



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN.**

**“PROPUESTA PARA LA REPRESENTACIÓN
POR MANDATO EN EL DIVORCIO POR
MUTUO CONSENTIMIENTO EN EL
DISTRITO FEDERAL”.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
BRUNO ELIUT DELGADILLO JIMENEZ.**

ASESOR: LIC. RENE ALCANTARA MORENO.

MÉXICO

2005

0350321

DEDICATORIA

A MIS PADRES

Por darme la vida y los elementos para poder desarrollarme primero como persona y ahora como profesional, ya que sin ellos no hubiera llegado a este momento, les doy las gracias y mi admiración por siempre, los amo.

A MIS HERMANOS

Edgar y Daniela, por su apoyo incondicional y cariño que a pesar de todo me han brindado y aunque no parezca los amo.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México por la oportunidad de haberme formado como profesionista y ser parte de su plantilla de alumnos y de la Facultad de Estudios Profesionales "ARAGON" de lo cual estaré siempre orgulloso.

A mi Asesor Lic. Rene Alcántara por su apoyo y dedicación para la realización de este trabajo, así como la enseñanza, confianza y sobre todo por tu amistad GRACIAS.

A los miembros de mi Jurado, por su consejos y observaciones para la realización de este trabajo Gracias.

A mis amigos Carlos Canela, Alfredo Canela, Ángel Moreno y Marco Antonio Márquez, dicen que los dedos de tu mano sobran para contar a los verdaderos amigos, y ustedes si lo son Gracias.

A Georgina García por tu cariño, alicientes, confianza y apoyo para la realización de este trabajo Gracias tam.

A la familia Canela Hidalgo por su apoyo incondicional y cariño durante tanto tiempo, y lo que falta, Gracias.

Al Lic. Ángel Valencia por todos tus consejos y sobre todo por tu confianza y amistad Gracias.

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	I
INTRODUCCIÓN.....	III

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO.....	1
1.1.- El divorcio en Roma.....	1
1.2.- El divorcio en España.....	6
1.3.- El divorcio en México.....	12
1.3.1.-Época prehispánica.....	12
1.3.2.-Época colonial.....	15
1.3.3.-Época independiente.....	16
1.3.4.-Época actual o contemporánea.....	23

CAPITULO II

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.....	25
2.1.- Concepto jurídico del divorcio.....	25
2.2.- Clasificación del divorcio.....	28
2.2.1.-Tipos.....	35
2.2.1.1.-Divorcio Administrativo.....	37
2.2.1.2.-Divorcio Judicial Voluntario o por Mutuo Consentimiento.....	40
2.2.1.3.-Divorcio Judicial Necesario.....	44
2.3.- Procedencia jurídica del divorcio (causales del divorcio).....	50
2.4.- El Divorcio por Mutuo Consentimiento en el Distrito Federal.....	54

CAPÍTULO III

DE LA CAPACIDAD.....	59
3.1.- Elementos del acto jurídico.....	59
3.1.1.-Elementos de existencia.....	65
3.1.2.-Elementos de validez.....	70
3.1.3.- Capacidad de goce.....	78
3.1.4.- Capacidad de ejercicio.....	82
3.2.- Instituciones de la representación.....	86

3.3.- Efectos de la representación.....	88
3.4.- La representación por mandato.....	92

CAPÍTULO IV

EL DIVORCIO VOLUNTARIO POR REPRESENTACIÓN A TRAVÉS DEL MANDATO.....	96
4.1.- Aspectos sociales.....	96
4.2.- La necesidad de la representación por mandato en un Divorcio por Mutuo Consentimiento.....	100
4.3.- La problemática jurídica.....	103
4.4.- Propuesta para la reforma al artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal.....	109
Conclusiones.....	116

SIGLAS Y ABREVIATURAS

CCC.	Castro Zavaleta, Comentarios al código civil.
CC.	Sánchez Medal, De los contratos civiles.
CDC.	Rojina Villegas, Compendio de Derecho civil.
DC.	Galindo Garfias, Derecho civil.
DCM.	Rojina Villegas, Derecho civil mexicano.
DCPF.	Galindo Garfias, Derecho civil personas familia.
Deut.	Deuteronomio.
DF.	Montero Duhal, Derecho de familia.
DHMD.	Sparvier, Derechos del hombre y la mujer divorciados.
DM.	Pallares, El divorcio en México.
DO.	Gutiérrez y González, Derecho de las obligaciones.
DPI.	Sandoval, Divorcio proceso interminable.
DPR.	Margadant Floris, Derecho privado romano
DR.	Margadant, Derecho romano.
DR.	Padilla Sahagún, Derecho romano.
EDCM.	De Pina Vara, Elementos de Derecho civil mexicano.
FDRJC.	Chávez Asencio, La Familia en el Derecho relaciones Jurídicas conyugales.
LPCDC.	Flores Barreta, Lecciones de primer curso de Derecho civil.
NECCM.	González María del Refugio, Notas para el estudio de la codificación civil en México.
OB.	Bejarano Sánchez, Obligaciones civiles.
OCC.	Ortiz, Urquidí, Oaxaca cuna de la codificación.
PSD.	Salas Alfaro, Problemática Socio Jurídica del divorcio.
TEDR.	Petit, Tratado elemental de Derecho romano.

TGO.

Borja Soriano, Teoría general de las obligaciones.

EL DIVORCIO VOLUNTARIO POR REPRESENTACIÓN A TRAVÉS DEL MANDATO.

INTRODUCCIÓN

La importancia que han tenido las relaciones intersexuales de la pareja y la consecuente procreación de los hijos (que da el origen a la familia, que ésta a su vez es la base fundamental de la sociedad) ha dado pie a que se le preste especial atención, por tal motivo el matrimonio fue un hecho reconocido por el Derecho para darle efectos, de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de la pareja, a la que el Estado le otorgó determinados efectos, los cuales concatenados a los regímenes de Derecho, debe de tener formalidades para su creación y su cesamiento.

Ahora bien, el matrimonio es un acto jurídico complejo, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer, éste acto lo origina el acuerdo de voluntades de dos individuos que cumplan con los requisitos que establece la ley para tales fines. Dicha institución puede ser extinguida por medio de la figura jurídica denominada divorcio, la cual es la contraparte del matrimonio.

Etimológicamente divorcio proviene del latín *divortium*, que a su vez deriva de *dīvertere*, que significa: separarse, apartarse, desunirse. En sus comentarios al edicto provincial, Gayo dice que: *Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium*¹. (Pero se dice divorcio, o por la diversidad de ánimo, o porque van a partes diversas los que disuelven el matrimonio). Esto implica la idea de separación de algo que había estado unido. Así las cosas, el divorcio es una figura jurídica que se encuentra legalmente reglamentada por nuestro ordenamiento jurídico al cual debe de someterse para tener validez ante el

¹ D. 24. 2. 2 pr.

Estado, aunado a esto y tomando como referencia los cambios sociales y las circunstancias de modo, tiempo y lugar, los legisladores han creado diferentes formas de extinción de la figura del matrimonio, como son:

Divorcio Administrativo (ante el Oficial del Registro Civil) que sólo puede llevarse a cabo cuando los esposos son mayores de edad, no tienen hijos en común y por medio de un acuerdo han liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron;

Divorcio judicial que a su vez puede ser:

Divorcio voluntario, que es procedente sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y para tales fines realizan un convenio que se somete a la aprobación del juez de primera instancia, todo lo anterior en términos que prevé la ley, y;

Divorcio necesario, que puede pedirse por el cónyuge que se encuadre en los supuesto que establece la ley para esos casos en concreto.

Como ha quedado establecido y basándose en las formalidades que establece la ley, la mayoría de los trámites que se realicen ante autoridad judicial se deben de realizar personalmente, cuando así lo determine la ley, o en caso contrario por medio de una representación que se encuentre debidamente facultado para realizar dichas funciones; Ahora bien, dentro del Derecho existe la figura jurídica denominada mandato, el cual en otras palabras es un contrato en virtud del cual una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar, por cuenta de otra llamada mandante, los actos jurídicos que ésta le encarga.

Para que el mandato sea aceptado jurídicamente se requieren de las siguientes características:

Es un contrato de prestación de servicios. El contenido de la conducta del mandatario manifestada como una prestación, es un hacer, consiste en actos jurídicos;

Los actos que debe de ejecutar el mandatario, son precisamente actos jurídicos y no hechos materiales;

Los actos jurídicos que realice en mandatario, como consecuencia del contrato, siempre serán por cuenta del mandante, lo que significa que inmediata o mediatamente repercutirán en el patrimonio, o en general, en la esfera jurídica de éste;

Por último y desde un punto de vista negativo, el mandatario no obra siempre e indefectiblemente a nombre del mandante, pues puede obrar a nombre propio.

De las características mencionadas con anterioridad es que tomó la determinación para proponer que cuando un individuo que se encuentre fuera del territorio nacional y por circunstancias ajenas a él no pueda regresar a realizar el trámite de un divorcio, éste se realizara por medio de un mandato, que es un contrato que por su propia y especial naturaleza sería el más apegado a Derecho para la realización de un trámite de esa naturaleza y que necesita de asistencia personal del interesado, supliendo esa inasistencia por un mandante, el cual tiene más facultades que las que le pudiera conferir un poder, una representación o un contrato de prestación de servicios.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO

1.1. El Divorcio en Roma.

La historia nos demuestra que Roma es considerada una de las ciudades más importantes del mundo, no sólo de la antigüedad, sino también de la actualidad en lo que se refiere a Derecho, lo anterior debido a que a través de las instituciones que crearon para la adecuada organización social apegada a normas de conducta, pudieron crear ordenamientos legales con todas sus instituciones, y con esto crear un estado de Derecho.

Enfocándonos al Derecho civil y más específicamente al Derecho familiar; el pueblo romano fue uno de los primeros pueblos que utilizaron el matrimonio como tal, el matrimonio celebrado entre ciudadanos romanos, como era el que se realizaba en la época de la república, al matrimonio se le daba el nombre de justas nupcias, pues para los romanos el *connubii*, o sea, la aptitud legal para contraer justas nupcias, solamente era privilegio de los ciudadanos romanos, careciendo de ella, los esclavos, los latinos, etc. "el derecho a contraer un matrimonio legítimo se llama *connubium*; sólo lo tienen los ciudadanos romanos y algunos extranjeros privilegiados"¹.

De lo anterior y al crearse la institución del matrimonio, misma que tenía por objetivo el de preservar Roma, también se creó una figura que pudiera extinguir esa institución, y dicha figura fue la del divorcio, que en un principio tuvo de antecedente la disolución del matrimonio sin llamarse todavía divorcio, en ese tipo de figura era notoria las facultades que podía tener el *paterfamilias*,

¹ Pettit, TEDR, p. 108.

como la de poder disolver el matrimonio de los hijos sometidos a potestad, hasta que en época clásica "Antonio Pío hace cesar éste abuso de la *patria potestas*, de esta manera se impide que la armonía de un *bene concordans matrimonium* sea alterada"².

De lo anterior se puede apreciar, que se suprimió un enfoque plenamente patriarcal, diciendo con esto que el Derecho de los romanos le daba una mayor preferencia a los hombres que a las mujeres, con el simple hecho de que el *paterfamilias* era hombre; Además se disolvía el matrimonio por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges (*repudium*). "Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *affectio maritalis* había desaparecido. No tenía validez siquiera, un convenio de no divorciarse"³.

Al parecer "la disolución del matrimonio tuvo un evolución desde el momento que un espíritu cosmopolita reemplazo la austeridad rústica de antes, el divorcio se hizo cada vez más frecuente"⁴, ya que éste podía pedirse sin causa jurídica que lo justificase. Se puede argumentar que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio porque la institución del matrimonio romano se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el efecto conyugal. Por lo tanto, cuando éste efecto desaparecía, era procedente el divorcio aunado a lo anterior, éste no se tomaba con la severidad y rectitud de las costumbres de la época.

Como se ha mencionado en líneas anteriores y generalizando, "el divorcio como lo menciona Chávez Asencio podía efectuarse de dos maneras:

1) *Bona gratia*, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerido de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido, y 2) Por Repudiación, es decir, por la

² Padilla Sahagún, DR. p. 65.

³ Margadant, DPR. p. 211.

⁴ Margadant, DPR. p. 212.

voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin excusa. La mujer tenía ese derecho, lo mismo que el marido, excepto la mujer "manumitada" y casada con su patrono.

Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley Juliana del adulterio exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por una carta escrita que le era entregada por un manumitado. Nada era más común, que se efectuara el divorcio por las causas más frívolas, como podían ser la esterilidad, las riñas de la nuera con su suegra, la vergüenza, entre otras eran los motivos más ordinarios⁵.

Como era de esperarse, conforme fue avanzando el tiempo y la cultura, los emperadores no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero sí buscaron hacerlo más difícil, obligando a especificar las causas legítimas de repudiación. "Cuando a partir de Constantino, los emperadores cristianos inician la lucha contra la facilidad del divorcio, no atacan éste cuando se efectúa por mutuo consentimiento. Más bien combaten el *repudium*, fijando las causas por las cuales un cónyuge puede obtener la disolución del vínculo matrimonial, aunque la otra parte no consienta en ello⁶. Esto se puede tomar como la especificación o en otras palabras la reglamentación para poder realizar dicho repudio así que se puede considerar como los primeros esfuerzos para poder restringir dicho acto (divorcio).

"Por otra parte se publicaron en numerosas constituciones, para los casos de divorcio, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el autor de una repudiación sin causa legítima⁷, como podía ser la cárcel o menos grave el pago de una multa, en estos casos también se puede observar como se empezaba a perfeccionar la figura del divorcio, ya que como se menciona en líneas anteriores éste era demasiado fácil obtener y sólo

⁵ Chávez Asencio, FDRJC. p. 410.

⁶ Margadant, DPR. p. 213.

⁷ Petit, TEDR. p. 109.

daba como resultado la pérdida de la estabilidad, la dignidad moral y religiosa que tenía esta institución, "La decadencia de las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo de que el filósofo Séneca pudo decir: ¿Qué mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de cónsules, sino por el número de sus maridos? Se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse"⁸.

Las legislaciones antiguas, con las cuales se encontraba en contacto la iglesia, admitían el divorcio. Sobre todo, el Derecho romano lo autorizaba, ampliamente sin intervención judicial, y aún más sin existir el consentimiento recíproco de las partes: el repudio unilateral se podía dar por cualquiera de las dos partes, ya sea el marido o la mujer y éste podía tener efectos.

"Asimismo encontramos que en la legislación del emperador cristiano Constantino, quedó establecido el principio de que ni al marido ni a la esposa le 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 o ser homicida o el maleficio o ser violador de sepulcros; otras causas por ejemplo, si el esposo era borracho, un jugador o un mujeriego, no eran suficientes para que la mujer pudiera dar el repudio; pero probadas y demostradas las causales legales, podía procederse al libelo de repudio, con la facultad de contraer nuevo matrimonio".⁹

Por lo antes mencionado podemos considerar que el repudio, aunque más limitado que en el Derecho precedente, seguirá existiendo y siendo legítimo, como también el divorcio.

Por otro lado y según el Derecho romano, había dos clases de adulterio:

⁸ Pallares, DM. p. 12.

⁹ Chávez Ascencio, FDRJC. p. 411.

Era adúltera la mujer que casada tuviese comercio carnal con cualquier hombre que no fuese su marido.

Era adúltero el marido que se unía a mujer casada, pero si él se unía a una mujer no casada, en este caso no había para el adulterio.

"Este concepto de adulterio, que se hará sentir en toda la tradición cristiana, difiere totalmente de la tradición cristiana, difiere totalmente de la doctrina de la iglesia, que considero siempre adulterio a toda unión carnal de casado con cualquier persona."¹⁰

Por otra parte, menciona Guillermo Floris Margadant, "que cuando Justiniano asume el poder, se encuentra con cuatro clases de divorcio, para ninguno de los cuales se necesita sentencia judicial:

Por mutuo consentimiento;

Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados por la ley;

Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio (típica ilustración de una disposición legal "*minus quam perfecta*");

Bonagratia, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero si en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (importancia, cautividad prolongada) o inmoral (voto de castidad)¹¹.

Con lo citado con anterioridad se puede decir que conforme fue pasando el tiempo y perfeccionándose la institución como tal, era más difícil provocar el divorcio, ya que debían reunirse los elementos establecidos por la ley, y no como en un principio, que era único derecho que tenía el marido, y bastaba con el repudio, para obtener la disolución del matrimonio. Por otra parte,

¹⁰ Chávez Asencio, FDRJC. p. 411.

¹¹ Margadant, DR. p. 212.

encontramos que tanto el hombre como la mujer, tienen igual derecho al divorcio, y una vez hecho esto y dado el repudio, los ex cónyuges podían contraer nuevamente libre matrimonio.

1.2. El Divorcio en España.

El divorcio en España y como era de esperarse, debido a la gran cercanía con Roma, tiene muchos de sus fundamentos en las leyes de esa cultura, la cual como ya lo mencionamos, la cultura romana fue la precursora del Derecho y de ahí que su principal ley "Las Siete Partidas" se ocupaban del divorcio en el título noveno, donde se encuentran, entre las más importantes, las siguientes leyes:

La segunda, que autoriza el divorcio por causa de adulterio y ordena al marido que tiene conocimiento de éste delito, que acuse a su mujer. Si no lo hace, peca mortalmente. La acusación debe de presentarse ante el obispo o ante un oficial suyo.

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

La ley cuarta prohíbe que pidan la acción mencionada las siguientes personas: El que supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo, a menos que le correspondiese hacerlo por parentesco. Tampoco se deberá oír al que lo hiciese con la intención de utilizarse de alguna cosa de aquellos a quien acusa, ni el que hubiese recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se le pudiese comprobar.

El pueblo hebreo, bajo el imperio de la ley mosaica, conoció el repudio, por parte del marido, también se dice que si un hombre toma mujer y la tiene consigo, pero ella no es amada por él por cualquier torpeza, escribirá un libelo de repudio, lo pondrá en manos de ella y la mandará a su casa. *Si acceperit homo uxorem et habuerit eam, et non invenerit gratiam ante oculos eius propter aliquam foeditatem: scribit libellum repudii, et dabit in manu illius, et dimittet eam de domo sua.* (Si un hombre toma una mujer y se casa con ella y resulta que esta mujer no halla gracia a sus ojos, porque descubre en ella algo que le desagrada: le redactará un libelo de repudio se lo pondrá en su mano y la despedirá de su casa)¹².

La incertidumbre está en la concreción de una causa tan vaga. En la Biblia se pueden apreciar como causas:

Que el matrimonio hubiere sido contraído entre personas cuyas nupcias eran prohibidas;

La justa sospecha de adulterio;

La mala fama e impudicia de la mujer.

Pero las costumbres dieron tal amplitud a esto, que bastaba alegar que la mujer no placía al marido, "*non invenit gratiam in oculis*". Por esto precisamente en proverbios y consejos se trataba de corregir y mitigar lo que jurídicamente era imposible.

El repudio llegó a generalizarse hasta el punto de que pudo pedirse por la mujer, éste fue el estado de cosas contra las que tuvo que reaccionar la nueva ley.

No debe de llamarnos la atención el hecho de que en las leyes españolas no aparezcan, sino en algunas de ellas, normas relativas al divorcio.

¹² Deut. 24, 1.

Esta omisión se explica fácilmente, si se toma en cuenta que todo lo concerniente al matrimonio y al propio divorcio pertenecía a la jurisdicción eclesiástica y que la iglesia, mediante Decretales, resoluciones de concilios, y el Código Canónico, era la que reglamentaba esas materias, es aquí donde se aprecia principalmente la influencia eclesiástica que aquejaba al Derecho de ese entonces y de ese estado.

No obstante hay algunas disposiciones en la legislación civil que tratan del divorcio. Vamos a referirnos a las leyes españolas más importantes que precedieron a la nuestra y en parte estuvieron vigentes en México, durante la época colonial.

"En el Fuero Juzgo encontramos en el libro tercero, sexto título, las siguientes disposiciones:

Se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejó, el marido a no ser que supiese que fue dejada por escrito o por testigos. (Esta ley demuestra que el divorcio, en aquel entonces, no era indisoluble.)

Si violare la prohibición, y las personas unidas en el segundo matrimonio fuesen de calidad social, el señor de la ciudad, el vicario o el juez, deben dar conocimiento al rey de ese hecho. Si no son personas de alcurnia social, las citada autoridades deben separarlos inmediatamente y poner a disposición del primer marido, tanto a la mujer como al que se casó con ella, a no ser que el marido estuviese casado con otra, para que hiciere con ello lo que fuere su voluntad.

Si el marido abandona a su mujer sin motivo legal (con tuerto) pierde la dote que recibió y no tiene derecho a ninguno de los bienes de su mujer. Además, si había enajenado lo que había recibido de la mujer, estaba obligado a devolverlo.

Si la mujer abandonada injustamente, le hubiera dado a su esposo algún bien, aunque fuera por escrito, tal donación no valdría.

Esta ley demuestra que el divorcio en aquel entonces no era indisoluble y es preciso llegar hasta el concilio de Trento para encontrar en él, con el carácter de imperativa la indisolubilidad. Un concilio de Toledo obligó a las mujeres casadas con judíos a divorciarse de ellos o a bautizarse¹³.

El fuero real, la ley 9, Título I, libro II, autoriza el divorcio en cuanto al vínculo cuando alguno de los cónyuges, o los dos, quieran disolver el matrimonio para entrar en una orden monástica; pero siempre que el matrimonio no se hubiere consumado.

Las Siete Partidas tratan con más extensión el divorcio en la Partida cuarta, las leyes relativas son las del título décimo que planteaban:

Sobreviniendo algunos de los obstáculos por lo que se deba separar el matrimonio, luego que fuese probado, se debe separar por juicio de la Iglesia, a menos que perteneciese a obstáculos que hubiesen de decidir los legos sobre adulterio. La separación del matrimonio proviene del latín *divortium*. A continuación se dirá de dónde tomo ese nombre, porqué se puede separar, quién puede decirlo y de qué modo:

“Ley I. Qué cosa es divorcio y de dónde se tomo ese nombre: *Divortium*, fue del latín, se le adjudico ese nombre a la separación de las voluntades del hombre y la mujer que a diferencia de cuando se unieron;

Ley II. Por qué razones se puede hacer esta separación: Hay dos modos y dos casos de hacer esta separación. La primera es por la religión y la otra por pecado de fornicación. La primera se hace cuando uno de los cónyuges,

¹³ Pallares, DM. p. 15-16.

después de haberse unido carnalmente quisiera entrar en orden religiosa y el otro se lo concediere prometiéndole guardar castidad, siempre que fuera tan viejo que no se pudiera sospechar que podría pecar carnalmente, pero debería hacerlo por mandato del Obispo, u otro prelado de la iglesia que tuviera esa facultad. En caso de que la mujer cometiera adulterio, siendo acusada ante juez eclesiástico, y probada la acusación o si se volviese hereje o de otra ley o no quisiera enmendarse, es el otro modo en que ocurre propiamente divorcio. La diferencia que hay entre la separación que se hace por otros obstáculos y por el divorcio es que no se puede cesar ninguno de ellos mientras vivieren y en el que se hace por razón de adulterio se puede cesar el que quedase.

Ley III. Porque el que se hace cristiano o cristiana se puede separar de la mujer o marido con quien estaba casado antes, según las leyes a que pertenecía: Si algunos moros o judíos casados según su ley, se hicieren cristianos y permaneciendo el otro en la suya no quiere vivir o si viviesen juntos injuriase a dios, y a nuestra fe, o le reconviniese para que dejare la nuestra y siguiese la suya en este caso se puede separar de el sin pedir licencia a ninguno, y casarse son otro o con otra si quisiere; pero antes se le debe de llamar frente a hombres buenos y hacerles ver esto, de manera que lo oigan decir y estén ciertos para que después puedan probar si fuere necesario, el motivo por el cual se separan.

Ley IV. Que diferencia hay entre los casamientos que hacen los cristianos y los que hacen los que son de otra ley: *Initialum, ratum, consummatum*, tanto quiere decir en latín como cosa que ha comienzo, e afirmanza e acabamiento, estas tres cosas hay en los casamientos de los cristianos; en los de los otros sólo hay la primera y la última, y por eso dispuso la iglesia que nunca se destruyese el casamiento, y no se pudiese cesar ninguno de ellos mientras viviere el otro. En los casamientos de las demás leyes luego que se separan se pueden volver a casar.

Ley V. Cuando se dice que los casamientos se han comenzado, son firmes y acabados: Se principian los casamientos en los desposorios que se

hacen por palabras de futuro o presente, consintiendo los desposados; Pero el que se hace por palabras de presente tiene tal fuerza, que no se pueden separar después, a no ser que antes de unirse carnalmente entrase alguno de ellos en orden de religión, que después ya queda firme el casamiento aunque se hubiese de separar por razón de adulterio.

Ley VI. De los maridos que cometen fornicación después que han sido sentenciados a separarse de sus mujeres por razón de adulterio: Acusando alguno a su mujer de adulterio, probándose y decidiéndose el divorcio contra ella, si después de esto el marido tuviese acto carnal con otra mujer, puede la suya demandarle a que se vuelva con ella, y la iglesia debe apremiarle a que lo verifique.

Ley VII. Quiénes pueden sentenciar en caso de separación del matrimonio y de qué manera: Deben hacer esto los arzobispos u obispos de la jurisdicción de los esposos, pero siendo costumbre de cuarenta años que lo hicieran los arcedianos, arciprestres u otros prelados menores, bien pueden hacerlo si fuesen letrados, o aquel a quien el Papa le otorgue privilegio para ello.

Ley VIII. No pueden ser puestos en manos de árbitros de pleitos de separación de matrimonio: Prohíbe esto la Iglesia, aunque aquellos sean clérigos u obispos, por dos razones. Una, porque puestos en manos de éstos no pueden acabarse sino por miedo de pena, y ésta no puede ponerse en los matrimonios, y segunda razón, porque el matrimonio es espiritual.”¹⁴

Dentro de la evolución del divorcio en el Derecho español se puede apreciar que el sentido eclesiástico fue el principal factor para determinar no sólo las relaciones interpersonales, sino todas las actividades de la población, aunado a esto la potestad que regía sobre el pueblo era totalmente clerical, tan

¹⁴ Pallares, DM. p.19-21.

es así que las personas que asumían el poder en España debían de ser católicas, lo cual daba como resultado que el divorcio fuera una figura condenada por la Iglesia, más aún esto queda plasmado hasta la actualidad al decir la Iglesia que lo que Dios une el hombre no lo desuna.

1.3. El divorcio en México.

1.3.1. Época prehispánica.

Diversas tribus o pueblos habitaban el territorio de México antes de la llegada de los españoles; estos pueblos, vivían bajo el dominio principal de los Aztecas, y tenían numerosas afinidades étnicas, sociales y jurídicas.

Aunque los investigadores no han aportado más datos que nos permitan conocer más a fondo la organización jurídica antes de la conquista, hay información sobre la organización de la familia, que nos deja conocer su régimen.

Como lo menciona el autor Kohler en su obra titulada "El Derecho de los aztecas", el Derecho de la familia era eminentemente patriarcal. El padre tenía potestad plena y constante sobre los hijos y la mujer, se le consideraba el jefe natural.

El matrimonio dentro de esta cultura era polígamo, sobre todo entre las clases sociales superiores o altas, aunque sólo una mujer era la esposa principal.

Entre los indígenas de Texcoco, "cuando se ofrecía algún tipo de disyuntado (divorcio), que eran pocas veces, procuraban los jueces conformar y poner en paz a la pareja, y reprender ásperamente al que era culpado,

haciéndoles notar con cuanto acuerdo se habían casado para que no hicieran pasar vergüenza y deshonra a sus padres y pariente que habían acordado casarlos ya que serían muy notados en el pueblo, porque sabían que se habían casado”¹⁵.

Entre los mayas, “parece que la poligamia existía pero sólo en la clase guerrera. Los mayas se casaban con una sola mujer a los veinte años de edad, y los padres eran los encargados de esa búsqueda para sus hijos... La infidelidad de la mujer era causa de repudio, si al tiempo del repudio los hijos eran pequeños los llevaba la mujer; si eran grandes las mujeres pertenecían a la esposa y los hombres al esposo. La mujer repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero; había mayor facilidad para tomarse o dejarse”¹⁶.

“Los Tepehuanas se extendían en Durango, Jalisco, Sinaloa, Chihuahua y Coahuila. Conocían el matrimonio y el repudio por causa de la infidelidad de la mujer”¹⁷. Es aquí donde se nota que el imperio más poderoso de aquel entonces era el azteca por lo que hasta estas tierras se extendía la organización “jurídica” que se aplicaba.

En relación a los jueces y procedimientos, encontramos lo siguiente: “Las quejas del matrimonio se presentaban al gran sacerdote, Petamuti. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta vez 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, recogían a la mujer sus parientes y la casaban con otro. No se permitía un segundo divorcio”¹⁸.

¹⁵ Chávez Asencio, FDRJC. p. 423.

¹⁶ Chávez Asencio, FDRJC. p. 423.

¹⁷ Chávez Asencio, FDRJC. p. 423.

¹⁸ Chávez Asencio, FDRJC. p. 423.

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

En las casas de los señores, se encontraban unos aposentos y salas que se encontraban levantados del suelo, siete y 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 lado y oían y determinaban las causas de los matrimonios y divorcios.

“Al haber observado que los indios dejaban a sus mujeres con facilidad, e investigando por que 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 rigor de justicia que antes tenían. Y el temor cobraron atrevimiento para alargarse 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 por el repudio, no eran por leyes ocasionales, sino por adulterio o semejante causa. Y así se halló y averiguo en Texcoco casos de discordia entre marido y mujer que se procedía en la siguiente forma. Llegadas ambas partes ante los jueces en su sala, oían primero al querellante y hecha su plática y dicha su queja, preguntaba luego al otro si eso era verdad, preguntaban también de que manera se había ayuntado (casado), si había sido en modo matrimonial, de consentimiento y licencia de su padres y con las ceremonias usadas o por modo fornicario de amancebados. Y si era por modo de amancebados había poco caso de que se separarán o quedasen juntos; pero si eran casados según sus ritos matrimoniales, una, dos veces y muchas más trataban de concertar, mas nunca consentían que se apartarán. Porque les parecía, y así lo tenían heredado de sus antecesores, que una cosa que paso en público en vista del pueblo con tanto acuerdo, con tan solemne

ceremonia, era un mal hecho el dar lugar a que se deshiciese y un mal ejemplo para el pueblo en general¹⁹.

Por regla general los divorciados no podían volver a casarse entre sí; además de que no estaba permitido un segundo divorcio. Puesto que el divorcio requería de la intervención judicial para emitir un fallo, se castigaba a aquel hombre que repudiara a su mujer sin que mediara resolución judicial, esto daba como castigo que se le chamuscara el pelo.

1.3.2. Época colonial.

Una vez conquistado México por los españoles, éstos impusieron en nuestro país, sus leyes y costumbres, trayendo más tarde el Concilio de Trento, que surge de 1545 a 1563 esto en Europa, mismo que fue aplicado tanto en México como en América hispana poco a poco, tomando en consideración que la civilización europea, estaba más avanzada que la nuestra en aquel entonces, debido a que se había formado a través de muchos siglos, por lo que a los pueblos conquistados como el nuestro se les tenía que ir aplicando paulatinamente reglas adecuadas para su civilización sin transiciones ni formas violentas para no ser perjudicados, sino mas bien beneficiados.

Después de la conquista los misioneros empezaron a enseñar los sacramentos del catolicismo a los mal llamados indios mexicanos (según lo demuestra nuestra historia) tratando de incorporarlos a las creencias cristianas o mejor dicho civilización cristiana, ya que como se venía haciendo en estas nuevas tierras y a raíz de la poligamia que existía se quiso erradicar e imponer la monogamia para así tener un mejor control dentro de la nueva sociedad.

Durante la época colonial, estuvo vigente en la nueva España, la legislación española; en primer lugar las Leyes de Toro, la Nueva y la Novísima

¹⁹ Chávez Asencio, FDRJC. p. 424.

Recopilación, y supletoriamente el Ordenamiento de Alcalá, las Siete Partidas, el Fuero Real y el Fuero Juzgo. Además rigió, al igual que en todas las colonias dependientes de la Corona Española, la recopilación de las leyes de Indias y la Real Ordenanza de Intendentes.

En la materia que nos ocupa estuvo vigente en México de la Colonia el Derecho Canónico mismo que regulaba a la España Peninsular todo lo concerniente al matrimonio. Así en la Nueva España el matrimonio era un sacramento y por ello indisoluble mientras vivieran ambos cónyuges.

El divorcio, entendido como disolución del vínculo matrimonial no era admitido, lo único que estaba permitido era la separación de cuerpos (separación de lecho, techo y mesa) siempre y cuando mediare causa justa para dicha actividad, por ejemplo, el adulterio de uno de los cónyuges o las sevicias que hacían de la vida en matrimonio un acto difícil.

Como una y única excepción a la regla general en lo que respecta al divorcio se reconocieron dos casos en que el matrimonio podía ser disuelto aun y cuando vivieran los cónyuges, las cuales son:

El caso del matrimonio rato no consumado y;

El caso del matrimonio contraído entre dos personas que no tuvieran el bautismo las cuales podían disolver su matrimonio por el privilegio paulino.

1.3.3. Época independiente.

Consumada la independencia mientras se promulgaban los primeros códigos civiles, siguió teniendo aplicación la legislación española. En principio, y puesto que el interés se centró en la organización política básica para nuestro país, se empezó por redactar proyectos constitucionales que dieron como resultado la Constitución de 1824.

En materia de Derecho privado un año después de la independencia, la Soberana Junta Provisional Gubernativa, expidió un decreto que establecía la necesidad de crear comisiones que preparaban diversos códigos, entre ellos el Código Civil.

De los primeros estados que respondieron al llamado de la codificación de su Derecho civil fueron el estado de Oaxaca y el de Zacatecas.

En Oaxaca, tomándose como modelo el Código Civil de Napoleón, se elaboró el Código Civil de 1827-1829, en el que las cuestiones relativas a materias como el registro de nacimiento y la celebración y registro de matrimonios, quedaron bajo la jurisdicción de la iglesia. Y puesto que el Derecho canónico no reconocía el divorcio vincular, sólo se admitió la separación de cuerpos, sin disolución del vínculo matrimonial. Para que tuviera lugar la separación de cuerpos se requería de una causa justa.

“Es importante señalar que el ordenamiento oaxaqueño es reconocido como el primero por su naturaleza en Iberoamérica, pues ni España tuvo un Código Civil en esa época, ya que el primer proyecto de un Código Civil español fue de 1851, expidiéndose en 1888”²⁰.

Por lo que hace a Zacatecas, en esta entidad federativa se tiene el mérito de haber elaborado el proyecto de Código Civil de 1829 en el que en el libro primero titulado “De las Personas”, título VI regulaba el matrimonio, las condiciones necesarias para contraerlo, impedimentos, reglas para su celebración, derechos y deberes de los cónyuges, entre otros.

En todo caso el divorcio era entendido como separación de cuerpos, es decir, sin disolución del vínculo matrimonial. La separación decretada cesaba cuando los esposos convenían, ante el juez de primera instancia de su

²⁰ Ortiz Urquidí, OCC. p. 20.

domicilio, en reunirse, o cuando alguno de ellos justificaba que después de separados, ambos se habían unido carnalmente.

Por otra parte, en el año de 1833 se elaboró un Código Civil para el estado de Jalisco en el que se prevé que la celebración y registro de matrimonios seguiría realizándose ante el párroco del lugar, conforme a las disposiciones del Derecho eclesiástico. En éste nuevo ordenamiento se admite la separación de cuerpos pero sólo por causa legítima, separación de la que debía de conocer un juez eclesiástico.

Luego de las animosas tareas de codificación civil de Oaxaca, Zacatecas y Jalisco, se nota un aletargamiento en la materia de Derecho civil, aletargamiento que se despierta por conducto de un proyecto de Código Civil en el año de 1857 por el entonces presidente Benito Juárez.

En esa época encontramos también el Manifiesto de Gobierno Constitucional a la Nación de fecha 7 de julio de 1859, en el que se dice que "el gobierno comprende que una de las más urgentes necesidades de la República es la formación de códigos claros y sencillos sobre negocios civiles y criminales, y sobre procedimientos para sacar a nuestra legislación del laberinto en que se encuentra. Así mismo, se menciona que el Registro Civil, sin duda, una de las medidas que con urgencia reclamaba nuestra sociedad."²¹

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

En el mes de enero del año 1862, el Gobierno nombró una comisión compuesta por cinco miembros, de los cuales uno la presidía y cuyo trabajo consistió en la revisión del proyecto de 1859.

²¹ González, NECCM. p. 118.

Como resultado de dicha comisión en el año de 1866 surgió lo que se conoció como el Código Civil del Imperio Mexicano del que se publicaron y promulgaron únicamente los dos primeros libros (el libro "De las Personas" y el libro "De los Bienes") En el primer libro se reguló, entre otras, cosas el matrimonio y el divorcio, definiendo el primero de la misma manera que lo hacía el proyecto anterior, el cual establecía que para que el matrimonio pudiera tener efectos y la ley civil lo considerará, era necesario celebrarlo ante funcionarios por ella establecidos y con todas las formas y requisitos que la misma exigía como esenciales. Por lo que hace al divorcio mencionaba, que no disolvía el matrimonio de manera que alguno de los divorciados pueda contraer otro matrimonio, o faltar a la fidelidad que le debía a su consorte; suspendiendo sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresaban en artículos de este Código, entendiéndose que todavía a pesar de existir una separación de cuerpos perduraba el matrimonio.

El Código del Imperio Mexicano reguló la separación por causa legítima con más causales que las que contenía el proyecto anterior (de Justo Sierra) y se admitió la separación de lecho y habitación por acuerdo de voluntades de los cónyuges sólo por medio de un juez. Sin embargo, dispuso que el divorcio por mutuo consentimiento no tendría lugar después de veinte años de casados, ni cuando la mujer tuviera cuarenta y cinco años o más de edad; además de que no podía solicitarse, sino hasta después de dos años de haberse casado.

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, lo que redujo considerablemente el Código de 1884.

En el Código de 1870 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 constituían delitos.

El artículo 239 prevenía que el divorcio no disolvía el vínculo del matrimonio; suspendía sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresaban en los artículos relativos a éste código.

El artículo 240 expresaba: "Son causas legítimas de divorcio:

El adulterio de uno de los cónyuges;

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

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

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

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

La sevicia del marido con su mujer o las de ésta con aquél;

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 hubieran transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales, la acción de divorcio era improcedente.

El Código de 1884 señalaba 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 en el matrimonio, a un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que jurídicamente se declarará ilegítimo; el hecho de negarse a suministrar los alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles del juego, embriaguez, enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio; además que contenía la información de las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo consentimiento.

“Dentro de toda esta evolución surgieron las llamadas Leyes de Venustiano Carranza las cuales fueron creadas para complacer a dos de sus ministros quienes planeaban divorciarse de sus respectivas esposas, a lo que Venustiano Carranza expidió sorpresivamente dos decretos, el primero en diciembre de 1914 y el segundo en enero de 1915 por lo que introdujo en México el divorcio vincular y suprimió de una plumada del contrato del 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 mas tarde tanto en la ley sobre relaciones familiares de 1917, como en el Código Civil vigente, ya que ambos reglamentan el divorcio vincular como un logro definitivo de la revolución”²².

Dentro de la Ley de Relaciones Familiares, promulgada en abril después de la constitución del 5 de febrero de 1917, se recogen las corrientes de pensamiento dejadas sentir desde siglos pasados, este ordenamiento define al matrimonio como “un contrato civil entre una sola mujer y un solo hombre, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida” (artículo 13); asimismo dentro de su cuerpo dispone: “el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro” (artículo 75).

²² Chávez Ascencio, FDRJC. p. 426.

Esta ley también establece en doce fracciones las causas de divorcio, incluido el mutuo consentimiento (artículo 76). En su artículo 79 adiciona una causal más, referida al caso en que el cónyuge ha pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente.

Respecto al divorcio por mutuo consentimiento dispone que no puede pedirse, sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

Como resultado del proyecto de Código Civil, elaborado por la comisión del 30 de agosto de 1928 el Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales, empezó a regir el 1 de octubre de 1932. Este ordenamiento jurídico abroga la ley sobre Relaciones Familiares y regula las instituciones de Derecho de familia en el Libro Primero, denominado "De las Personas".

Entre los principales pronunciamientos de este Código, se encuentra la introducción de una nueva especie de divorcio voluntario, a saber, el divorcio administrativo, figura jurídica que toma sus antecedentes en los artículos 91 y 92 del Código de Familia ruso.

A diferencia de la Ley Sobre Relaciones Familiares, el Código de 1928 no contiene una definición sobre matrimonio; tampoco contiene artículos que regulen el procedimiento del divorcio voluntario por vía judicial, dejando al Código de Procedimientos Civiles la regulación de esta materia.

Por último, igual que la Ley Sobre Relaciones Familiares, el nuevo Código dispone que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

1.3.4. Época actual o contemporánea.

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 antepasado 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 nuevas nupcias. A principios del siglo pasado, 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 matrimonio, siempre y cuando no lo contravenga la resolución que lo emitió.

El divorcio en el México actual, consideró que se inicia a partir de la expedición del Código Civil de 1928; mismo que tiene fuertes antecedentes de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, en donde se establece por primera vez y con mucho énfasis en México, la disolución del vínculo matrimonial y la igualdad del hombre y la mujer, así como en los decretos divorcistas de Venustiano Carranza, en donde existe una transformación fundamental tanto en la familia, como en el matrimonio y su disolución.

Al ser expedido el Código Civil de 1928, mismo que entró en vigor hasta 1932, y que es el que actualmente nos rige, sigue reconociéndose el derecho recíproco sobre el cuerpo de cada cónyuge, señalándose además en dicho Código que cualquier contradicción a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrán por no puestas, las cuales son causas de divorcio.

Además se suprimió en el divorcio voluntario, una junta estableciéndose en el Código de Procedimientos Civiles, que en vez de tres juntas cada mes, para divorciarse, solamente se exigieran dos juntas, entre ocho a quince días de distancia entre cada una. Se introdujo en el Código Civil el divorcio

administrativo, en el cual los cónyuges pueden dar por terminado el matrimonio a su libre albedrío, en el momento en que lo decidan por mutuo consentimiento, acuerden por medio de una demanda de disolución de matrimonio ante el tribunal local o ante el juez del Registro, al cerciorarse que la demanda emana de los dos interesados, se procede a la inscripción del divorcio y de esta forma consumado, se puede adquirir la posibilidad de contraer otro matrimonio.

“El Código Civil vigente ha continuado la obra iniciada por la Ley de Relaciones Familiares. Además, equiparó los derechos de los hijos naturales con la de los legítimos y facilitó la prueba de los hijos habidos en concubinato, siempre y cuando se justifique que tales hijos fueron concebidos durante el tiempo que la madre habitó el mismo techo que el padre, viviendo con el maritalmente”²³. En lo que respecta a los alimentos, también se amplió la obligación, razón por la cual al momento de decretarse un divorcio en el que existan hijos menores de edad, los alimentos se darán por el cónyuge que tenga la facilidad de proporcionarlos o en su caso aquel que resulte responsable del divorcio.

Se dio una ampliación en las causales que originaban el divorcio necesario tomando en consideración la igualdad de la mujer y la protección hacia ésta y los menores.

²³ Rojina Villegas, CDC. p. 285.

CAPITULO II

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

2.1. Concepto jurídico de divorcio.

En el presente capítulo, nos referiremos a la institución del divorcio, ya no dentro del marco histórico sino dentro del marco jurídico, por tal motivo es de gran importancia dejar en claro y desde el punto de vista jurídico, lo que significa dicha institución.

De la misma forma se puede precisar que así como la figura del divorcio a través de la historia ha sido regulada de diversas formas, de acuerdo a la época y el lugar, también lo es la concepción y formas de definirlo por parte de cada tratadista. Así se puede encontrar las vertientes de que el divorcio es la separación de cuerpos, mientras que para otros más, tan solo se encuadra en ello la disolución del vínculo matrimonial.

Para unos sólo implica la separación de cuerpos, mientras que para otros significa la disolución del vínculo matrimonial.

Por otra parte etimológicamente "la palabra divorcio proviene del latín "*divortium*", del verbo "*diventire*" cuyo significado es Departimiento, separación, separar lo que estaba unido, formar líneas divergentes, o irse cada uno por su lado."²⁴

²⁴ Diccionario jurídico mexicano, UNAM.-Porrúa, México 1985, T. III s. v. divorcio.

De igual forma el "Divorcio es la acción y efecto de divorciar y divorciarse; de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio) o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el hecho"²⁵.

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causales establecidas por la ley.

"La voz latina *divortium*, evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de autoridad judicial y en ciertos casos de autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se comprende debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial"²⁶.

Antonio Ibarrola manifiesta que el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en la vida de los cónyuges.... "Esta ruptura no puede tener lugar más que por la acción de la justicia y por causas determinadas por la ley"²⁷.

Para Fueyo Lanery, "la figura del divorcio la contempla de dos formas, una mayor y una menor, que son la disolución del matrimonio y la separación de cuerpos respectivamente, que deja subsistente el vínculo en ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en sentencia lega"²⁸.

Asimismo Galindo Garfias nos da una definición más completa e introduce factores como el de que debe de realizarse dicho acto (divorcio)

²⁵ Montero Duhal, DF. p. 107.

²⁶ Galindo Garfias, DCPF. p. 93.

²⁷ Chávez Asencio, FDRJC. p. 427.

²⁸ Rojina Villegas, DCM. p. 383.

“como un acto inter vivos, que será decretado por un Juez de lo Familiar y con fundamento en causas expresamente determinadas por la ley, requiriéndose que el matrimonio tenga validez²⁹. A su vez Flores Barreta señala que “el divorcio es el rompimiento del vínculo matrimonial, por causas posteriores a la celebración del mismo, dejando a las personas libres para casarse de nuevo. El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, por una causa posterior a la celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio”³⁰.

Atendiendo al alcance de sus efectos, el divorcio puede ser de dos formas “divorcio pleno, cuando produce el rompimiento del vínculo matrimonial y permite que los divorciados puedan contraer nuevas nupcias (*divortium quod vinculum*) en ese tipo cesan todas las obligaciones y derechos derivados del matrimonio, y el divorcio menos pleno, conocido como divorcio simple separación de cuerpos (*separatio quod thorum et mensam*), establece la cesación de cohabitar, compartir lecho y mesa, pero deja subsistentes otras obligaciones como la fidelidad y la obligación alimentaria y no rompe el vínculo por lo que los divorciados no pueden contraer nuevo matrimonio”³¹.

De todos los conceptos que hemos dado con anterioridad, se puede deducir que el divorcio es una institución que se ocupa de la separación de los individuos que se encuentran dentro de la figura del matrimonio, que es aquella institución que une a dos individuos jurídicamente, mientras que el divorcio rompe con dicha unión, tomando en cuenta el papel que la voluntad de los casados juega en el divorcio, se han prestado tres tipos, que son: divorcio administrativo, que es aquel que se sigue ante Juez del Registro Civil, el cual es por mutuo consentimiento. El divorcio por mutuo consentimiento, mutuo disenso o voluntario, en el que la voluntad de ambos esposos es necesaria para obtener el divorcio, sin que tengan que alegar causa alguna; y el divorcio causal, necesario o contencioso, en el que se requiere que haya alguna causa

²⁹ Galindo Garfias, DCPF. p. 94.

³⁰ Flores Barreta, LPCDC. p. 382.

³¹ De Pina Vara, EDCM. p. 338.

reconocida por la ley, que se invoque por el cónyuge inocente para demandar el divorcio. El divorcio causal ha sido clasificado como "divorcio sanción" en donde el culpable ha faltado a alguno de los deberes conyugales y la sanción a su conducta ilícita es el divorcio, correspondiendo al que no ha dado causa del mismo la acción, quien es libre de ejercitarla, perdonar la falta o dejar prescribir su derecho.

En algunas causales puede no darse culpa de alguno de los esposos, como las enfermedades graves y contagiosas incurables o cuando sin culpa de ninguno de los esposos se haya suspendido la convivencia por más de dos años, haciéndose la vida en común imposible, en tal caso, se habla de divorcio remedio.

De igual forma, de los dichos conceptos podemos destacar cuatro puntos fundamentales, como son:

1. Un matrimonio válido.
2. Causa expresamente señalada por la ley.
3. Intervención de autoridad competente.

Juez de lo Familiar:

Divorcio Voluntario.

Divorcio Necesario.

Juez del Registro Civil:

Divorcio Administrativo.

4. Acto inter vivos.

2.2. Clasificación del divorcio.

Se conocen dos clases de divorcio; el vincular (*divortium quod vinculum*), calificado de pleno, y el de separación de cuerpos (*separatio quod thourum et*

mensam), calificado de menos pleno. El Código Civil para el Distrito Federal vigente autoriza prácticamente éste, excepcionalmente, en su artículo 277, al disponer que el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del mismo ordenamiento legal antes citado, podrá solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge pudiendo el juez, acceder a esta pretensión, con conocimiento de causa, quedando subsistentes, por consiguiente, todas las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Realmente la llamada separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ella se crea simplemente una situación, que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial, no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten, con exclusión de la relativa a la vida en común.

La separación de cuerpos consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Persisten en esta situación los demás deberes derivados del matrimonio, tales como la fidelidad, los alimentos etcétera. Como consecuencia de la extinción del deber de cohabitar, termina también el domicilio conyugal; cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio voluntario. Este tipo de divorcio fue el único establecido en los Códigos del siglo pasado XIX y las causales para pedir la separación judicial, ellas son las señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del multicitado ordenamiento legal, conocidas doctrinalmente como "causas eugenésicas", que expresan: "Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio" (fracción VI) y "Padecer enajenación mental incurable" (fracción VII). Estas causas pueden ser invocadas también para pedir el divorcio vincular. El cónyuge demandante puede optar por una u otra forma de divorcio.

El legislador estableció estas causales con sus consecuencias disyuntivas de divorcio vincular o simple separación, tomando en cuenta los factores primordiales:

Que la convivencia de los cónyuges en las circunstancias de las enfermedades descritas, puede ser nociva y hasta peligrosa para el otro consorte y para los hijos.

Los posibles sentimientos religiosos o afectivos del cónyuge sano y la ausencia de culpa en el que da la causa. No se quiere romper el vínculo, sino sólo suspender la convivencia sin incurrir el que quiere separarse en la causal de divorcio señalada en las fracciones VIII y IX que hablan de "La separación de la casa conyugal".

Al extinguirse el domicilio conyugal no puede haber separación del mismo, justificada ni injustificada. El divorcio-separación, no puede pedirse por mutuo consentimiento ni por ninguna otra causal distinta de las dos transcritas anteriormente.

La mayor parte de las legislaciones modernas permite la separación judicial por cualquier causa, incluyendo el mutuo consentimiento y hasta la simple petición unilateral sin causa, por uno de los esposos, como un paso previo y necesario para obtener posteriormente el divorcio vincular.

"El Código napoleónico de 1804 redujo las causas de divorcio a sólo tres: el adulterio, las sevicias y las injurias graves. Sólo acepta el divorcio por actos culposos de uno de los cónyuges y lo rechaza en aquellos casos en los cuales no puede imputarse culpa alguna a los consortes.

Los principios sustentados por el Código Francés en materia de divorcio, influyeron en las legislaciones modernas de algunos países³².

"Admiten el divorcio por culpa grave de alguno de los esposos, Francia, Inglaterra y los países bajos los cuales llevando a cabo un procedimiento ante autoridad competente para la resolución de dicho trámite. Por otro lado países como España, Irlanda no aceptan la disolución de dicho vínculo por medio del divorcio³³, así pues, es que la tramitación de los divorcios en estos países se realiza de forma parecida ya que se debe de tramitar ante autoridad que tenga la jurisdicción necesaria para dictar la resolución correspondiente, lo único que difiere son los fundamentos legales para dicho trámite.

El divorcio separación, produce las siguientes consecuencias jurídicas:

La extinción del deber de cohabitación y del débito conyugal.

Subsistencia de los demás derechos-deberes del matrimonio: fidelidad, ayuda mutua, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal y su administración conforme a lo pactado, salvo que la causa sea enajenación mental y que el administrador haya sido el enfermo. Custodia de los hijos por el cónyuge sano.

La persistencia de los deberes señalados entre los cónyuges que se separan judicialmente, presenta una peculiar problemática jurídica, a saber:

El deber de fidelidad. El divorcio-separación extingue el débito sexual entre los cónyuges e impide que se entablen relaciones sexuales con tercero, de lo contrario, se configura el delito de adulterio.

En lo que respecta a la paternidad y filiación, el hijo de la mujer casada y separada judicialmente, que nazca dentro de los trescientos días contados a partir de la orden judicial de separación, se reputa hijo de matrimonio con

³² Flores Barreta, LPCDC. p. 380.

³³ Galindo Garfias, DC. p. 601.

certeza de paternidad con respecto al marido de su madre (artículo 324 fracción II). Si el hijo nace después de transcurridos trescientos días de la orden judicial de separación, nacerá también con paternidad cierta con respecto al marido de su madre; pero en este caso la ley permite al marido desconocer a este hijo, con base en el artículo 327 del Código Civil que señala:

“El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita por los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre”. Esta regla es genérica para todos los casos de separación que prevé el Código Civil y que opera en toda demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio como medida provisional, de acuerdo con los artículos 275 y 282. Más la presunción de paternidad funciona con más firmeza en el caso de la separación judicial como forma de divorcio que no extingue el deber de fidelidad que se deben los cónyuges, aunque vivan separados.

La ayuda recíproca. Señala la ley que el cónyuge que se haya separado del otro, sigue obligado a cumplir con los gastos a que se refiere el artículo 164.

En tal virtud, el que no ha dado lugar a ese hecho, podrá pedir al Juez de lo Familiar de su residencia, que obligue al otro a que le ministre los gastos por el tiempo que dure la separación en la misma proporción en que la venía haciendo hasta antes de aquella.

Con respecto a la petición de divorcio-separación basado en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, el legislador solamente señaló que el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar la suspensión de la obligación de cohabitar, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio. Estas obligaciones serán, por ello, las mismas que existían mientras los cónyuges cohabitan en el domicilio conyugal.

Extinguida la causa que dio lugar a la separación es de suponerse que debe reanudarse la cohabitación entre los cónyuges.

El Código Civil para el Distrito Federal es omiso al respecto, quizá por considerar esas causas como permanentes e irreversibles, tal es el caso de la locura "incurable" y las enfermedades calificadas como crónicas incurables, contagiosas o hereditarias. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Código Civil vigente cuenta ya con más de cincuenta años de regir la vida civil de las personas y en ese lapso la medicina ha experimentado gigantescos avances, de manera que lo que en el año de 1928 se consideraban enfermedades con características incurables, han dejado de tenerlas y puede surgir un nuevo supuesto, el de la salud recobrada por el cónyuge cuya enfermedad dio causa al divorcio-separación, supuesto, se insiste, no contemplado por el Código antes citado. Es fácil suponer, no obstante, que persistiendo el vínculo legal entre los esposos autorizados a vivir separadamente, cualquiera de ellos, sobre todo, el que dio causa de separación podrá pedir la reanudación de la convivencia conyugal en razón de haberse extinguido las causas que dieron lugar a ese tipo especial de divorcio llamado divorcio-separación.

El divorcio vincular ha sido enérgica y tesoneramente combatido antes y después de su incorporación al Derecho civil contemporáneo. No es ésta, como es sabido, una institución de los tiempos modernos, pues fue ya conocida en las civilizaciones más remotas y dispares.

El Código Civil, faculta al cónyuge sano a solicitar se suspenda la obligación de cohabitar con el enfermo dejando subsistentes las otras obligaciones. Según la doctrina el divorcio por separación consiste en la suspensión de la obligación de compartir mesa y lecho (*separatio quod thorum et mensam*), de ahí que la situación autorizada por el Código Civil tenga las mismas características pero no la denomina divorcio, reservando el término para el que disuelve el vínculo.

Las obligaciones subsistentes serían, la fidelidad y la ayuda mutua que implica alimentos, administración de sociedad conyugal, tutela legítima y derechos sucesorios, según lo disponen los artículos 266, 267 fracciones VI a la VII y 277 del Código Civil.)

“Puede decirse que el divorcio es una institución universal, que ha sido reconocida, con efectos más o menos rigurosos, en todos los tiempos, como remedio para los matrimonios realmente frustrados”³⁴.

Lo malo del divorcio no es, en realidad, el divorcio en sí, sino el abuso del divorcio, nadie puede negar con fundamento, que en las esferas sociales más elevadas y, sobretudo, en ciertos medios artísticos, el divorcio se ha convertido en un procedimiento cómodo de satisfacer los apetitos sexuales más desenfrenados. El remedio de esta desmoralización no está, sin embargo, en la supresión del divorcio, sino en darle una regulación legal que, de acuerdo con los resultados de las experiencias obtenidas, evite los abusos, en lo humanamente posible, y no permita, en consecuencia, obtenerlo sino cuando realmente pueda constituir la solución única de una situación matrimonial en verdad francamente insostenible.

Porque el divorcio como remedio para situaciones conyugales incompatibles con la naturaleza y los fines del matrimonio, no tiene nada de inmoral. Lo que constituye una verdadera inmoralidad es, repetimos, el abuso del divorcio, cuyos efectos para con la sociedad y la familia son verdaderamente perniciosos.

El divorcio se considera generalmente como una institución prácticamente necesaria, como un mal necesario. Cuando desaparece en su forma confesada, reaparece oblicuamente en una forma más o menos

³⁴ De Pina Vara, EDCM. p. 338.

disfrazada o atenuada bajo otro nombre: separación de cuerpos o nulidad de matrimonio.

"Entre las dos formas conocidas del divorcio, la de separación de cuerpos y la que rompe el vínculo matrimonial, dejando a los divorciados en aptitud de contraer nuevas uniones matrimoniales, ésta es la que predomina actualmente por considerarse que es la única capaz de resolver los problemas que se presentan cuando se producen las circunstancias que aconsejan recurrir a esta institución"³⁵.

No se puede dejar de reconocer que, en el mundo actual, existe un verdadero y pavoroso "problema del divorcio", difícil de resolver por medios exclusivamente legislativos, sin que esto suponga que las leyes sobre esta institución, no deban ser reformadas convenientemente para que, en lo posible, se impida la destrucción caprichosa del vínculo matrimonial, con ofensa de la moral y agravio de los derechos de los hijos (cuando los haya). Porque, evidentemente, la práctica del divorcio, en algunos países, revela con una generalidad lamentable, la infracción de deberes morales fundamentales y una vergonzosa interpretación de los fines de esta institución.

2.2.1.- Tipos.

Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciado contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante la autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento.

³⁵ De Pina Vara, EDCM. p. 340.

Dentro de la legislación que regula al estado mexicano se encuentran estipulados tres tipos de divorcio, los que son:

Divorcio Administrativo o también denominado Divorcio Voluntario en la vía administrativa; esta clase de divorcio se funda en el mutuo consentimiento de las partes y por su misma naturaleza no ha tenido aceptación en otros sistemas jurídicos, el juicio se substancia ante el Juez del Registro Civil del domicilio de los cónyuges, ante quien deberán comprobar los requisitos establecidos por la ley tal y como lo dispone el artículo 272 Código Civil.

Divorcio por Mutuo Consentimiento o Divorcio Voluntario Judicial, es parecido al divorcio administrativo ya que en éste tampoco es necesario mencionar la causa que originó el rompimiento de dicha relación marital pero de mutuo consentimiento, la diferencia estriba en que el procedimiento se realiza ante autoridad judicial y por consiguiente existe una sentencia que pone fin al matrimonio.

Por último, el Divorcio Necesario o Divorcio Sanción, tramitado también ante autoridad judicial pero con fundamento en las causales que determina el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 267, denominado también Divorcio Sanción, ya que el cónyuge que resulte culpable de haber originado el divorcio, se hará acreedor a una sanción de no poder recuperar su entera libertad para contraer nuevas nupcias, sino pasado un tiempo (dos años), además de que se hace acreedor a proporcionar alimentos aun y cuando estén divorciados.

Los tipos de divorcio mencionados con anterioridad serán tratados con mayor amplitud dentro de los subsecuentes puntos a desarrollar dentro del presente capítulo.

2.2.1.1. Divorcio Administrativo.

El Divorcio por Mutuo Consentimiento de tipo administrativo, es el que se lleva ante un Juez del Registro Civil, siempre que se cumplan los requisitos que el Código Civil establece. Cabe aclarar la importancia que tienen el juez en éste tipo de divorcio ya que históricamente al juez siempre se le ha otorgado una autoridad jurisdiccional para resolver las controversias que se le presenten.

"De la misma forma, la figura del Juez siempre ha sido respaldada por la institución del Registro Civil, institución que le concede un grado de autoridad suficiente, para poder ser conocedor e impartir justicia a las personas que acudan a la mencionada institución. Al respecto se deben de tomar en cuenta las modificaciones que tuvo en su estructura el Registro Civil de conformidad con la ley del Registro Civil de 1859, que instituyó la figura del Juez del Registro Civil, concepto que posteriormente fue alterado en el Código Civil para el distrito federal de 1928. En la actualidad el Código Civil denomina jueces a los encargados de hacer constar los actos del estado civil de las personas"³⁶.

Las funciones de los jueces del Registro Civil son eminentemente administrativas y no jurisdiccionales y resulta importante señalar que entre los actos que hace constar el Juez del Registro Civil, está el de decretar la disolución del vínculo del matrimonio mediante el divorcio por mutuo consentimiento en la vía administrativa.

Para que proceda el divorcio de común acuerdo o mutuo disenso, debe haber transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. Según el Código Civil, el divorcio voluntario puede tramitarse por la vía administrativa, se sigue ante el Juez del Registro Civil del domicilio de los cónyuges o de uno de ellos si se encuentran separados, deben ser mayores de edad, no tener hijos ni estar esperándolos y haber liquidado la sociedad conyugal, si con ese régimen

³⁶ Pallares, DM. p. 38.

se hubieren casado. Su solicitud debe presentarse ante el Juez del Registro Civil y asistir a tres de avenencia y si no funciona ninguna de éstas, una última junta para que la ratifiquen después de los quince días para ratificarlo, hecho lo cual, se procederá a declararlos divorciados, el procedimiento se asienta en dos actos; la presentación de la solicitud y la de ratificación y declaración.

El Juez del Registro Civil debe vigilar que se cumplan con los requisitos que señala el Código Civil se para obtener el divorcio mediante la vía administrativa, siendo estos requisitos enunciados por el artículo 272 la ley adjetiva, la cual prescribe:

“Artículo 272.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse”.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará una acta en la que hará constar la solicitud del divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificar a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta de matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.

Los consortes que no se encuentren en los casos previstos en los párrafos anteriores de este artículo, pueden divorciarse con mutuo consentimiento, concurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.

El procedimiento de este tipo de divorcio es en realidad muy sencillo, y no es un procedimiento en que los cónyuges estén en conflictos continuamente.

Como ya se mencionó, el divorcio administrativo se lleva a cabo ante el Juez del Registro Civil, quien desempeña un papel pasivo, ya que su intervención en esta clase de divorcio, no es la de juzgar lo que se expone ante él, en virtud de que sólo se hace una solicitud para que declare disuelto el vínculo matrimonial, por lo que solamente realiza una función administrativa y no judicial. Desde luego será previa la comprobación de los documentos presentados por los solicitantes.

El papel pasivo del juez en esta clase de divorcios, se explica porque, no habiendo hijos de por medio, no hay conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el estado carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista, y consideran el divorcio como un contrato³⁷.

Este tipo de divorcio fue muy criticado, pues se consideraba que era un factor de disolución de una familia al dar tantas facilidades para terminar el vínculo matrimonial. Pero la comisión redactora del Código, en la exposición de motivos manifestó: "El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con el pleno conocimiento de lo que hacen, no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio".

³⁷ Pallares, DM. p. 40.

Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente, pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgusto y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos³⁸.

Por lo anterior podemos decir que el divorcio es un mal que se puede considerar como necesario, ya que cuando el matrimonio no cumple con todos los fines o la mayoría de éstos y las desavenencias son continuas y crecientes, el divorcio administrativo es el medio por el que se puede canalizar y disolver los conflictos sin que se mencionen las causas que motivaron la ruptura del vínculo matrimonial.

2.2.1.2. Divorcio Judicial Voluntario o por Mutuo Consentimiento.

La causal XVII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, da origen a dos clases de divorcio: el voluntario, de tipo administrativo, regulado por el artículo 272 y el divorcio voluntario judicial, previsto en el artículo 274 al establecer "el mutuo consentimiento.

Es la disolución del vínculo matrimonial dentro de la vida de los cónyuges la que se encuentra estipulada en el Código Civil mismo que regula dos formas de divorcio voluntario; el llamado divorcio administrativo, que se solicita ante el Juez del Registro Civil, y el divorcio judicial, ante un Juez de lo familiar.

El divorcio voluntario judicial es aquel que procede cuando sea cual fuese la edad de los cónyuges y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial, para ello presentan un convenio, que

³⁸ Montero Duhal, DF. p. 255.

someterán para su aprobación ante un Juez de lo Familiar, de conformidad a lo establecido por el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal.

El Divorcio Voluntario Judicial procede cuando los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo consentimiento y tienen hijos, o son menores de edad, deben de recurrir al Juez de lo Familiar dentro de la jurisdicción de su domicilio, para solicitar el divorcio. Con la solicitud de divorcio, debe adjuntarse un convenio en que se fijen los siguientes cinco puntos:

La persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, puede ser uno de los cónyuges.

El modo de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento, como después.

El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

Los alimentos que un cónyuge dará al otro, su forma de pago y su garantía, o que no habrá obligación de alimentos de ninguno hacia el otro, (por ley la mujer tiene derecho a alimentos por un tiempo igual al que duró el matrimonio, si estuvo únicamente ocupada en las labores del hogar y no tiene bienes propios).

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

Los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo consentimiento deben concurrir con el Juez de lo Familiar de su domicilio, presentando el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal. Deben adjuntar una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de

sus hijos menores si los hubiese. Recibida la solicitud, el tribunal cita a los cónyuges y al Ministerio Público a una primera junta de avenencia, después de los quince días de admitida la solicitud. El juez debe intentar conciliar a los cónyuges. Si no lo hiciere aprobará provisionalmente el convenio, oyendo previamente el parecer del Agente del Ministerio Público.

El Juez también dictará, todas las disposiciones provisionales señaladas en el artículo 282 del Código Civil y que consisten en:

Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.

Señalar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.

Las que estime convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes no en los de la sociedad conyugal.

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

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

Si insisten los cónyuges con su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada. En la misma el Juez volverá a exhortar a la reconciliación de los cónyuges. Si ésta no se logra, y en el convenio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores e incapacitados, el tribunal oyendo el parecer del representante del Ministerio Público, sobre ese punto dictará sentencia de divorcio y decidirá sobre el convenio presentado.

Los cónyuges pueden hacerse representar por procurador, excepto en las juntas de avenencia en que se requiere su comparecencia personal. El cónyuge menor de edad, al igual que en el divorcio necesario, requiere de un

tutor especial durante todo el trámite del divorcio voluntario. En cualquier caso en que los cónyuges dejaran pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente.

Asimismo la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre si aún no hubiera sentencia ejecutoriada. En este caso, no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año de su reconciliación. Artículo 276 del Código Civil para el Distrito Federal.

La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio (tanto al necesario como al de mutuo consentimiento). En estas circunstancias los herederos del finado tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido juicio de divorcio. Artículo 290 del Código Civil para el Distrito Federal.

Las consecuencias jurídicas del divorcio voluntario son de tres clases:

En cuanto a las personas de los cónyuges.- El divorcio extingue el vínculo matrimonial y deja en libertad a los divorciados para contraer nuevo matrimonio válido. Podrán volver a casarse dejando transcurrir un año después del día en que se declare ejecutoriada la sentencia de divorcio. Los excónyuges pueden volver a contraer matrimonio entre sí. La mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o no se una en concubinato. El mismo derecho tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o no se una en concubinato.

En relación a los hijos.- Ambos excónyuges conservan la patria potestad sobre sus hijos menores, en el convenio que se anexa a la solicitud de divorcio

y que fue aprobado por el juez y por el Ministerio Público, queda establecido todo lo relativo a la custodia y sostenimiento de los hijos.

En cuanto a sus bienes.- En el mismo convenio los cónyuges señalan lo relativo a la administración de la sociedad conyugal mientras dure el procedimiento y la liquidación de la misma una vez ejecutoriado el divorcio. Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el Juez remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil, ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente y, además, para que publique un extracto de la resolución, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto el artículo 291 del Código Civil.

Los que se divorcien de común acuerdo no pueden contraer nuevos matrimonios sino después de un año de dictada la sentencia esto lo regulan los artículos 272-276, 280 y 288-290 del Código Civil para el Distrito Federal.

El divorcio voluntario judicial, a diferencia de los otros tipos de divorcio que maneja el Código Civil para el Distrito Federal es un verdadero juicio seguido ante un Juez de lo Familiar.

2.2.1.3.- Divorcio Judicial Necesario.

Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad judicial competente y con base en causa específicamente señalada en la ley. Este divorcio se llama también contencioso por ser demandado por un esposo en contra del otro, en oposición al voluntario, en que ambos se ponen de acuerdo y no establecen controversia entre ellos.

Las causas de divorcio siempre han sido específicamente determinadas, y por ello se le denomina divorcio causal, necesario o contencioso. 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 necesario comúnmente presuponen culpa de alguno de los cónyuges, y la acción se otorga a quien no ha dado causa en contra del responsable, de ahí que en todo juicio de esta naturaleza se observe generalmente un cónyuge inocente y otro culpable.

Nuestro Código Civil es uno de los que más causas proporcionan en el mundo, enumera diecinueve causas de divorcio necesario, a las que hay que añadir al mutuo consentimiento. (fracción XVII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal).

De Pina Vara en su obra Elementos de Derecho civil mexicano señala que el procedimiento de divorcio necesario, requiere de los siguientes supuestos:

- 1.- Existencia de un matrimonio válido.
- 2.- Acción ante un juez competente.
- 3.- Expresión de causa específicamente determinada por la ley.
- 4.- Legitimación procesal.
- 5.- Tiempo hábil.
- 6.- Que no haya habido perdón.
- 7.- Formalidades procesales.

La existencia del matrimonio válido se aprueba con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio cuya disolución se solicita a través de la demanda de divorcio.

El divorcio es una controversia de orden familiar, por ello es Juez competente, o sea el Juez de lo Familiar en donde se encuentre establecido el domicilio conyugal, y en el caso de demanda por abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado. Cuando no exista domicilio conyugal porque la separación de los cónyuges haya sido de hecho tiempo atrás, es competente para conocer del juicio el Juez de lo familiar del domicilio del demandado. La causa que se invoque debe forzosamente ajustarse a alguna de las señaladas en las veinte causas que señala la ley de la materia en su artículo 267, pudiendo ser más de una de ellas. La legitimación procesal es exclusiva de los cónyuges.

La acción de divorcio es personalísima, sólo puede ser iniciada y continuada hasta la obtención de la sentencia por los propios interesados, en este caso, los cónyuges. Pueden sin embargo, actuar por medio de procurador y no se requiere, en todo caso, su comparecencia personal. El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

Esta acción no es transmisible en vida ni por causa de muerte, pues esta última pone fin al juicio de divorcio y los herederos del cónyuge fallecido tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio.

El cónyuge menor de edad puede asumir en el juicio de divorcio el papel de actor como de demandado, pero en ambos casos se le nombrará tutor dativo, tutor que no tiene la calidad de representante legal del menor, sino que su papel se limita a asistir y aconsejar al cónyuge menor durante la secuela del procedimiento.

En cuanto al tiempo hábil, la acción de divorcio necesario puede ser iniciada en cualquier momento del matrimonio, pero dentro de los seis meses siguientes al día en que el cónyuge ofendido se entere de los hechos en que se funda la demanda de divorcio. Algunas causas requieren de mayor tiempo, tal es el caso de la locura, debiendo ser el necesario para declarar en estado de interdicción al enfermo. Cuando la causa consiste en un hecho determinado en el tiempo (injurias, adulterio único, etc), el término de caducidad es de seis meses a partir del momento en que se entera el cónyuge demandante. Si deja transcurrir los seis meses sin interponer la demanda, se presume el perdón del ofendido y caduca su derecho con respecto al hecho específico en que consistió la causa que pudo invocar, pero podrá demandar el divorcio por nuevos hechos que constituyen causa de divorcio, aunque sean de la misma especie.

Quando la causa es permanente o de tracto sucesivo, el abandono, las enfermedades o el adulterio reiterado, no existe término de caducidad en razón de que la causa está vigente. Ninguna de las causas de divorcio puede alegarse cuando haya habido perdón expreso o tácito y una vez iniciado el procedimiento de divorcio, le pone fin tanto a la reconciliación de los cónyuges como el perdón del ofendido. Deberán en esos casos dar aviso al Juez de lo familiar, más la omisión de tal notificación no destruye los efectos de la reconciliación o del perdón en su caso, una vez probados. El juicio de divorcio debe llevarse con todas las formalidades de carácter procesal que exige el Código de la materia. Es un juicio ordinario regido por los artículos 255 al 429.

Dentro de éste tipo de juicio se pueden dar formalidades como son las Medidas Provisionales, las cuales se dan al admitirse la demanda, o antes si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las siguientes medidas:

Separar a los cónyuges.

Señalar y asegurar los alimentos que se deban tanto a un cónyuge como a los hijos.

Las que el juez estime convenientes para evitar que los cónyuges se causen perjuicio en sus bienes.

Las precautorias en el caso de que la mujer esté encinta

Decisión sobre el cuidado de los hijos. (artículo 282 Código Civil).

En cuanto a las consecuencias de la sentencia de divorcio que cause ejecutoria pueden ser de tres clases: en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los bienes de los mismos y en cuanto a los hijos.

“El efecto directo del divorcio es la extinción del vínculo conyugal. Los cónyuges dejan de serlo y adquieren libertad para contraer un nuevo matrimonio válido. El cónyuge declarado inocente puede contraer nuevas nupcias en cualquier momento; el cónyuge inocente deberá esperar que transcurran trescientos días contados desde la fecha de la separación judicial para volver a casarse, plazo que tiene por objeto evitar la confusión de la paternidad con respecto al hijo que la mujer pudiera dar a luz dentro de los plazos legales que se establecen para imputar certeza de paternidad con respecto al marido (ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio y dentro de los trescientos días posteriores a la extinción del mismo por muerte del marido, o de la separación judicial en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio)”³⁹. En cuanto al cónyuge culpable, la ley impone como sanción dos años de espera para poder contraer nuevo matrimonio válido, artículo 289 párrafo segundo del multicitado ordenamiento jurídico.

En cuanto a los bienes de los cónyuges el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

³⁹ Montero Duhál, DF. p. 257.

El divorcio disuelve la sociedad conyugal; por ello, ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con respecto a los hijos. El Cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos otorgados por el culpable, mismos que serán fijados por el Juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica. El cónyuge culpable nunca tendrá derecho a alimentos por parte del otro. Si ambos son declarados culpables ninguno podrá exigir alimentos al otro.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

En cuanto a los hijos, la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso, y en especial la custodia y el cuidado de los hijos debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor. El padre o la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con los hijos.

Están obligados, en proporción de sus bienes e ingresos, a contribuir a la subsistencia y a la educación de su hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad (artículo 287 Código Civil). Existe una limitación, en cuanto a los alimentos respecta, la cual es en razón a la mayoría de edad de los hijos, va en contra del principio general de que los alimentos se deben en razón de la necesidad del que los recibe y de la capacidad del que debe darlos; primordialmente entre padres e hijos. No existe una *ratio iuris* que justifique ese trato discriminatorio para los hijos de los divorciados que ya han sido agredidos

con la desintegración de su hogar. La Suprema Corte de Justicia ha decidido a favor de los hijos y extiende su derecho a alimentos por tiempo más largo que la mayoría de edad como lo especifica la parte final del artículo 287 del Código Civil, mencionado que los consortes divorciados están obligados a contribuir con las necesidades de los hijos hasta la mayoría de edad, debiera modificarse en el mismo sentido que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

En esta clase de divorcio como ya quedó señalado se puede hablar de un cónyuge culpable, considerado éste como el causante del divorcio, para el cual, el Código Civil del Distrito Federal establece sanciones según sea el caso, y éstas van desde la pérdida de lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste, el pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, hasta la pérdida de la patria potestad, entre otras, quedado al arbitrio del juzgador, la aplicación de las mismas haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 283 del Código Civil.

2.3. Procedencia jurídica del divorcio (Causales de divorcio)

Las causas de divorcio pueden definirse como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento previamente establecido al efecto.

"Estas causas se encuentran taxativamente señaladas en los Códigos Civiles o en las leyes especiales dictadas para regular esta delicada institución"⁴⁰.

En nuestro sistema jurídico, tanto el anterior, que sólo reconoció el divorcio como separación de cuerpos, como en el vigente, que acepta el divorcio pleno vincular; las causas que se aceptan para obtener el divorcio, son aquellas que por su gravedad hacen la vida en común imposible o muy difícil.

⁴⁰ De Pina Vara, EDCM. p. 340.

Aunque ya hemos expresado la idea de que cualquier causa grave a juicio del Juez pueda ser causal de divorcio, el sistema imperante en la legislación ha sido el de establecer causas expresas y limitadas. La doctrina más generalizada clasifica las causas de divorcio en:

Causales que implican delitos en contra del otro cónyuge, los hijos o terceros (la incitación de un cónyuge a otro para cometer un delito, corrupción a la mujer o a los hijos, sevicia. Amenazas o injurias graves, calumnia y cometer un delito infamante contra terceros o contra el cónyuge);

Causales que constituyen hechos inmorales (dar a luz la mujer un hijo concebido antes del matrimonio y que sea declarado ilegítimo, propuesta del marido de prostituir a la mujer, corrupción a la prole, o adulterio entre otros):

Causales violatorias de los deberes conyugales (adulterio, abandono del hogar conyugal, negativa al socorro, alimentos y ayuda);

Vicios (alcoholismo, drogadicción y hábitos de juego),

Enfermedades (mentales o incurables y contagiosas, impotencia), y

Falta de convivencia matrimonial (por declaración de ausencia, separación por más de dos años).

La acción del divorcio prescribe a los seis meses de que llegaron a conocimiento del titular de la acción los hechos. La reconciliación y el perdón son causas de extinción del derecho a demandar, pero si se dan nuevas causas aunque sean iguales a las perdonadas por estas últimas es procedente la demanda.

El culpable no deberá contraer nuevo matrimonio sino pasado dos años de la sentencia del divorcio.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal señala en su artículo número 267 las causales legales que como hemos mencionado en líneas anteriores son necesarias para poder dar trámite a este tipo de divorcio.

Artículo 267 a la letra menciona: "Son causales de divorcio:

El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

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

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

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

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

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

Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente; La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada; 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 separo entable la demanda de divorcio;

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

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

La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los

procedimientos tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

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

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

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

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

El mutuo consentimiento;

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

Las conductas de violencia familiar cometida por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 Ter de este Código;

El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello.

2.4. El divorcio por Mutuo Consentimiento en el Distrito Federal.

La causal XVII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal da origen a dos clases de divorcio; el voluntario de tipo administrativo que regulan los artículos 272 y 274 del ordenamiento en cita y el divorcio voluntario judicial al establecer "El mutuo consentimiento".

Para su tramitación, deberá presentarse la demanda respectiva, misma que sólo podrá ser cursada por los interesados y acompañada del convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se fija la situación de los cónyuges, hijos y bienes, durante el procedimiento y después de decretado el divorcio.

El Juez citará a los solicitantes para la celebración de dos juntas de avenencia, a las cuales deberán de asistir los esposos sin asesores, en cada una de ellas el juez los exhortará a una conciliación, procurando avenirlos para que se desistan del divorcio.

El Juez dictará sentencia en el caso de que los solicitantes insistan en divorciarse y si el convenio llena los requisitos legales.

Si a consecuencia del exhorto del Juez o antes o después, en cualquier estado procesal del juicio pero antes de la sentencia, los cónyuges deciden reconciliarse, el procedimiento queda sin efecto por desistimiento de las partes, y como efecto de ello no podrán intentar un nuevo juicio de divorcio voluntario judicial (por mutuo consentimiento) sino hasta pasado un año de su reconciliación.

Por su parte el artículo 272 del citado ordenamiento legal, establece:

“Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles”.

El artículo 373 del Código Civil para el Distrito Federal determina que:

“Los cónyuges que se encuentren en el caso de párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

Designación de la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto en el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe de pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;

La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad”.

El artículo 274 del ordenamiento legal antes citado dispone que:

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

El Artículo 288 del multicitado ordenamiento legal en su párrafo segundo y tercero, establece: "...En el caso del divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.... El mismo derecho señalado en el párrafo anterior tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato".

En cuanto al procedimiento comprende dos juntas que exigen los artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en ellas reiterará la voluntad de los Divorciantes y su ratificación para que se decrete el divorcio.

El mismo ordenamiento citado establece que si acudiera a solicitar el divorcio voluntario un cónyuge menor de edad, deberá asignársele un tutor especial, aunque con el matrimonio se produce la emancipación.

El tutor deberá firmar la solicitud de divorcio y comparecer a las dos juntas en las que el menor manifestará su voluntad de divorciarse.

La sentencia definitiva ejecutoriada afectará directamente a los divorciados, en virtud de que extingue el vínculo matrimonial y los deja en libertad para contraer un nuevo matrimonio.

Una vez que causó estado la sentencia de divorcio, el Juez de lo familiar remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente, para que publique un extracto de la resolución durante quince días en las tablas destinadas para tales efectos.

El divorcio voluntario judicial (por mutuo consentimiento), en opinión de los tratadistas, implica un verdadero juicio seguido ante un Juez de lo familiar, en el que intervienen como partes ambos cónyuges y el ministerio público, quien vela por los intereses de los menores hijos y observará que se cumplan las disposiciones emitidas de la ley.

Dentro de este mismo tema del divorcio se puede hablar de otros individuos que por diferentes circunstancias como son la enfermedad ya sea física o mental, o que por motivos de trabajo alguno de los cónyuges se tenga que ausentar seguido del domicilio conyugal o los extranjeros que se encuentran dentro de nuestro territorio, no quedan exentos de que la ley los regule, ya que si bien es cierto que la enfermedad mental o física da como resultado no un divorcio sino una nulidad, primero se tienen que realizar las gestiones necesarias para poder acreditar el dicho, y si tal enajenación (enfermedad) mental se desarrolló dentro del matrimonio, el cónyuge sano solicitara el divorcio previa declaración legal de la interdicción del mismo, así que de igual forma se tendrá que seguir juicio ante autoridad competente, por lo que respecta al cónyuge que viaja, este supuesto también se realizará ante autoridad judicial, previo acuerdo de las personas involucradas en el asunto, a través de las formas de divorcio que con anterioridad se trataron, como puede ser un divorcio judicial voluntario, un judicial necesario o hasta un divorcio administrativo según sea el caso y por último el caso de los extranjeros, estos se verán afectados por la competencia internacional de los jueces en materia de divorcio, pero aun y con dicha controversia dentro de nuestro país se verán obligados a realizar el trámite ante la autoridad judicial competente.

“Las causas de divorcio no derivadas de la culpa. Éstas están comprendidas en las que provienen de enfermedades físicas o mentales de algunos de los cónyuges y de la impotencia incurable para la cópula carnal Fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal)”⁴¹ en relación al primer supuesto el cónyuge sano puede pedir al juez que

⁴¹ Galindo Garfias, DCPF. p. 631.

suspenda su obligación de cohabitar pero no suspende sus obligaciones y en lo que respecta al segundo caso las enfermedades sólo requieren que sean incurables o crónicas y el divorcio tiene que ser solicitado por el cónyuge sano.

CAPITULOIII

DE LA CAPACIDAD

3.1. Elementos del acto jurídico.

El nacimiento, modificación y extinción de los derechos tienen su origen en hechos o actos que, en conjunto con las normas jurídicas, forman la trama de la vida del Derecho.

Tradicionalmente se ha venido aceptando como principio del Derecho la máxima *ius ex ipso oritur* (el Derecho nace del hecho) que supone el reconocimiento de la eficacia de los hechos en el mundo jurídico de un modo indiscutible.

“Hecho jurídico no es, desde luego, lo mismo que acto jurídico. Existen en efecto, hechos jurídicos de distinta naturaleza; independientes de la voluntad humana (acontecimientos naturales o accidentales), y otros dependientes de ella (un contrato, un testamento)”⁴². Los primeros reciben el nombre de hechos jurídicos y los segundos de actos jurídicos, el que un acto sea voluntario o involuntario, menciona Camelutti constituye una diferencia decisiva para el Derecho.

Con arreglo al lenguaje jurídico los hechos jurídicos se denominan actos, en cuanto denota precisamente el manifestarse del hombre como causa de un modo de ser de la realidad.

⁴² De Pina Vara, EDCM. p. 262.

La distinción entre hecho y acto jurídico es esencial, cuando se habla o se escribe acerca de los hechos jurídicos, hay que aclarar si se hace referencia a ellos como expresión que comprende en éstos a los actos, o se quiere indicar únicamente a los acontecimientos independientes de la voluntad humana.

Muchas veces en el lenguaje jurídico se emplean indebidamente la palabra hecho, como por ejemplo, cuando se dice hecho delictivo, pues los delitos son siempre actos u omisiones, más nunca hechos.

De lo anterior se puede decir que el acto proviene del hecho y que se le puede dar la acepción de jurídico hasta que la posee, esto es, que el acto va a ser acto jurídico hasta que éste produzca un cambio de Derecho. El cambio jurídico consiste en una alteración de las relaciones jurídicas preexistentes, por ejemplo, la donación es un acto jurídico, en cuanto en virtud de ella quien tenía la propiedad de la cosa donada la pierde y quien no la tenía la adquiere.

“Podemos considerar que los actos jurídicos constituyen una especie o categoría (como ya lo mencionamos) dentro del conjunto de los hechos jurídicos, dado que estos últimos son todos aquellos acontecimientos que el orden normativo toma en consideración para atribuirles efectos de Derecho (es decir son todos los sucesos que en el mundo fáctico realizan las hipótesis contenidas en las normas jurídicas)”⁴³.

Con lo anterior se puede determinar que el acto jurídico se puede definir como una manifestación exterior de la voluntad, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de Derecho.

⁴³ Diccionario jurídico mexicano, UNAM.-Porrúa, México 1985, T. III s. v. acto jurídico.

El acto jurídico es pues, una forma de hecho jurídico puesto que realiza la hipótesis normativa (declaración de voluntad) se realizan los efectos: creación de un estado o de una relación jurídica que establecen derechos subjetivos y obligaciones. La manifestación de esa voluntad se debe de caracterizar por la intención de producir tales o cuales efectos, éste es su objeto directo. Las manifestaciones de voluntad sin la intención, pero que la norma otorga efectos con o sin la voluntad del autor será un hecho jurídico y no un acto jurídico. El matrimonio y el contrato como acto bilateral y el testamento como acto unilateral, son actos jurídicos en cuanto la manifestación de la voluntad se hace con el fin de que se produzcan los efectos previstos por la norma. El robo la falsificación y en general los delitos pueden ser manifestaciones de voluntad para obtener determinados fines jurídicos, pero no están fundados en la regla jurídica, sino por el contrario, son opuestos a ella, son actos ilícitos y los efectos que la norma establece son contrarios a la voluntad de los autores pues su conducta es sancionada y nace la obligación de devolver el objeto robado y de indemnizar por los daños causados.

Para la escuela francesa del acto jurídico éste es una especie de hecho jurídico caracterizado por su voluntad y licitud, y especialmente por la intención de que se realicen los efectos previstos por la norma.

“En la llamada escuela italiana se introduce un nuevo término: el negocio jurídico que coincide con el acto jurídico de la escuela francesa, y se reserva el término acto jurídico para aquellas conductas humanas voluntarias o involuntarias, lícitas o ilícitas que producen efectos queridos por el autor (delitos intencionales o imprudenciales, cuasidelito y cuasicontratos, pago de lo indebido, etc.) que para la escuela francesa son hechos y no actos jurídicos”⁴⁴.

Con referencia a los actos jurídicos, cabe distinguir entre los actos voluntarios y actos de voluntad. Considérense simplemente como voluntarios aquellos que presuponen como existente una determinación de voluntad, la

⁴⁴ Diccionario jurídico Temático. Harla, México 1997, T. Derecho Civil s. v. negocio jurídico.

que constituye; sin embargo, un momento interno, mientras que lo que se toma en cuenta es más bien la actividad que se desarrollará después, mientras que los actos de voluntad son aquellos en los que su contenido típico consiste en la determinación volitiva, la que se toma en consideración por el Derecho, como el antecedente inmediato material con fundamento en el cual la norma hace producir consecuencias jurídicas al acto.

“El acto jurídico ha sido definido como la realización querida, o al menos previsible, de un resultado exterior. Este autor considera tres grupos de actos jurídicos, que son:

1.- Declaraciones de voluntad, es decir exteriorizaciones de la voluntad del particular dirigidas a un efecto jurídico, los cuales califica de actos negociables;

2.- Actos de Derecho, o sea actos humanos lícitos cuyo efecto jurídico no se determina por el contenido de la voluntad, sino directamente y con carácter forzoso por la ley, que se clasifican en actos semejantes a los negocios, que contienen exteriorizaciones de un acontecimiento del espíritu, a saber, de una voluntad o de una representación, y actos reales o lícitos que por de pronto, dan vida a un resultado de hecho que no pertenece a la esfera de Derecho, pero que según disposiciones oficiosas de Derecho, determinan a la vez efectos jurídicos, y;

3.- Actos contrarios al Derecho, que se dividen en delitos, infracción de obligaciones personales y caducidades”⁴⁵.

“Los actos jurídicos se han clasificado basándose en las ramas del Derecho que previamente han sido catalogadas, esto es que los actos jurídicos se pueden clasificar en civiles, penales, procesales, administrativos, etc. Según la materia que trate. La doctrina general de los actos jurídicos se ocupa de todos ellos señalando las particularidades que entre los mismos existen, por lo que los actos pueden ser calificados de la siguiente forma:

⁴⁵ De Pina Vara, EDCM. p. 264.

a) Unilaterales y bilaterales.- Son unilaterales aquellos cuya existencia se determina por la declaración de una sola persona; bilaterales, aquellos cuya existencia se determina por la voluntad de dos o más individuos.

La doctrina moderna hace objeto de una especial atención a los actos complejos o colectivos que ofrecen las características, frente a los actos contractuales, de que las partes no están una frente a otra ni tienen intereses opuestos, sino coincidentes.

b) Inter vivos y mortis causa.- Los primeros están destinados a producir sus efectos en vida de las personas que los realizan; los segundos, después de fallecido el autor.

c) Onerosos y lucrativos.- Los primeros exigen la reciprocidad de un equivalente; los segundos, no.

d) De enajenación y de adquisición.- Los de enajenación producen la disminución del patrimonio; los de adquisición, su aumento.

e) Solemnes y no solemnes.- Se denominan solemnes aquellos respecto de los cuales, la ley exige que la manifestación de la voluntad se exprese con formas determinadas y preestablecidas, sin las que no se producen el efecto querido, y no solemnes a los que se encuentran en caso contrario.

f) Conmutativos y aleatorios.- Conmutativos son aquellos en que las prestaciones a que dan lugar son ciertas y determinadas desde el momento de su realización, y aleatorios aquellos en que depende de un acontecimiento que no permite esa certeza y determinación al realizarlos.

g) Constitutivos, modificativos, extintivos e impeditivos, según creen situaciones jurídicas, las modifiquen, las extingan o imposibiliten su constitución⁴⁶.

Los elementos del acto jurídico son de las especies siguientes: esenciales, naturales y accidentales.

⁴⁶ Borja Soriano, TGO. p. 240.

Los primeros son los que concurren a formar un acto jurídico en general como imprescindibles para obtener un tipo determinado de acto (arrendamiento, testamento, etc.); los segundos, las consecuencias que se derivan de la naturaleza misma del acto, sin que las partes tengan que hacer manifestación acerca de ellas, como no sea con propósitos de eliminarlas; los terceros, son aquellos que, no siendo necesarios para la existencia del acto, pueden ser agregados por la voluntad de los actos (la condición, el término, etc.).

“Los elementos esenciales no pueden ser alterados por la voluntad, los que abstractamente son accidentales, pueden convertirse en esenciales por voluntad de las partes. El elemento verdaderamente esencial del acto jurídico es la voluntad manifestada expresa o tácitamente por un sujeto capaz. La producción del acto jurídico requiere en todo caso, de este elemento, sin el cual no existe, en virtud de su propia esencialidad”⁴⁷.

Por todo lo que se ha tratado con anterioridad, se podría confundir al acto jurídico con el negocio jurídico, pero el negocio jurídico es un acto jurídico, no obstante la expresión negocio jurídico se ha impuesto en la doctrina civilista, como consecuencia no se puede dejar de advertir sobre este punto, que la expresión acto jurídico es más amplia que la de negocio jurídico, porque comprende a todos los actos humanos idóneos para producir efectos jurídicos, mientras que la de negocios jurídicos comprende algunos de esos actos, pero no todos, razón por la cual, se puede decir que el negocio jurídico es una especie de género del acto jurídico, no fácilmente determinable siempre.

El Código Civil para el Distrito Federal desconoce la expresión negocio jurídico haciendo únicamente referencia a los actos jurídicos. Sin embargo, los autores nacionales aceptan la distinción entre actos jurídicos y negocios jurídicos, difícil desde el punto de vista del Derecho positivo patrio y tratan de fijarla tomando como base no la legislación propia, sino la doctrina extranjera.

⁴⁷ De Pina Vara, EDCM. p. 266.

3.1.1. Elementos de existencia.

El acto jurídico más común del Derecho privado, el contrato, caracterizado como el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, debe cumplir o reunir ciertas condiciones para formarse, que son presupuestos de su existencia y de su eficacia.

En el Derecho moderno se ha establecido una distinción entre los requisitos sustanciales a su existencia, y los que son necesarios para su validez o eficacia.

El Código Civil enumera por separado los elementos necesarios para la validez, refiriéndolos al contrato que es la especie más común del acto jurídico del Derecho privado. Los elementos principales son el consentimiento, el objeto, la capacidad y la forma legal.

La diferencia de los elementos de existencia a los de validez es un proceso de la técnica jurídica que permite explicar y sistematizar las diversas consecuencias por la ausencia de alguno de ellos.

Si faltare algún elemento esencial en un acto, éste no podrá sobrevivir como tal. En cambio, si está ausente un requisito de validez, el acto jurídico sigue existiendo, pero puede ser inválido.

“El acto jurídico es la manifestación de la voluntad tendiente a la producción de efectos de Derecho sancionados por la ley. Como todo ser, real o conceptual, para su formación precisa ciertos elementos esenciales sin los cuales no existiría, como son:

La voluntad; emitida por el sujeto a través de su declaración para celebrar el acto, esto es, que en un contrato las partes se pongan de acuerdo (concierto de voluntades), lo cual en Derecho se llama consentimiento.

Un objeto posible hacia el cual se dirige esa voluntad; y ocasionalmente. Que el contenido de sus voluntades se refiera a una conducta posible, tanto en el orden natural como en el jurídico: El objeto al que tienden las voluntades deberá ser de realización física y jurídicamente posible. Esto es, que las prestaciones a las que la parte se comprometen, puedan ser realizadas tanto en el sentido material como en el jurídico. Hay conductas imposibles de efectuar, ya porque lo impide la ley natural, o bien porque el orden jurídico lo obstaculiza. El contrato que tiene un contenido imposible no existe como tal.

Una manera solemne para exteriorizar esa voluntad. Esto es que excepcionalmente la voluntad se exteriorice de una manera natural, solemne, indispensable para la constitución del acto. Siguiendo con el ejemplo de los contratos como principales actos jurídicos, en México no existen los contratos solemnes, y por ello el legislador no incluyó la solemnidad entre sus requisitos de existencia. Sin embargo, sí hay otros actos jurídicos solemnes, como el matrimonio.

En resumen la falta de voluntad exteriorizada, del objeto posible o de la solemnidad, en su caso, provocan la inexistencia del acto. El acto jurídico no se forma, no nace y consecuentemente no produce sus efectos esperados⁴⁸.

Como se ha venido tratando la voluntad es el elemento esencial, de definición del acto jurídico. Nadie podría pretender la existencia de una tutela, de una adopción, de un arrendamiento o de una promesa de recompensa sin la voluntad exteriorizada de las partes o del autor de dichos actos. Cualquier acto

⁴⁸ Bejarano Sánchez, OC. p. 41-44.

jurídico en el que no esté presente la decisión voluntaria de celebrarlo, no se podrá formar y nunca podrá existir.

Históricamente concurrieron dos factores importantes referentes a la voluntad individual, uno filosófico y el otro económico, para atribuir al individuo y a su voluntad un valor excepcional. Lo anterior se puede observar desde los filósofos del siglo XVIII que postularon las ideas del individualismo liberal, afirmaron que el hombre nace libre y sólo pierde esa libertad por las restricciones que él voluntariamente se impone.

“En lo que respecta al ámbito económico, la doctrina del liberalismo afirmó que el permitir la libre actividad del individuo es la mejor forma para obtener el beneficio común: dejar hacer, dejar pasar; dejar el libre juego de las voluntades individuales es el medio de lograr la justicia y el equilibrio, cuando una persona desea algo respecto de otra siempre es posible que cometa alguna injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí misma”⁴⁹.

Aunado a lo anterior se puede hablar de una teoría de la autonomía de la voluntad, la cual afirma el culto al individuo y a su voluntad, reconociéndole el poder de crear a su arbitrio los actos jurídicos que él decida, principio que hasta la fecha subsiste aunque cada vez más limitado, porque la libertad de acción del individuo debe de quedar restringida por el respeto que a los intereses comunes y prioritarios de la sociedad. De ahí procede el aumento de las leyes imperativas y prohibitivas, que impiden o reglamentan los actos de la sociedad.

Estas limitaciones que la ley impone a la voluntad particular a favor del beneficio colectivo son cada día más numerosas, por la simple y sencilla necesidad de preservar el bien general ante el desarrollo de los intereses

⁴⁹ Bejarano Sánchez, OC. p. 45.

privados del individuo, que lejos de conseguir el equilibrio y beneficio de la comunidad produjo graves desajustes y notable desproporción entre las relaciones humanas. Razón por la cual la autonomía de la voluntad quedó reducida a la libertad de obligarse mediante la celebración de actos jurídicos cuyo contenido no sea contrario a las normas de interés público, las buenas costumbres y los derechos de terceros, lo que se puede resumir en la frase "lo que no está prohibido está permitido".

Como lo hemos venido tratando, la voluntad de celebrar un acto jurídico se le puede denominar consentimiento, el cual se puede expresar a través de la exteriorización, esto es la comunicación que las partes pueden establecer ya sea de forma tácita o expresa, la primera se expresa por medio de una conducta que autorice a inferir de ella la voluntad negocial, la intención de contraer, la segunda consiste en manifestarse por la palabra, la escritura o por signos inequívocos, en resumen el consentimiento tácito es aquel que proviene de una actitud o conducta mientras que el consentimiento expreso proviene de la lengua, la escritura o algún signo.

De forma contraria está el silencio que también es parte del consentimiento, ya que éste no se puede tomar como manifestación de la voluntad, ni por ende puede, considerarse que el mismo es una propuesta o aceptación del acto, el silencio presenta un significado equivocado, y aunque no se quiera estar dentro de los lineamientos o se quieran hacer más flexibles el consentimiento necesariamente debe de demostrarse.

Otro de los elementos que se maneja en un principio como elemento de existencia del acto jurídico es el objeto, para poder descubrir o precisar cual es éste basta con responder a la pregunta ¿a que está obligado el deudor?

El objeto puede consistir en dar algo, hacer algo o no hacerlo, a estas tres modalidades se les ha agregado una cuarta que es la de tolerar (permitir

que otro haga), por ello se traduce también en un no hacer del obligado; supone también una abstención del deudor, su conducta consiste en ello. En resumen se podría decir que existen obligaciones de dar (o prestaciones de cosas); obligaciones de hacer (o prestaciones de hecho) y obligaciones de no hacer (o abstenciones).

El acto debe de ser posible, pues de lo contrario dicho acto no llegará a existir, será objeto imposible aquella cosa, hecho o abstención que no sea tangible en la realidad.

El tercer elemento de existencia del acto jurídico es el de solemnidad ya que la importancia social o económica de ciertos actos impone la necesidad de celebrarlos con determinados ritos que son condiciones de su existencia. La manera en que se realiza el acto es un elemento constitutivo del mismo; si esa forma ritual de celebración falta, el acto no llega a existir, es inexistente.

El Derecho mercantil cambiario presenta casos de actos solemnes, como son los títulos de crédito que consagran declaraciones unilaterales de voluntad; para la existencia del acto requiere el otorgamiento de un documento que cumpla con una serie de menciones y declaraciones precisadas por la ley. A falta de alguna de ellas hace inexistente al título de crédito como tal; la letra de cambio para existir, debe de contener la mención "letra de cambio" inserta en el texto del documento, otro acto solemne es el divorcio administrativo, su realización supone la intervención de un funcionario público determinado, (el Juez del Registro Civil) requiere también que el acta se asiente en un libro determinado y no en cualquier infolio. Si los divorciantes en vez de hacerlo así, concurren a expresar su voluntad inequívoca de separarse ante un notario público, aun cuando sus declaraciones se vertieran con toda claridad en el protocolo de ese funcionario, el divorcio no se habría efectuado porque no

basta la voluntad; no basta el objeto posible del acto; se requiere la solemnidad, el tercer elemento de existencia del acto jurídico⁵⁰.

3.1.2. Elementos de validez.

El acto jurídico, una vez constituido con todos sus elementos de existencia, debe reunir además, los requisitos de validez necesarios para ser perfecto y producir efectos jurídicos plenos. La validez en relación con un determinado acto jurídico, es su cualidad susceptible de producir el efecto querido al realizarlo.

La validez de un acto jurídico es la virtud o potencia de producir efectos por su conformidad con la ley; invalidez entonces es la carencia o privación de esa virtud de existir, por no reunir los elementos y condiciones requeridas por la ley.

Los requisitos esenciales para la validez de un acto jurídico y consiguientemente para que pueda producir efectos jurídicos, es la existencia de la voluntad de realizarlo (manifestada por persona que disfrute de la capacidad necesaria) y el objeto, nuestra legislación de la materia establece en su artículo 1975 que los requisitos de validez son los siguientes:

La voluntad debe exteriorizarse con la forma exigida por la ley;

La voluntad debe estar exenta de vicios;

El objeto del acto y el motivo o fin de su celebración deben ser lícitos y

Los autores o partes deben de ser capaces.

A veces la forma también adquiere la categoría de requisito esencial. La manifestación de la voluntad puede revestir dos formas: expresa o tácita, ya

⁵⁰ Bejarano Sánchez, OC. p. 65.

que la ley exige en ciertos casos que la voluntad sea manifestada expresamente. La forma expresa se exterioriza por medio de palabras claras y terminantes; la tácita resulta de ciertos hechos, signos o actitudes de las cuales puede deducirse.

El silencio dentro de la voluntad juega un papel importante, ya que normalmente no se interpreta como expresión tácita de la voluntad, la voluntad declarada debe de estar de acuerdo con la interna para que surta la eficacia normal.

Si el acto jurídico es una manifestación exterior de la voluntad, la forma es la manera en que se exterioriza dicha voluntad: es el conjunto de elementos sensibles que envuelven la expresión de voluntad.

Algunos actos jurídicos valen con sólo exteriorizar la voluntad de cualquier manera (consensuales) y otros que valen solamente si se manifiestan con determinada forma legal (formales).

Como se menciono con anterioridad, la forma tiende a preservar un medio de prueba de la realización del acto, y la solemnidad a complementar su creación. De ahí que la doctrina del Derecho distingue entre dos clases de elementos exteriores del acto, los que son exigidos para su existencia y los que son exigidos para su validez. En resumen podríamos decir que la forma es requisito de validez del acto: su falta no impide que éste sea creado, pero es causa de nulidad, aunque no es forzosamente nulo porque puede convalidarse dándole la forma legal, pues se trata de una nulidad relativa que puede subsanarse con la ratificación formal del acto.

“En la actualidad por motivos diversos, la forma sigue siendo un requisito forzoso externo de los actos jurídicos, ya que es necesario crear un medio de prueba del acto para evitar emulaciones, suposiciones y fraudes, pues ante la

complejidad de la vida moderna, el hecho de atenerse a la memoria y a palabras que no quedan plasmadas o registradas de manera segura sería una fuente interminable de problemas. En Roma preponderó el formalismo, aunque ya en la época del Derecho clásico mostró una mayor elasticidad y una marcada evolución hacia el consensualismo, admitiendo primero los contratos reales y posteriormente los consensuales⁵¹.

El Código Civil actual consagra un régimen equilibrado entre el consensualismo y el formalismo, existiendo la forma sólo como un medio de prueba del acto, la cual, por otra parte, no es imprescindible, si por otros elementos de convicción se puede probar su celebración.

Otro de los elementos de validez es la ausencia de vicios en la voluntad, ya que la voluntad del autor o de las partes que celebran el acto debe estar exenta de defectos o vicios.

La voluntad, elemento fundamental del acto jurídico, debe de ser cierta y libre, debe ser el resultado de una determinación real, espontánea y decidida. Si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada por amenazas (violencia o temor) entonces por consecuencia es una voluntad viciada que anula el acto.

En tales casos, el agente manifiesta su intención de celebrar el acto jurídico, sólo porque su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin las cuales el acto no se habría realizado, al otorgar su consentimiento por temor o por estar en una falsa creencia, ha proyectado su intención hacia un fin que no desea en realidad.

El error en lenguaje común, es un concepto falso de la realidad, es una creencia no conforme con la realidad, éste es otro de los elementos que juegan

⁵¹ Bejarano Sánchez, OC. p. 70.

un papel importante dentro de la validez de los actos jurídicos.

En ocasiones el error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto, pero no todo error produce tal consecuencia jurídica; es decir, no todo error tiene trascendencias para el Derecho. Así, por los efectos que pudiera tener el error, se puede clasificar en:

a) Error indiferente.- no ejerce influencia alguna sobre el acto. Recae sobre circunstancias accidentales o sobre los motivos personales secretos que no trascienden a la celebración del acto, por lo cual es indiferente para la vida de dicho negocio.

b) Error nulidad.- es el que vicia la voluntad. Produce la nulidad relativa del acto jurídico. En nuestro Derecho, el error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente (artículo 1813 Código. Civil.)

“El error de hecho o de Derecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan...”

c) Error obstáculo.- impide la reunión de las voluntades. Produce la inexistencia del acto porque recae sobre un aspecto tan importante y trascendente para la volición, que impide la formación de voluntades de los actores y obstaculiza la integración del consentimiento.

También se puede hablar de error según la materia sobre la que recae, éstos pueden ser: error de hecho, el cual se refiere a las equivocaciones sobre circunstancias fácticas, es decir, sobre hechos; y los segundos son los errores de Derecho, los cuales versan sobre la existencia, alcance o interpretación de las normas jurídicas. Así mismo, se puede clasificar el error por la manera en cómo se genera, que puede ser simple o fortuito y calificado o inducido, el primero surge y se mantiene espontáneamente por aquel que lo padece, nadie que conozca su error ha intervenido para provocarlo, mantenerlo o disimularlo; el segundo es el que ha sido provocado o mantenido activamente por artificios

ajenos, caso en el que se habla de dolo o que ha sido disimulado por el beneficiado del error ajeno, estamos entonces frente a la mala fe.

Como se ha tratado en líneas anteriores ahora hablaremos de lo que es el dolo y la mala fe aspectos que afectan al acto jurídico. El error pudo haberse provocado o mantenido deliberadamente por maniobras o artificios realizados por la otra parte actora, o por un tercero con aprovechamiento de ella. La actitud de tratar de aprovecharse de un error ajeno, ya sea manteniéndolo o provocándolo engañosamente se llama dolo en materia civil, tomando como ejemplo los contratos, el Código Civil en su artículo 1815 prescribe: "Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de alguno de los contratantes, una vez conocido" el dolo asume una conducta activa, por lo que respecta a la mala fe, se conoce también como la actitud pasiva, ya que habiendo advertido del error en que se encuentra la otra parte, se abstiene de alertarlo sobre dicho error, lo disimula y se aprovecha de él. El dolo y la mala fe califican al error y agravan el acto afectado por ellos.

En resumen el dolo y la mala fe pueden anular al acto jurídico, cuando su concertación hubiese sido determinada por maquinaciones, artificios o sujeciones, por parte de alguno de los actores y que haga incurrir en error o mantengan en él, o bien por la disimulación del error conocido.

No son motivos de vicio en la voluntad :

Las sugestiones que no importan engaño, como las exageraciones de propaganda comerciales (dolo bueno).

Los artificios o sugestiones que no hayan determinado a la realización del acto, sino sólo a aceptar otras condiciones menos ventajosas (dolo incidental).

El dolo recíproco.

Por todo lo dicho con anterioridad, podemos decir que para que un acto jurídico unilateral sea nulo por violencia como vicio de la voluntad, debe de ser determinante, es decir, que haya sido la causa que indujo a aceptar la celebración del contrato y además debe de ser injusta; de manera, que no constituye violencia el apercibimiento o la advertencia que se le haga a otro sobre las posibles consecuencias legales de su conducta, sobre el uso de vías de Derecho para forzarlo a realizar dicho acto.

En efecto se trata de una anulabilidad cuyo ejercicio está reservado a las personas perjudicadas por el vicio, que no impide que el acto produzca plenamente sus efectos, mientras el Juez no lo haya decretado; que permite que el acto pueda ser saneado por el transcurso del tiempo si prescribe la acción de nulidad, o convalidado por la ratificación.

El otro elemento general, por así decirlo, de validez, es la licitud en el objeto y en el motivo o fin. La ley exige que el objeto y el motivo o fin del acto sean lícitos, porque hay que recordar que el objeto del acto es el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se obliga, y el motivo o fin es el propósito que le induce a su celebración, el porqué se obliga.

El Derecho concede a los particulares la facultad de crear actos jurídicos y reglar con ellos su propia conducta, así como el poder modificar su esfera jurídica-económica por el ejercicio de su voluntad autónoma, gozando de cierta libertad de acción. Esa autonomía tiene por límite la ley, el orden jurídico, pues el objeto de los actos jurídicos, el fin que induce a su celebración y las condiciones que en ellos se impongan, no deben contradecir o contrariar las normas contenidas en la ley, sino que deben armonizarse con ella.

"Cuando un sujeto crea un acto jurídico que se oponga a lo prescrito por la norma general obligatoria, dicho acto no surtirá efecto alguno porque nunca podría prevalecer sobre el mandato de la ley. En el choque producido entre el

acto jurídico y la ley de interés público siempre saldrá triunfante ésta, pues la oposición se resuelve en el sentido de negar efectos al acto jurídico, al cual entonces se le califica de ilícito por ser contrario a las normas de orden público o a las buenas costumbres⁵².

Ninguna conducta o finalidad que viole la ley prohibitiva o imperativa tendrá la protección del orden jurídico; por el contrario suscitará la repulsa y represión del mismo. Esta razón evidente es la que explica y confiere el sentido lógico a la sanción de nulidad, que lleva aparejada todo acto con un objeto y motivo o fin ilícito, lo anterior da pie a mencionar que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos.

Para ser lícitos los actos jurídicos deben ser congruentes con las buenas costumbres y el interés social, sabemos que todo acto de voluntad se dirige hacia el logro de fines determinados cuya consideración induce a las partes a realizarlo. Esos propósitos pueden ser nobles y útiles a la sociedad, o mezquinos y nocivos para los demás; su naturaleza y cualidad son decisivas en la valoración del acto para proteger a la comunidad no basta asegurarnos que el objeto del acto sea lícito, sino que es también esencial garantizar la legitimidad de los fines esperados por los actores.

El último de los elementos de validez que señalamos al inicio de este tema fue el de la capacidad, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos. Es la facultad concedida por el Derecho para que un sujeto de Derecho o persona, sea susceptible de adquirir derechos subjetivos o contraer obligaciones. Así pues, el concepto de capacidad jurídica se identifica con la personalidad, es así que el Código Civil establece que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, o sea, que los seres humanos son personas desde que nacen y por tanto tienen capacidad jurídica. En principio, todo sujeto tiene

⁵² Gutiérrez Y González, DO. p. 333.

capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título excepcional son incapaces.

Hay dos clases de capacidad, la de ejercicio y la de goce, la primera es la facultad de ejercitar los derechos o cumplir las obligaciones por sí mismo, o sea, que no es necesario hacerlo a través de un representante legal (padre o tutor). Se le llama también capacidad negocial.

“La incapacidad de ejercicio o negocial supone la capacidad de goce, es decir, que el sujeto esté legitimado para obrar pero por su minoría de edad o por otra causa legal o natural, esté privado de la posibilidad de atender personalmente a sus negocios (locura, idiotismo, imbecilidad, sordomudez o vicios como el alcohol y las drogas)”⁵³.

La segunda de las capacidades es la de goce o de disfrute, es en principio atribuida a todos los sujetos de Derecho, pero algunas personas en casos concretos, están privadas de algunos de ellos, ya en relación con ciertos bienes, ya en relación con ciertas personas o para desempeño de algunos cargos, esto es, que son incapaces parcialmente, por lo demás, tienen plena capacidad de goce; esta contradicción ha hecho que se proponga otra terminología y así el juez, el tutor, el albacea que no pueden adquirir bienes que se venden en relación con el puesto que desempeñan; el extranjero que no puede adquirir bienes en las costas o fronteras, etc. No son incapaces por incapacidad de goce, aunque ello sea una restricción a su personalidad; se propone que se le llame legitimación.

“Dentro de esa categoría se encuentran los impedimentos para contraer matrimonio tratándose de determinadas personas (parientes, adúlteros, etc.) o de heredar (indignidad o negarse por razón de nacionalidad u oficio)”⁵⁴.

⁵³ Diccionario Jurídico Temático, Harla, México 1997. T. Derecho Civil s. v. Capacidad.

⁵⁴ Diccionario Jurídico Temático, Harla, México 1997. T. Derecho Civil s. v. Capacidad.

3.1.3.- Capacidad de goce.

La Capacidad de goce es una aptitud, para tener derechos y ser titular de ellos. Es un atributo de la personalidad, y la poseen todos los hombres, sin excepción. Una vez desaparecida la esclavitud que tenía el ser humano y ser tratado como objeto de Derecho, o la muerte civil, que era una pena consistente en la privación total de los derechos de la persona, no hay en la actualidad una total incapacidad de goce. Sin embargo, si hay incapaces parciales, por ejemplo, si a una persona determinada o a un grupo de sujetos se les vedan ciertos derechos, sólo respecto de tales serán incapaces, pues no podrán gozarlos.

De lo antes expuesto, se puede decir, que la capacidad de goce la tienen absolutamente todas las personas, tal capacidad es un atributo de éstas, puesto que por atributo de las personas se entiende algo que les es imprescindible, esencial, constante y necesario y que todas ellas tienen mientras vivan. Tratándose de personas físicas tienen atributos que les reconoce la ley como son: 1) la capacidad, 2) el estado civil, 3) el patrimonio, 4) el nombre, 5) el domicilio y 6) la nacionalidad. También se desprende de lo anterior que la capacidad constitutiva directa del elemento de validez del acto jurídico es la capacidad de ejercicio, y no así tan directo la de goce, de ahí se puede decir que la capacidad de ejercicio es un elemento de validez del acto jurídico del mismo modo que ya se señaló, que la capacidad de goce es el atributo de las personas.

La capacidad de goce, a la que por cierto nuestro Código Civil llama Capacidad Jurídica, la menciona en su artículo 22 que dice: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

Conforme a este artículo la capacidad de que se habla no hay persona que carezca de ella, puesto que todas la tienen por el simple hecho de ser personas, por ende, es que se puede mencionar que todos los seres humanos desde que nacen y antes de ello están tutelados por normas jurídicas que aun y cuando no las puedan ejercitar totalmente son acreedores a ellas.

En la antigua Roma o en Francia, donde el esclavo era considerado una cosa y no un individuo, o dentro del Código napoleónico con la muerte civil de una persona por medio de una condena penal, pero si la esclavitud y la muerte civil lograron extinguir los derechos de los afectados, la verdad es que no lo lograron totalmente y de ningún modo podrían lograrlo, ya que por lo menos siempre podían ser juzgados y sancionados plenamente y en todo caso tenían deberes jurídicos para respetar todos aquellos valores que el Derecho tutela.

Lo que quiere decir que aun en tales casos, que son verdaderamente excepcionales, no había una total privación de la capacidad de goce, sino una disimulación, muy notable por cierto.

Pero como sea, la verdad es que en nuestros días no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica, es decir, la idoneidad para ser sujeto de Derecho, que en general a todo hombre corresponde, pero que puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos por razón de sexo, edad o de condena criminal.

“Dentro de este tipo de capacidad se puede hablar de grados, los cuales pueden ser los siguientes:

a) El grado mínimo, que corresponde al concebido pero no nacido, a condición de que desprendido completamente del seno materno, viva veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil, ya que pueden tener capacidad para ciertos actos como son el de recibir una herencia, legado o

donación, todo lo que por estos medios pueda ser transmitido, derecho de propiedad y servidumbre, etc.

b) El siguiente grado corresponde a los menores de edad. Sobre esto se puede decir que la capacidad de goce del menor, es casi equivalente a la capacidad de goce del mayor en pleno uso y goce de sus facultades mentales, puesto que sólo tiene respecto a éste las siguientes restricciones:

Para contraer matrimonio, dado que sólo podrá hacerlo el hombre que haya cumplido dieciséis años y la mujer que sea mayor de catorce;

Para ser tutor, ya que sólo puede serlo el mayor de edad;

Para reconocer a los hijos extramatrimoniales, cuyo derecho sólo tienen los menores que hayan cumplido la edad requerida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que se va a reconocer;

Para legitimar a un hijo;

Para hacer testamento, cuyo derecho sólo se adquiere hasta los dieciséis años de edad⁵⁵.

A las anteriores restricciones que el autor menciona y que indudablemente caen en el ámbito del Derecho, se pueden agregar dos: la que tiene el menor para ser curador y la que tiene para ser representante del ausente.

c) Finalmente, el grado máximo de la capacidad de goce corresponde al mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales y en general, que no esté sujeto a interdicción ni por ésta, ni por ninguna otra de las causas que al respecto señala la ley, pues los que se encuentran en este caso son equiparados a los menores. Además la interdicción no afecta la capacidad de goce, desde el punto de vista del Derecho patrimonial, puesto que la persona sujeta a ella, indudablemente que puede ser, sin ninguna restricción, titular de derechos y obligaciones valuables en dinero, pero la interdicción sí

⁵⁵ Rojina Villegas. CDC. p. 435-441.

afecta la capacidad desde el punto de vista del Derecho familiar, ya que el sujeto interdicto carece de aptitud para casarse, así como para ejercer la patria potestad, para ser tutor o curador y en general para ser representante de persona alguna.

“Hay también otras restricciones que aquejan aun y así sean mayores de edad y no interdictos, como la de poder adoptar o en lo que respecta a la política, la edad para ser presidente de la república, las dos restricciones anteriores requieren de una edad específica para realizar dichos actos la cual es más alta que la de la mayoría de edad que establece la ley, existen asimismo restricciones comunes tanto a la capacidad de goce de los mayores, como a los menores y son:

La que para los cónyuges divorciados, sean mayores o menores de edad, señala el artículo 289 del Código Civil en sus dos últimos párrafos el cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decreto el divorcio. Para los cónyuges que se divorciaron voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

La que para la mujer mayor o menor de edad señala el artículo 158 del Código Civil: “La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.”

Una restricción mas es la que se refiere a la ineptitud del marido, mayor o menor de edad, para prescribir contra la mujer, también mayor o menor de edad según el artículo 177 del Código Civil que a la letra dice: “El marido y la mujer, durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro, pero la prescripción entre ellos no corre mientras

dure el matrimonio. Al igual hace mención el artículo 1167 del mismo ordenamiento al decir que la prescripción no corre entre consortes.

Otra restricción que aqueja tanto a mayores como a menores de edad es la que estipula el artículo 1166 del Código Civil 'La prescripción no puede comenzar ni correr contra los incapacitados, sino cuando se haya discernido su tutela conforme a las leyes. Los incapaces tendrán derecho de exigir responsabilidad a sus tutores cuando por culpa de estos no se hubiese interrumpido la prescripción.'

Finalmente se encuentra una restricción contra extranjeros la cual se desprende del artículo 27 fracción I de la Constitución al señalar que "sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de minas o aguas así mismo consigna otra restricción respecto a la capacidad de goce de los extranjeros relativo a la propiedad, por lo que se puede deducir que los extranjero a pesar de ser mayores de edad y no ser interdictos tienen una limitante en el supuesto de la capacidad de goce"⁵⁶.

3.1.4.-Capacidad de ejercicio.

"Para que el acto jurídico se perfeccione y valga es necesario que el agente o los agentes (autor o parte) sean capaces. La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos. En principio, todo sujeto tiene una capacidad, pero sólo una parte, por ciertas circunstancias a título excepcional, reciben el concepto de incapaces"⁵⁷.

⁵⁶ Ortiz Urquidi, OCC. p. 303-306.

⁵⁷ Ortiz Urquidi, DCPG. p. 306-308.

Hay dos tipos de capacidades: a) la de goce (aptitud de ser titular de derechos y obligaciones), y b) la de ejercicio (aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos).

En primer lugar, la llamada capacidad de goce, es la aptitud que tienen determinadas personas para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismos. Ahora diremos que dicha capacidad necesariamente supone la de goce pues si ésta no existe, tampoco puede existir la otra, y ello por la sencilla razón de que si no se es titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce), no es posible pensar en el ejercicio de los primeros ni en el cumplimiento de las segundas, ni por otro ni por sí (capacidad de ejercicio) en forma o manera alguna.

Ya dejamos dicho que no todas las personas tienen la capacidad de ejercicio. Por ende, no puede comenzar con el nacimiento como la capacidad de goce, sino que necesariamente tiene que ser referida a una época posterior, misma que se señala con el reconocimiento de la mayoría de edad, de conformidad con los siguientes artículos de nuestro Código Civil:

Artículo 646.- La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Artículo 647.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Ahora bien, la capacidad de ejercicio es la aptitud que se tiene ante las instituciones jurídicas de nuestro orden legal, esto es la edad en la cual según los legisladores se tiene una comprensión más amplia y centrada de los actos que se realizan, dentro de nuestra legislación la capacidad de ejercicio se puede hacer valer a partir de los dieciocho años principalmente o también por medio de la emancipación, ya que resulta obvio que el límite máximo de edad

que debe tener el menor emancipado es de dieciocho años, pues si no se encuadraría en la mayoría de edad y con ello la plena capacidad de ejercicio.

En cuanto al mínimo hay variación en las edades para la emancipación, debido a que en el hombre es de dieciocho años y en la mujer de catorce, debemos expresar también que la emancipación hace salir definitivamente al menor de la patria potestad, pues obtenida aquélla no se volverá a recaer en ésta así se divorcie, enviude o se anule el matrimonio del menor, ya que la figura de la emancipación se realiza principalmente para la realización del matrimonio y ahora con la unificación del Código Civil y la Constitución se determinó como base, los dieciocho años para adquirir la plena capacidad de ejercicio.

Esta capacidad de ejercicio va íntimamente ligada con la capacidad de goce, ya que si bien es cierto, como se señaló en el punto anterior, la capacidad de goce se adquiere desde que se nace, esta otra capacidad es el complemento para poder hacer valer todos los derechos que se tienen dentro del sistema jurídico mexicano, sin dejar de lado que a la vez que se adquieren más derechos también se adquieren más obligaciones.

Reiteradamente hemos dicho que la capacidad de ejercicio se adquiere a los dieciocho años cumplidos, perdiéndose naturalmente con la muerte. Esto debe de entenderse tratándose de personas normales, es decir, que están en pleno uso y goce de sus facultades mentales.

También puede acontecer que determinada persona lleguen a padecer alguna perturbación psíquica que la coloque en condición de incapaz para realizar por sí mismas su vida jurídica, el Derecho resuelve esta situación mediante la figura de la interdicción, cuyo efecto es el de anular la capacidad de ejercicio, y que debe ser declarada jurídicamente, de acuerdo con lo que al respecto establece la legislación.

De lo anterior se puede desprender que los incapaces pueden ser de dos tipos, los primeros son aquellos que cuya incapacidad es al mismo tiempo natural y legal, y los segundos, aquellos cuya incapacidad es sólo legal, corresponde a este último caso los menores de edad.

Asimismo, y en relación con la capacidad jurídica, se da la figura de la interdicción, la cual puede ser interdicción en sentido lato y la interdicción en sentido estricto, para poder hacer dicha clasificación se basa en el artículo 450 del Código Civil que a la letra señala:

Tienen incapacidad natural y legal:

Los menores de edad;

Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lucidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

En el primer sentido, es interdicto todo incapaz, ya sean los meros de edad o los mayores de edad. En el segundo sentido son interdictos sólo los incapaces mayores de edad.

“Si tratándose de la capacidad de goce hay un precepto expreso que señala tanto el comienzo como el fin de ella, no podemos decir lo mismo de la capacidad de ejercicio, ya que el Código Civil sólo señala su comienzo (artículos 646 y 647) pero no su fin. Sin embargo para que una persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma indispensablemente se necesita que esa persona viva, resulta de lo más

elemental y de sentido común que la muerte sea el medio ordinario que pone fin a dicha capacidad, capacidad de ejercicio”⁵⁸.

3.2. Instituciones de la representación.

La representación es el acto de sustituir a otro o hacer sus veces. La representación, en sentido general, es un fenómeno jurídico que implica la actuación a nombre de otro, en el campo del Derecho.

La institución de la representación es triple: voluntaria, legal y oficiosa.

La primera se da cuando una persona, en virtud de la autonomía de la voluntad, autoriza a otra persona actuar en su nombre y representación. De esta definición se desprende que la fuente principal de este tipo de representación es la voluntad del representado, esta representación se otorga a través del mandato, definido por el artículo 2546 de nuestro Código Civil en los siguientes términos: “El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.”

A la persona que otorga el mandato, o sea el representado, se le llama mandante o poderdante, y a quien va a ejercerlo, o sea el representante, se le llama mandatario o apoderado.

La representación legal existe cuando por virtud de una norma jurídica alguien puede actuar en nombre y por cuenta de otro, reconociéndole la validez de sus actos, los cuales afectan a la persona y al patrimonio del representado. La fundamentación de este tipo de representación nace y es fijada por la ley.

⁵⁸ Rojina Villegas, CDC. p. 343-346.

Se le llama representación legal a la que diversamente de la voluntaria, que como su nombre lo indica, toma su origen en la voluntad de las partes, la representación legal, toma su nombre de la ley, ya que si bien es cierto que entre las partes que intervienen en la representación legal no existe un contrato, dicha actividad jurídica que el menor pudiera tener la realizará del que ejercite la patria potestad o la tutela, según sea el caso, y esta situación la establece la ley.

La representación legal implica a diferencia de la representación voluntaria, exclusividad, es decir, que el representado no puede celebrar personalmente los negocios jurídicos que se encomiendan al representado. Cabe hacer notar que la representación legal auxilia a la persona que tiene incapacidad de ejercicio.

Por último, encontramos la representación oficiosa, que es la que se da en la gestión de negocios ajenos que siendo, como es, una fuente de obligaciones, se estudia in extenso, como tal fuente, dentro de la teoría general de las obligaciones⁵⁹.

El gestor oficioso no es (por eso se le llama oficioso) ni representante legal, ni menos representante voluntario del dueño (del negocio) de ahí que el artículo 1896 del Código Civil en vigor, disponga que: "El que sin mandato (representación voluntaria) y sin estar obligado a ello (se entiende que por la ley) se encarga de un asunto de otro, debe de obrar conforme a los intereses del dueño del negocio." Es decir, en su representación.

La oferta, ofrecimiento o policitud, es un acto de voluntad recepticia, es decir, de voluntad dirigida a un destinatario, para provocar en él una conducta, la de aceptar o no aceptar el mandato y formar, en caso de afirmación, y por concurrencia de voluntades al respecto, el contrato

⁵⁹ Ortiz Urquidi. OCC. p. 255-259.

correspondiente, Por el contrario, la aceptación es un acto de voluntad no recepticia, sino receptiva o receptora, pues no está dirigida en particular a alguien, para provocar en él la conducta de expresar si desea o no formar el contrato.

Dentro de la aceptación o no del contrato ésta puede ser tácita o presunta. Pues en tanto que ésta no es sino una consecuencia del silencio, en el aspecto de que el que calla otorga, la aceptación tácita resulta no del silencio, sino de la realización de hechos o de actos que la presupongan o que autorice a presumirla.

3.3. Efectos de la representación.

Al existir en el mundo de los hechos, la realidad innegable de la cooperación entre las personas, surgió a la vida jurídica la institución de la representación, en virtud de la cual una persona, llamada representante, realiza actos jurídicos en nombre de otra, llamada representado, en forma tal que el acto surte efectos en forma directa en la esfera jurídica de este último, como si hubiera sido realizado por él. Así, los derechos y obligaciones emanadas del acto jurídico de que se trate, se imputan directamente al representado.

La representación supone pues, que una persona que no es a quien corresponden los intereses jurídicos en juego, ponga su propia actividad, su “querer”, al servicio de tales intereses ajenos, de la persona a quien pertenecen.

La mayoría de los autores coinciden en afirmar que el Derecho romano no aceptó la representación jurídica directa, salvo en el caso de los actos realizados por sus *alieni iuris*, como hijos y esclavos; los actos realizados por éstos, recaen directamente en el *pater familias* o amo, respectivamente.

“El Derecho canónico influyó para su desarrollo al pugnar por la desaparición de la esclavitud y la solidificación de la familia, pero quizás el principal motor que determinó la afirmación de la representación como institución jurídica imprescindible para la vida moderna, lo constituye la fuerza de las relaciones comerciales, que requerían de una figura jurídica que permitiera la celebración constante y numerosa de transacciones jurídico-mercantiles, a un mismo tiempo y en diversos sitios. El mundo moderno no sería concebible sin la existencia de la representación jurídica”⁶⁰.

Multitud de teorías han sido esbozadas para explicar el fenómeno de la representación. Los autores generalmente no la definen, sino que prefieren limitarse a describir sus efectos, diciendo que merced a ella, las declaraciones de voluntad del representante producen sus efectos directamente para el representado.

La causa de la explicación científico-jurídica de la representación no ha sido formulada unánimemente por los tratadistas. Desde la simple, pero muy cómoda teoría de la ficción, hasta la de la sustitución real de la personalidad del representado por la del representante, pasando por las menos sólidas teorías del nuncio, de Savigny y de la cooperación de Mitteis.

Puede; sin embargo, explicarse satisfactoriamente la institución que se comenta, como lo hace Alfredo Rocco, partiendo de la consideración de que el Derecho atribuye efectos jurídicos a la voluntad humana en la medida en que ésta es exteriorizada y se propone fines lícitos, fines que constituyen intereses jurídicamente tutelados. Así, cuando el fin perseguido por una voluntad reúne los requisitos de licitud y exteriorización, nada se opone a que el Derecho lo reconozca y tutele, atribuyéndole los efectos jurídicos buscados por el agente de la voluntad. Para que esto suceda, se requiere que el declarante (representante) esté autorizado para obrar por otro (representado) y que esta autorización esté exteriorizada.

⁶⁰ Diccionario Jurídico Temático, Harla, México 1997, T. Derecho Civil s. v. Capacidad.

En razón de su finalidad, la representación se dividen dos clases: voluntaria y legal.

La representación voluntaria existe cuando mediante una declaración de voluntad se faculta a otro para actuar a nombre y por cuenta propia. Esta declaración puede ser unilateral del representado, mediante un poder o procuración, que debe distinguirse del contrato de mandato (artículo 2546 Código Civil) con el que usualmente se le confunde a causa de la errónea exposición que de ambas figuras hacen los Códigos Civiles de la República; también puede constituirse representación mediante contrato como el de comisión mercantil, (artículos 273-308 Código de Comercio).

La representación legal, como su nombre lo indica, dimana directamente de la ley; tal es el caso de la representación de los incapaces, que la ley le confiere a las personas que tienen a su cuidado, a través de las instituciones de la patria potestad (artículo 425 Código Civil) y la tutela (artículo 449 Código Civil). En estos casos las facultades de que se encuentra investido el representante, dimanar en forma directa de la ley.

Existe una situación intermedia entre las representaciones voluntaria y legal, que algunos autores identifican con esta última, a pesar de la clara diferencia que las distingue. Se trata de la representación de las personas morales por parte de sus administradores y gerentes.

Resulta evidente que el administrador único de una sociedad anónima, por ejemplo, recibe su nombramiento a través de un acto de voluntad de la sociedad; sin embargo, sus facultades en gran medida están contenidas en la propia ley. Los órganos sociales pueden matizar sus facultades de representación, pero cuando fueren omisos, el administrador referido gozaría de facultades de representación, dimanadas de la propia ley.

Algunos autores sostienen la existencia de una llamada “representación oficiosa” que existe en función de la necesidad de intervenir en las cosas ajenas cuando su dueño, ausente o impedido, no pueda cuidarlas; por ejemplo, en la gestión de negocios. La moderna doctrina de la legitimación no encuentra, en este caso de “representación oficiosa”, una verdadera representación, si no más bien lo que la referida doctrina denomina “legitimación por sustitución”.

Independientemente de las muy diversas teorías que se han elaborado para explicar el fenómeno de la representación y sin perjuicio de la concepción que se haga del fenómeno representativo, es posible observar una serie de consecuencias que algún autor califica como “objetivas” y que se desprenden de la mecánica misma de la representación. Es decir, aceptando que en todo fenómeno representativo existe siempre por un lado, un “representante” que actúa personalmente y, por otro lado, un “representado” en cuya esfera jurídica se producen los efectos legales del acto de que se trate, puede afirmarse lo siguiente:

El representante, en todo caso, debe tener capacidad de ejercicio, aptitud de “querer”, aun cuando no tenga la capacidad de goce necesaria para adquirir los derechos de que se trate.

El caso típico es el del extranjero que puede actuar como representante de un comprador mexicano en la adquisición de un bien inmueble ubicado en zona prohibida. Esta posibilidad se explica en la medida en que los efectos del acto jurídico no se producen en el patrimonio del representante, sino en el del representado.

Los vicios de la voluntad del representante afectan al acto jurídico, produciendo su nulidad relativa, Si la voluntad que interviene en el acto es la del representante, resulta lógico lo anterior.

El representado debe tener la capacidad de goce necesaria para adquirir los derechos que dimanen del acto otorgado por su representante.

“La representación, es pues, una de las instituciones jurídicas a través de las cuales se realizan válida y eficazmente actos jurídicos sobre un patrimonio ajeno. Pero es importante insistir en que no es la única vía. Existen otras instituciones en virtud de las cuales una persona realiza actos en el patrimonio de otro, sin ser su representante y sin actuar en su nombre”⁶¹.

Lo propio de la representación consiste en la actuación “a nombre del representado”, lo que no sucede en otros casos de actos realizados sobre el patrimonio ajeno, que con frecuencia se confunden con fenómenos representativos y en los que no existe una verdadera “sustitución”: piénsese por ejemplo, en los actos realizados por el heredero aparente, a nombre propio, cuyos efectos se producen en el patrimonio del verdadero dueño.

No obstante lo anterior, es innegable que la representación es la principal figura jurídica para producir efectos en el patrimonio ajeno, obrando en nombre y en interés del representado, lo cual coloca a la institución que se comenta como uno de los principales pilares jurídicos del mundo moderno.

3.4. La representación por mandato.

Como lo hemos venido señalando a lo largo del presente capítulo, la forma reconocida por nuestra legislación para poder actuar a nombre de otro es la representación, y estos tipos de representación pueden variar, del que nos ocuparemos en el presente punto es de el mandato éste es un contrato por el cual una persona llamada mandatario, se obliga a ejecutar por cuenta de otra denominada mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

⁶¹ Sánchez Meda, CC p. 300-303

La distinción del mandato con los contratos de obra se encuentra en que en aquél se ejercitan actos jurídicos, en tanto que en éstos el objeto radica en la realización de actos materiales o intelectuales.

El mandato puede ser con o sin representación. Comúnmente es oneroso, pero puede ser gratuito si se conviene expresamente. Puede ser para actos jurídicos específicos o puede ser mandato general; en este último caso puede adoptar las tres formas consagradas en el artículo 2554 del Código Civil, es decir, para pleitos y cobranzas, para administrar bienes o para actos de dominio, bastando insertar en los poderes la mención de estas facultades para que el apoderado esté legitimado para actuar en la extensión de las mismas.

De todo esto se deduce que el mandato en sí mismo tiene efectos entre las partes; para que se efectúe frente a terceros, se requiere un poder de representación.

“El poder de representación es un acto unilateral que el mandante realiza frente a terceros a efecto de investir al mandatario de determinadas facultades; por esta razón el legislador mexicano exige que el poder del mandato se otorgue en “escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y con ratificación de firmas del otorgante y testigos ante notario, ante los jueces o autoridades administrativas; cuando el poder sea general, cuando el interés del negocio llegue al equivalente de mil veces el salario mínimo general vigente o exceda de esa suma y, en términos generales, cuando el mandatario haya de ejecutar algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público” (artículo 2555 del Código Civil)”⁶².

En los casos como el que se menciona en el párrafo anterior, la forma del poder es un elemento constitutivo del mismo y la extensión y límites de las facultades del mandato deben constar expresamente en el poder. Empero,

⁶² Sánchez Meda, CC. p. 308-309.

puede ser otorgado en documento privado cuando el negocio por el cual se otorga no exceda de el equivalente de mil veces el salario mínimo general vigente, e inclusive verbalmente cuando el interés del negocio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo general vigente (artículo 2556 del Código Civil). El mandatario debe actuar conforme al encargo y si éste excede en sus límites, el acto jurídico que realice estará viciado de nulidad por falta de consentimiento del mandante: se trataría de un acto jurídico celebrado por una persona que no es la legítima representante, acto que podría ser invalidado a no ser que la persona a cuyo nombre fue celebrado el mismo lo ratificase. (artículos 1802 y 2583 del Código Civil).

El mandato es un contrato fundado en la confianza, por eso aun cuando el mandato es un contrato principal y oneroso, salvo que se pacte expresamente su gratuidad, el contrato es unilateral, en virtud de que el mandante puede revocar el mandato y el mandatario por su parte puede renunciar al mismo.

Las obligaciones del mandatario son tres:

Ejecutar los actos jurídicos encargados por sí o por conducto de un sustituto, si estuviere facultado para ello.

Ejecutar los actos conforme a las instrucciones recibidas y en ningún caso podrá proceder contra las disposiciones expresas.

Rendir cuentas exactas de su administración, conforme al convenio o en ausencia de éste cuando el mandante lo pida o en todo caso al fin del contrato, entregando al mandante todo lo que haya recibido y pagando intereses por las sumas que pertenezcan al mismo si el mandatario ha distraído la cantidad de su objeto (artículo 2569- 2572 Código Civil para el Distrito Federal)

Por su parte, el mandante está obligado a suministrar las cantidades necesarias para ejecutar el mandato, a indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del contrato y a pagar

el precio pactado (artículo 2577, 2578 y 2549 Código Civil para el Distrito Federal).

El mandato se extingue por las causas generales de extinción de cualquier contrato; pero específicamente la ley contempla causas de terminación típicas del contrato como son: la revocación que puede hacerse cuando el mandante lo quiera excepto cuando el mandato sea forzoso, es decir, que haya sido estipulado como contrato bilateral o como medio para cumplir una obligación contraída por renuncia del mandatario, aún cuando en este caso el ejecutor tendría que continuar con el negocio mientras el mandante no provee a la procuración, si de esto se sigue algún perjuicio; por muerte o interdicción de las partes, y por conclusión del negocio (artículo 2595 al 2603 Código Civil para el Distrito Federal).

En el mandato judicial, éste es el conferido para comparecer ante las autoridades judiciales; se requiere poder o cláusula especial para actos personalísimos y de gestión y concluye además de los casos anteriores expresados, porque el poderdante se separe de la acción u oposición, por haber terminado la personalidad del poderdante o transmitido los derechos sobre la cosa litigiosa, y porque el dueño del negocio haga alguna manifestación que revoca el mandato, o porque designe otro procurador para el mismo negocio.

CAPITULO IV

EL DIVORCIO VOLUNTARIO POR REPRESENTACIÓN A TRAVÉS DEL MANDATO

4.1. Aspectos sociales.

El hombre, tradicionalmente y por naturaleza es un ser sociable, el cual muestra en varias etapas de su existencia conductas que se pueden considerar como contrarias al deber ser en el modo de vida social, por circunstancias que pueden ser propias o ajenas, que orillen a rehuir o rechazar los vínculos con los demás seres, y no sólo eso, sino establecer con ellos enfrentamientos hostiles que denigran al la raza humana.

El formar parte de una comunidad, representa para el individuo un costo, estando sujeto a sanciones sociales y legales, siempre y cuando no infrinja los lineamientos estipulados para tal o cual comportamiento, si viola las normas establecidas, de antemano la sociedad señala dichas sanciones en los ordenamientos legales, aparte de las que se pudieran considerar como leyes de la conciencia (moral).

La posición que la sociedad asume frente al divorcio es de rechazo abierto ambivalente, o manifiesta una aceptación a medias y en otros casos una indiferencia, que no es más que la negación de un hecho que impacta.

Ahora bien, "tratándose del divorcio, no podríamos considerarlo comúnmente como una conducta contraria a los intereses sociales (porque en muchos casos resulta más benéfica la separación para evitar males mayores a

la familia y a la sociedad), pero sí trascendente y repercutible en el ámbito de la colectividad”⁶³.

Desde un punto de vista sociológico un factor que primariamente contribuye a la gestión del divorcio es la influencia negativa que ejercen los padres sobre los hijos en diversas formas de comportamiento, ya que “es muy frecuente que los padres traten de inducir en sus descendientes todas o parte de las características de su propia personalidad, lo cual resulta enteramente contraproducente e inconveniente para los hijos, puesto que es imposible que éstos puedan adoptar exactamente las mismas posturas y actitudes psicológicas y sociales de sus padres, ya que los descendientes tienen sus propias peculiaridades, que les inducen a su especial manera de pensar y de actuar”⁶⁴. A esto se le puede denominar personalidad.

De lo anterior se desprende que dentro de las relaciones intra familiares, es importante el nivel educativo y cultural que posean los pilares de ésta, ya que es imposible que los hijos sean igual que los padres y que los quieran tratar y formar como a ellos los formaron, lo cual resulta ilógico, debido a que cada uno de nosotros vivimos procesos sociales diferentes, los cuales se deben de adecuar a las transformaciones de la vida social. Ya que es cierto que la sociedad se va transformando con cambios que pueden ser positivos o negativos, por lo que no siempre es la misma, desde el punto de vista de sus condiciones y circunstancias, de tal manera es que tenemos que procurar adaptarnos al marco histórico y social que nos va correspondiendo.

Otro factor importante y que juega un papel decisivo en las relaciones interfamiliares es la comunicación entre los miembros de la familia, ya que las discrepancias que se pueden formar por diversas apreciaciones de un asunto traen como consecuencia conflictos dentro del seno familiar, en donde los

⁶³ Salas Alfaro, PSJD. p. 32.

⁶⁴ Salas Alfaro, PSJD. p. 32.

padres deben de tener una intervención arbitral y conciliadora para poder resolver dicho problema.

El ambiente en que habita una familia, es un problema social de consideración, que aunque combatido por los organismos gubernamentales, parece no concluir, ya que todavía muchos núcleos de población no son lo suficiente bien proveídos para su subsistencia y desarrollo, por lo que la situación que circunda a tales grupos sociales favorece a su degeneración, dando lugar a irresolubles conflictos de la familia.

Dentro del problema antes citado, se puede decir que la miseria, pero también la ignorancia en una familia ha dado lugar a conflictos que normalmente han concluido en divorcios, o en caso diverso a la separación del techo o domicilio conyugal, siendo esto más grave en lo que respecta a los menores principalmente.

Otro aspecto importante dentro de este renglón es el de el rechazo que pueda tener la misma sociedad hacia los inmiscuidos en dicho problema, ya que si bien es cierto que la sociedad ha evolucionado un tanto cuanto en ese aspecto aun así sigue siendo un rechazo, como lo menciona María Dolores Sandoval "Los divorciados, en su búsqueda de objetos nuevos son sentidos como una casta que, al igual que cualquier depredador, tiende a destruir lo ya establecido"⁶⁵.

"Lo más relevante que se puede deducir del rechazo social es el temor que provoca el divorcio a sufrir lo mismo que se contempla, es decir, a vivir la soledad y el desamparo del abandono, a verse impulsados a dejar emerger los deseos reprimidos por largo tiempo: a ser despojados de lo que conservan por

⁶⁵ Sandoval, DPI. p. 89.

los que han perdido sus objetos; en una palabra a dejar de ser amados y sufrir⁶⁶.

De todo o anterior se puede deducir que el aspecto social juega un papel importantísimo dentro del complejo de elementos incidentales en la problemática del divorcio, por el simple hecho de que las condiciones de convivencia del hombre lo hacen potencialmente apto para ser protagonista en un momento dado, del divorcio, pues el ambiente familiar y social puede ser el menos adecuado para un desarrollo integral y sano de los miembros de una familia, y si el ambiente no está lo más posiblemente purificado puede presentirse aunque sea de manera remota, la aparición fatal del problema del divorcio; dando como resultado una familia disuelta, más mujeres, hombres y niños que se verán afectados en el aspecto físico, moral y afectivo por dicha problema.

Como se ha venido hablando dentro del presente tema, los elementos intrínsecos en el divorcio son principalmente de carácter social, los cuales, como es sabido, son cambiantes, debido a que la sociedad es un sistema que evoluciona conforme el entorno lo requiere y dichos requerimientos se van dando día a día, por tal motivo era de esperarse que el hombre siendo el elemento principal de dicho sistema y por su naturaleza de ser social, fuese el principal afectado o beneficiado según sea la perspectiva de estudio, ya sea pasiva o activa (divorcio, actor o demandado).

Así pues, se puede decir que el renglón de la sociedad, es el más determinante e importante dentro de un divorcio, ya que el punto de origen de esa desunión son los problemas familiares, mismos que pueden ser producto de una formación individual adquirida en su infancia y dependiente del medio social en que se desarrollaron, esta formación al instituir una familia (matrimonio) pueden resaltar las desavenencias por razón de las diferentes formaciones y consecuentemente el motivo de la ruptura, debido a que la

⁶⁶ Sandoval, DPI. p. 90.

familia formara parte trascendental de ese todo se vera afectada directamente por el medio en que se desenvuelvan los inmiscuidos.

4.2. La necesidad de la representación en un Divorcio por Mutuo Consentimiento.

La representación es una figura jurídica que consiste en permitir que los actos celebrados por una persona (llamada representante) repercutan y surtan efectos de Derecho en la esfera jurídica de otro sujeto (llamado representado) como si este último lo hubiese realizado, y no afecta para nada la del representante, el cual queda ajeno a la relación de Derecho engendrada por su acción. Uno efectúa el acto, pero la consecuencia se produce para otro.

La representación es el acto de representar o la situación de ser representado. Sustituir a otro o hacer sus veces.

Los actos jurídicos, salvo aquellos que la ley atribuye carácter personalísimo, como lo son el testamento y la confesión en juicio, pueden realizarse por los propios interesados o por otras personas en su nombre.

Cuando se confiere a una persona la representación de otra para realizar un acto jurídico o una serie de determinados actos jurídicos el representante se convierte en una vía de la expresión de la voluntad del representado y sus actos producen los mismos efectos que si hubieran sido realizados por éste. "La representación se traduce en la práctica, en la colaboración de una persona en la realización de actos jurídicos de otra"⁶⁷.

Para que exista una representación es necesario que una persona declare la propia voluntad en sustitución de la voluntad de otro, por lo que el

⁶⁷ De Pina Vara, EDCM. p. 273.

representante no es un simple órgano transmisible de la voluntad de otro, ni siquiera cuando debe de obrar dentro de los límites de las instituciones recibidas, porque es la declaración de su voluntad lo que constituye el acto y las instituciones que se le han dado sólo sirven para juzgar si se excedió o no de sus poderes, señala el maestro De Pina Vara que, cuando las instituciones que se le confieren al representante son de carácter circunstancial y que no dan lugar absoluto a la libertad de voluntad y acción de la persona encargada de obrar en nombre de otra, no existe una representación⁶⁸.

La utilidad de la representación es triple, tomando en cuenta cada uno de los diversos tipos de esta:

La primera mediante el contrato de mandato (representación voluntaria) con la intervención del representante, la formación de relaciones jurídicas entre el representado (que necesariamente tiene que ser una persona capaz, pues de lo contrario no podría otorgar el mandato o poder) y otra u otras personas, salvo dificultades de tiempo, de distancia o hasta de conocimiento del negocio a gestionar, la segunda, con la representación legal de incapaces (patria potestad o tutela) se hace más fácil la relación entre estos dos debido a la relación, por cuya razón se puede decir que tal representación es una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio, por último la representación oficiosa (gestión de negocios) en la cual se podría decir que se cumple con una función meramente de solidaridad social.

De lo anterior se desprende que la representación es de tres clases las cuales a continuación se señalarán con más detenimiento.

Por ejemplo la representación de menores, el que ejerce la patria potestad o el tutor en su caso, para representar al menor no realiza un contrato con éste, sino que la representación la establece la ley y nadie más que ella. Así mismo pasa con la tutela de los mayores (mayores incapaces), de las

⁶⁸ Cfr. De Pina Vara, EDCM. p. 274.

personas morales, entre otros, mismos que por disposición de la ley o sus estatutos obren en nombre de ellas, o en otro orden de ideas el presidente de la república, el cual celebra tratados con otros países a nombre de todos los mexicanos, etc.

La segunda es la representación oficiosa, la cual se da por medio de la gestión de negocios (negocios ajenos). El gestor oficioso, no es ni representante legal, ni menos representante voluntario del dueño (del negocio) de ahí que la ley le confiera el término de mandatario oficioso o de gestor de negocios (artículo 1897 del Código Civil para el Distrito Federal) ya que se comprenden todos los actos que por gestión y sin mandato expreso, sino sólo presunto, desempeña una persona a favor de otra que esta ausente o impedida de atender a sus cosas propias. Un caso claro de gestión es de quien teniendo en su poder un documento de crédito que está a punto de prescribir, promueve como gestor judicial oficioso del dueño del negocio, o sea del titular del crédito, un juicio correspondiente (Art. 51 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Se puede decir que del ejemplo anterior, se desprende que una oferta que es receptiva, es decir destinada a alguien para que diga si acepta o no celebrar el contrato debe de hacerse de forma expresa inequívoca y terminante y nunca deducirse o guiarse por el silencio (el que calla otorga). En cambio no siendo receptiva la aceptación, resulta evidente que no es necesario que indispensablemente se de en forma expresa, sino que puede darse de forma tacita.

Por todo lo citado con anterioridad y después de haber dado una explicación de la representación y las formas en que se puede presentar, la necesidad de la representación en un divorcio por mutuo consentimiento dentro del Distrito Federal es que debido a que en la tramitación de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento; En primer lugar, no se esta tratando un asunto que tenga consecuencias jurídicas irreversibles o graves, ya que para

poder tramitar un divorcio por mutuo consentimiento es necesario cumplir con los requisitos que se establecen en la ley, mismos que primordialmente se enfocan a la guarda y custodia de los hijos y de los intereses de los inmiscuidos (padres), como se ha tratado en capítulos anteriores, de esto se deduce que el acto jurídico que encierra este trámite no se considera como un acto personalismo, como lo es el testamento o una confesional en un juicio, razón por la cual se puede considerar la representación como una forma para agilizar dichos trámites sin tener que estar forzosamente presentes para la adecuada prosecución de el juicio los interesados.

Así pues como es de sabido Derecho en el divorcio por mutuo consentimiento principalmente se tiene que exhibir un convenio en el cual se estipularán los lineamientos sobre los que se basara la disolución del vínculo matrimonial, mismo que será firmado de mutuo acuerdo por estos, de igual forma se tendrán que presentar a audiencias según sea el caso o para la ratificación del convenio y así poderlo elevar a sentencia, la representación en estos casos en concreto podría utilizarse para la celeridad procesal, ya que si no se pudiera presentar el interesado lo pudiera hacer una persona en su lugar, claro que previo acuerdo y términos para la adecuada tramitación, en apego a sus intereses en el asunto.

4.3. Problemática jurídica.

Los actos que realizan los individuos inmersos en una sociedad, están determinados en primer lugar por el medio en que se desenvuelven y en segundo lugar por reglas que con antelación a la formación de dicha sociedad se crearon para tener un ordenamiento base, y así poder lograr una armonía dentro de ese sistema.

Las reglas a las que nos referimos en el párrafo anterior son reglas que sí se encuentran dentro de un ordenamiento jurídico se les consideran normas

jurídicas, mismas que pueden ser de dos tipos: Las primeras de hacer y las segundas de no hacer, así mismo, se puede decir que dichas normas tienen consecuencias jurídicas que afectarán directamente a los individuos que se encuentran dentro de ese sistema, por lo que los actos jurídicos que realicen estos tendrán un efecto que según las circunstancias podrán ser problemas o aciertos.

De lo antes aludido y aunado al tema del divorcio, que nos ocupa, en el presente subtema, se mencionará la problemática a que se pueden enfrentar los individuos que se someten a dicho proceso, de tal forma que los principales problemas jurídicos son de tres tipos, el primero en cuanto a los cónyuges, el segundo en cuanto a los bienes y el tercero y último en cuanto a los hijos, si los hubiere.

El primero de los problemas jurídicos es el que respecta a los cónyuges, que son la parte principal de un divorcio, los cuales en todo tipo de divorcio pueden volverse a casar. Si el divorcio fue por mutuo consentimiento, un año después de disuelto el vínculo; y si fue contencioso, el que dio lugar al divorcio puede casarse sólo después de pasados dos años desde que se divorcio. El plazo se empieza a contar a partir de la fecha en que el juez ordenó la separación judicial, o sea, al admitir la demanda.

El segundo es en cuanto a los bienes, éste se puede empezar primero por lo que hace al régimen patrimonial, el cual se deberá de tomar en cuenta cuál es el régimen patrimonial que pactaron los esposos al momento de casarse, o durante el mismo.

Si están casados por el régimen de separación de bienes, cada uno conservará los bienes tanto inmuebles como muebles que estén a su nombre, en cambio, si están casados bajo el régimen de sociedad conyugal, ésta se tiene que liquidar, la sociedad conyugal es el régimen patrimonial conocido

también como "bienes mancomunados" bajo el cual muchas parejas se casan, mientras los más cuidadosos o informados regulan su sociedad a través de capitulaciones matrimoniales y señalan cuáles son los bienes que aportan a la sociedad en ese momento, y cuales de los que adquieran en el futuro quieren que también formen parte de la sociedad.

También señalan cuáles son sus deudas en ese momento y declaran, si es el caso, que se van a pagar con los bienes de la sociedad.

Desafortunadamente la gran mayoría de la gente que se casa por sociedad conyugal no tienen el cuidado de establecer las reglas para su operación y firman todo lo que les entreguen en el Registro Civil, en donde estipulan que no aportan nada a la sociedad y que todos los bienes que adquieran durante el matrimonio, sin distinguir cual sea su origen formara parte de dicha sociedad, lo cual a disolverse la sociedad se divide en partes iguales (50% para cada parte).

En ambos casos, sea que se pactaron capitulaciones o que se firmo sin estas, una vez disuelta la sociedad conyugal por el juez, se procede a la formación del inventario en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes que serán de éstos o de sus herederos.

En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si sólo uno llevó el capital, de éste se deducirá el total. En la división de bienes comunes, se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges y en relación con los hijos.

Otro problema relacionado con los bienes de los consortes son las

donaciones antenuptiales y entre consortes, las cuales se dan por los lazos afectivos o por cualquier otro motivo, en donde es frecuente que los cónyuges se hagan regalos entre sí, ya sea antes de la celebración del matrimonio o durante él. En el primer caso, se llaman donaciones antenuptiales las que hacen un prometido a otro a diferencia de las que hace una persona a su pareja porque ya se casarán.

“Tanto las donaciones antenuptiales como las hechas entre consortes pueden ser revocadas mientras subsista el matrimonio y cuando exista una causa justificada como en un divorcio contencioso (necesario) si la causal de divorcio es el adulterio o el abandono de domicilio conyugal, las donaciones antenuptiales son revocables cuando el donante es el otro cónyuge.”⁶⁹

“Si un divorciante quiere revocar una donación hecha a su cónyuge, le debe de pedir al juez desde que está tramitando su divorcio, se de cualquier tipo. El que la solicite deberá expresar al juez la causa por la que tomó su decisión y el juez debe de resolver sobre ella”⁷⁰.

Otro problema no menos importante pero que no es muy común es el del pago de gastos y costas cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como el autor de un hecho ilícito, esto se determinará en sentencia final de dicho procedimiento.

El ser humano nace desvalido y permanece mucho tiempo sin ser capaz de bastarse a sí mismo para subsistir, Por ende éste es otro problema jurídico que aqueja a los Divorciantes,. En materia de pensiones alimenticias debe distinguirse claramente entre aquellas que se deben los cónyuges entre sí, de las que ambos deben a sus hijos, según sean las circunstancias. Las primeras derivan del matrimonio mientras las segundas de la filiación.

⁶⁹ Sparvieri, DHMD. p. 16.

⁷⁰ Sparvieri, DHMD. p. 16.

“Los primeros obligados a proporcionar todo lo necesario al infante son los progenitores, padre y madre, pero si estos no pueden proporcionarlos, también están obligados los abuelos, tanto paternos como maternos y aún los hermanos mayores, los tíos y los primos hasta el cuarto grado”⁷¹.

Cuando la ley se refiere a alimentos, no sólo se refiere a la comida, el concepto es más amplio. Se entiende por ellos, además de la comida, el vestido, la casa-habitación, la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos incluyen los gastos necesarios para proporcionarles algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a sus circunstancias profesionales. Sin embargo, La obligación no comprende la de proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubiese dedicado.

El juez debe de fijar el monto de los alimentos, atendiendo a las posibilidades de quien o quienes deban darlos y la necesidad de quien tiene el derecho de recibirlos. Para tal determinación se deben de tomar en cuenta elementos como las necesidades de vida de unos y de los otros, el estado de salud, la edad, sus ingresos, etc.

Los cónyuges tienen obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos. En caso de divorcio, la obligación continua entre los cónyuges dependiendo del tipo de divorcio de que se trate. Por ejemplo en un divorcio administrativo, no se contempla que los cónyuges acuerden pensión alimenticia, por tanto, si uno de ellos considera que tiene derecho a una pensión debe de tramitar el divorcio ante un juez de lo familiar para obtenerla.

En lo que respecta a el divorcio judicial por mutuo consentimiento la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del

⁷¹ Sparvieri, DHMD. p. 17.

matrimonio, derecho que disfrutara si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato, el mismo derecho señalado anteriormente tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Los requisitos que exige la ley para tramitar un divorcio es la de presentar un convenio en donde señalen el monto que un cónyuge dará al otro, tanto en lo que dure el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; la forma de pago y su garantía.

En el caso de un divorcio judicial necesario, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable que dio motivo a dicho asunto al pago de alimentos a favor del inocente. El cónyuge culpable nunca tendrá derecho a alimentos, y si ambos son declarados culpables, ninguno podrá exigir alimentos al otro. Dentro de este renglón cuando se fija la pensión por convenio o por sentencia al momento puede ser adecuada, pero como se sabe, el costo de la vida aumenta constantemente, de manera que al paso del tiempo la cantidad fijada ya no alcanza, razón por la cual se puede promover un incremento a la pensión ya establecida, la cual dependerá de los factores que intervinieron en primera instancia para fijar la pensión alimenticia.

Para poder garantizar que el deudor realmente va a pagar la pensión fijada por el juez en la sentencia de divorcio, ésta debe quedar asegurada por los medios previstos en la ley, fianza, prenda, hipoteca, o cualquier otra forma de garantizar lo suficiente y por un año los alimentos. El derecho de los divorciados a alimentos no puede ser renunciante a menos que se demuestre que bienes o ingresos propios, en caso contrario esta si se puede terminar según lo estipula el artículo 320 del Código Civil Para el Distrito Federal.

Durante el matrimonio la vida en común propicia que padres e hijos tengan contacto cercano y cotidiano. El divorcio significa la ruptura de la vida familiar que así como tuvo efectos entre los cónyuges también los tiene respecto a los hijos. Al perderse esta relación tan cercana y permanente, debe replantearse el contacto de padres e hijos y dejar claro cuales son sus obligaciones personales y económicas entre ellos. El ejercicio de la patria potestad la pensión alimenticia son los temas principales. "El término de patria potestad fue acuñado en una época en que se quería expresar el poder que el padre ejercía sobre la familia, pero la organización ha cambiado. Actualmente la patria potestad ha dejado de ser "patria" en vista de que se ejerce igual tanto por el padre como por la madre y a veces por otros ascendientes, como los abuelos.

Tampoco es la potestad porque ya no da la idea de poder sino que se manifiesta como una serie de facultades de quien la ejerce"⁷².

Así pues, es que la problemática que tiene un divorcio, no sólo es en el ámbito moral, social, sino también y más importante el ámbito jurídico, ya que si las disposiciones emitidas por un órgano jurisdiccional son violadas conlleva una pena, mientras que los otros aspectos no menos importantes no la tiene.

4.4. Propuesta para la reforma del artículo 273 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Desde el principio de la Independencia los gobernantes mexicanos atendieron a la necesidad de crear un código civil, ya que la tendencia codificadora se había extendido por todos los países civilizados. "En el año de 1822 el gobierno nombró una Comisión encargada de redactar un proyecto de

⁷² Sparvieri, DHMD. p. 24.

código civil, integraron la comisión los jurisconsultos José María Fagoaga, Andrés Quintana Roo y otros, pero el proyecto no llegó a cristalizar⁷³.

Desde el primer proyecto presentado en 1822, hubo otros proyectos como los de 1851, 1862 hasta que por fin y después de todos estos códigos civiles transitorios se crea el Código Civil de 1870 "La comisión codificadora que al triunfar la república constituyó el presidente Juárez, estaba compuesta por Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel, Rafael Dondé y Joaquín Eguía. Estos juristas trabajaron sobre el anterior proyecto de Justo Sierra y consiguieron dar fin a la tarea codificadora el 15 de enero de 1870 y entró en vigor el 1 de marzo de 1871"⁷⁴.

Fue hasta la Constitución del 31 de enero de 1917 que el Derecho familiar tuvo una importante adición gracias a la ley de Relaciones Familiares del 12 de abril de 1917, la cual modificó esta rama del Derecho con sus 55 artículos, los cuales sirvieron para inspirar el libro primero del Código Civil, esa ley reglamentó el matrimonio, la paternidad y la filiación, la adopción, la deuda alimenticia, la tutela, y otras instituciones familiares, y admitió el divorcio por mutuo disenso.

El actual Código Civil declara la exposición de motivo refiriéndose al de 1884 producto de las necesidades económicas y jurídicas de la época, se hallan fuertemente influenciadas por los progresivos triunfos del principio de solidaridad, "Es preciso socializar el Derecho, extender su esfera del rico al pobre, del propietario al trabajador, del hombre a la mujer, el Derecho no puede ser un medio para que una clase domine a otra, en suma, el Código Civil de 1928 pretende armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso del individualismo que impera en el Código Civil de 1884"⁷⁵.

⁷³ Castro Zavaleta, CCC. p. 21.

⁷⁴ Castro Zavaleta, CCC. p. 22.

⁷⁵ Castro Zavaleta, CCC. p. 33.

A continuación se transcribirán las principales reformas que contiene el proyecto en lo que respecta al Derecho familiar, "... Se equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciendo que ésta no quedaba sometida, por razón de su sexo... Como consecuencia de esta equiparación se dio a la mujer domicilio propio; se dispuso que tuviera en el matrimonio autoridad y consideraciones legales iguales al marido y que, por lo mismo, de común acuerdo arreglara todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes de estos..., la mujer casada tiene derecho de pedir que se le conceda la sociedad conyugal cuando, teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente..., no pierde la patria potestad sobre los hijos de los matrimonios anteriores, aun y cuando contraigan nuevas nupcias"⁷⁶.

De tal forma es que se puede decir que en el renglón referente al Derecho familiar fue a partir de la entrada en vigor de la ley de relaciones familiares en que toma un valor trascendental que hasta la fecha perdura.

Ya más apegado a lo que nos ocupa el artículo 273 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, ha tenido una reforma en el año de 1974 en lo que respecta al domicilio de los interesados en el divorcio, ya que antes de esta reforma sólo hacía referencia al domicilio de la mujer durante el procedimiento, y con la reforma del 31 de diciembre de 1974 que a la letra dice y quedo de la siguiente forma "III la casa que sirva de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento..." y es así como hasta la fecha ha permanecido.

De tal manera es que el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

⁷⁶ Castro Zavaleta, CCC. p. 33.

Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos, del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV. En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe de otorgarse para asegurarlo;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Como se ha venido señalando a lo largo del presente trabajo de investigación, para poder hacer la tramitación de un juicio, como en este caso el divorcio por mutuo consentimiento dentro del Distrito Federal, se requiere, de varias formalidades y cumplimentar ciertos requisitos, como lo es, en primer lugar la capacidad de los que intervienen en el negocio, ya que para que surja la figura jurídica del divorcio, es necesario primero el nacimiento de otra institución, como lo es el matrimonio, mismo que también se encuentra reglamentado por nuestro ordenamiento civil, el cual debe de cumplir con formalidades establecidas para su creación, debido a que si se dejan de lado los requisitos, queda sin efectos el matrimonio, y por ende el divorcio no podría existir, de lo anterior se puede aducir, que el divorcio existe siempre y cuando exista un matrimonio que se quiera extinguir, esto es que si los individuos que se involucran en el matrimonio cumplimentaron todos los requisitos

establecidos, entonces pues, es de esperarse que son sujetos plenos de Derecho, ya que tuvieron las facultades físicas y jurídicas para poder crear un matrimonio, entonces también lo son para poder extinguirlo.

Aunado a lo antes citado, otro de los aspectos que requiere este tipo de tramites, es el de la presencia física de los interesados, ya que dicho tramite a parte de que debe cumplir con formalidades que señala la ley, son tramites de carácter personal, en los que deben concurrir directamente los interesados. De lo anterior y con apego a la reforma que pretendemos hacer del referido artículo, es que en lo que respecta a la posibilidad de que los interesados en el divorcio puedan ser representados en un juicio de divorcio por mutuo consentimiento en el Distrito Federal, lo puedan realizar, a través de un representante, esto en razón de que debido a la evolución y el acelerado ritmo de vida que lleva nuestra sociedad, puede darse el supuesto de que por causas de fuerza mayor, alguno de los involucrados no pueda estar presente físicamente, pero el deseo de extinguir el matrimonio sea de común acuerdo y se pueda realizar, por eso es que en un divorcio por mutuo consentimiento dentro del Distrito Federal y en apego a la formalidad del tramite de dicho juicio, más el acuerdo de voluntades se pueda tramitar por medio de otra persona que no sea el interesado directamente.

Esta reforma se propone con base en que si se puede realizar un matrimonio por medio de otra persona y con acuerdo de las partes, también se pueda efectuar un divorcio por representación, en virtud de que en dicho tramite, se habla de una representación, en la cual el representante se convierte en un órgano de la expresión de la voluntad del representado, y sus actos producen los mismos efectos que si hubieran sido realizados por éste, además de que debe realizarse ante autoridad judicial, la cual se encargara de proteger la esfera jurídica de los involucrados, esto es que en el caso de que existieran hijos, el juez es el que vera y cuidara los intereses de los mismos, en apego a lo dictaminado por la ley, lo anterior tiene su fundamento en lo que versa el artículo 44 del Código Civil para el Distrito Federal, "Cuando

los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos.

En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita de poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar o de paz” y en relación con este artículo el numeral 102 del ordenamiento en cita, el cual versa “En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio, deberán estar presentes, ante el juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44 y dos testigos por cada uno de ellos.”

Aunado a lo anterior, si los individuos se encuentran en el supuesto contrario que es el divorcio, estos lo puedan realizar sin estar presentes físicamente, y al poder sujetarse en los términos de un contrato como lo es el contrato de mandato, se pueda hacer por conducto de un mandatario, ya que si bien es cierto que estos actos son actos personales, también es cierto que son actos que hasta cierto punto no requieren de dicha solemnidad, y al estar regulados por un contrato previamente reconocido por el Derecho, la gestión del divorcio será conforme a Derecho, ya que para poder divorciarse bajo el supuesto de divorcio voluntario, es necesario haber llegado a un común acuerdo con anterioridad, y cumplir con todos los requisitos que establece la ley, por tal razón es que consideramos que al haber una exteriorización de la voluntad en el mismo sentido por las dos partes y al cumplir con los requerimientos legales se pueda llegar a la tramitación del juicio sin mayores problemas, y aunado a esto, la no existencia de una litis como tal, debido a que al haber un acuerdo que contenga todo los puntos sobre los que versara el divorcio y la forma de extinción del matrimonio, no hay elementos que queden fuera o al margen para el adecuado tramite del juicio de divorcio, razón por la cual es que propongo que se reforma el artículo en su primer párrafo en lo referente a el mandato para la tramitación del juicio.

La reforma pretendida se realizaría en el primer párrafo del multicitado artículo, quedando de la siguiente forma:

Artículo 273. Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, **podrán ser representados a través del mandato y estarán obligados a presentar al juzgado un convenio que se fije en los siguientes puntos:...**

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Dentro de la vida jurídica que regula la sociedad en donde nos desenvolvemos, se encuentran los actos jurídicos, que son el actuar regulado de todos los integrantes de ésta, por medio de "reglas de conducta" las cuales se denominan normas jurídicas, de tal forma que los actos que realizan los integrantes de nuestra sociedad no tiene que sobrepasar los lineamientos marcados con anterioridad (normas jurídicas) de lo contrario estos actos no podrán tener una vida jurídicamente plena, éstos a su vez se encuentran comprendidos en los diversos códigos u ordenamientos derivados de la carta magna que nos regula, por lo que dentro de esos ordenamientos jurídicos que regulan a los gobernados se encuentra fijada la forma y los requisitos para la realización de los actos y así procurar su reconocimiento pleno para con la misma sociedad.

SEGUNDA.- El Derecho se puede subdividir en dos grandes ramas, la que corresponde al Derecho público y la del Derecho privado, esto en relación al tipo de asunto que se trate. En este caso y a lo largo del presente trabajo de investigación, se ha hablado del divorcio, que corresponde al Derecho privado, ya que es un acto que se realiza entre particulares o gobernados regulados por la ley, así mismo, a través del tiempo, el divorcio ha sufrido cambios que podrían considerarse sólo de forma y no de fondo, ya que el fin de esta figura legal es la separación de dos individuos, que se encontraban jurídicamente unidos.

TERCERA.- El divorcio es un actuar regulado por el Derecho, es decir, que para poder realizar este trámite se debe llevar a cabo todo lo fijado dentro del ordenamiento que lo regula, en este caso, el Código Civil para el Distrito Federal, señala como un requisito para la tramitación del divorcio la capacidad, que es el reconocimiento jurídico que se les da a las personas según las aptitudes, cualidades y situaciones en que se encuentren, ahora bien, este tipo

de capacidades son la de goce y la ejercicio, la primera se adquiere con el sólo nacimiento, en tanto que la segunda se adquiere o se puede hacer valer siempre y cuando el individuo se encuentre dentro de los supuestos que maneja la ley, es decir, que sea un sujeto pleno de derechos y obligaciones, por tal razón es que para poder realizar un acto que conlleve una reacción ya sea positiva o negativa dentro de la esfera jurídica que la ley le tutela, es necesario que éste se encuentre dentro del segundo supuesto, para poder así hacerse responsable de sus propios actos. Dichas capacidades deben estar presentes para la realización del acto jurídico que conlleva el divorcio.

CUARTA.- Cuando un individuo cumple con los requisitos necesarios para poder contraer matrimonio y que el mismo sea reconocido por la ley, tiene abierta también la posibilidad de disolverlo como se mencionó renglones arriba, para poder realizar dicha actividad se deben de llevar acabo conforme a Derecho, esto es, a través de las diferentes formas de divorcio que maneja la ley, las cuales son tres, el Divorcio Administrativo, el Divorcio Judicial Necesario y el Divorcio Judicial voluntario, estos tres tipos de divorcio son los reconocidos por la ley, lo que se trata en el Capítulo Décimo del título quinto.

QUINTA.- El divorcio Judicial Voluntario como se mencionó en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, es aquel que se debe realizar ante autoridad judicial, debido a que en muchas ocasiones dentro de éste se encuentran involucrados menores hijos de los interesados, ya que si bien es cierto, este tipo de divorcio es parecido al divorcio administrativo, en cuanto a que los involucrados están de acuerdo en acabar con este acto jurídico, hay en ese caso hijos y como es de sabido Derecho, el juzgador es responsable de velar por los intereses jurídicos de los menores, así que, por ende, se debe realizar de esa forma para beneficio y procuración de éstos.

SEXTA.- Cuando se habla de un Divorcio Voluntario Judicial se está frente a un juicio compuesto por varias etapas y de varios elementos, por lo que para la adecuada prosecución de este tipo de divorcio, es necesario que las partes

deban de estar necesariamente presentes, de lo contrario, no se podrá concluir el juicio.

SÉPTIMA.- Por esa razón es que en el presente trabajo de investigación propongo, que no sea requisito indispensable la presencia física del interesado, ya que se puede encontrar en el supuesto de que no tenga la facilidad para asistir, ya sea por causas de fuerza mayor o por impedimento físico, así mismo y por consiguiente es que propongo que el trámite de divorcio por mutuo consentimiento dentro del Distrito Federal, tenga un carácter más holgado, es decir, que no tenga que ser un trámite personalísimo, que éste pueda ser realizado por un individuo de confianza, a través de un contrato regulado previamente por la ley, como lo es el mandato y que se realice previa toma de decisión por parte de los interesados para acordar los lineamientos sobre los que se basará el divorcio, como lo es el convenio que se tiene que presentar ante el juez como requisito para comenzar con el trámite de un divorcio por mutuo consentimiento. Por tal motivo es que propongo una reforma al artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal en su primer párrafo quedando de la siguiente forma:

Artículo 273. Los cónyuges que se encuentran en el caso del último párrafo del artículo anterior, **podrán ser representados a través del mandato y estarán obligados a presentar al juzgado un convenio que se fije en los siguientes puntos:**

BIBLIOGRAFÍA

- BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Diccionario jurídico temático*, Derecho Civil, Harla, México 1997.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, Oxford, 1999.
- BORJA SORIANO, Rafael, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 1982.
- CASTRO ZAVALA, Salvador, *Comentarios al código civil*, Cárdenas Editores y Distribuidos, México 1982.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La familia en el Derecho relaciones jurídicas conyugales*, Porrúa, México, 1985.
- DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de Derecho civil mexicano*, Porrúa, México 1992.
- FLORES BARRETA, Benjamín, *Lecciones de primer curso de Derecho civil*, Porrúa, México 1960.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, Porrúa, México 1994.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil personas familia*, Porrúa, México 1995.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, *Notas para el estudio de la codificación civil en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1978.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, Cajica, México 1979.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, Tomo II, Porrúa, México 1985.
- MARGADANT, Guillermo Floris, *Derecho privado romano*, Esfinge, México, 1983.
- MONTERO, Duhal Sara, *Derecho de familia*, Porrúa, México 1987.
- ORTIZ, Urquidí Raúl, *Oaxaca cuna de la codificación*, Porrúa México, 1973.

PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, *Derecho Romano*, McGraw-Hill, México, 1996.

PALLARES, Eduardo, *El divorcio en México*, Porrúa México, 1987.

PETIT, Eugène, *Tratado elemental de Derecho romano*, Porrúa México, 1999.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho civil*, Porrúa, México, 1995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, Porrúa, México 1983.

SALAS ALFARO, Ángel, *Problemática socio jurídica del divorcio*, Universitaria Potosina, México 1994.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, Porrúa, México 1999.

SANDOVAL, María Dolores, *Divorcio proceso interminable*, Pax, México 1990.

SPARVIER, Elena, *Derechos del hombre y la mujer divorciados*, Biblos, México 1997.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Población.

Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ley de Relaciones Familiares.