en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre ambos Códigos sólo existe una diferencia de grados, es decir, el de 1870, estatúa mayores requisitos, audiencias y plazos para que el Juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, los que redujo considerablemente el Código de 1884. Algunas de las causales se repiten en el actual Código de 1928.

A) Código de 1870. En este Código se parte de la noción de que el matrimonio es una unión indisoluble, por lo que se rechaza el divorcio vincular. Se señalan siete causas de divorcio, es decir de separación de cuerpos, cuatro de las cuales constituyen delitos.

⁶² Chávez Ascencio. LFD. p 439.

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

El artículo 240 expresaba: “Son causas legítimas de divorcio: 1. El adulterio de uno de los cónyuges; 2. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o a la convivencia en su corrupción; 5. El abandono sin causa justificada del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6. La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; 7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro”.

Se prohibía el divorcio por separación de cuerpos, cuando el matrimonio tenía veinte años o más de constituido. Era condición para gestionar el divorcio el que hubiere transcurrido dos años, como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción del divorcio era improcedente.

B) Código de 1884. En este código el artículo 226 señala como único divorcio el de separación de cuerpos, por lo tanto subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Como causas a las contenidas en el Código Civil de 1870, se agregaban: El que la mujer diera a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se declarará ilegítimo; el hecho de negarse a ministrar los alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego, embriaguez, enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio; y el mutuo consentimiento.

Leyes divorcistas de Venustiano Carranza. “ Para tratar de complacer a dos de sus ministros (Palavicini y Cabrera) que planeaban divorciarse de sus respectivas esposas, Venustiano Carranza, que a la sazón era solo jefe de una de las facciones en plena guerra civil, expidió sorpresivamente dos decretos: uno el 29 de diciembre de 1914 y el otro del 29 de enero de 1915, por los que introdujo en México el divorcio vincular (el que disuelve el vínculo matrimonial) y suprimió de una plumada el contrato de matrimonio civil, el primer elemento esencial que le había reconocido su autor el presidente Benito Juárez.

Esta intempestiva amputación de la indisolubilidad del matrimonio fue confirmada más tarde tanto en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, como en el vigente Código Civil, ya que ambos reglamentan el divorcio vincular (disuelve el vínculo matrimonial) como un logro definitivo de la Revolución hecha al gobierno.

En el decreto del 29 de diciembre de 1914, en la exposición de motivos se decía que el objeto esencial del matrimonio es la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda, los contrayentes quienes van a soportar las cargas de la vida, desgraciadamente no siempre se alcanzaban los fines por los cuales se contrajo. Después se alegó que, de acuerdo con el principio establecido por las leyes de Reforma, que el matrimonio era un contrato civil formado por la espontánea libre voluntad de los contrayentes “es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan difícilmente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias”.

Ley Sobre Relaciones Familiares. A partir de esta ley, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logra el paso definitivo en materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite, por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias.

El artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares establecía que “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

Se conserva el divorcio por separación de cuerpos, que se relegó a segundo término, quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación de lecho y habitación.

El artículo 102 prevenía que los cónyuges recobraban su entera capacidad de contraer matrimonio, salvo lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se haya decretado por causa de adulterio, pues en este caso el cónyuge culpable no podía contraer matrimonio, sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

El artículo 140 prevenía que la mujer no podía contraer matrimonio, sino hasta pasados trescientos días de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió el acto de cohabitación.

Código Civil Vigente. En el Código Civil vigente el artículo 266, reproduce el artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

3.3. Tipos de divorcio

Existen diversas formas de divorciarse, según marca nuestra legislación, pero para los efectos de la presente tesis tomaremos lo que al respecto establece el Código Civil para el Estado de México y en su artículo 4.89 establece:

LIBRO CUARTO. Del derecho familiar.

TÍTULO TERCERO. Del divorcio.

Clases de divorcio

“Artículo 4.89. El divorcio se clasifica en necesario y voluntario. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama fundado en una o más de las causas que señala el artículo siguiente y es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por éstos”.

Es así, que el divorcio voluntario se divide en administrativo y judicial por lo que estableceremos lo marca la legislación al respecto.

3.4. Administrativo

“Divorcio administrativo

Artículo 4.105. Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y hubieren liquidado la sociedad conyugal, si la había, podrán ocurrir personalmente ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobando que son casados, mayores de edad y manifestando su voluntad de divorciarse”.

“Ratificación de solicitud y exhortación

Artículo 4.106. El oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará acta en la que hará constar la solicitud de divorcio. Citará a los cónyuges para que, dentro del plazo de quince días se presenten a ratificarla, previa exhortación de avenimiento”.

Declaración de divorcio administrativo

Artículo 4.107. Hecha la ratificación por los cónyuges, el oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva, haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio.

3.5. Judicial

Voluntario

Plazo para solicitar divorcio voluntario

Artículo 4.101. El divorcio voluntario judicial o administrativo no podrá pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

Convenio en el divorcio voluntario

Artículo 4.102. Los cónyuges pueden divorciarse voluntariamente ocurriendo al Juez competente, presentando un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- I. El domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento;
- II. La cantidad que por alimentos deba cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacerlo y la garantía que debe darse para asegurarlos;
- III. Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guardia y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia;
- IV. La determinación del que debe de cubrir los alimentos de los hijos así como la forma de pago y su garantía, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;
- V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio”.

Separación provisional de los cónyuges y alimentos de los hijos

Artículo 4.103. Antes de que se decrete el divorcio, el Juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes haya obligación de dar alimentos.

Avenimiento de los cónyuges

Artículo 4.104. Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio voluntario, podrán avenirse en cualquier tiempo, con tal de que éste no haya sido decretado. No podrán volverlo a solicitar sino pasado un año desde su reconciliación.

El Código de Procedimientos Civiles para la entidad que nos ocupa establece lo siguiente respecto del divorcio por mutuo consentimiento.

LIBRO SEGUNDO. Función jurisdiccional.

TÍTULO SEXTO. Procedimientos especiales.

CAPÍTULO II. Del divorcio por mutuo consentimiento.

Requisitos para el divorcio por mutuo consentimiento

Artículo 2.275. Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, presentarán su solicitud escrita al Juez acompañando:

- I. Convenio a que se refiere el Código Civil;
- II. Copia certificada del acta de su matrimonio;
- III. Copia certificada del acta de nacimiento de sus menores hijos.

Junta de avenencia

Artículo 2.276. Presentada la solicitud, el Juez citará, oyendo al Ministerio Público, a los cónyuges a una junta, dentro de los quince días siguientes, en la que procurará averirlos.

Análisis oficioso del convenio

Artículo 2.277. Si el Juez no logra la reconciliación, en la misma junta, analizará el convenio, señalando a los cónyuges los puntos que no se ajustan a derecho, o que no considera de equidad, proponiéndoles que lo corrijan o ajusten.

Resolución del divorcio

Artículo 2.278. Dentro del plazo de cinco días el Juez dictará resolución, en la que decidirá sobre el convenio, y si lo aprueba, declarará la disolución del vínculo matrimonial.

Tutor especial para divorcio

Artículo 2.279. El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar su divorcio por mutuo consentimiento.

Comparecencia personalísima de los cónyuges

Artículo 2.280. Los cónyuges comparecerán personalmente a la junta de avenencia.

Caducidad del procedimiento de divorcio

Artículo 2.281. En cualquier caso en que los cónyuges dejen pasar más de 90 días naturales sin continuar el procedimiento, el Juez de oficio decretará la caducidad.

Inscripción de la garantía

Artículo 2.282. Los alimentos pueden garantizarse mediante fianza, hipoteca, depósito u orden de pago al lugar de trabajo del deudor alimentario.

Apelación contra la sentencia

Artículo 2.283. La sentencia que decreta el divorcio es irrecurable, la que lo niegue es apelable con efecto suspensivo.

Anotación en el Registro Civil

Artículo 2.284. De la sentencia ejecutoriada de divorcio, se remitirá copia certificada a los oficiales del Registro Civil respectivos para que a costa de los interesados proceda conforme a las disposiciones del Código Civil.

El Código Civil al respecto dispone:

Asiento de sentencia ejecutoriada

Artículo 4.110. Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el Juez de Primera Instancia remitirá copia certificada de ella al oficial del Registro Civil de su jurisdicción y ante quien se celebró el matrimonio, para que a costa de los interesados se realicen los asientos correspondientes.

Necesario

Cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo difícil la vida en común, se permite la ruptura del vínculo.

Las causas del divorcio siempre han sido específicamente determinadas, y por ello se le denomina divorcio causal o necesario. El orden jurídico sólo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su gravedad impiden la normal convivencia de la pareja.

Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de allí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge inocente (el actor) y uno culpable (el demandado). Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal, por ejemplo uno demanda por abandono y el otro reconvenir por injurias o sevicia; ambos pueden ser culpables e inocentes según la causal invocada.

En cuanto a las causales para solicitar el divorcio necesario serán planteadas en el siguiente capítulo, pero sólo las contempladas en el Código Civil del Estado de México.

CAPÍTULO 4

El procedimiento de Divorcio Necesario en el Estado de México

4.1. Procedencia

Para los efectos de la procedencia y por obvio de razones primeramente debe existir legalmente el matrimonio; como segundo elemento debemos de considerar que para que proceda el divorcio necesario es que los cónyuges no estén de acuerdo en realizarlo voluntariamente y como tercer elemento es que la conducta de alguno de ellos o ambos-encuadren en las causales previstas en el artículo 4.90 del Código Civil para el Estado de México

El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México en relación a quién va a conocer del divorcio establece lo siguiente:

LIBRO PRIMERO. Parte general.

TÍTULO SEGUNDO. Organización y competencia.

CAPÍTULO III. De los Jueces de Primera Instancia.

Atribuciones de los Jueces familiares

“Artículo 1.10. Los Jueces de Primera Instancia de la materia familiar conocerán y resolverán de:

- I. Los asuntos relacionados con el derecho familiar y el estado civil de las personas;
- II. Los juicios sucesorios;
- III. Las diligencias preliminares de consignación en materia familiar;
- IV. La diligenciación de exhortos, cartas rogatorias, suplicatorias, requisitorias y despachos relacionados con el derecho familiar;
- V. Los demás asuntos familiares cuyo conocimiento les atribuyan las leyes”.

4.2. Causales de divorcio

En relación a las causales de divorcio necesario en el Estado de México el código Civil dispone las siguientes:

LIBRO CUARTO. Del derecho familiar.

TÍTULO TERCERO. Del divorcio.

Causas de divorcio necesario

Artículo 4.90. Son causas de divorcio necesario:

- I. El adulterio de uno de los cónyuges;
- II. Que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el mismo con persona distinta al cónyuge;
- III. La propuesta de prostitución de un cónyuge al otro no cuando el mismo la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitirlo;
- IV. La bisexualidad manifestada posterior a los seis meses de celebrado el matrimonio;
- V. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- 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 de su corrupción;
- VII. Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria;
- VIII. Padecer enajenación mental incurable;
- IX. La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- X. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda del divorcio;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan difícil la vida en común;
- XII. La negativa de los cónyuges de darse alimentos;
- XIII. La acusación calumniosa por un delito, hecha por un cónyuge contra el otro;

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión no conmutable;

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

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 un año;

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

XVIII. Permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge;

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 cualesquiera de ellos”.

Siguiendo la doctrina más generalizada, las causales se clasifican en :

1. Causales que implican delitos, en contra del otro cónyuge, los hijos o terceros.
2. Causales que constituyen hechos inmorales.
3. Causales violatorias de los deberes conyugales.
4. Causales consistentes en vicios.
5. Causales originadas en enfermedades.
6. Causales que implican rompimientos de la convivencia.

Para el maestro Eduardo Pallares, la clasificación de las causas de divorcio es la siguiente:

Pueden dividirse en los siguientes grupos:

- a) Causas en las que los tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la ley considera como causas. Por ejemplo, cuando se trata de injurias graves, sevicia, calumnias, abandono del hogar sin oír causa justificada, etc.
- b) Las contrarias a las anteriores, en las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional. Ejemplo, el adulterio, el abandono de hogar por más de un año, la falta del pago de los alimentos, la promoción de un juicio improcedente, etc.

Respecto a estos dos grupos, hay que aclarar que no cabe identificar la facultad de que se trata, con la relativa al poder de apreciación de que gozan los tribunales en materia de prueba, que en el caso de divorcio la tienen dentro de los mismos límites que en los demás juicios, de acuerdo con las reglas relativas a cada prueba en particular.

- c) Un tercer grupo está formado por las causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado; tales como el adulterio, la incitación a cometer un delito, la corrupción de la mujer, el abandono del domicilio conyugal, etc. En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza jurídica. Así, por ejemplo, padecer alguna de las enfermedades que especifican las fracciones VI y VII del Artículo 267 del Código Civil.
- d) El cuarto grupo comprende el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, de modo especial las relativas a suministrar alimentos al otro cónyuge y a sus hijos, y la de vivir en el domicilio conyugal. En oposición a estas causas pueden señalarse aquellas que sin constituir el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, revelan una condición de inmoralidad tal del cónyuge culpable, que es del todo necesario disolver el matrimonio para evitar su influencia perniciosa en la vida de los hijos o del otro consorte;

- e) Finalmente, hay otras causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares. Así son las que se consignan en las fracciones XIV y XV.⁶³

4.3. Tramitación

La tramitación judicial del divorcio necesario se realiza por la vía ordinaria, esto en virtud de que la legislación del Estado de México no determina un procedimiento especial y por exclusión su tramitación es la ordinaria civil.

Por lo tanto, si se tramita ordinariamente los pasos son:

Demanda

La demanda se define como: “el acto jurídico mediante el cual se inicia el ejercicio de la acción”⁶⁴

También se ha definido como: “el escrito inicial con que el actor, basado en un interés legítimo, pide la intervención de los órganos jurisdiccionales para la actuación de una norma sustantiva a un caso concreto”⁶⁵.

Así se puede decir que la demanda es el acto por medio del cual se le hace saber al órgano jurisdiccional el ejerció de nuestros derechos.

Los elementos que debe contener una demanda es de acuerdo a lo dispuesto por el Título Cuarto De los Juicio Capitulo I Del Juicio Ordinario artículo 2.107. y a la letra dice:

⁶³ Pallares, EDM. pp. 60.

⁶⁴ Pérez Palma, GDP. p. 314

⁶⁵ DJT, p. 71. s.v. demanda.

Artículo 2.107. "En el juicio ordinario se tramitaran todas las acciones que no contengan un procedimiento específico".

Artículo "2.108 Todo juicio principiará por demanda en la cual se expresarán:

- I El Juzgado ante el cual se promueve;
- II El nombre del actor y domicilio que se señale para oír notificaciones;
- III El nombre del demandado y su domicilio;
- IV Las prestaciones reclamadas, con toda exactitud en términos claros y precisos;
- V Los hechos en que funde su petición, numerándolos y narrándolos sucintamente con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar y producir su contestación y defensa;
- VI El valor de lo reclamado si de ello depende la competencia el Juez;
- VII Los fundamentos de derecho, procurando citar los preceptos legales aplicables.

Lo anterior, aparentemente resulta muy sencillo, pero, para el estudioso del derecho debe ser debidamente precisado y establecido para dar cumplimiento al artículo en mención, porque no basta con ello, también se debe dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en los capítulos anteriores del código procesal, y relacionarlos adecuadamente con el derecho que funde nuestra acción. Se hace mención a lo descrito, en virtud de que en la práctica constantemente las demandas no son admitidas por no dar cumplimiento al artículo 2.108, es decir, porque el juzgado no es competente, las pretensiones no son las adecuadas, así como la vía, los hechos no están debidamente relacionados, las pruebas no son las adecuadas etc. Lo que nos ha llevado ha no tener la pericia necesaria para asesorar y ejercitar la acción correspondiente. Manifestado lo anterior continuamos con la demanda.

Los efectos de la presentación de la demanda, distinguen aún, entre los efectos procesales de los no procesales, que algunos llaman substanciales, por la trascendencia que pueden tener sobre otros actos. Los efectos procesales son, el de señalar el principio de la instancia, la sumisión tácita del actor la competencia o jurisdicción del juez ante quien se presenta la demanda, determinar o fijar el valor de las prestaciones reclamadas; el juez queda obligado a proveer el escrito presentado y al hacerlo, resolver sobre su competencia. Los efectos no procesales, son los de interrumpir la prescripción si así lo amerita el caso.

Así las cosas, una vez presentada la demanda, el Juez podrá admitirla, prevenirla o desecharla, según lo dispuesto por los artículos 2.109 y 2.110 del código procesal citado que a la letra dicen:

Artículo 2.109 “Si la demanda fuere obscura o irregular, el Juez debe prevenir al actor, una sola vez, para que dentro de tres días la aclare, corrija o complete, señalándole específicamente sus defectos; apercibiéndole que de no hacerlo, no le será admitida”.

Artículo 2.110 “El auto que admite una demanda no es recurrible”.

Emplazamiento.

Si la demanda es admitida, se le emplazará al demandado para que en el término señalado por el Juez realice la contestación correspondiente, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2.111 que dispone:

Artículo 2.111. “Admitida la demanda se correrá traslado de ella a la parte demandada, emplazándola para que la conteste dentro del plazo de nueve días”.

En lo que respecta a los efectos del emplazamiento son de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2.114 del código estatal que establece:

Artículo 2.114. “Los efectos del emplazamiento son:

- I Prevenir el conocimiento del juicio en favor del Juez que lo hace;
- II Sujetar al emplazado a seguir el juicio ante el Juzgado que lo emplazo siendo competente al tiempo en que se hizo.
- III Obligar al demandado a contestar ante el Juez que lo emplazo;
- IV Producir las consecuencias de la interpelación judicial”.

Aunado a lo anterior podemos señalar que los medios de comunicación procesal existentes forman un papel muy importante en la impartición de justicia al momento del desarrollo de cualquier procedimiento judicial y los cuales se realizan por las autoridades judiciales dirigidos a los particulares. Como es sabido, la comunicación

procesal se describe como un vínculo, forma un procedimiento por el cual se transmiten ideas y conceptos (en forma de peticiones, informaciones, ordenes de acatamiento etc.), dentro de la dinámica del proceso y para la consecución de los fines de este implicado a los particulares, dando inicio la actividad jurisdiccional originándose la comunicación de la autoridad dirigida a las partes, así como a terceros ajenos a la relación substancial para decidir determinadas controversias como finalidad y as u vez otorgar la autoridad el derecho consagrado por nuestra carta magna y también la igualdad en la defensa de las partes antes mencionadas.

Se sabe que en un principio las formalidades estaban constituidas por ceremonias o ritos encaminados a cumplimentar un procedimiento invocando la intervención de fuerzas divinas quien en la mayoría de los casos daba como resultado que se incurriera constantemente en resoluciones precipitadas e injustas.

En la actualidad los progresos que ha alcanzado el derecho en nuestro país ha contribuido a la formación de una conciencia jurídica que ha permitido sustituir esas formulas bárbaras, esotéricas por principios científicos traducidos en reglas que presiden las actuaciones judiciales y que se encuentran plasmadas en el derecho positivo.

Así en principio encontramos al estudio de la notificación, figura esencial dentro de cualquier procedimiento judicial. Su naturaleza jurídica es equivalente a las actuaciones judiciales cuya observancia es imprescindible para el legal cumplimiento del procedimiento de que se trate. Para tal efecto se entiende por naturaleza la esencia y propiedad característica de cada ser o calidad o disposición de las cosas. Por lo que la naturaleza jurídica de la notificación es totalmente de carácter procesal y que como ya se dijo sin cuyo cumplimiento legalmente hecho puede provocar la nulidad de todo el procedimiento judicial y por ende de las actuaciones sucesivas o posteriores o bien, de una actuación judicial específica. Es decir, debe realizarse con las formalidades que marca la ley, y el no observarse dichas formalidades trae como consecuencia el hacer un acto procesal imperfecto lo cuál da como resultado la nulidad antes mencionada.

Esa misma naturaleza de cuya existencia se engendra la figura de la notificación, faculta legalmente a la autoridad para revisar en un juicio autónomo la legalidad del procedimiento, pues la falta de ésta vicia el mismo y viola en perjuicio del notificado o

demandado, las garantías contempladas por los artículos 14 y 16 constitucionales, que se traducen, el ser oídos y vencidos en juicio, dando así a las partes la oportunidad de que tenga conocimiento de las prestaciones que en un determinado caso se le demande, y puedan apersonarse en el juicio a hacer valer sus derechos. Por lo tanto podemos concluir que la naturaleza jurídica de la notificación es precisamente el hacer saber mediante un emplazamiento, a determinadas personas que existe una demanda instaurada en su contra y que debe ser contestada en el término concedido para ello, dándose así la relación jurídico procesal y por tanto salvaguardando las garantías que a esta persona le confieren nuestros ordenamientos legales existentes.

Contestación y conciliación.

En lo que respecta a la contestación de la demanda, el demandado deberá contestarla ante el juzgado que lo emplazo, señalando el número de expediente en que promueve, así como las partes que intervienen. Hecho lo anterior deberá contestar los hechos, cada uno de ellos y que deberán ser contestados a lo establecido por el artículo 2.115 del código procesal el Estado de México.

Artículo 2.115. “El demandado deberá contestar cada uno de los hechos aducidos por el actor, confesándolos o negándolos si son propios, o expresando los que ignore, o refiriéndolos como crea que tuvieron lugar. El silencio y las evasivas harán que se tengan por admitidos los hechos sobre los que no se suscito controversia”.

Así también, en la contestación, el demandado deberá interponer sus defensas y excepciones según lo dispone el artículo 2.116 del código: citado

Artículo 2.116. “Las defensas y excepciones, que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda”.

Dentro de la misma demanda se podrá interponer la reconvencción y la compensación, agregando las copias de traslado para ahora el demandado reconversionista.

Artículo 2.118. "El demandado que oponga reconvencción, lo hará al contestar la demanda. En este caso se correrá traslado de ella al actor para que conteste dentro del plazo de nueve días, satisfaciendo los requisitos sobre la demanda y su contestación".

Para el caso de que el demandado no conteste la demanda en el término concedido se aplicara lo siguiente:

Artículo 2.119. "Transcurrido el plazo para contestar la demanda sin haberse realizado, se tendrán por presuntamente confesados los hechos, si el emplazamiento se realizo personal y directamente al demandado, o su representante, quedando a salvo sus derechos para probar en contra. En cualquier otro caso se tendrá por contestada en sentido negativo".

Ofrecimiento de pruebas

Antes de proceder al estudio del ofrecimiento de pruebas, realizaremos una breve síntesis referente a la prueba.

La doctrina de la prueba gira en torno al verbo probar y al sustantivo prueba, como verbo comprende las obligaciones de las partes y las facultades del Juez; y como sustantivo, versa sobre los medios que dentro del sistema seguido por una legislación, se pueden emplear para llevar el convencimiento en el ánimo del juzgador.

La prueba es un elemento esencial del juicio, tanto por la necesidad de demostrar la existencia de los hechos en que los litigantes funden sus pretensiones, como por la de hacer ver la procedencia del derecho invocado. Así mismo, al concepto de prueba le corresponde el concepto de contraprueba; en tanto que un litigante ofrece determinados elementos de convicción para demostrar algún hecho concreto, la otra parte ofrece otros medios de prueba para demostrar lo contrario y así destruir, lo afirmando y sostenido por la contraparte.

Ahora bien, contestada que fuere la demanda y realizada la audiencia de conciliación y si esta no surtió efectos, el juez mandara abrir el juicio a prueba en un término de 5 días comunes para ambas partes. Asimismo de las pruebas ofrecidas por

las partes se abrirá cuaderno por separado de cada parte, mismo que serán agregados posteriormente a autos artículos 2.126., 2.128. del Código de Procedimiento Civiles para el Estado de México.

Admisión y desahogo de pruebas

El Juez admitirá las pruebas que conforme a derecho procedan y señalará día y hora para su desahogo dentro del segundo periodo concedido mayor de quince días. Lo anterior a los dispuesto por el artículo 2.126 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Respecto de las pruebas que se pueden ofrecer de acuerdo a la ley procesal tenemos las siguientes:

1. Confesional
2. Documentales Públicas y Privadas
3. Pericial
4. Inspección Judicial
5. Testimonial
6. De los elementos de convicción producidos o descubiertos por la ciencia o la tecnología.
7. De las Presunciones.

En lo referente a las pruebas, hemos de establecer en que consiste la preconstitución de la prueba por lo que Ovalle Favela establece lo siguiente: “preconstitución consiste en producirla o desahogarla antes del proceso; existen pruebas como las documentales que se desahogan por su propia y especial naturaleza, por lo que no necesita preparación, pero par efectos de que el medio ofrecido pueda tener efectos probatorios eficaces, se deberá desahogar con citación de la parte contraria, con objeto de respetar el principio de igualdad de las partes, si esto se viola, la prueba que se hubiere desahogado sin-la debida citación de la parte contraria no tendrá ninguna eficacia en el juicio”⁶⁶.

⁶⁶ Ovalle Favela. DPC. p. 84.

Alegatos

La última fase del procedimiento que es la preconclusiva implica que las partes reafirmen sus posiciones, en vista a lo que ellas mismas consideran que han llegado a confirmar, en la etapa probatoria.

Esta Etapa consiste en el periodo de alegatos. Se puede decir que los alegatos, son la exposición de los razonamientos que las partes proponen al tribunal, a fin de determinar el sentido de las inferencias o deducciones que cabe obtener atendiendo a todo material informativo que se le ha proporcionado desde el acto inicial del proceso hasta el precedente o inmediato anterior a los alegatos.

Las conclusiones de alegatos de cada una de las partes tratan de argumentar la justificación de cada una de sus respectivas posiciones, y la solidez de las argumentaciones jurídicas y de la fuerza probatoria de los medios de prueba ofrecidos y desahogados; también en ellos se tratará de desvirtuar la fuerza probatoria de los medios de prueba ofrecidos por la contraparte.

Al respecto el artículo 2.141 del código procesal de la entidad establece:

“Artículo 2.141 Concluido el plazo de desahogo de pruebas, dentro de los tres días siguientes las partes pueden presentar sus alegatos por escrito”.

En cuanto a la valoración de las pruebas el Juez goza de la más amplia libertad para realizar el análisis de las pruebas rendidas, con excepción de los documentos públicos que siempre harán prueba plena, Lo realizara tanto en lo individual como en su conjunto, atendiendo a las reglas de la lógica y la experiencia, explicara detalladamente los fundamentos de su valoración y de su decisión. Artículo 1.359.

Sentencia

En lo que respecta en este punto, hemos de manifestar que citar para sentencia, es indicar que ha terminado la fase preconclusiva y que se pasa a la del juicio.

Una vez concluida la fase probatoria en general; procederán las consecuencias procesales de la citación para sentencia, son las de señalar que terminan, precluyen, varios derechos procesales al cerrarse la fase probatoria, ya no se puede seguir postulando, ni probando, ni alegando; Las etapas para hacerlo han quedado descritas; las partes dieron lo que tenían que dar y ahora les corresponde recibir, porque en la primera etapa; Las partes dan y el Tribunal recibe; y en la segunda etapa, o sea, la del juicio el tribunal da y las partes reciben; lo que reciben es nada más que la sentencia, la decisión de su litigio; una primera consecuencia es la de que las partes ya no pueden ni afirmar, ni alegar nada, por que ya pasaron las oportunidades que tuvieron para hacerlo.

Al respecto el artículo 2.143 establece “Concluido el plazo para alegar se dictara sentencia”.

Para una mejor comprensión, hablaré acerca de la sentencia: “que es el acto final de un proceso normal que se desarrolla en todas sus etapas procesales, va proyectando, destinando ese proceso a terminar precisamente en una sentencia.

Si hemos definido al proceso como un conjunto complejo de actos, del estado como soberano, de las partes interesadas y de terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a un final de aplicación de ley general a un caso concreto controvertido, para dirimirlo o solucionarlo; resulta que ese acto final mediante el cual se aplica la ley general a un caso concreto controvertido para dirimirlo o solucionarlo es precisamente la sentencia.

En el caso de que un proceso no llegue a la sentencia definitiva y en tal virtud, se dan las dos formas anómalas de terminación del proceso; si la sentencia se impugna, se abre una nueva fase procesal, para analizarlas y revisarlas y ésta termina con otra sentencia que es de segunda instancia, a su vez existe otro medio de impugnación como loes concretamente el juicio de amparo. La ejecución ya no forma parte del proceso, si no que es una consecuencia del mismo.

La etimología de la palabra sentencia viene del verbo sentir y es que refleja la sentencia lo que el juez siente, lo que el tribunal siente en relación con el problema que se le ha planteado

Pasaremos a hablar de los requisitos de la sentencia, que son: los formales y materiales.

Los requisitos formales pueden hablar de la estructura de la sentencia, en cuanto a forma de redacción y los elementos que ésta deba contener.

La estructura de toda sentencia presenta cuatro grandes secciones o partes:

- I. Preámbulo;
- II. Los resultandos;
- III. Los considerandos;
- IV. Los puntos resolutivos.

El preámbulo debe contener el señalamiento del lugar y fecha, del tribunal del que emana la resolución, los nombres de las partes y la identificación del tipo de proceso en que se esta dando la sentencia.

Los resultandos son consideraciones de tipo histórico descriptivo y en ellos se relatan los antecedentes de todo el asunto, con referencia a la posición de cada una de las partes, sus afirmaciones, los argumentos que se han esgrimido, así como la serie de pruebas que las partes han ofrecido y su mecánica de desahogo, sin que en esta parte el tribunal pueda realizar ninguna consideración de tipo estimativo o valorativo.

Los considerandos son la parte medular de la sentencia; después de haberse relatado en la parte de resultandos toda la historia y los antecedentes del asunto, se llega a las conclusiones y a las opiniones del tribunal, como resultado de la confrontación entre las pretensiones y las resistencias y también por medio de la luz que las pruebas hayan arrojado sobre la materia de las controversias.

Finalmente los puntos resolutiveos son la parte final de la sentencia es favorable el actor o al reo; si existe condena y a cuanto monta ésta; además se precisan los plazos para que se cumpla la sentencia; en resumen en ella se resuelve el asunto.

Los requisitos substanciales son:

- I. Congruencia;
- II. Motivación;
- III. Exhaustividad.

La congruencia consiste en una correspondencia o relación lógica entre lo aducido por las partes y lo considerado y resuelto por el tribunal; si esta correspondencia se encuentra en las sentencias, se puede decir que reúnen el requisito de congruencia; por el contrario si la sentencia se refiere a cosas que no han sido materia del litigio, ni de las peticiones o posiciones de las partes, será incongruente.

La motivación de la sentencia consiste en la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución. La motivación y fundamentación no es exclusiva de los órganos judiciales, si no que se extiende a todo órgano de autoridad; en efecto, al disponer la constitución que, nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

La fundamentación debe ser entendida en el sentido de que la propia autoridad esta obligada a expresar los preceptos o principios jurídicos en los que funde su actuación; y la motivación, radica en los motivos y razonamientos que lleven a la autoridad a aplicar ese principio jurídico al caso concreto. De ahí que la sentencia sea el acto estatal que mayor necesidad tiene de motivación y de fundamentación.

La exhaustividad es consecuencia necesaria de los dos primeros principios anteriores; es decir, el tribunal al sentenciar debe agotar todos los puntos aducidos por las partes y referirse a todas y cada una de las pruebas rendidas. Al dictarse una sentencia debe tenerse mucho cuidado de examinar todos y cada uno de los puntos

controvertidos, agotándolos todos los puntos relativos a las afirmaciones y argumentaciones de las partes y a las pruebas rendidas y desahogadas, para que en su caso se dicte una sentencia conforme a Derecho.

4.4. Audiencia Conciliatoria

Anteriormente a las reformas de julio de 2002 no se manejaba la etapa de conciliación, misma que ahora se maneja en los siguientes términos:

“Artículo 2.121 En el auto que tenga por contestada o dada por contestada la demanda o reconvencción, en su caso, se citará a la partes a una audiencia, dentro de los cinco días siguientes, en la que el Juez, obligatoriamente, precisará sucintamente los puntos de controversia, lo que se hará constar en el acta, e invitará a las partes a una conciliación.

Inasistencia a la conciliación

“Artículo 2.122. Si a la junta conciliatoria no acude alguna de las partes o ambas, se les impondrá una sanción del cinco por ciento del valor de lo demandado, o la que prudentemente señale el Juez si no está determinada la cuantía, que se entregará a su contraparte. En caso de inasistencia de ambas, las sanciones serán aplicadas al Fondo Auxiliar para la Administración de Justicia”.

Efectos de la conciliación

“Artículo 2.123. Si se logra la conciliación se levantará acta y tendrá los efectos de una transacción, y se homologará a sentencia que tendrá fuerza de cosa juzgada”.

Es muy común, que en la audiencia de conciliación en el divorcio necesario el Secretario de acuerdos, una vez presentes las partes, les indica a las mismas y a sus abogados para que lleguen a un arreglo, otorgándoles un tiempo de 10 a 15 minutos. Al respecto consideramos que no es la forma adecuada de llevar a cabo la audiencia de conciliación, en tanto que el secretario o conciliador es el que le tiene que dar la pauta a las partes para por medio de esa vía se llegue a una solución. Asimismo les debe indicar las alternativas que conforme a derecho les corresponden y no dejar que las partes o sus

abogados patronos propongan situaciones extremas y que en muchas ocasiones no dan ninguna solución.

4.5. Situación práctica en el divorcio necesario en el Estado de México

En lo que respecta al divorcio necesario, cuando las partes pudieron dirimir sus controversias y llegar a un acuerdo para poderse divorciar y satisfacer las pretensiones de una y otra parte, se tiene que actuar según lo dispuesto por el artículo 2.123 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado, es decir, que las partes una vez conciliado y determinar que se quieren divorciar y los términos en que quedaran las prestaciones solicitadas, dicha acuerdo tendrá efectos de transacción, y se homologará a sentencia que tendrá fuerza de cosa juzgada, por lo tanto se deberá de decretar el divorcio con todas sus consecuencias legales.

De acuerdo a la interpretación del citado articulo, consideramos que no existe problema para que se decrete el divorcio. Pero en la cuestión práctica no sucede así, en atención a que, para el caso de que las partes lleguen a un acuerdo de divorcio, en el juzgado se les solicita que presenten un escrito donde soliciten el cambio de divorcio necesario a voluntario, y admitido se cumplan todos los requisitos que para el efecto se requieren para el divorcio voluntario.

4.6. Concepto de suplencia en el Derecho familiar

La suplencia en el derecho familiar se ha conceptualizado de la siguiente manera:

“Es la obligación que tiene los jueces y magistrados en asuntos de orden familiar, para subsanar o sustituir las deficiencias de los promoventes, respecto a las pretensiones y peticiones mal formuladas u omisas, procurando desentrañar el objeto de las mismas en aras de resolver eficazmente la litis planteada, con sus consecuencias legales inherentes, durante y después del procedimiento d acuerdo a

las formalidades y imitaciones que establece la constitución Federal, los convenios internacionales, las leyes secundarias y la jurisprudencia”⁶⁷.

El Estado protege la organización y desarrollo de la familia, así como de las normas que declaran el orden público de los problemas inherentes a la familia por constituir ésta la base en la integración de la sociedad y prevén un procedimiento especial con reglas propias para algunas controversias desorden familiar, dentro de las cuales no se incluye, el divorcio necesario, precisamente para salvaguardar la integración del núcleo familiar.

En el Código civil para el Estado de México, se contempla la suplencia de la queja en el artículo 2.140 donde se establece: “En el conocimiento y decisión de los juicios del orden familiar, el Juez puede realizar suplencia de la queja”.

4.7. Propuestas

De lo anteriormente expuesto, consideramos inapropiado que no se de cumplimiento a lo establecido en el artículo 2.123, ya que si dicho numeral dispone que dicho acuerdo tendrá efectos de transacción y se homologará a sentencia teniendo efectos de cosa juzgada. No le vemos el caso de que se presente una solicitud pidiendo el cambio a voluntario. Quizás el juzgador a su manera de interpretar no considera aplicable dicho supuesto al divorcio necesario o por el contrario pretende cuidar la integración de la familia y no dar elementos para su desintegración. Pero estableciendo las cosas bajo un razonamiento lógico-jurídico entendemos que, si el divorcio necesario se tramita en la vía ordinaria civil y ante un juzgado de lo familiar. Aplicando las disposiciones procesales del juicio ordinario, en consecuencia se tendría que dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 2.123 y una vez que las partes lleguen a un acuerdo para divorciarse en la etapa conciliatoria dicho acuerdo se homologue a sentencia.

⁶⁷ Tenorio Godínez, LSDPF. p. 75.

En cuanto, a las propuestas y con la finalidad de no dejar a interpretación del juzgador o a su criterio proponemos lo siguiente:

Adicionar al artículo 2.123 para quedar de la siguiente manera:

“Artículo 2.123. Si se logra la conciliación se levantará acta y tendrá los efectos de una transacción, y se homologará a sentencia que tendrá fuerza de cosa juzgada”.

Para el caso del divorcio necesario, si las partes llegan a una conciliación dentro de esta etapa o antes de dictar sentencia se aplicara lo establecido en el párrafo anterior.

Asimismo, el juez de lo familiar deberá de aplicar la suplencia en los planteamientos en el momento de emitir una resolución”.

Lo anterior, traería como consecuencia evitar burocratismo y mayor celeridad y mejor impartición de justicia.

CONCLUSIONES

Primera. La familia, como núcleo principal de la sociedad, no es una institución exclusiva del Derecho, por lo que al ser estudiada por otras áreas como la Sociología, Biología y la Filosofía, trae como consecuencia una complejidad de su estudio, dependiendo del marco en el cual se estudie.

Segunda. El matrimonio, es una de las formas legales de constituir la familia, por lo que se establecen los parámetros legales para su integración.

Tercera. Es precisamente el matrimonio, una institución compleja que exige requisitos de fondo y de forma para su celebración, así como elementos de existencia y de validez para darle vida jurídica

Cuarta. El matrimonio, origina una serie de derechos y obligaciones para los cónyuges, que van en relación entre ellos, los hijos y los bienes.

Quinta. Una de las formas de disolver el vínculo matrimonial, es el divorcio. El cual puede ser administrativo, por mutuo consentimiento y el necesario.

Sexta. El divorcio administrativo y por mutuo consentimiento, es cuando las partes están de acuerdo en divorciarse. El divorcio necesario se genera cuando alguna de las partes encuadra en algunas de las causales previstas por la legislación civil.

Séptima. El divorcio necesario se tramita en el Estado de México por la vía ordinaria civil, por lo que no existe una tramitación especial para tal efecto, y por consecuencia se debe dar cabal cumplimiento a lo estipulado por la legislación de la materia.

Octava. En la tramitación del divorcio necesario, en la vía ordinaria civil, se establece una etapa de conciliación donde las partes pueden llegar a un acuerdo. Pero en el caso de que las partes lleguen a un acuerdo en divorciarse, el juez les indica que deben de presentar un escrito solicitando el cambio de divorcio necesario a voluntario. En el cual

no se aplica en estricto Derecho lo establecido por el artículo 2.123 que dice: *“Si se logra la conciliación se levantará acta y tendrá los efectos de una transacción, y se homologará a sentencia que tendrá fuerza de cosa juzgada”*. Lo que en la práctica no se aplica, quizás por el hecho de ser normas de orden público y a favor de no desintegrar la familia.

Novena. Lo anterior resulta inadecuado, si el hecho es de proteger a la familia en ese acto, de todos modos se tiene la facultad de pedir el cambio a voluntario, y que tiene igual como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial.

Décima. Si el numeral 2.123 establece que el acuerdo entre las partes se homologará a sentencia, no le vemos el caso de iniciar la conversión a voluntario. En todo caso consideramos que se debe aplicar dicha disposición, por lo que se debe adicionar a dicho artículo la posibilidad de que el acuerdo entre las partes cuando es divorcio necesario se homologue a sentencia. Así nos evitaríamos gran papeleo, el desgaste emocional de las partes y una solución más adecuada.

Décima primera.- Adicionar al artículo 2.123 para quedar de la siguiente manera:

Artículo 2.123. Si se logra la conciliación se levantará acta y tendrá los efectos de una transacción, y se homologará a sentencia que tendrá fuerza de cosa juzgada.

Para el caso del divorcio necesario, si las partes llegan a una conciliación dentro de esta etapa o antes de dictar sentencia se aplicará lo establecido en el párrafo anterior.

Asimismo, el juez de lo familiar deberá de aplicar la suplencia en los planteamientos en el momento de emitir una resolución.

BIBLIOGRAFIA.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. *Cuestiones de terminología procesal*, UNAM, México, 1972.

Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalia. *Derecho de familia y sucesiones*, Oxford, México, 1990.

Baqueiro Rojas, Edgard. *Derecho Civil*, Harla, México, 1997.

Bejarano y Sánchez, Manuel. *La controversia del orden familiar, Tesis Discrepantes*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Briseño Sierra, Humberto. *Derecho procesal*, Segunda edición, Harla, México, 1995.

Burgoa Orihuela, Ignacio. *El Juicio de Amparo*, sexta edición, Porrúa, 1968.

Castán Tobeñas, José. *La Crisis del Matrimonio*, Reus, Madrid, 1980.

Chávez Asencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho*, Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares, Quinta edición, Porrúa, México 1999.

Chávez Asencio, Manuel F. *La familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales*, Porrúa, 5ª edición, México, 2000.

Corral Salvador, Carlos. *Diccionario de Derecho Canónico*, TECNOS, Madrid 1989.

D'ors, Álvaro. *Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona, 1989.

De Ibarrola, Antonio. *Derecho de Familia*, Porrúa, 2ª edición, México, 1981.

De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*, Porrúa, 29ª edición, México, 2000.

De Pina, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Porrúa, México, 1960.

Escrache, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, UNAM, México, 1993.

Galindo Garfías, Ignacio. *Derecho Civil*, Vigésima edición, Porrúa, México, 2000.

García Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio de Derecho*, Porrúa, 53ª edición, México, 2002.

Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, Novena edición, UNAM, México, 1996.

Guaglianone Aquiles, Horacio. *Régimen patrimonial del matrimonio*, Tomo I. Ediar. Buenos Aires, 1968.

Magallón Ibarra, Mario. *Compendio de términos de Derecho civil*, Porrúa, México 2004.

Magallón Ibarra, Jorge M. *El Matrimonio, sacramento, contrato, institución*, Tipográfica Mexicana, México, 1989.

Mazeud Henri, León. *Lecciones de Derecho civil*, Parte Cuarta, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1965.

Orizaba Monroy, Salvador. *Matrimonio y divorcio efectos jurídicos*, Pac, S.A. de C.V, 2ª edición, México, 2001.

Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Harper y Row, Latinoamericana, México, 1980.

Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho procesal civil*, Vigésima primera edición, Porrúa S.A, México, 1994.

Pallares, Eduardo. *El divorcio en México*, Porrúa, México, 1979.

De la Peña y Peña, Manuel. *Lecciones de práctica forense mexicana*, Imprentas a cargo de Juan Ojeda, México, 1835, t. II

Pérez Palma, Rafael. *Guía de Derecho Procesal*, Décima edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989.

De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1997.

Rojina Villegas, Rafael. *Derecho civil Mexicano*, tomo II Derecho de Familia, Décima edición, Porrúa, México, 2003.

Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho civil introducción, personas y familia*, Porrúa, 2ª edición, México, 1975.

Sánchez Márquez, Ricardo. *El parentesco en el Derecho comparado*, Porrúa, México, 2003.

Tenorio Godínez, Lázaro. *La suplencia en el Derecho procesal familiar*, Porrúa, México, 2004.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Estado de México.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Código familiar reformado de Hidalgo.
Código familiar de Zacatecas.
Código Civil Morelos.
Código Civil Jalisco.
Código Civil Baja California Sur.
Código Civil Puebla.
Código Civil Yucatán.
Ley para la Protección de la Familia del Estado de Yucatán.

OTROS

Diccionario de sociología, México fondo de cultura económica, Décima reimpresión, 1994.

Nuevo diccionario jurídico mexicano, Porrúa, México, 2000.

Diccionario jurídico temático, vol. 4, Derecho procesal, colegio de profesores de Derecho procesal, facultad de Derecho, de la UNAM, Harla, México, 1997.

Witker Velázquez, Jorge. *Metodología jurídica*, segunda edición, McGraw-hill, México, 2002.

Fix-Zamudio, Héctor. *Metodología, Docencia E Investigación Jurídicas*, Séptima Edición, Porrúa, México, 1999.

Página web. Tlmsn. Bibliografias. Com.