

***UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO***

***FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN***

**PROPUESTA DE REGULACION DE LA TRANSACCION Y
CONVERSION DE VIA EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO NECESARIO
EN EL ESTADO DE MEXICO.**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MARIBEL LEÓN LIBERATO

ASESOR DE TESIS: LIC. JAVIER SIFUENTES SOLÍS

NAUCÁLPAN DE JUÁREZ, ESTADO DE MÉXICO, ABRIL DE 2009.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

***A DIOS:** Por haberme dado la gracia de existir, por concederme serenidad y fortaleza para aceptar las cosas que no puedo cambiar, por darme el valor para cambiar aquellas que puedo, por no abandonarme en los momentos en que más te necesito, por otorgarme la dicha de conocer la felicidad al lado de mis padres, mis hermanos y toda mi familia; por contar con un trabajo que amo y respeto el cual me permite ejercer mi carrera y por permitirme continuar existiendo.*

***MAMI:** No sabes cuanto hubiera deseado que compartiéramos juntas estos momentos, sin embargo, gracias a tu ejemplo de sabiduría, capacidad, perseverancia y fortaleza; a tu amor, tus cuidados y orientación desde siempre, este día es una realidad, espero te llenes de alegría al ver cumplido este sueño y sobre todo, no haberte defraudado, no fue fácil, tarde, pero lo hice; a ti mamita, no sólo dedico este trabajo, sino mi vida entera, siempre vivirás en mi corazón.*

***PAPA:** Con amor y admiración hacia ti, por haberme brindado tu apoyo en todo momento, por ser ejemplo de superación, porque a pesar de las adversidades que la vida nos presenta sigues adelante, por tu esfuerzo para hacer de mi una profesionista, segura estoy que eso ha forjado mi carácter como ser humano y también como profesionista y con la certeza de que todo ello ha servido para que este momento llegara.*

"Ambos me enseñaron todas las cosas importantes en este mundo y mi lugar en el, son la base sobre la cual se ha formado mi personalidad y me enseñaron a encontrar mi propio camino".

SOL: *Porque siempre has estado conmigo en todo tiempo, por todos aquellos momentos de dicha compartidos, por alentarme, consolarme y aconsejarme en los momentos de tristeza, porque nunca dejas que la adversidad y desesperación me venganzan, además de haber sido y seguir siendo el ejemplo a seguir como ser humano y profesionalista.*

GUS: *Por estar siempre que te necesito, por todos aquellos instantes en que puedo disfrutar de tu compañía y tu presencia, eres un ejemplo de esfuerzo, garra, optimismo y sobre todo de ganas de seguir adelante, te admiro no solo por lo que eres, sino por lo que quieres llegar a ser.*

ABUELITA MARTHA: *Por todo tu cariño, cuidados, apoyo desde siempre, te admiro desde niña y cada una de tus sonrisas me dan fuerza para seguir luchando, para que en un futuro todo sea mejor y te puedas sentir orgullosa.*

ABUELITO MARCIANO: *Ahora que tu cuerpo y espíritu se encuentran en un hermoso cielo, te doy las gracias por seguir tocando mi corazón y engrandecer mi espíritu para lograr poco a poco mis sueños; por todo tu cariño brindado, por todas aquellas historias que disfrutaba escuchar; gracias abuelito, te extraño mucho.*

ANGEL RODRIGO: *Muñequito, le diste luz a mi vida en los momentos más difíciles, impulsaste la culminación de este trabajo de tesis como ejemplo de lo valioso que es estudiar y concluir una carrera, quizás al igual que yo tendrás que luchar contra los obstáculos*

que la vida te ponga para enfrentarte a ella y saber que tal vez no sea fácil pero no imposible, se puede lograr y cualquier sacrificio que realicen tus papás será recompensado sólo con ver que cumples tus sueños.

***TIOS:** Por la comprensión e interés que siempre han mostrado, por su ayuda en todo momento.*

***PRIMOS:** Por su cariño y apoyo desinteresado, porque somos una familia, sólo deseo verlos triunfar.*

*En memoria de mis **ABUELITOS Beta y Efigenio** a quien estoy segura les habría dado gusto ver terminado este trabajo.*

***A MIS AMIGOS:** Por su amistad desinteresada demostrada en muchos años, a quien tuve la fortuna de conocer en diferentes momentos ocupando un lugar especial en mi corazón.*

***A J. C:** Quien siempre me exhorto para concluir esta etapa, a quien admiro por los conocimientos que no dudó en compartir conmigo, a quien tuve la dicha de conocer y con quien tuve la fortuna de laborar por algún tiempo, quien me enseñó que día a día se aprende algo nuevo por lo que cada día debemos estudiar; no solo fuiste un compañero de trabajo, eres un amigo que me brindo su absoluta confianza desde el primer día, por hacer que crea en mi misma y en mis ideales, porque nunca has dudado de mis capacidades, por tu apoyo, paciencia, cariño y dedicación desinteresada, pero sobre todo por la entrega hacia mi persona, siempre estaré agradecida.*

FLAQUI: *Es difícil encontrar las palabras que expresen los sentimientos del corazón, pero sabes, doy gracias de conocerte, por tu apoyo, por creer en mi, por haberme hecho sentir que quieres compartir una vida y por el camino que aún falta por recorrer.*

*A quien debo los conocimientos adquiridos, a mi alma mater **UNAM**, por haberme concedido ser parte de esta máxima casa de estudios y lograr que un sueño se convierta en realidad.*

A FES ACATLAN: *Por haberme permitido desarrollarme como estudiante y lograr una de las metas de mi vida, ser una profesionista.*

A MIS PROFESORES: *A quienes agradezco la transmisión de conocimientos para fincar las bases de mi profesión.*

A MI ASESOR DE TESIS: *Doy las gracias por su voluntad, tiempo, paciencia y consejos para dirigir la elaboración del presente trabajo, con cariño y respeto.*

A MI SINODO: *Por el tiempo dedicado a la revisión de este trabajo.*

"A TODOS, GRACIAS"

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	IV
-------------------	----

CAPÍTULO 1

EL MATRIMONIO

1.1 Breve reseña histórica.....	1
1.1.2 Concepto.....	3
1.1.3 Naturaleza Jurídica.....	7
1.2. Requisitos del Matrimonio.....	14
1.2.1 Requisitos de forma (elementos de existencia).....	15
1.2.2 Requisitos de fondo (elementos de validez).....	19
1.3. Formas de disolución del vínculo matrimonial.....	29

CAPÍTULO 2

EL DIVORCIO

2.1 Breve reseña histórica del divorcio en México.....	41
2.1.1. Concepto.....	44
2.1.2. Naturaleza jurídica del divorcio.....	48
2.1.3. Diferentes clases de divorcio.....	49
2.2. Divorcio administrativo	51
2.2.1 Requisitos.....	51
2.2.2 Procedimiento.....	52
2.3. Divorcio judicial voluntario (Procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento).....	53
2.3.1 Requisitos.....	54

2.3.2	Procedimiento.....	55
2.3.3	Convenio en el divorcio voluntario.....	56
2.3.4	Avenencia.....	59
2.4.	Divorcio necesario o contencioso.....	61
2.4.1.	Formalidades procesales.....	65
2.4.2.	Efectos provisionales.....	68
2.4.3.	Efectos definitivos.....	69
2.4.4.	Formas de concluir el divorcio contencioso.....	72

CAPÍTULO 3

CONCILIACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO

3.1	Concepto.....	79
3.2	Litigio y medio de solución de los conflictos.....	91
3.3	La conciliación en el Estado de México.....	96
3.4	Análisis de la fase de conciliación prevista en el Código de Procedimientos Civiles en el Estado de México.....	101
3.5	Efectos de la conciliación.....	104

CAPÍTULO 4

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN Y ADICIÓN DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO. INCLUSIÓN Y REGULACIÓN DE LA TRANSACCIÓN Y CONVERSIÓN DE VÍA; ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO NECESARIO

4.1	Análisis de la figura de la transacción dentro del Código de Procedimientos Civiles en el Estado de México.....	107
4.1.2.	Transacciones nulas.....	118

4.1.3.	Efectos.....	119
4.1.4	Transacciones Validas.....	119
4.1.5.	Efectos.....	120
4.2.	Medios alternativos de solución.....	121
4.3.	Propuesta de inclusión y regulación de la figura de la transacción y conversión de vía en el divorcio necesario dentro de la Legislación del Estado de México.....	124
4.4.	Propuesta de modificación y adición a los artículos del Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de México.....	138
CONCLUSIONES.....		142
Bibliografía.....		147

INTRODUCCIÓN

La elaboración del presente trabajo despierta gran inquietud en el ánimo de la que lo suscribe, pues resulta de gran importancia en el campo laboral donde me desenvuelvo día con día. “Los Juicios de Divorcio Necesario”, pues me he percatado del gran incremento en este tipo de Juicios que se dan en la actualidad y respecto de los cuales se prevé en el Código Procesal Civil en el Estado de México las formas de solución a los conflictos, señaladas de manera enunciativa.

En nuestra sociedad, el Divorcio es considerado como un mal necesario por disolver el vínculo matrimonial, evitando con ello que los padres cuyo carácter ya no es compatible para vivir en familia, es decir, como esposos, ocasionen mayores males a los hijos.

A través de las formas de solución más comunes como el desistimiento entendido éste como la renuncia al ejercicio de un derecho, o bien el allanamiento; figura jurídica por medio de la cual el demandado acepta expresamente las prestaciones que reclama su demandante, no se garantiza la obtención de una sentencia favorable que disuelva el vínculo matrimonial, toda vez que si el Juez que conoce del juicio llega a la conclusión de que el actor no probó las causales en que fundo su demanda de divorcio necesario, y el demandado no exigió en la vía reconvenicional la disolución del vínculo matrimonial por cualesquiera otras causas, está obligado a absolver de dicha prestación exigida por el actor, dejando subsistente el vínculo matrimonial que los une y abstenerse de decretar el divorcio por consentimiento de las partes, vía que las partes no eligieron y que por su misma naturaleza es incompatible con el ejercicio de una acción contradictoria de Divorcio Necesario, so pena de vulnerar los principios elementales de la congruencia, iniciativa y disposición de un proceso; consideración aparte de que el divorcio

por mutuo consentimiento tiene señalado una tramitación especial en términos del Libro Segundo, Título Sexto, Capítulo II del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México. Por tanto, resulta ello un esfuerzo infructuoso, pues la misma legislación señala que las causales de divorcio deben probarse plenamente para la procedencia de una sentencia donde se obtenga la pretensión reclamada, lo que se traduce en **desgaste a las partes por el tiempo que esto conlleva, eso sin dejar de mencionar lo más importante que lo es que para los menores puede resultar un irreparable daño psicológico y más aún un gasto infructuoso**, pues lejos de concluir de forma completa la fase procedimental con una sentencia favorable, en la mayoría de los casos, el Tribunal que conoce de estos procesos no declara la disolución del vínculo denominado MATRIMONIO.

Es de explorado derecho que en el proceso civil generalmente termina a través de una sentencia, misma que pone fin a un conflicto de intereses suscitado entre los particulares y puesto en conocimiento del Órgano Jurisdiccional; sin embargo, no es la sentencia el único medio o manera de concluir una relación jurídico procesal, por tanto, la Ley prevé otros métodos de concluir un proceso, que en nuestra legislación pueden considerarse como "...formas especiales de conclusión del proceso..." entre éstas se encuentra la de convenio o transacción entre las partes, forma anómala de solucionar conflictos.

La figura jurídica de la transacción se ha conceptualizado como un acuerdo de voluntades, por el cual las partes que intervienen convienen en resolver un litigio de común acuerdo y en forma definitiva, así como el prever uno futuro, esta transacción puede darse antes de la presentación de la demanda y producirá efectos para ellos sin que jurídicamente esté sancionado el mismo y éste reviste los efectos de una sentencia, o bien iniciado el procedimiento litigioso, y entonces la transacción surtirá efectos de sentencia

ejecutoriada y obligará a las partes a estar y pasar por el como si se tratara de una ejecutoria, es decir recaerá en derechos ciertos.

En esas circunstancias lo narrado, como he dejado dicho despierta gran inquietud en el ánimo de la que suscribe, de tal forma que me pregunto una y otra vez, si el ejercicio de la jurisdicción contenida en los cuerpos de Leyes que nos rigen se ejercita a instancia de parte y ante todo apoyado en los principios generales del derecho fundados y motivados en nuestra Carta Magna, entre los que establece que la justicia debe ser PRONTA, COMPLETA e IMPARCIAL, siendo pronta porque solamente la justicia pronta es justicia, sujetándose a los plazos y términos que señalan los códigos y las leyes, compete porque debe resolver todo lo que pidan las partes que intervienen en la contienda habiendo congruencia entre lo peticionado y lo resuelto; e imparcial, porque se debe dar a cada quien lo suyo, actuando el Juez que conoce del asunto, de forma desinteresada para dar mejor solución a los conflictos puestos de su conocimiento, luego entonces, ¿por qué no puede ser razón suficiente el hecho de que las partes manifiesten su conformidad con la intención o bien el hecho de celebrar una transacción sobre la forma de disolver este vínculo?, para que en los juicios de divorcio necesario y en los cuales tienen como característica principal la controversia, se permita a las partes convenir, transigir en la audiencia de conciliación y depuración procesal cuando no exista oposición para disolver el vínculo matrimonial; es decir, cuando las partes manifiesten expresamente al Juez que conoce del asunto, su deseo de someterse a los lineamientos que rigen el procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento, cubriendo los requisitos u objetivos fundamentales de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Estado de México, claro esta, sin violar las Leyes del Procedimiento que son de Orden Público e irrenunciables, elaborando en el acto el convenio a que refiere el artículo 4.102 del Código Civil para el Estado de México, teniendo el funcionario que conoce del

proceso la potestad de hacer las modificaciones que estime necesarias al convenio celebrado por ellos y con el contenido de éste, dar la intervención que corresponda al Representante Social para que manifieste al respecto cuando estén involucrados derechos de menores o incapaces. De esta manera las audiencias de conciliación celebradas en los Juicios de Divorcio Necesario tramitados en los Juzgados Familiares del Estado de México, cumplirán con el propósito para el cual fueron creadas; es decir, que se busque la terminación de los juicios a través de la autocomposición, sin agotar el procedimiento, circunstancia que se traduciría en un importante impulso a la celeridad de los procedimientos, elevando y eficientando la Administración de Justicia en el Estado de México, y SIN TENER QUE SUSPENDER, O BIEN, TERMINAR UN JUICIO CONTENCIOSO PARA INICIAR UN PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO.

Si partimos del principio de que: ***”la autoridad sólo puede hacer aquello que la ley le faculta expresamente y el particular todo aquello que no le prohíbe”***, concluiremos, que el texto constitucional en su artículo décimo séptimo párrafo primero ***prohíbe la autotutela***, es decir, la acción directa de quien pretenda hacerse justicia por sí misma, en donde la solución dependerá de quien sea el depositario de mayor poder, ***pero no prohíbe la Autocomposición***, en donde las personas pueden poner fin a su conflicto a través de un acuerdo de voluntades, mediante el reconocimiento o la renuncia de su derecho; al establecer que las **Leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias**; por lo tanto, es en esta norma jurídica es donde encuentro el sustento o fundamento para que las partes inmersas en un juicio puedan resolverlo a través de la transacción, de la negociación o de la conciliación, pues como se ha dicho y se reitera, esta forma de resolver las controversias no está prohibido en el texto constitucional.

Razón de lo anterior, para el desarrollo correcto del trabajo que me ocupa, es indispensable, dar inicio exponiendo los conceptos jurídicos del matrimonio y el divorcio, realizando una breve reseña de los mismos, de sus generalidades, a efecto de poder establecer una visión de dichas figuras jurídicas, para continuar con el análisis de la figura jurídica llamada transacción, así como algunas de sus acepciones, con el objeto de establecer los puntos sobre los que tratara el desarrollo de la presente investigación, mencionando de una forma breve pero sucinta sus principales características y efectos, toda vez que resulta necesario establecer una visión panorámica de la estructura básica de los juicios de Divorcio Necesario en el Estado de México, a fin de ubicar en forma correcta las instituciones jurídicas que rigen este trabajo.

En esa tesitura, esta investigación pretende ofrecer un estudio desde los antecedentes del divorcio, clases de éste y los diversos procedimientos para llevarlo a cabo, así como el estudio y análisis del tema central en la presente investigación como es la transacción, convenio, conversión o cambio de vía en los procedimientos de divorcio necesario, sin que con ello implique el concluir un Procedimiento para iniciar otro, sino más bien, el iniciar un Juicio litigioso y concluirlo mediante un procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento, también llamado Divorcio voluntario, convertido en la misma secuela procedimental, a Instancia de parte, mediante el sometimiento expreso a los lineamientos que rigen el procedimiento Especial de Divorcio Por mutuo consentimiento y con la satisfacción de los requisitos necesarios contenidos en los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Estado de México; por tanto, como parte primordial de la presente investigación, analizaré en los capítulos correspondientes, las figuras jurídicas de la transacción, el convenio y el procedimiento de Divorcio Necesario y Voluntario respectivamente, con la intención de encontrar un mecanismo o instrumento legal que conlleve a la impartición de justicia de

manera pronta, de ahí el interés por hacer algunas consideraciones dándome a la tarea de realizar el análisis respectivo, toda vez que el mismo, no es sólo producto de una investigación reciente, sino también es resultado de la experiencia laboral como se ha dejado dicho, con lo cual, a criterio y con los escasos conocimientos que envuelven mi persona, pretendo que pueda trascender más allá de un simple trabajo de investigación, contribuyendo a la aplicación de una verdadera Justicia PRONTA, COMPLETA e IMPARCIAL.

CAPÍTULO 1

EL MATRIMONIO

El punto de partida que resulta necesario para tratar los aspectos que rigen la figura jurídica del Divorcio en el Estado de México, es el conocimiento del concepto y algunas generalidades relativas a la figura jurídica del matrimonio. Es menester realizar una breve reseña histórica de esta en el campo del Derecho.

1.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA

La *Justae Nuptiae* son propiamente los antecedentes del matrimonio actual, contruidos por dos elementos, el objetivo que es la convivencia de los cónyuges, y el subjetivo que es la *effectio Maritalis*, la exteriorización de este último elemento estaba dada por la participación de la mujer en el rango público y social del marido.

En principio el Matrimonio era inicialmente *in Manu*, es decir, que la mujer lo formaba, ingresaba a la familia del marido y sus bienes pasaban a poder de este. Durante la época de la República esta figura dejó de ser utilizada y el matrimonio conocido como *in Manu*, fue la típica *Justae Nuptiae*.

El Matrimonio fue perdiendo su carácter de liberal con el advenimiento del cristianismo, y durante la edad media permaneció el concepto canónico, en el cual el matrimonio era una sociedad creada por mandato divino, y por lo tanto era celebrado como un rito solemne y elevado a la categoría de sacramento.

En el año de 1580, la tradición del matrimonio Civil surge en la Legislación Holandesa, siendo impulsado en el año de 1784 por la Revolución Francesa y consagrado definitivamente por la Legislación de este país en el año de 1871.

En México, esta Institución ha ido evolucionando en forma similar, el matrimonio poligámico es encontrado en la época prehispánica siendo utilizado por los grandes señores, cuyas esposas tenían varias categorías, la primera esposa recibía el nombre de *CIHUAPILLI*, además se distinguían las *CIHUANEMASTE* que eran aquellas esposas dadas por su padre, y las *TLACIHUASANTI*, que eran las esposas robadas o habidas en guerra.

El matrimonio era decidido por la familia del varón, solicitado por medio de las casamenteras y realizado por medio de los ritos religiosos, pero sancionados por el poder público.

A partir de la dominación española, la celebración del matrimonio y las relaciones jurídicas entre los cónyuges, se regularon de acuerdo con el derecho canónico. La iglesia católica a través de sus ministros y de los tribunales eclesiásticos intervino para dar la validez al matrimonio y para resolver las cuestiones que surgían con este motivo.

Esta situación prevaleció en México hasta mediados del siglo XIX, en efecto, el veintitrés de julio del año 1859, el Presidente Don Benito Juárez, promulgó una Ley relativa a los actos del estado Civil y su registro, en donde quedaron secularizados todos los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos el matrimonio, al que le atribuyó la naturaleza de contrato civil y se reglamento por el estado en lo relativo a los requisitos para su celebración, elementos de existencia y de validez, etcétera.

En dicha ley continuó reconociéndose el carácter de indisoluble del vínculo matrimonial, como lo había sido y lo es en el derecho canónico.

Los Códigos Civiles para el Distrito Federal de los años 1870 y 1884 definen al matrimonio como "...Una sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. En la ley de Relaciones Familiares de 1917 se define a esta figura como un contrato civil de un solo hombre con una sola mujer que se unen en vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. El cambio de naturaleza entre los ordenamientos decimonónicos y la ley de 1917 obedece a la adecuación de esta última en el artículo 130 de nuestra constitución en donde se establece, entre otras cosas, que el matrimonio es un contrato civil, siendo un acto de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden Civil..."¹

1.1.2 CONCEPTO

Para poder alcanzar el objetivo de la presente investigación, es necesario familiarizarnos con el concepto del matrimonio, de una manera general, lo cual significa el punto de partida que habrá de servir para tratar las diversas formas de disolver el mismo, sin embargo tomaré solo algunos conceptos de diversos autores, ya que encierra una gran complejidad el tratar de definir lo que es el matrimonio y lo que realmente representa.

Del matrimonio se han dado muchas definiciones, entre otras cito las siguientes:

¹ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, *DERECHO DE FAMILIA*, México, UNAM, 1990, p. 21.

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

“...Son tres acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera a un estado general que se deriva de las dos anteriores...”²

De ahí que se puede afirmar que el matrimonio es una “...Institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne...”³

El Código Civil para el Estado de México en su Libro Cuarto, Título Primero Capítulo Primero, artículo 4.1, conceptualiza al Matrimonio de la siguiente manera:

“...El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia...”⁴

² Diccionario de Investigaciones Jurídico Mexicano, 3ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, UNAM, 1989, tomo I,O, p. 2085.

³ Idem.

⁴ Código Civil para el Estado de México, 14 ed, México, Editorial Sista, S. A de C.V, 2008, p. 26.

“...Desde el punto de vista de la sociología, la familia se forma a partir de la Institución del matrimonio, definida esta como una relación estable de cohabitación sexual domiciliar entre un hombre y una mujer...”⁵

A lo largo de la historia el control de grupos en el poder sobre esta relación ha variado siendo en algunas épocas más rígidas que en otras, pero desde que existe una organización social se afirma que donde hay una familia hay matrimonio o una forma legal similar de control sobre la sexualidad de la pareja. Algunas veces este control ha venido de parte de grupos de poder de corte religioso y otras de grupos de poder seculares.

Asimismo se ha dado otras definiciones como las que encontramos:

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

La unión válida de un hombre y una mujer celebrada conforme a las Leyes del estado y ante un Magistrado Civil, o la declaración de voluntad de contraer matrimonio prestada ante un Magistrado Civil y la situación jurídica creada por este acto...”⁶

Es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente.

⁵ Cfr. Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op cit, nota 1, p. 20.

⁶ Chavez Asencio Manuel F, *LA FAMILIA EN EL DERECHO, RELACIONES JURIDICO CONYUGALES*, 7ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, 2007, pág. 69.

Unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida.

De lo anterior se colige que los rasgos fundamentales o conceptos comunes de las distintas definiciones del matrimonio son las siguientes: Unión, hombre y mujer, consorcio, indivisibilidad, sociedad, comunidad como un concepto jurídico con un contenido propio del derecho de Familia que implica la íntima y común unión de un hombre y una mujer que tienen por objeto o fin la promoción humana integral, el amor conyugal y la paternidad responsable, perpetuación, ayuda, común, destino, constitución legítima de la familia, institución social y jurídica para formar una familia.

Luego entonces, para llegar a una definición propia del matrimonio, debo tomar en cuenta los dos aspectos de este, el primero de ellos como acto constitutivo y el otro como estado de vida.

El matrimonio como acto constitutivo, es un acto jurídico conyugal en el que interviene, además la voluntad del juez del registro civil para constituir el vínculo conyugal, el que se traduce en el matrimonio - estado como comunidad íntima y permanente de vida, de un hombre y una mujer en orden al amor conyugal, la promoción humana de ambos y la procreación responsable.

En esta definición, se involucran los caracteres de: unión, permanencia y legalidad.

1.1.3 NATURALEZA JURIDICA

A la figura del matrimonio se le han atribuido distintas naturalezas jurídicas. Son varias las posiciones en relación a la naturaleza jurídica del matrimonio, solo mencionaré los más importantes.

- Como contrato.
- Como Institución.
- Como acto poder estatal.
- Como estado jurídico.
- Como acto jurídico.

Cabe mencionar, que ninguna de estas figuras determinan en forma exclusiva el carácter del matrimonio y, mucho menos son excluyentes unas de otras, más bien se complementan:

COMO CONTRATO

Partidarios del concepto contractual, argumentan que el acto constitutivo del vínculo es ciertamente un acuerdo de voluntades entre los cónyuges: la circunstancia de ser un acuerdo de cuyas consecuencias vienen marcadas rígidamente por el ordenamiento jurídico no le priva de carácter contractual, porque la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción de contrato.

Por considerar que el elemento esencial es el acuerdo entre las partes, la opinión de que es un contrato se ha generalizado, aún cuando no se determine que clase de contrato, aunque desde luego los autores encuentren diferencias con los contratos patrimoniales y una serie de limitaciones a la voluntad que no aparecen en los contratos en general.

Por su parte, Planiol y Ripert reconocen que aun cuando el matrimonio “es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual”.

En contra de esta teoría contractualista, se han expuesto objeciones entre las que cabe citar las siguientes:

“...Bonnetcase es a quien los autores citan predominantemente como contrario a la tesis en estudio por lo siguiente:

El contrato dentro del Código Civil se encuentra reglamentado dentro del derecho Patrimonial; en cambio el matrimonio se refiere a los valores familiares y conyugales. En el contrato la supremacía de la voluntad es la regla, en cambio en el matrimonio se encuentra fuertemente limitada.

Desde el punto de vista de su formación, Bonnetcase señala las diferencias que existen con los contratos en general, en donde el consentimiento es limitado, y los vicios del mismo, en relación a la nulidad tienen aplicación diversa en el matrimonio; no existiendo el dolo en el contrato matrimonial. En relación a su objeto, en los contratos es eminentemente económico. En lo que respecta a la intención de la voluntad, encontramos que en los contratos Civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse, en general en el Código Civil se habla de la intención y del consentimiento, el que está limitado en el matrimonio. En cuanto a la disolución, los contratos pueden disolverse por acuerdo entre ambos contratantes, en el matrimonio, la disolución requiere la resolución de un funcionario oficial. La solemnidad de los contratos es muy diferente a la solemnidad para la celebración y perfeccionamiento del matrimonio, sin el cual el matrimonio será inexistente, a pesar de la voluntad de las partes. En cuanto a la capacidad, en el matrimonio la edad requerida es menor que la que se requiere para la celebración de los contratos. En el matrimonio el

cumplimiento de los deberes, derechos y obligaciones es privado de los cónyuges, en cambio los derechos y obligaciones que nacen del contrato pueden cumplirse por terceros...”⁷

COMO INSTITUCIÓN

Para entender esta postura comenzaremos con definir el concepto de institución, sobre la cual hay variedad de acepciones, citare solo algunas de ellas:

Eduardo Pallares señala que también puede considerarse al matrimonio como una “...Institución social, porque tiene los caracteres que se atribuyen a las Instituciones jurídicas, que son las siguientes: Un Conjunto de normas jurídicas, debidamente unificado que reglamenten determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del estado en forma especial...”⁸

Según el diccionario enciclopédico hispano- americano, Institución proviene del latin “*institutio*” que significa “establecimiento o fundación de una cosa”...”Institución, educación, enseñanza...” “colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, arte, etc.”

⁷ Ibidem, p. 15.

⁸ *EL DIVORCIO EN MEXICO*, 5ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, 1987, p. 37.

En ese sentido el maestro Rojina Villegas refiere que una Institución Jurídica “... es un conjunto de normas de igual naturaleza y regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad...”⁹

Por último, Bonecase formula el siguiente concepto de Institución: “...Es un conjunto de reglas de Derecho, que se penetran unas de otras hasta el punto de constituir un todo orgánico, que comprende una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de derecho y derivadas todas de un hecho único fundamental, de orden físico, biológico, económico, moral o meramente social, cuando no se reúnen en él todos esos diversos aspectos, de hecho, origen y base de la institución la domina necesariamente, ordenando su estructura y desarrollo. Asimismo señala, que la Institución jurídica no es simplemente una reunión de disposiciones jurídicas aisladas aplicables a una sola y misma relación; es esencialmente diferente de estas relaciones. Las disposiciones el derecho son masas de materias, de ideas cuya existencia es únicamente substancial, en cambio las instituciones jurídicas son existencias, individualidades lógicas, seres jurídicos que conservamos y animamos mediante la idea de la existencia y vida individual, nacen, mueren, accionan, entran en conflicto unas con otras, tienen su misión y fines, para realizarlos cuentan con fuerzas y cualidades particulares...”

⁹ *COMPENDIO DE DERECHO CIVIL*, Introducción, personas y familia, 23ª ed., México, Editorial Porrúa S. A, 1989, Pág. 291.

COMO ACTO PODER ESTATAL

El maestro Rojina Villegas al respecto, refiere que "... el jurista Italiano ANTONIO CICU da pie a esta teoría, quien niega que el matrimonio sea formalmente un contrato sino un acto de poder estatal, arguyendo que no existe el matrimonio sin la intervención del oficial del Registro Civil, y su presencia no es sólo declarativa sino constitutiva.

El matrimonio es un acto del estado, quien constituye el matrimonio a través de la declaración del oficial del Registro Civil. El consentimiento de los esposos es solo un presupuesto de aquel acto del estado. El matrimonio no es un contrato, ni un negocio bilateral, sino un acto unilateral del Estado que solo presupone la declaración de la voluntad e los esposos sin las cuales el acto no podrá surgir.

Esas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al oficial, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que la ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es mas que condición para el pronunciamiento; éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio..."¹⁰

COMO ESTADO JURÍDICO

Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las

¹⁰ Ibidem, 298.

partes en unión del oficial del registro civil pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

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

Los que contraen matrimonio cambian su estado civil anterior por el de casados. El matrimonio establece entre los sujetos que lo realizan una comunidad de vida social y permanente, esta categoría de permanencia es precisamente la que configura la categoría de estado civil, pues eso es lo que se llama estado civil de las personas, una situación de carácter permanente en la que se encuentra un sujeto en relación con la Nación, con los miembros de su familia o con el grupo social en el que vive. El estado civil de casados es la situación de los consortes frente a la familia y frente a la sociedad, y este solo puede cambiarse mediante las formas de extinción del matrimonio que más adelante estudiaremos.

COMO ACTO JURÍDICO

El matrimonio es un acto jurídico por que surge de la manifestación de voluntad de los que no contraen, acorde a las normas que lo regulan y, una vez realizado, produce las consecuencias jurídicas previamente establecidas en la Ley. La complicación doctrinaria surge con respecto al tipo de acto jurídico al cual pertenece el matrimonio.

Como acto jurídico en cuanto procede de la voluntad de los esposos, pero no contrato ya que no tiene naturaleza económica, de ahí se derivan distintas conclusiones de actos jurídicos y de los cuales se han realizado innumerables clasificaciones, por ejemplo, unilaterales, bilaterales y plurilaterales; simples, complejos y mixtos; actos unión, actos condición; actos instantáneos, de tracto sucesivo; de prestación diferida, actos consensuales, formales, solemnes; actos simples, condicionales; perfectos e imperfectos.

En ese sentido, en razón de las personas que intervienen en el matrimonio es indudablemente un acto bilateral, o plurilateral.

Los autores que aceptan que el matrimonio es un acto jurídico, discuten si se trata de un simple acto bilateral, o si la intervención oficial en su celebración lo convierte o no en un acto complejo o bien plurilateral.

“...Es un acto jurídico bilateral en razón de surgir por el acuerdo de voluntades de los esposos y por las consecuencias jurídicas que se darán en la esfera jurídica de ambos consortes. Quienes sostienen que es un acto de carácter plurilateral afirman que la manifestación de la voluntad de quienes pretenden contraer matrimonio debe ir acompañada forzosamente de la manifestación de la voluntad de la autoridad competente (oficial del registro civil) como elemento de existencia de ese acto jurídico, de tal manera que la sola manifestación de los contrayentes es insuficiente para que se realice el acto jurídico del matrimonio...”¹¹

“El matrimonio como acto jurídico condición” se debe a Leon Duguit, quien lo define al matrimonio como “... el acto jurídico que tiene por objeto

¹¹ Montero Duhalt, Sara, *DERECHO DE FAMILIA*, México, Editorial Porrúa, S. A, de C.V , 1990, pág.112.

determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de Derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan en la realización de las mismas, sino que permiten su realización continua...”¹²

Se considera también como acto jurídico mixto, como distinción entre los actos jurídicos públicos y privados, en los últimos intervienen sólo particulares y en los públicos intervienen también los órganos estatales y en los mixtos hay la concurrencia de los particulares y también de funcionarios públicos, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

De lo anterior, se concluye y se adopta una postura que sin determinar plenamente la naturaleza jurídica del matrimonio, se pretende acoger un concepto personal, y establecer por principio que, efectivamente se trata de un acto jurídico que produce efectos, revestido de solemnidad pero con características propias, ello sin olvidar los contratos nominados e inominados, será pues, en atención a esto un acto jurídico sui generis por disposiciones que lo hacen especial, tomando como antecedentes la exposición de motivos del propio Código Civil, ya que el legislador reconoce que es el único medio para conformar la familia que constituye una sociedad y sujetando posteriormente las conductas de los cónyuges al contexto de normas preestablecidas en el propio Código.

1.2 REQUISITOS DEL MATRIMONIO

Elementos esenciales del matrimonio: Para determinar los elementos esenciales del matrimonio, aplicaremos la doctrina general relativa al acto

¹² Chavéz Ascencio, Manuel F, op. cit., nota 6, p. 53.

jurídico, pues la naturaleza especial no impide que en su celebración se tomen en cuenta las disposiciones generales que en el Código Civil regulan los contratos.

Por la regulación que hace el Código Civil respecto a los matrimonios nulos, se desprende que se aceptan en principio todas las disposiciones contenidas en dicho Código respecto a la existencia y validez de los contratos.

Podemos definir los elementos esenciales indicando que son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría a este un elemento de definición; por su parte son elementos de validez aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la Ley.

Siendo el matrimonio un acto jurídico, tiene elementos esenciales y de validez. Los primeros están constituidos respectivamente por la manifestación de voluntad de los consortes y el oficial del registro civil y por el objeto específico de la Institución que conforme a la Ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer. Por lo que hace a los segundos, en el matrimonio se requiere, como para todo acto jurídico, la capacidad, ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto.

1.2.1 REQUISITOS DE FORMA (ELEMENTOS DE EXISTENCIA)

La generalidad de los actos jurídicos se constituyen con solo dos elementos: LA VOLUNTAD Y EL OBJETO. El matrimonio en casi todas las legislaciones,

es un acto solemne, por ello requiere de un tercer elemento que es la SOLEMNIDAD.

LA VOLUNTAD.- El matrimonio es un acto jurídico bilateral que requiere del consentimiento expreso de ambos cónyuges, se da siempre en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los consortes o por apoderado especial.

EL OBJETO.- Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente posible, la imposibilidad en cualquiera de dichas formas genera la inexistencia del acto. En el matrimonio, consiste en establecer una comunidad de vida social entre dos personas de distinto sexo. Relacionando el objeto del matrimonio con el de los actos jurídicos en general, desde el punto de vista legal, existe un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes.

SOLEMNIDAD.- Cabe mencionar que la solemnidad debe distinguirse primeramente de las formalidades. Las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, en cuanto que las formalidades sólo se requieren para su validez. En esa condición debe decirse, que si faltan las solemnidades el matrimonio es inexistente, en cambio si no se observan las formalidades previstas por la ley, el matrimonio será existente, pero nulo.

El matrimonio es por definición un contrato solemne, pues requiere de la intervención de una especial autoridad, de ciertas palabras expresas y de la elaboración de un acta en que se incluyan requisitos forzosos.

“...El Código Civil para el Estado de México en su artículo 4.2 expone que el matrimonio debe celebrarse con las solemnidades siguientes:

- I.- Ante el Titular o los Oficiales del Registro Civil;
- II.- Con la presencia de los contrayentes o sus mandatarios, en el lugar, día y hora designados;
- III.- Con la comparecencia de sus testigos;
- IV.- La lectura de la solicitud y los documentos relacionados;
- V.- El Titular u Oficial del Registro Civil, procederá a interrogar a los testigos si los pretendientes son la mismas personas a que se refiere la solicitud y si existe algún impedimento legal;
- VI.- En caso de no existir impedimento. Preguntará a cada uno de los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio; estando conformes los declarará unidos en nombre de la Ley y la sociedad, asentándose el acta correspondiente...”¹³

El segundo aspecto de la solemnidad consiste en el asentamiento del acta respectiva a que hace alusión el artículo 3.26 del Código Civil en cita, en la que se harán constar los datos que el citado precepto legal establece, los cuales detallare más adelante al tratar el capítulo de formalidades, sin embargo, cabe señalar, que el mismo consta de nueve fracciones, de las cuales son requisitos de existencia las fracciones I y VI y el párrafo final, que a la letra dicen:

“...Al celebrarse el matrimonio se asentará el acta respectiva, en la que se hará constar:

Fracción I. Los nombres, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

¹³ Código Civil para el Estado de México, op, cit, nota 4, p. 26.

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

Al margen del acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes...”¹⁴

Los requisitos antes señalados son indiscutiblemente elementos de existencia porque si no se cumplen, el matrimonio no se llevará a cabo o, si se efectuó faltando alguno o varios de los mismos, el matrimonio no existirá como acto jurídico y no podrá producir las consecuencias relativas.

INEXISTENCIA.- Con objeto de corregir los desastrosos resultados de su principio, según el cual, "no existe nulidad alguna sin texto que la establezca", los autores modernos se han visto obligados a construir, con respecto del matrimonio, la teoría de los actos inexistentes, a la que se concede alcance general. Puesto que hay casos en que la ley no pronuncia la nulidad y en los cuales es imposible racionalmente admitir que el matrimonio produzca sus efectos, podemos salvar los inconvenientes diciendo que el matrimonio es inexistente, no siendo entonces necesario que la ley lo anule. Esta fue la razón práctica de esta teoría, que no había sido necesaria en el antiguo derecho Francés.

Es inexistente el acto jurídico cuando no contiene una declaración de voluntad, por falta de objeto que pueda ser materia de el, o de la solemnidad requerida por la ley. No producirá efecto legal alguno, ni es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción. Puede invocarse por todo interesado, empero

¹⁴ Ibidem, p. 22.

las hipótesis consideradas como casos de inexistencia del matrimonio son dos: la identidad del sexo, y la falta de forma.

1.2.2 REQUISITOS DE FONDO (ELEMENTOS DE VALIDEZ)

CAPACIDAD DE LAS PARTES.- La capacidad de ejercicio es un elemento de validez en los actos jurídicos, en tanto que la capacidad de goce se presenta como esencial, esto es, para que un acto jurídico se celebre validamente se requiere que tenga capacidad de ejercicio el autor del mismo. La capacidad legal se determina por la plena aptitud física y psicológica de los contrayentes; el Código Civil para el Estado de México en el artículo 4.4 refiere que para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. La capacidad se presenta como un elemento de validez en el matrimonio, sancionándose con nulidad relativa la inobservancia de este requisito.

AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD.- Para los contratos en general el consentimiento no es válido si se sufre lesión, si se da por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo o mala fe.

Error de identidad: Consiste en casarse con persona distinta de aquella con la que se desea unir.

Violencia: hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro el segundo grado.

FORMALIDADES.- Además de las ya mencionadas solemnidades que de no cumplirse el matrimonio carecerá de existencia legal, se debe cumplir con

ciertos requisitos de forma al solicitar el matrimonio y en el momento mismo de contraerlo.

Las personas que desean contraer matrimonio presentarán un escrito ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, en que se exprese:

- 1).- Nombre, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres. Cuando alguno a los dos pretendientes hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, la causa de disolución y la fecha de esta.
- 2).- Que no tienen impedimento legal para casarse y,
- 3).- Que es voluntad unirse en matrimonio.

A dicha solicitud deben acompañarse documentos como el acta de nacimiento de los contrayentes, La constancia de que presentan su consentimiento por quien deba otorgarlo en su caso, la declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tengan impedimento legal para contraer matrimonio, certificado médico en el que conste que los pretendientes no padecen enfermedad que sea obstáculo para el matrimonio, copia de acta de defunción del cónyuge fallecido si es que alguno de los pretendientes es viudo o copia certificada de la sentencia de divorcio o nulidad de matrimonio si esa fue la causa de la disolución del vínculo anterior, copia de dispensa de impedimentos si los hubo, y convenio respecto al régimen de bienes que van a establecer durante el matrimonio.

Una vez cumplidos esos requisitos, el matrimonio se llevará a cabo, en el lugar, día y hora que señale el Juez del Registro Civil. En dicha ceremonia se cumplirán todas las solemnidades estudiadas en el apartado anterior, como requisitos de existencia, me refiero al artículo 3.26 del Código Civil que

transcribiré a continuación de manera íntegra, pues al tratar la solemnidad únicamente se incorporaron las fracciones alusivas a dicha figura jurídica, donde la misma está consignada.

En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes ante el Oficial del Registro Civil, los pretendientes o apoderado especial y dos testigos por cada uno de ellos que acrediten su identidad. Acto continuo el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas e interrogará a los testigos acerca de si son los pretendientes, las mismas personas a que refiere la solicitud, en caso afirmativo preguntará a los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio y de estar conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad. De inmediato asentará el acta de matrimonio en el cual se hará constar:

“... Artículo 3.26. Al celebrarse el matrimonio se sentará el acta respectiva, en la que se hará constar:

- I.- Los nombre, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;
- II.- Si son mayores o menores de edad;
- III.- Los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres;
- IV.- El consentimiento de quienes deban suplirlo, tratándose de menores de edad;
- V.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;
- VI.- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Oficial del Registro Civil en nombre de la ley y de la sociedad;

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

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

IX.- La firma del oficial del registro civil, de los contrayentes y de las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo o en su caso, imprimirán sus huellas digitales.

Al margen del acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.

De lo anterior, se desprende, que únicamente las fracciones I y VI y párrafo final son solemnidades exigidas, todos los demás requisitos anotados en el citado precepto legal, son simplemente formalidades. Formalidades cuya ausencia no invalida el matrimonio.

LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO, FIN Y CONDICIÓN DEL MATRIMONIO.-Significa este tipo de validez que el matrimonio debe efectuarse sin que medien las prohibiciones legales señaladas por el Código Civil como IMPEDIMENTOS.

Impedimento; es un término no usual del derecho cuyo empleo es únicamente al hablar de las prohibiciones legales para contraer matrimonio. La licitud del matrimonio consiste en que el mismo se efectuó solo entre las personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo a cabo. Se llama así, a toda razón por la cual el oficial del registro civil debe negarse a proceder a la celebración del matrimonio, por tanto, el impedimento es un hecho anterior al matrimonio, y que constituye un obstáculo para su realización.

CAUSAS DE IMPEDIMENTOS: Estas son diversas, unas veces es una condición de capacidad que falta a uno de los esposos; otras, una circunstancia particular en la que la ley funda una prohibición de matrimonio, por último, una formalidad que debió haberse llenado y que se ha omitido.

EFFECTOS DE LOS IMPEDIMENTOS

Todo impedimento para el matrimonio es un obstáculo a su celebración, de aquí su nombre; pero la ley no concede a todos la misma fuerza.

Unos dejan subsistir el matrimonio, si se ha celebrado simplemente de hecho; éstos son los impedimentos simplemente prohibitivos.

Hay otros sancionados más severamente y cuya violación implica la nulidad del matrimonio, cuando han sido transgredidos: tales son los impedimentos dirimentes (romper).

De este modo no siempre la nulidad acompaña al impedimento ¿porqué? Porque la anulación de un matrimonio es un hecho grave, cuyas consecuencias penosas o escandalosas, frecuentemente son un mal mayor que el mismo hecho de la violación de una regla que prohíbe a los Oficiales del Registro Civil que lo celebren, cuando de hecho el matrimonio se ha celebrado, lo deja subsistir, en estos casos existe una prohibición sin nulidad.

Con frecuencia se comete un error sobre esta distinción porque se confunde con otra, la de nulidades absolutas y relativas; se piensa que la nulidad absoluta sanciona los impedimentos dirimentes; y la relativa los prohibitivos. El error es fácil de evitar, no hay concordancia entre las dos especies de nulidades y las dos especies de impedimentos, pues los impedimentos simplemente prohibitivos nunca traen consigo la nulidad, y siempre que se celebra un matrimonio a pesar de un impedimento, y sea nulo, podemos estar

seguros que el impedimento era dirimente, aunque sólo se trate de una simple nulidad relativa.

En ese sentido, el Código Civil para el Estado de México, enumera en su artículo 4.7 los impedimentos para contraer matrimonio.

“...Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

- I.- La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;
- II.- La falta de consentimiento de quienes legalmente pueden otorgarlo;
- III.- El parentesco de consanguinidad sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente; en segundo grado en línea colateral y del tercer grado colateral, siempre que no se haya obtenido dispensa;
- IV.- El parentesco de afinidad que hubiere existido en línea recta, sin limitación alguna;
- V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado;
- VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados, judicialmente comprobado, para contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII.- La violencia para obtener el consentimiento para celebrar el matrimonio. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre los sujetos activo y pasivo, mientras este no sea restituido a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;
- VIII.- La embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia;
- IX.- La impotencia incurable para la cópula, la bisexualidad; las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias. No serán impedimentos cuando sean aceptadas por el otro contrayente;
- X.- Trastornos mentales, aunque haya espacios de lucidez;

XI.- El matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes...”¹⁵

Si el matrimonio se contrae mediante las prohibiciones legales, el mismo será ilícito y las consecuencias jurídicas son diversas, dependiendo cual fue la prohibición que se violó. Ha lugar a la nulidad absoluta, a la nulidad relativa o simplemente el matrimonio tendrá la calidad de ilícito, pero no nulo.

Al respecto, el Código Civil, en el artículo 4.61 enumera las causas de nulidad de un matrimonio, señalando lo siguiente:

“... Son causas de nulidad de un matrimonio:

I.- El error acerca de la persona con quien se contrae;

II.- Que el matrimonio se haya celebrado con alguno de los impedimentos señalados en este Código;

III.- Que se haya celebrado sin las formalidades que la ley señala...”¹⁶

EFFECTOS DEL MATRIMONIO

Los efectos que produce la celebración del matrimonio son de tres tipos: A) ENTRE CONSORTES; B) EN RELACIÓN A LOS HIJOS; C) EN RELACIÓN A LOS BIENES.

A) ENTRE CONSORTES.- Están integrados por el conjunto de deberes y derechos irrenunciables, permanentes, recíprocos, de contenido ético jurídico. Estos son: fidelidad, cohabitación, y de asistencia.

B) EN RELACIÓN A LOS HIJOS HAN SIDO CLASIFICADOS EN TRES RUBROS.

B.1. Para atribuirles la calidad de hijos habidos en matrimonio.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Ibidem, p. 33.

B.2. Para legitimar a los hijos habidos fuera del matrimonio mediante el subsecuente enlace de sus padres.

B.3. Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

C) EN RELACIÓN A LOS BIENES, Comprenden tres aspectos:

Las donaciones antenupticiales.

Las donaciones entre consortes.

Las capitulaciones matrimoniales.

REGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges surgidos del matrimonio.

SOCIEDAD CONYUGAL.- Es el régimen patrimonial del matrimonio formado por una comunidad de bienes aportados por los consortes y por los frutos y productos de estos bienes.

La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante el.

SEPARACION DE BIENES.- Régimen patrimonial del matrimonio por virtud del cual los cónyuges conservan la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, así como los frutos y accesorios de dichos bienes y los sueldos, salarios, emolumentos y ganancias que cada uno reciba por servicios personales en su oficio, empleo, profesión, industria o comercio.

DERECHOS Y OBLIGACIONES.

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

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, de común acuerdo.

Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los Tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tuviere bienes propios o desempeñare algún trabajo, o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos, a no ser que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, pues entonces todos los gastos serán de cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar, de acuerdo con las posibilidades económicas de cada uno de ellos.

El acreedor alimentario, tendrá derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrá demandar el aseguramiento de esos bienes, para hacer efectivos estos derechos.

El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y

establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre algunos de los puntos indicados, el Juez correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá, sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos.

Los cónyuges resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar y a la formación y educación de los hijos.

Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate, y el Juez competente resolverá lo que proceda.

El marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél; salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre administración de los bienes.

El marido y la mujer menores de edad, tendrán la administración de sus bienes, en los términos del párrafo anterior, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales.

El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes.

El marido y la mujer, durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno en contra del otro; pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio.

1.3 FORMAS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Una vez que se ha estudiado lo más relevante en cuanto al matrimonio, corresponde entrar al estudio de cómo se extingue dicho vínculo matrimonial, al respecto, cabe mencionar, que se distinguen principalmente ocho motivos o formas para disolver este, de los cuales, me abocare primordialmente al divorcio por ser la inspiración motivo del presente trabajo.

Por disolución del matrimonio se entiende la ruptura del vínculo matrimonial que unía al hombre y a la mujer y que los deja en la libertad de contraer nuevo matrimonio.

El matrimonio es una institución susceptible de disolución aunque esta no implica la disolución de la familia desde el punto de vista jurídico. Dicho de otro modo, no hay disolución de los derechos y deberes que a partir del matrimonio vinculan a los miembros del grupo familiar aunque este se disgregue.

Históricamente todos los pueblos han establecido al matrimonio como la forma socialmente aceptada de establecer las relaciones sexuales, conocen también la disolución del vínculo matrimonial por diversas causas, a saber, la muerte de uno de los cónyuges, el repudio, la nulidad y el divorcio, este último no ha sido siempre aceptado como disolución del vínculo, sobre todo en las legislaciones con fuerte influencia del derecho canónico que solo

permite el llamado divorcio separación con persistencia del vínculo matrimonial.

En la legislación mexicana el matrimonio solo puede disolverse o terminar por las siguientes causas.

LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES.- Extingue el vínculo matrimonial y deja en libertad al cónyuge supérstite de contraer un nuevo matrimonio. La muerte es la causa natural para disolver el matrimonio.

El Cónyuge supérstite puede contraer nupcias de inmediato, no así la cónyuge supérstite, que debe esperar trescientos días a partir de la muerte de su consorte para contraer nuevo matrimonio valido, a menos que dentro de ese plazo diera a luz a un hijo. Esta medida tiene por objeto impedir la confusión de la paternidad del hijo que pudiera nacer dentro de los plazos legales de dos matrimonios. La muerte de un cónyuge disuelve la sociedad conyugal y hace surgir el derecho hereditario del supérstite, se confirman las donaciones que el cónyuge en vida hubiera hecho a favor del otro. En cuanto al hijo póstumo tendrá esta calidad si hubiera nacido dentro de los trescientos días posteriores a la muerte del marido de su madre, con las consecuencias legales de filiación paterna cierta y derecho a heredar en vía legítima, aún cuando hubiera sido ignorado en el testamento de su padre. La viuda que quede en cinta tiene derecho a ser alimentada a cargo de la masa hereditaria aun cuando tenga bienes propios.

Por la llegada del plazo incierto, entendiendo como plazo el acontecimiento futuro de realización cierta, del cual depende la eficacia o la extinción de derechos y obligaciones, luego entonces, de este concepto, se desprenden la existencia de los diferentes plazos.

- Plazo suspensivo, que es el que suspende la eficacia del acto jurídico al cual se le aplica.
- Plazo resolutorio, que es que extingue a su llegada, el acto jurídico que lo lleva como modalidad
- Plazo incierto, es aquel que necesariamente debe llegar, pero no se sabe cuando sucederá, tal es el caso de la muerte, que a todos los seres humanos espera, pero no se sabe en que momento.

NULIDAD.- "...En México hasta la aparición de la Ley del divorcio de 1914, la única forma de poner fin a un matrimonio era a través de la nulidad, en ese entonces, y aún ahora, los efectos de este instituto son similares al divorcio, sin embargo, ambas figuras son esencialmente diferentes.

La nulidad sanciona al matrimonio, como cualquier acto jurídico que se haya realizado contraviniendo los requisitos de validez del mismo. Sus efectos son retroactivos al momento de la celebración del matrimonio, pero a diferencia de lo que sucede en otros actos jurídicos, la anulación del matrimonio no desconoce la comunidad de vida, tanto a nivel económico, como afectivo, que existe entre las personas que contrajeron nupcias en condiciones de amabilidad, así como tampoco desconoce la paternidad y maternidad que posiblemente hayan surgido de dicha unión..."¹⁷

El Código Civil para el Estado de México, dedica un capítulo titulado "De los Matrimonios Nulos", en el cual sostiene múltiples casos en donde declara que un matrimonio que ya existe, puede ser declarado nulo, si se encuentra

¹⁷ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, PANORAMA DEL DERECHO MEXICANO, DERECHO DE FAMILIA, México, Editorial Mc Graw- Hill, UNAM, 1998, p.19.

dentro de los supuestos que establece el artículo 4.61 del Código Civil para el Estado de México, que a la letra dice:

Causas de nulidad de matrimonio.

Artículo 4.61. Son causas de nulidad de un matrimonio:

I El error acerca de la persona con quien se contrae;

II Que el matrimonio se haya celebrado con alguno de los impedimentos señalados en este Código;

III Que se haya celebrado sin las formalidades que la Ley señala.

El error en la persona, es causa de nulidad, si el matrimonio se celebra con persona distinta de aquella con quien en realidad se pretende contraerlo. El error recae sobre las cualidades de la persona (posesión económica o social, fama o prestigio, títulos, etcétera, no invalida el matrimonio porque no se refieren a la identidad del contrayente.

Esta causa de nulidad del matrimonio, se extingue si el cónyuge que se encuentra en el engaño, no lo hace valer dentro del plazo de TREINTA DIAS de conocerlo, se tiene por ratificado el consentimiento (artículo 4.62 del Código Civil para el Estado de México). La abstención del cónyuge engañado, se tiene por ratificación tácita según a quedado dicho, como por que dicha acción de nulidad sólo puede ser ejercitada por el cónyuge que esta en el error y no por otra persona.

Los impedimentos que producen la nulidad del matrimonio son los siguientes:

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

II.- La falta de consentimiento de quienes legalmente pueden otorgarlo;

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

- IV.- El parentesco de afinidad que hubiere existido en línea recta, sin limitación alguna;
- V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado;
- VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados, judicialmente comprobado, para contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII.- La violencia para obtener el consentimiento para celebrar el matrimonio. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre los sujetos activo y pasivo, mientras este no sea restituido a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;
- VIII.- La embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotr3picos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia;
- IX.- La impotencia incurable para la c3pula, la bisexualidad; las enfermedades cr3nicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias. No ser3n impedimentos cuando sean aceptadas por el otro contrayente;
- X.- Trastornos mentales, aunque haya espacios de lucidez;
- XI.- El matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes...”¹⁸

El matrimonio anterior no debe haber sido previamente disuelto por divorcio, nulidad o muerte de uno de los c3nyuges, esta causa subsistir3 a3n y cuando alguno de los c3nyuges lo haya celebrado de buena fe, y podr3 hacerse valer por el c3nyuge del primer matrimonio, hijos o herederos y el c3nyuge que contrajo el segundo matrimonio o por el Ministerio P3blico si ninguna de las personas mencionadas lo deduce.

Si el matrimonio se contrae mediante las prohibiciones legales, el mismo ser3 il3cito y las consecuencias jur3dicas son diversas, dependiendo cual fue la

¹⁸ C3digo Civil para el Estado de M3xico, op cit nota 4, p. 26

prohibición que se violó, persistiendo la nulidad absoluta, a la nulidad relativa o simplemente el matrimonio tendrá la calidad de ilícito, pero no nulo.

Cabe mencionar que la única nulidad absoluta en el matrimonio se deriva de la falta de formalidades esenciales que la ley señala para su validez, pues ésta puede ser invocada por los cónyuges, por cualquier interesado en demostrar que no hay matrimonio, por el Ministerio Público, es una acción que no caduca ni prescribe por el lapso del tiempo, por lo tanto el matrimonio se convalida.

EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO POR CONSTATACIÓN DE INEXISTENCIA

Por la falta de consentimiento o solemnidad que la ley exige como elementos de inexistencia del acto jurídico contrato de matrimonio.

EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO POR REVOCACIÓN

Comenzaré por mencionar en primer lugar el concepto de revocación:

Es un acto jurídico unilateral o bilateral, por medio del cual se pone fin a otro acto jurídico anterior, unilateral o bilateral, plenamente valido, por razones de conveniencia y oportunidad catalogadas subjetivamente por una sola parte, o bien apreciadas en forma objetiva por ambas, según sea el caso.

Primeramente se necesita un matrimonio existente y plenamente valido, pero como este es un contrato de “tracto sucesivo”, y al paso del tiempo, los cónyuges por razones x, se ponen de acuerdo y deciden poner fin a ese acto contrato de matrimonio, celebrando un convenio, ya sea compareciendo ante el oficial del registro civil o ante un Juez de lo familiar, según sea el caso, cumpliendo los requisitos que marca la Ley para comparecer ante uno u otro funcionario, y después de seguir el procedimiento, y de la debida formalidad

y solemnidad, se declara REVOCADO el contrato de matrimonio mediante una resolución de DIVORCIO que mas adelante estudiaremos, por tanto al decretarse la revocación, el acto matrimonial se extingue, por tanto, he aquí, que como se vera mas adelante, el Código Civil establece dos tipos de revocación bajo el nombre de divorcio.

EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO POR RESCISIÓN

Como en el caso de la revocación, es necesario primeramente dejar claro el concepto de rescisión, y al respecto, el maestro Gutiérrez y González dice: "...Es un acto jurídico unilateral por medio del cual se pone fin salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho, *ipso jure*, sin necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral planamente valido por incumplimiento culpable en este, imputable a una de las partes..."

El Código Civil para el Estado de México en su artículo 4.90 establece las causales para demandar la disolución necesaria del vinculo matrimonial, lo cual se efectúa por medio de una sentencia judicial, pues con ella se pone fin a un conflicto de intereses, derivado en la mayoría de los casos por un hecho ilícito cometido por uno de los cónyuges en agravio del otro.

Como se vera mas adelante al tratar el divorcio, la base de la demanda es precisamente la figura jurídica de la rescisión, pues cuando un cónyuge demanda la terminación fundándose en alguna de esas causales que prevé el precepto legal citado, es porque hay de por medio un hecho ilícito de su cónyuge que incumplió con culpa, el contrato de matrimonio, y en este caso el Juez de lo Civil en materia Familiar, al constatar tal situación, declara la rescisión del contrato, le pone fin, decretando el DIVORCIO, luego entonces, el divorcio que se llama necesario es " la rescisión de un contrato de

matrimonio en vista de una conducta culpable de uno de los cónyuges, decretado por el Juez Civil de lo Familiar.

EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO POR CAMBIO DE SEXO

Poco se ha escrito en México, en el ámbito del derecho al respecto y las consecuencias en las diferentes ramas del derecho civil, pero es de vital importancia pensar cuales serian las consecuencias del cambio de sexo en el contrato de matrimonio, teniendo presente que este contrato es catalogado como de tracto sucesivo, por tanto, si este implica la unión de un hombre y una mujer, no puede haber contrato, en el supuesto en que en un momento dado, ya no hay hombre o mujer, sino por el contrario, hombre y hombre o viceversa, mujer y mujer, por haberse sometido alguna de las partes a una operación de cambio de sexo, consecuentemente, el resultado de ese cambio, tendría que ser forzosamente un obstáculo insuperable para la subsistencia del contrato de matrimonio, ya que se trata de un elemento que convierte en imposible su existencia.

Sin embargo la legislación Civil del Estado de México no prevé el cambio de sexo, ni la manera en que pueda declararse con efectos frente a terceros, la disolución del contrato de matrimonio, no así en el Distrito Federal, toda vez que en el artículo 135 fracción II abre la pauta en cuanto al cambio de sexo, en el capítulo respectivo a la rectificación de actas. Siendo lo único que sirve de base para que legalmente se cambie de sexo.

EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO POR AUSENCIA

CONCEPTO.- Al hablar de la personalidad se dice que esta se extingue por la muerte, y cuando existe duda sobre la muerte de una persona debe acudir al procedimiento judicial llamado ausencia.

En derecho la palabra ausente tiene distinto sentido al que le da el lenguaje ordinario. En esa tesitura, se dice que está ausente la persona que sin dejar representante legal ha desaparecido de su domicilio, ignorándose el lugar en que se halle. El procedimiento que se sigue con este motivo tiene por objeto resolver una serie de cuestiones que se plantean al desaparecer la persona.

ETAPAS. La ausencia tiene varios períodos, que podemos resumir de la siguiente manera: presunción de ausencia, declaración de ausencia y presunción de muerte, con lo que prácticamente termina este procedimiento.

EFFECTOS

MEDIDAS PROVISIONALES EN CASO DE AUSENCIA.- Cuando una persona haya desaparecido, ignorándose el lugar donde se halle y no tenga representante, el Juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de los bienes del ausente. A continuación citará, por medio de edictos que se publican en los principales periódicos de su último domicilio, al ausente, señalándose para que se presente en un término no menor de tres meses, ni pasará de seis. Estas publicaciones también se hacen en aquellos lugares del extranjero en que se pueda presumir que se encuentre la persona ausente. Si el ausente tiene hijos menores que estén bajo su patria potestad y no hay quien la ejerza, el Juez, a petición del Ministerio Público, les nombrará un tutor. Además, se nombrará un depositario de sus bienes.

Si transcurrido el término del llamamiento, el citado no comparece, se procede al nombramiento de un representante. El representante es el legítimo

administrador de los bienes del ausente. Cada año, mediante nuevas publicaciones, se llama al ausente, el representante debe caucionar.

Estas publicaciones se hacen por dos meses, con intervalo de quince días, en los periódicos del último domicilio del ausente.

DECLARACION DE LA AUSENCIA.- Trascurridos dos años desde que ha sido nombrado el representante, se hace la declaración de ausencia. Esta puede pedirse por los presuntos herederos, por los herederos instituidos por testamento y por el Ministerio Publico. La declaración de ausencia se publicará tres meses con intervalos de quince idas, en los periódicos del último domicilio del ausente y en el periódico oficial de la localidad, ambas publicaciones se repetirán cada dos años, hasta que se declare la presunción de muerte.

La declaración de ausencia se publicara por tres meses con intervalos de quince días.

Pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el Juez declarará en forma la ausencia.

Declarada la ausencia y si hubiere testamento, el Juez ordenará que éste se abra, y los herederos entran en posesión provisional de los bienes, dando fianza que asegure los resultados de su administración. No están obligados a dar garantía: el cónyuge, los ascendientes y los descendientes. Si el ausente se presenta o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, recobrara el cincuenta por ciento de los frutos naturales y civiles de sus bienes.

PRESUNCIÓN DE MUERTE.- Cuando han transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el Juez, a petición de las partes interesadas, declarará la presunción de muerte.

Declarada la presunción de muerte, se abre el testamento del ausente, si no hubiere hecho, y los herederos y demás interesados entran en posesión definitiva de los bienes, sin garantía alguna, pero si ya se hubiere dado quedará cancelada.

Cuando se prueba la muerte del ausente, la herencia se entrega a los legítimos herederos. En caso de que el ausente se presentare o se probaré su existencia después de otorgada la posesión definitiva, recobra sus bienes en el estado en que se hallen; pero no pueden reclamar frutos ni rentas.

En ese orden de ideas, para efectos del matrimonio, debe decirse, que si este se llevo a cabo con el ahora ausente, se extingue, ya que la declaración de ausencia, vendría siendo como un “acta de defunción” en la cual se tiene por “muerto” presuntamente.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE MATRIMONIO POR MEDIO DE DIVORCIO

El divorcio es la forma más conocida por el público no especializado en materia jurídica, de poner fin al matrimonio. Por cuanto hace a esta forma de disolver el vínculo matrimonial, debe decirse que en ese sentido se hará un análisis minucioso en el apartado respectivo, por lo que únicamente se procede a definir el divorcio como la forma legal de extinguir un matrimonio válido en

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

El artículo 4.88 del Código Civil para el Estado de México refiere que el divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

CAPÍTULO 2

EL DIVORCIO

2.1.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL DIVORCIO EN MÉXICO

Poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitaban el actual territorio de nuestro país antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones varias, y estaban unidos entre si por estrechas ligas étnicas o sociales que fueron causa de afinidades numerosas.

Entre los aztecas, el vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, ya sea porque se tratara de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, ya sea porque existieran causas que ameritaban la disolución. El divorcio requería para su validez y para que produjera efectos de rompimiento del vínculo, que la autoridad judicial lo autorizara y que el que pidiera la autorización se separara efectivamente de su cónyuge.

Diferentes eran las causas del divorcio, no era frecuente ni bien visto entre los aztecas. Los Jueces se resistían a otorgarlo y solo después de reiteradas gestiones autorizaban el mismo.

Los Códigos Civiles de los años 1870 y 1884 presumían la indisolubilidad del matrimonio, pues por la ley elevada a rango constitucional no podían separarse sino hasta la muerte de uno de los cónyuges, por lo que el matrimonio que se celebraba era para toda la vida se llevara bien o no la pareja, conservando desde luego las viejas costumbres religiosas.

La etapa de la revolución o de la transformación esencial de la familia y del matrimonio comprende las leyes de Venustiano Carranza y el Código Civil en 1928 es por ello, que cuando era todavía solo el jefe de uno de los diversos bandos en plena guerra civil, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz dos intempestivos decretos, uno del veintinueve de diciembre de 1914 y el otro en 29 de enero de 1914, para introducir de improviso el divorcio vincular.

En la exposición de motivos de tales decretos se esgrimieron razones como las siguientes. El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, por que facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos y; por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas; de mayor estabilidad a los efectos y relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familiar no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza, fueron al matrimonio, a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida.

Tan fútiles argumentos y la sorpresiva precipitación de abrir la mas ancha puerta al divorcio, sólo tiene como única explicación el interés muy personal de dos ministros de Carranza, el Ingeniero Felix F. Palavincini y el Licenciado Luis Cabrera que planteaban ya desde entonces sus respectivos divorcios.

Consumada la Independencia en 1921 el Estado requería de una organización Política propia. Debido a ello todos los esfuerzos legislativos fueron dirigidos a la creación de normas jurídicas básicas que dieron como resultado la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824. La materia privada siguió siendo regulada por el viejo derecho español, fundamentalmente por las partidas.

Entre las legislaciones del siglo XIX cabe mencionar en relación al tema que nos ocupa, la ley del matrimonio Civil de 1859 expedida por Benito Juárez, en la cual se desconocía el carácter sacramental del matrimonio para convertirlo en un acto regido por las leyes civiles y el código Civil del Imperio Mexicano de 1866, expedido por Maximiliano de Hamburgo.

La Ley del divorcio vincular de 1914 expedida por Venustiano Carranza expone; que el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado y en cualquier tiempo que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal, disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Tres años después la Ley sobre las relaciones familiares, expedida también por Venustiano Carranza, moderó los preceptos de la ley de 1914 y limitó sus alcances; esta Ley estableció en México el divorcio en cuanto al vínculo.

La Ley sobre las relaciones familiares de 1917, regula el divorcio, establece doce causas muy semejantes al Código actual, regula los efectos del divorcio en forma bastante.

A lo largo del tiempo y en el siglo pasado, se consideró al divorcio como la separación temporal o definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y por lo tanto sin autorización de contraer nuevo matrimonio. A principios del siglo, se adoptó el criterio de divorcio vincular que actualmente rige, como disolución absoluta del vínculo matrimonial que deja a los esposos divorciantes en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

2.1.1 CONCEPTO

La palabra divorcio deriva de las voces latinas “ *DIVORTIUM* y *DIVERTERE*”, que significa separar lo que esta unido y tomar líneas divergentes.

Jurídicamente el divorcio se conceptúa como: “...La forma legal de extinguir un matrimonio valido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido...”¹⁹

Por tal motivo, el 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 divorciantes contraer con posterioridad un matrimonio válido, este solo puede demandarse por las causas legales previamente establecidas y ante autoridad competente, cumpliendo con todos los requisitos legales del procedimiento.

Por su parte, el artículo 4.88 del Código Civil para el Estado de México, define de modo implícito el divorcio en cuanto al vínculo al preceptuar que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, produce en consecuencia, dos efectos, uno negativo y otro positivo, en tanto que deja de existir en vínculo jurídico que obligaba a los cónyuges, así mismo, les otorga plena capacidad para volver a contraer matrimonio.

Todos los argumentos en contra del divorcio pueden sintetizarse con la frase: El divorcio es un mal necesario. Es en sí mismo, un factor de disolución de disgregación familiar, sin embargo, en innumerables casos el divorcio

¹⁹ Montero, Duhalt Sara, op cit, nota 10, p. 196.

constituye la única salida para eliminar males mayores como lo es el desgaste emocional de uno o ambos cónyuges frente a sí mismos, o, aun peor, frente a los hijos, cuando sólo existe entre ellos indiferencia, desprecio, rencor o agresión, cuando de hecho ya no son matrimonio y sólo los une el lazo legal, debe éste romperse. La Ley prevé el Instrumento necesario: EL DIVORCIO.

En tales condiciones el divorcio viene a ser la solución a las lamentables condiciones de la vida familiar, mismas que resultan más nocivas para la formación y el equilibrio emocional de los hijos, ya que si bien es cierto, mediante este, los hijos sufrirán la separación de sus padres, pero no serán testigos imponentes de sus pasiones negativas. Ante esas circunstancias, el divorcio es un mal menor, porque evita males mayores, por ello es que se dice y debemos entender al divorcio como un mal necesario.

SEPARACIÓN Y DIVORCIO.- Consiste en el derecho de los cónyuges a concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial de romper el vínculo matrimonial, persisten en esta situación los demás derechos derivados del matrimonio tales como la fidelidad, los alimentos, etcétera.

El divorcio separación; produce las siguientes consecuencias jurídicas: a).- Extinción del deber de cohabitación y del débito conyugal. B).- 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; c).- Custodia de los hijos por el cónyuge sano.

EL DIVORCIO COMO FIGURA CONTROVERTIDA

El divorcio es y sobre todo fue en el pasado, una figura álgidamente controvertida, razones de peso se esgrimen en pro y en contra de esta figura, aquellos que se oponen al mismo aducen que el divorcio es factor primordial de la desintegración familiar y la descomposición social por ser la familia la célula social.

Es la expresión legal y final del fracaso conyugal, cuyas causas suelen ser enumeradas y que, ante la real quiebra del matrimonio se convierte en indebida, injusta y hasta inmoral la persistencia del vínculo legal, pues impide aquellos que no pueden divorciarse, intentar una nueva unión lícita, que podrá prosperar y ser la base de una nueva familiar solidamente constituida.

El divorcio que regularon todas las culturas sin oposición alguna es aquel que no rompe el vínculo matrimonial, que únicamente extingúe la obligación de convivencia entre los casados, pero en el persisten además obligaciones.

El divorcio vincular es aquel que ha producido mayores polémicas porque extingue totalmente el vínculo en todas sus consecuencias, se esgrimen en contra de este razones de carácter religioso, político, ético y psicológico, y deja a los cónyuges totalmente libres para volver a casarse.

El divorcio va contra la ética, aducen los moralistas, falso argumento, no es el divorcio en si mismo inmoral, es más bien la disolución a la convivencia inmoral de los que ya nada tienen entre si lazos afectivos. Cuando solo existe entre ellos indiferencia, desprecio, rencor o agresión, cuando de hecho ya no son matrimonio y solo los une el lazo legal, debe este de romperse, la ley prevé el instrumento necesario , “El divorcio “.

El divorcio como instituto no puede ser calificado en términos de bueno o malo, como se ha hecho hasta ahora, ya que considero que debe ser calificado en términos de utilidad, el divorcio es un instituto útil en las relaciones familiares pues aporta una solución a un conflicto. No es un instituto perfecto ya que solo aporta un principio de solución para resolver un problema afectivo, es decir, es un instituto que se estructura en un plano diferente al conflicto que pretende resolver, por lo cual la solución llega solo parcialmente, considerándose que el resto debe ser aportado por la pareja que se divorcia.

“...El tema de los hijos divorciados es muy recurrido para acatar a esta institución, sin embargo, cada vez con mayor frecuencia antropólogos, sociólogos y psicólogos desmienten estos fundamentos, por ejemplo, Rheinstein criticando al sistema judicial afirmo:

En realidad no existen huérfanos del divorcio, sino huérfanos como consecuencia de la separación o el abandono, si se habla del debilitamiento del matrimonio. Tal deprivación es el efecto de la sentencia del Tribunal de divorcio de la cual puede seguirse o no la ruptura factica del matrimonio. Si estamos interesados en la estabilidad de la familia, en las tendencias de su desarrollo y en las formas en que puede ser protegida o fomentada, debemos fijarnos, por tanto, en los caos de quiebra afectiva del matrimonio mas que en las sentencias de divorcio ...”²⁰

En este contexto el divorcio no es mas que una alternativa funcional, que la sociedad pone al servicio de la pareja, cuando su relación ha dejado de ser satisfactoria o ha dejado de cumplir sus fines o se ha vuelto tan conflictiva que deja de tener sentido real al mantener la unión externa.

²⁰ Cfr. Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op cit, nota 1, p. 40.

Las repercusiones psicológicas del divorcio son otro de los argumentos en contra del divorcio, ya que este constituye un hecho debidamente comprobado de que afecta la psique de los divorciados, hiriéndoles en numerosos casos a ambos o a uno más que a otro, y ni que decir de los hijos, ya que en ellos se agudiza más las consecuencias negativas del divorcio, porque ven dividido su mundo afectivo en dos fracciones irreconocibles, los hijos cualquiera que sea su edad y condición sufren irremisiblemente la desunión de sus padres.

2.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO

El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio deja de producir sus efectos, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros. Luego entonces, para comprender bien la naturaleza jurídica del divorcio habría que precisar la naturaleza del matrimonio mismo, por ello, ha sido analizada en el capítulo anterior.

A simple vista podría resultar evidente señalar que el divorcio es una figura cuya naturaleza jurídica es propia, pues sirve para disolver el contrato de matrimonio, pero no es así; el maestro Gutiérrez y González señala "...que el divorcio no tiene una naturaleza jurídica propia, sino que corresponde, según el tipo de divorcio, a dos diferentes figuras jurídicas de la Teoría de las Obligaciones, como manera de extinguir éstas..."²¹

El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio deja de producir sus efectos, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros.

²¹ *DERECHO CIVIL PARA LA FAMILIA*, México, Editorial Porrúa, S. A, 2004, p. 497

2.1.3 DIFERENTES CLASES DE DIVORCIO

El divorcio puede ser clasificado por sus efectos en:

A).- **Divorcio Vincular.**- Llamado divorcio pleno, es aquel que rompe con el vínculo matrimonial y deja en aptitud a los divorciados de contraer matrimonio.

B).- **Divorcio por simple separación de cuerpos.**- Llamado menos pleno y es aquel que no permite contraer nuevo matrimonio, ya que únicamente suspende a los cónyuges la obligación de vivir juntos, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio, como el deber de fidelidad.

En atención a la voluntad de los cónyuges:

A).- **Divorcio unilateral o repudio.**- Es aquel en que la sola voluntad de uno de los cónyuges basta para poner fin al matrimonio.

B).- **Divorcio por mutuo consentimiento, voluntario o por mutuo acuerdo:** Es aquel que requiere del acuerdo de voluntades de ambos cónyuges para poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causa alguna.

C).- **Divorcio causal necesario o contencioso.**- Es aquel que requiere de la existencia de una causa o razón suficiente grave, que haga posible o al menos difícil la convivencia conyugal, la acción se otorga al esposo que no hubiera dado causa para el divorcio y cuando, sin culpa de alguno de los esposos la vida en común se deteriora por enfermedad, impotencia o locura, también existe la facultad de disolver el vínculo, concediéndole esta acción al cónyuge sano, dividido a su vez en:

1.- Divorcio sanción: Es aquel que presupone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio y el divorcio, aplicándose la sanción al culpable, esta acción es ejercitada por el cónyuge, quien puede perdonarla, o permitir que la acción prescriba.

2.- Divorcio remedio.- En este tipo de divorcio, no se habla de un cónyuge culpable, pues no le es imputable la causal como es el caso de enfermedades graves, contagiosas e incurables, la impotencia o la locura, la acción es a través de esas causas que den motivo para no llevar una convivencia normal, y poner fin a la relación.

La legislación civil mexicana admite los diferentes divorcios según diversos criterios, desde el punto de vista de la autoridad ante la cual se tramitan:

A)- Divorcio Judicial o Administrativo.

Desde el punto de vista de las causas que lo originan, puede haber:

A).- Divorcio Necesario o Divorcio Voluntario.

Como el divorcio administrativo es siempre voluntario, este podemos a su vez subdividirlo en judicial y administrativo, siendo siempre judicial el necesario, los cuales durante el desarrollo del presente apartado se analizaran respectivamente.

DIFERENTES TIPOS DE DIVORCIO QUE REGULA EL CÓDIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO, EN VIGOR:

Los citados ordenamientos legales regulan dos tipos de divorcios:

a) El divorcio administrativo, o decretado por el estado a través de un funcionario de su órgano administrativo o ejecutivo.

b) El divorcio judicial, o decretado por el estado a través de un funcionario de su órgano judicial.

2.2 DIVORCIO ADMINISTRATIVO

El Divorcio Administrativo procede, cuando los esposos son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo han liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron y este se tramita ante el oficial del registro civil.

Es muy rápido y sencillo, pues resulta suficiente para decretar la disolución del vínculo matrimonial, sin necesidad de un juicio, sino sólo a través del trámite ante el oficial del registro civil en el que este reúna los requisitos establecidos por el artículo 4.105 del Código Civil en consulta.

Al respecto, dicho precepto legal refiere que la procedencia del mismo ha lugar cuando ambos cónyuges CONVENGAN en divorciarse, sean mayores de edad, no tengan hijos menores de edad, o mayores sujetos a tutela, y hubieren liquidado la sociedad conyugal si la había, podrán ocurrir personalmente ante el oficial del registro civil del lugar de su domicilio, comprobando que son casados, mayores de edad y manifestando su voluntad de divorciarse. El divorcio a que refiere el citado precepto legal, no podrá pedirse sino una vez transcurrido un año de la celebración del matrimonio.

2.1.1. REQUISITOS

El divorcio administrativo, es uno de los procedimientos para obtener el divorcio por mutuo consentimiento, este deberá tramitarse ante el oficial del Registro Civil del domicilio conyugal, personalmente, en el que deberán llenar la solicitud de divorcio a la que acompañarán el acta de matrimonio y el

comprobante de mayoría de edad de los cónyuges, si por su aspecto esta no es obvia.

El papel del oficial del registro civil, conocido comúnmente como Juez, sólo se limitará a verificar la presentación de los documentos necesarios, identificará a los consortes y levantará el acta respectiva, para que estos la ratifiquen en el término de quince días, por tanto en la hipótesis del artículo 4.105 del Código Civil para el Estado de México, para este tipo de divorcio se requiere:

- a) Que haya pasado un año o más, desde que se celebró el matrimonio,
- b) Que convengan en divorciarse.
- c) Que ambos cónyuges sean mayores de edad.
- d) Que hayan liquidado la sociedad conyugal, si se sujetaron a ese sistema de régimen patrimonial.
- e) Que no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y
- f).- La voluntad de divorciarse.

2.2.2 PROCEDIMIENTO

El oficial del registro civil, previa identificación de los consortes, y una vez cubiertos los requisitos antes mencionados, redactará acta en la que hará constar la solicitud de divorciarse. Citará a los cónyuges para que dentro del plazo de quince días se presenten a ratificarla, previa exhortación de avenimiento. Hecha la ratificación por los cónyuges, el oficial del registro civil los declarará divorciados, redactando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta de matrimonio.

Este tipo de divorcio, es sin perjuicio de que los cónyuges puedan ocurrir ante la autoridad judicial, para realizar el divorcio por mutuo consentimiento, en términos de los ordenamientos aplicables.

DIVORCIO JUDICIAL

Este tipo de divorcio, requiere necesariamente su tramitación ante la presencia de un Juez Civil o de lo Familiar, y puede ser de dos diferentes tipos:

- a) Divorcio judicial por mutuo consentimiento, y
- b) Divorcio judicial necesario, o por controversia.

2.3 DIVORCIO JUDICIAL VOLUNTARIO (PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO)

Es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de los cónyuges.

Se recurre a este tipo de divorcio, cuando no se satisfacen por los divorciantes todos los requisitos señalados en el apartado anterior y que señala el artículo 4.105 del Código Civil para el Estado de México, pero si se llenan algunos de ellos, y entre éstos, el más importante, que es, que convengan en divorciarse, este tipo de divorcio se encuentra regulado por el Libro Segundo, Título Sexto, Capítulo II referente a los procedimientos especiales previsto por los artículos 2.275 al 2.284 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Es importante aclarar que en este tipo de divorcio la cuestión trascendental es que no hay cuestión litigiosa entre los cónyuges, pues se presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y el lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial del cual más adelante entraremos al análisis. Por ello, debe decirse que la cuestión entre las partes en el divorcio voluntario judicial, no es en sí la disolución del vínculo conyugal, sino la validez del convenio que los cónyuges someten a consideración del Juez.

2.3.1 REQUISITOS

Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges lo soliciten al Juez de lo familiar o civil si en el lugar en el que se promueve el divorcio, carece del primero de los nombrados, en los términos en que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio, presentando el convenio que establece el artículo 4.102 del Código Civil para el Estado de México, el que deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. El domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento.
- II. La cantidad que por alimentos deba cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacerlo y la garantía que debe darse para asegurarlos. (los alimentos pueden garantizarse mediante fianza, hipoteca, depósito u orden de pago al lugar de trabajo del deudor alimentario).
- III. Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guarda y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia.

- IV. La determinación del que debe cubrir los alimentos de los hijos, así como la forma de pago y su garantía, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.
- V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.

Asimismo, a dicha solicitud, se debe adjuntar copia certificada del acta de su matrimonio y nacimiento de sus menores hijos.

Intervendrán como partes en el proceso, los cónyuges y el Ministerio Público cuya participación es para velar los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores e interdictos, así también para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio y el Juez que será quien aprobará el convenio presentado.

El Cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar su divorcio por mutuo consentimiento, Los cónyuges comparecerán personalmente a la junta de avenencia.

2.3.2 PROCEDIMIENTO

Presentada la solicitud, oyendo al Ministerio Público, el juez citará a los cónyuges a una junta dentro de los quince días siguientes, en la que procurará avenirlos, si no logra la reconciliación, en la misma junta, analizará el convenio, señalando a los cónyuges los puntos que no se ajustan a derecho, o que no considera de equidad, proponiéndoles que lo corrija o ajusten, dentro del plazo de cinco días el Juez dictará resolución , en la que decidirá sobre el convenio, y si lo aprueba, declarará la disolución del vínculo matrimonial.

Si dejaren pasar más de noventa días naturales sin continuar el procedimiento, el Juez de oficio decretará la caducidad.

La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aun no hubiere sentencia ejecutoria, comunicándolo al Juez.

El Ministerio Público podrá oponerse a la aprobación del convenio por considerar que este viola los derechos de los hijos o bien que no quedan bien garantizados estos, proponiendo las modificaciones que estime procedentes, El Juez lo hará saber a los cónyuges, para que manifieste lo que les corresponda. En caso de que no acepten el Juez resolverá en la sentencia lo que proceda, procurando en todo caso que queden debidamente garantizados los derechos de los hijos, ya que de no aprobarse este convenio no se disolverá el matrimonio.

Será Juez competente el del domicilio conyugal. La sentencia que decrete es irrecurrible, la que lo niegue es apelable con efecto suspensivo.

2.3.3 CONVENIO EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO

Este convenio reglamentado por el Código Civil para el Estado de México en el artículo 4.102, contiene los puntos mínimos que deberán pactar los cónyuges, dejando a su mas entera libertad para adicionar al convenio las situaciones que estos consideren necesarias para evitar conflictos futuros, siempre y cuando, tengan presentes los principios directrices o normas fundamentales del derecho de familia, así como los límites naturales y legales, como son los derechos naturales e innatos de los progenitores, por tanto irrenunciables, procurando en todo momento el bienestar para los hijos

y de los mismos cónyuges, toda vez que cualquier pacto que exceda los límites, violaría los principios naturales y legales de la institución familiar o conyugal, y traería como consecuencia la nulidad que afectaría al convenio, de aquí se desprende la importancia de la participación del Juez, quien es el encargado de que el convenio celebrado entre las partes se haya celebrado con absoluta libertad, así mismo, este se encuentre ajustado conforme a derecho, vigilando se satisfagan las disposiciones de orden público, interés social y buenas costumbres, para lo cual será auxiliado por el Ministerio público, quien protegerá los intereses de los hijos, los cuales prevalecerán sobre los de los progenitores.

El convenio de divorcio, según el precepto legal antes invocado, deberá contener las siguientes cláusulas a que ya hecho alusión al respecto dentro de los requisitos para su procedencia.

INTERVENCIÓN DEL JUEZ Y DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA APROBACIÓN DEL CONVENIO

Dadas las circunstancias del convenio celebrado por los consortes, y como se ha expuesto líneas anteriores, el Juez, analizará el convenio presentado, señalando a los cónyuges los puntos que no se ajusten a derecho, o que no considera de equidad, proponiéndoles que lo corrijan o ajusten, así mismo, dará la intervención al representante del Ministerio Público, cuando así se considere necesario en lo referente a los asuntos de los menores. Se infiere que el Ministerio Público únicamente puede oponerse a la aprobación del convenio, cuando éste contenga estipulaciones contrarias a los derechos y bienestar de los hijos menores de edad e interdictos, con dicha oposición, se le da vista a los cónyuges para que modifiquen el convenio en base a lo solicitado por el funcionario, si no lo hicieren, el Juez resolverá en justicia, siempre atendiendo los derechos e intereses de los hijos.

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO QUE SIRVE DE BASE AL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, LLAMADO DIVORCIO VOLUNTARIO.

El convenio es un verdadero contrato de derecho público por que tanto el Estado como la sociedad, tiene interés en que se otorgue conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio, habida cuenta de que están de por medio los intereses de los hijos menores y los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, todo lo cual concierne a la institución de la familia.

Es un contrato sui-generis porque la ley obliga a los consortes a incluir en el, diversas estipulaciones sin las cuales carece de validez y eficacia jurídica, en otras palabras, los cónyuges no tienen plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones legales.

En materia de divorcio voluntario, para hacer cumplir los preceptos legales relativos al convenio, el Ministerio Público es parte en este juicio, porque la función específica que le esta encomendada, es precisamente la de intervenir para ese fin.

También tiene la particularidad de que cuando haya sido aprobado por el Juez mediante sentencia ejecutoria, la violación del mismo no da lugar a la rescisión de este para obtener mediante ella que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de haberse celebrado. Esto es, los cónyuges tienen el derecho de pedir que se cumpla el convenio y aún lograrlo mediante su ejecución forzosa por la vía Judicial.

2.3.4 AVENENCIA

“...El nuevo diccionario jurídico mexicano refiere que por su parte, en el Diccionario de la lengua castellana la palabra avenencia significa: Comparecer, ajustar los anónimos de quienes estaban opuestos entre sí. Jurídicamente se estima como la voluntad espontánea de cualquiera de las partes en un litigio para ponerle fin...”²²

En la terminología procesal, la avenencia se toma como sinónimo de conciliación, empero en realidad, la distinción entre ellas es enorme, tomando en consideración la opinión de diversos autores entre ellos que encontramos a Eduardo Couture quien señala que una es la especie y la otra el es el género. Para el, tanto el acto procesal que consiste en intentar ante un Juez un acuerdo amigable como el avenimiento no encuentra etimológicamente una profunda distinción, pero para otros autores Franceses e Italianos, la diferencia es en principio el acuerdo entre las partes, en tanto que la conciliación es el resultado de tal acuerdo, la avenencia sería pues la tentativa de solución y la conciliación la solución misma.

Asimismo, por conciliación se debe entender como el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos que permite resulte innecesario dicho proceso. Es asimismo el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas.

Sin embargo, para la doctrina, estas dos figuras, así como la transacción, el allanamiento o el desistimiento son actos de “autocomposición” en cuanto,

²² Instituto de Investigaciones Jurídicas, *NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*, 7ª ed, México, Editorial Porrúa S.A, UNAM, 2007, p. 296.

constituyen medios para resolver un juicio mediante un acuerdo de voluntades, ya que en todas ellas, las partes se hacen recíprocas concesiones para no continuar el proceso. La diferencia entre estas, es que en la avenencia esto se logra mediante el reconocimiento por el actor o demandado de que su contrario tenga en parte razón y no quiere rendirse ante el peso de sus argumentos, sino por el contrario, busca una forma de llegar a un arreglo en la cual resulten menos lesionados sus intereses; en tanto que en la transacción, el allanamiento o desistimiento, la legislación impone el cumplimiento de determinados requisitos para hacerlas posibles, de esta manera sólo el actor puede desistir de la acción intentada y sólo el demandado puede allanarse a las acciones del actor; ambas partes pueden transigir, pero esto no significa avenir o conciliar, es decir, llegar a un acuerdo voluntariamente.

AVENIMIENTO.- Es el acto procesal por el cual las partes vinculadas a un proceso, convienen en terminar el juicio estableciendo las condiciones que cada parte ha de cumplir. El **avenimiento** puede ser producto del llamado a conciliación que haga el juez, o producto de la actividad de las mismas partes. En el primer caso, en la audiencia de conciliación se levanta un acta con los acuerdos de las partes. En el segundo, en un escrito de común acuerdo, las partes someten a la autorización del tribunal el acuerdo. En ambos casos, legalmente ejecutado, el **avenimiento** tiene el valor de cosa juzgada.

Avenimiento significa ajuste, concordato, entendimiento o conformidad entre parte discordes. Entenderse para evitar o superar un pleito o un conflicto. Amoldarse o conformarse con algo. Encontrar armonía o conformidad.

Esta transigencia de intereses o pretensiones supone una situación previa de igualdad entre las partes, porque no puede acordar libremente quien no se encuentra en igual plano de oportunidades frente al otro.

2.4 DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO

Es la disolución del vínculo matrimonial a petición del cónyuge, decretada por autoridad Judicial competente y en base a causa específicamente señalada en la Ley.

Este divorcio también se le denomina contencioso, en virtud de ser demandado por un cónyuge en contra del otro, a diferencia del voluntario, en que ambos cónyuges se ponen de acuerdo y no establecen controversia entre ellos.

Este tipo de divorcio, siempre se tramita ante un Juez civil o de lo familiar, y la demanda que se formule, puede pedirse en base a las causales que enuncia el artículo 4.90 del Código Civil para el Estado de México, sin embargo, al no ser objeto de estudio de presente trabajo el análisis de esas causas, en virtud de que en este apartado se analizan los tipos de divorcio, no así las causales que la ley establece como fundamento del mismo, por ello, únicamente a menara enunciativa citare dicho precepto legal:

CAUSALES

Artículo 4.90.

Son causas de divorcio necesario:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

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

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

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

VI.- La incitación o a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.

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

VII.- Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea demás contagiosa o hereditaria;

VIII.- Padecer enajenación mental incurable;

IX.- La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

X.- (derogada).

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

XII.- La negativa de los cónyuges a darse alimentos;

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión conmutable;

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

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

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

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

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

Por lo que una vez analizados los tipos de divorcios regulados por la Legislación del Estado de México, se colige, que en los divorcios administrativo y el judicial por mutuo consentimiento, no se tiene que expresar la causa que origina promover el mismo, sino basta únicamente con externar la voluntad de divorciarse, y formular el convenio del caso.

En cambio, en el divorcio contencioso, necesariamente se tiene que expresar al Juez Civil o de lo Familiar cual es el motivo o causa por el cual se demanda la terminación del vínculo de matrimonio, y para tal efecto, deberá invocar alguna de las causales que enumera el artículo 4.90 del Código Civil para el Estado de México, más aún, probarla en juicio, por tanto, el Juez, después de ver que se siga el procedimiento ante el, cumpliendo con todas las formalidades que establece la ley adjetiva, decretará la terminación de dicho vínculo.

DIVORCIO CONTENCIOSO:

- a) Es pues, que el divorcio contencioso se lleva a cabo en un juicio cuyas notas esenciales son, que es un juicio ordinario civil cuya competencia

se atribuye a los Jueces de primera instancia, en el que se pronuncia sentencia que es al mismo tiempo constitutiva y de condena; constitutiva porque mediante ella se pone término a un estado jurídico y se produce un nuevo estado civil, se pone de manifiesto porque solo mediante ella puede desatarse el vínculo conyugal incluso en el divorcio voluntario; y de condena porque impone determinadas responsabilidades y sanciones al cónyuge determinado culpable.

El estado civil de las personas es una determinada situación jurídica que existe no solo entre ellos, sino erga omnes, es decir, respecto de los demás miembros de la sociedad, incluso respecto del estado mismo, eso sin dejar de mencionar por su puesto que directamente afecta a los hijos de los cónyuges que se divorcia, que no sean mayores de edad o que siéndolo se encuentren en estado de interdicción.

PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO

- 1.- La existencia de un matrimonio válido.
- 2.- Que exista al menos una de las causas legales que produzcan la acción de divorcio.
- 3.- Que dicha acción se ejercite en tiempo hábil o sea dentro de los seis meses siguientes a que el cónyuge inocente tuvo conocimiento del hecho culposo del otro cónyuge generador de la acción. Excepto en causas de tracto sucesivo.
- 4.- Que no haya mediado por parte del cónyuge inocente perdón expreso o tácito.
- 5.- Que se promueva ante Juez competente.
- 6.- Que la parte que promueva tenga capacidad y legitimación procesal para hacerlo.

7.- Que el escrito de demanda se ajuste a los preceptos legales preestablecidos, esto es, deberán seguir ciertas formalidades procesales.

2.4.1 FORMALIDADES PROCESALES

EL juicio de divorcio debe de llevarse con todas las formalidades de carácter procesal, en un juicio ordinario civil que exige el código de la materia, toda vez que como lo señala el artículo 2.107 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, en el juicio ordinario se tramitarán todas las acciones que no tengan un procedimiento específico.

Se tramita a través de cada una de las etapas procesales que son las siguientes:

ETAPA POSTULATORIA

- Presentación de la demanda.- Acompañando para tal efecto copias certificadas del acta de matrimonio y nacimiento de los hijos si los hubiere, en la que se reclamará la disolución del vínculo matrimonial, por las causas enumeradas en el artículo 4.90 del Código Civil para el Estado de México, reuniendo todos y cada unos de los requisitos que enumera el artículo 2.108 del Código Civil en cita.

Admitida la demanda el Juez mandará emplazar a la parte demandada, señalando para tal efecto un término de NUEVE DIAS para que de contestación a la misma.

- Contestación de la demanda.- En la contestación de la demanda, el cónyuge emplazado deberá contestar cada uno de los hechos aducidos

por el actor, confesándolos o negándolos, si son hechos propios o expresando los que ignore o refiriéndolos como crea que tuvieron lugar.

El silencio y las evasivas harán que se tengan por admitidos los hechos sobre los que no se suscitó controversia. Las excepciones y defensas que tenga el demandado se harán valer al contestar la demanda, en su caso, en el mismo escrito podrá interponer demanda reconvenzional en contra de su colitigante, satisfaciendo los requisitos sobre la demanda y su contestación.

- Traslado con la demanda reconvenzional.- De presentarse esta, el Juez de igual forma correrá traslado a la parte demandada en la reconvección, quien dará contestación a la incoada en su contra en igual término de nueve días.

ETAPA PROBATORIA

- Junta de Conciliación.- En el auto que tenga por contestada o dada por contestada la demanda o reconvección, en su caso, se citará a las partes a una audiencia, dentro de los cinco días siguientes, en la que el Juez, precisará los puntos de controversia e invitará a las partes a una conciliación. Si se logra la conciliación se levantará acta y tendrá los efectos de una transacción y se homologará a sentencia que tendrá la fuerza de cosa juzgada.

No habiéndose obtenido la conciliación, el Juez resolverá en dicha audiencia sobre las excepciones procesales y la de cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento, ordenando para ello el desahogo de alguna prueba si lo estima pertinente.

- Dilación probatoria.-En la audiencia conciliatoria, si no se logra avenir a las partes o no asisten, y el negocio exige prueba, EL Juez concederá un plazo común de cinco días para ofrecerlas y de quince para su desahogo, contados a partir del día siguiente si asisten las partes, o de que se notifique el auto.

ETAPA PRECONCLUSIVA:

- Fase de alegatos.- Concluido el plazo de desahogo de pruebas, dentro de los tres días siguientes, las partes pueden presentar sus alegatos por escrito.

ETAPA DE EJECUCIÓN:

- Sentencia.- Concluido el plazo para alegar se dictará sentencia. Las sentencias definitivas se dictarán dentro de los quince días siguientes a la fecha de citación. Sólo cuando hubiere necesidad de que el Juez examine documentos cuya complejidad así lo exija, podrá disponer de un plazo adicional de ocho días, según lo prescribe el artículo 1.193 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Dicha resolución declarará o no procedente la vía intentada, declarará o no disuelto el vínculo matrimonial y si esto fuera procedente, una vez que cause ejecutoria el fallo respectivo, se mandara copia certificada de la misma al Oficial del Registro Civil ante el cual contrajeron nupcias los cónyuges divorciantes a fin de que realice las anotaciones marginales respectivas en el acta de matrimonio.

2.4.2 EFECTOS PROVISIONALES

Para los efectos del divorcio debemos distinguir entre los efectos provisionales, que se producen durante la tramitación del juicio, y los efectos definitivos que se causan una vez pronunciada la sentencia ejecutoriada que disuelve el vínculo matrimonial. Se tratarán sucesivamente por tanto, los efectos provisionales y después los efectos definitivos.

Efectos provisionales.- Se consideran efectos provisionales aquellas medidas que decreta el Juez sólo mientras dure el juicio de divorcio, el artículo 4.95 del Código Civil para el Estado de México enuncia éstas, las cuales pueden dividirse en tres clases, las que conciernen a los cónyuges, a los hijos y las relativas a los bienes y obligaciones de naturaleza patrimonial.

a).- Respecto de los cónyuges: El Juez deberá decretar la separación de los cónyuges, asegurando los alimentos que deba dar el cónyuge alimentario al acreedor o a los hijos; dictará las medidas necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona ni en sus bienes.

b).- Respecto a los hijos.- Si se pusieran de acuerdo, el cuidado de los menores habidos en matrimonio quedará a cargo de la persona que los cónyuges determinen, a falta de acuerdo, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en funciones del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela, proveyendo de igual forma

respecto de los alimentos que deba dar el cónyuge que no detente la guarda y custodia a los hijos.

c).- Respecto de los bienes.- El Juez dictará las medidas conducentes para que ninguno de los cónyuges cause perjuicio a los bienes del otro o a los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos, evitando que los oculten o dispongan de ellos.

2.4.3 EFECTOS DEFINITIVOS

Se consideran efectos definitivos, aquellos que se actualizan al dictarse la sentencia que decreta el divorcio y, que por consiguiente, establecen, el nuevo estado de los cónyuges, la situación de los hijos y la repartición de los bienes para el futuro.

Una de las particularidades de las sentencias que se pronuncian en los juicios de divorcio, sea en los voluntarios o en los necesarios, consiste en que únicamente alcanzan la autoridad y la fuerza de la cosa juzgada material cuando el fallo concede en divorcio, tan solo en lo relativo a la disolución del vínculo matrimonial, pérdida de la patria potestad, declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, empero no en lo relativo al monto de la pensión alimenticia, obligación de pagarla y la situación de los hijos.

En efecto, rigen respecto de ella los artículos 1.204 del Código de Procedimientos Civiles, que dice: “Las resoluciones Judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.” y “ Las sentencias dictadas en los juicios de alimentos, sobre patria potestad, interdicción, procesos judiciales no contenciosos y las demás que prevengan las Leyes, sólo tendrán autoridad de cosa juzgada

mientras no se alteren o cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente; sólo podrán alterarse o modificarse mediante nuevo juicio.

a).- Respecto de los cónyuges.- El efecto principal es el rompimiento del vínculo matrimonial, con lo que termina la obligación derivada del matrimonio, es así que ambos cónyuges se encuentran en posibilidad de contraer un nuevo matrimonio válido, siendo que el cónyuge culpable tendrá derecho a contraer nuevo matrimonio pasados dos años contados a partir de la sentencia ejecutoriada del divorcio. El cónyuge culpable deberá dar alimentos al otro, esto en razón de sus posibilidades y su situación económica, así como las necesidades de quien deba recibirlos.

b).- Respecto de los hijos.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, a su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio.

c).- Respecto de los bienes.- Han quedado precisados los efectos del divorcio en cuanto a la persona de los divorciados; ahora estudiaremos las consecuencias de tipo patrimonial que origina la disolución del matrimonio. Podríamos dividirlos en tres aspectos:

En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal: En el Código Civil, como el divorcio origina la disolución del matrimonio, necesariamente debe traer consigo la disolución de la sociedad conyugal si bajo ese régimen contrajeron nupcias.

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, por ende, ejecutoriada el divorcio se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las medidas necesarias para asegurar las obligaciones que queden tendientes entre los consortes o con respecto a los hijos.

Como consecuencia de, se deberá inscribir la sentencia de divorcio una vez ejecutoriada, para lo cual, el Juez remitirá copia certificada de ella al Oficial del Registro Civil de su jurisdicción y ante quien se celebró el matrimonio, para que a costa de los interesados se realicen los asientos correspondientes.

En virtud de lo anterior, se concluyen los efectos definitivos de la sentencia de divorcio en los siguientes puntos:

- Deja en aptitud a los divorciados de contraer nuevas nupcias.
- EL cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años.
- Para los que se divorciaron voluntariamente, se podrán volver a casar después de un año.
- La mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente.
- El marido honesto tendrá derecho a alimentos cuando este imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios.
- La inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro Civil, así como su anotación en las actas respectivas.
- Ejecutoriada el divorcio se procederá a la división de bienes comunes.

Sanciones que establece la ley al Cónyuge culpable.

El divorcio trae como consecuencia sanciones que se aplican al cónyuge culpable, lo que hay que tener en cuenta al entablar la demanda a fin de comprenderlas en el mismo escrito, tomando en cuenta que las sanciones provienen de la misma causa del divorcio.

Son las siguientes:

- a).- la pérdida de la patria potestad sobre los hijos habidos en matrimonio.
- b).- La obligación de pagar alimentos al otro cónyuge y a los hijos menores de edad o emancipados.
- c).- La de pagar al cónyuge inocente los daños y perjuicios que le produzca el divorcio.
- d).- La de no poder contraer nuevo matrimonio sino después de transcurridos dos años desde la fecha en que se decretó el divorcio.
- e).- La de devolver las donaciones hechas a su favor por concepto del matrimonio.

2.4.4 FORMAS DE CONCLUIR EL DIVORCIO CONTENCIOSO

El divorcio contencioso puede concluir por lo siguiente.

DESISTIMIENTO

El desistimiento de la acción o de la Instancia, de acuerdo con los supuestos que establece el artículo 1.240 del Código Procesal Civil para el Estado de México.

Asimismo, y toda vez que si bien es cierto, que el desistimiento de la demanda no produce la pérdida de los derechos de la acción de divorcio, no menos cierto es, que si durante la tramitación del juicio y antes de presentar la nueva demanda han transcurrido los seis meses a que alude el artículo

4.91 del Código Civil para el Estado de México, para la caducidad de la acción de que se trata, ésta se extinguirá por la misma caducidad.

Desistimiento de la acción de divorcio: A diferencia de la anterior, este desistimiento extingue dicha acción, que no podrá ser ejercitada por los mismos hechos que sirvieron de fundamento a la acción anterior, con la salvedad de que estos hechos se repitan.

PERDON DEL OFENDIDO

El cónyuge culpable, es decir, el actor otorgue al cónyuge culpable, su perdón, el cual puede ser tácito o expreso tal y como lo dispone el artículo 4.93 del Código Civil para el Estado de México. Consiste en la declaración de voluntad por parte de quien lo otorga de no hacer valer las sanciones y responsabilidades que tiene derecho de ejercitar en contra del cónyuge culpable.

POR RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES

En este caso, únicamente produce tal efecto, cuando se efectúe antes de que concluya el juicio de divorcio con sentencia firme e irrevocable de acuerdo como lo dispone el artículo 4.94 del Código Civil, el cual a la letra dice. “ La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoria, comunicándolo al Juez”.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Según lo establecen los artículos 1.240 fracción IV y 1.243 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, la caducidad opera cuando no se haya verificado ningún acto procesal ni promoción, durante un plazo continuo de ciento ochenta días naturales, contados de fecha a fecha a

partir de que se haya verificado el último acto procesal o hecho la última promoción.

POR RENUNCIA

Cuando el cónyuge ofendido, es decir el actor en dicho juicio, renuncia a sus derechos y exija al otro cónyuge que se allane a vivir con el.

POR MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Son obvias las razones que fundan esta manera de terminar el juicio, que no necesitan de mayor explicación, basta con mencionar que la muerte disuelve el matrimonio.

POR TRANSACCIONES Y CONVENIOS CELEBRADOS EN EL JUICIO Y APROBADOS POR EL JUEZ

El punto de partida para la ponente es el conocimiento del valor que se ha dado a los convenios celebrados por las partes en conflicto. El convenio es un verdadero contrato de derecho público, por que tanto el Estado como la sociedad, tienen interés en que se otorgue conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio, habida cuenta, de que están de por medio los intereses de los hijos menores y los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, todo lo cual concierne a la institución de la familia.

Proviene del latín *conveniere* que significa ser de un mismo parecer, ajuste o concierto entre dos o más partes.

Es un contrato *sui-generis* porque la ley obliga a los consortes a incluir en el, diversas estipulaciones sin las cuales carece de validez y eficacia jurídica, en otras palabras, los cónyuges no tienen plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones legales.

Es más, estos convenios representan un medio más útil de solución del conflicto, no sólo porque evitan el desgaste jurisdiccional y los gastos que siempre implica el juicio, sino también porque, en la medida que se trata de una solución libremente acordada.

El convenio entre particulares constituye una fuente formal del derecho, ya que estos por su propia voluntad, se fijan normas de observancia obligatoria para regir su conducta futura relativamente a lo pactado por ellos en el propio convenio. Este acuerdo de voluntades tiene un rango jurídico, de tal forma que su falta de acatamiento hace incurrir al infractor en la sanción que muchas veces se fija entre los propios contratantes denominada pena convencional.

Los convenios que producen, transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

El convenio se encuentra dentro de los medios de extinción del proceso y a través de este medio se concluye el mismo salvo cuando dentro del mismo convenio se prevé sobre que pretensiones debe continuarse el procedimiento, sin embargo, se pues concluir el procedimiento aun en la fase de alegatos antes de emitir sentencia a través del convenio, toda vez que al ser el convenio una figura similar a la transacción en esencia resultaría aplicable a los procedimientos o para ser resueltos en un acuerdo de voluntades.

El convenio como medio de concluir un procedimiento reviste en el presente trabajo un interés mayor, pues dicha figura prevista en los Juicios de Divorcio voluntario, en los que, atendiendo al convenio previsto por el artículo 4.102 del Código Civil para el estado de México, celebrado por los cónyuges, una vez aprobado se decreta la disolución del

vínculo matrimonial, luego entonces, existe congruencia en el Procedimiento de Divorcio necesario, pues al estar previsto el convenio como medio para extinguir el procedimiento y el juicio de Divorcio voluntario para decretar la disolución del vínculo requiere de la aprobación de un convenio, resultaría de mayor utilidad apegar ambos procedimientos a este último para finiquitar la relación que une a los cónyuges.

El cuestionamiento resulta de la posibilidad de atribuir el carácter de transacción a los acuerdos, implicando el otorgarle a lo acordado la fuerza de cosa juzgada, al respecto, si bien el artículo 7.1148 del Código Civil para el Estado de México señala que Las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia o previenen una futura, también lo es, que resulta ser nula la transacción que verse sobre el estado civil de las personas, ello está limitado por la prohibición del artículo 7.1153 del citado Ordenamiento legal, sin embargo, dichos supuestos los estudiaremos con más detenimiento en el capítulo posterior.

POR SENTENCIA DEFINITIVA Y FIRME CON AUTORIDAD DE COSA JUZGADA MATERIAL Y NO SOLAMENTE FORMAL

En los juicios de divorcio necesario, la sentencia definitiva es apelable con efecto suspensivo, la sentencia que concede alimentos, es apelable con efecto no suspensivo, por ello, la sentencia de primera instancia no pone fin al juicio. De igual forma, el fallo de segunda Instancia puede ser impugnada por medio del Juicio de amparo, por lo cual dicha resolución se encuentra *sub iudice* mientras se tramita el juicio constitucional y se pronuncia sentencia que ampare o no al quejoso la petición solicitada. Si se niega el amparo, entonces la ejecutoria de segunda instancia queda firme y el juicio termina con ella en su parte constitutiva, caso contrario, la sentencia de segunda instancia se nulifica por virtud de lo resuelto en el juicio

constitucional; en cuyo caso hay necesidad de que el Tribunal de Alzada pronuncia nueva decisión al respecto.

CAPITULO 3

CONCILIACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO

En el siguiente capítulo analizaré los medios alternativos de solución de conflictos para adentrarlos al estudio de uno de los orígenes del presente trabajo de investigación; la conciliación y sus efectos, mencionaré una definición atendiendo a los conceptos que han emitido algunos autores como son Jorge Pesqueira, Osvaldo A. Gozaini, Martha Oyhanarte, Carneluti, entre otros, así como las formas alternas de solución de controversias que prevé nuestra Legislación.

A modo de introducción puedo decir que todo ser humano, por lo general, necesita vivir en sociedad. Requiere de otras personas para desarrollarse en todo el sentido de la palabra. Sin embargo, este ser humano, como ente individual, presenta sus propias cualidades, pensamientos, sentimientos, características que lo hacen distinguirse de otros como él.

El que se comporte, piense o actúe de manera distinta no implica que sea algo negativo al contrario. La diversidad de opiniones, de posiciones nos permite contrastar realidades, ideas, que nos pueden llevar a conclusiones enriquecedoras. Pero, si no se saben aprovechar, estas diferencias traen como consecuencia los enfrentamientos que se convierten en conflictos que muchas veces no se pueden solucionar, y esto se debe a que todos nosotros, aunque no queramos admitirlo, estamos predispuestos a la violencia; es decir, mantenemos una mentalidad litigiosa, que muchas veces nos lleva a ser indiferentes frente a los problemas planteados. Pero, si queremos solucionar estos desacuerdos, por costumbre, nos sometemos a la

vía tradicional; vale decir, el hecho de recurrir a un Juez para que resuelva un problema a través de una resolución judicial.

El tiempo y la necesidad han demandado que se busquen diferentes alternativas que pongan fin a estos conflictos, de una manera rápida y eficaz. De esta forma nace la Conciliación como un mecanismo que da solución a una necesidad de justicia.

3.1 CONCEPTO

Considero conveniente que para poder definir el término conciliación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, es necesario precisar lo que significa la palabra Conciliar.

"Conciliar" se deriva del vocablo latino "*Conciliare*", que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengüa Española, significa componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí.

Cabe señalar, que tradicionalmente el acto de conciliar se ha visto reflejado dentro de un proceso judicial, donde los sujetos que intervienen como partes tienen intereses opuestos. Aquí está presente permanentemente un juez, el cual toma conocimiento de la causa para poder aclarar el conflicto. Para el efecto se basa en la demanda y en la contestación, buscando analizar los puntos controvertidos para poder arribar a una fórmula conciliatoria que resulte equitativa para ambas partes. Esto es propio de la conciliación procesal que forma parte de los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos procesales, los mismos que se desarrollan dentro de un proceso judicial buscando evitar la sentencia.

El éxito de la conciliación depende del grado de concientización que debe tener un Juez para aplicar en forma adecuada el principio de inmediatez

Procesal. Esta predisposición permitirá "conocer a plenitud el contenido de la pretensión insatisfecha, cuyo reconocimiento y cumplimiento se exige por el demandante". De este modo, en caso de que las partes acepten dicha fórmula conciliatoria se dará por concluido el proceso con el cumplimiento de su objeto.

Podemos decir también que **“la conciliación es un sistema para la solución directa y amistosa de las diferencias que puedan surgir de una relación contractual o extracontractual, mediante la cual las partes en conflicto con la colaboración activa de un tercero o conciliador, ponen fin al mismo, celebrando un contrato de transacción”**.

Sin embargo, para poder tener un concepto amplio de la figura de la conciliación y la importancia que tiene dentro del proceso Civil en nuestro país, es importante remontarnos a lo que Aristóteles entendía como Justicia, quien menciona "...que si bien, la equidad y la Justicia son distintas, pertenecen sin embargo al mismo genero siendo la equidad superior a la justicia, lo equitativo y lo justo son una misma cosa, siendo ambos buenos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo siendo lo justo según la Ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal.

La causa de esta diferencia es que la Ley necesariamente es siempre general y, que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir concientemente por medio de disposiciones generales, por consiguiente cuando la ley dispone de una manera general y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces viendo que el legislador calló o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregir y suplir su silencio y hablar en su lugar como el mismo lo haría si estará presente, es decir, haciendo le Ley como el habría hecho si hubiera

podido conocer los casos particulares de que se trate, por tanto, la equidad consiste en atemperar el rigor de la ley al aplicarla tomando en cuenta las circunstancias excepcionales del caso concreto, que el Legislador no previó al dictar aquella...”²³

De lo anterior, puede definirse como la Justicia del caso concreto, lo que significa que habrá de apropiarse el sentir de las partes, para después poder aplicar la ley o bien el sentir del que hizo la Ley.

Ahora bien, el jurista Eduardo Pallares la define como “...La avenencia que sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre las partes que difieren acerca de sus derechos en un caso concreto y, de la cuales una trata de establecer un pleito contra la otra...”²⁴

Lo anterior no es de considerarse del todo cierto puesto que en nuestro derecho Civil y particularmente en materia del orden Familiar, actualmente se encuentra regulada la figura de la conciliación por el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Conciliación: “... Es el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos que permite resulte innecesario dicho proceso. Es así mismo el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas...”²⁵

²³Pallares, Eduardo, *DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL* 28ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, 2005, p. 167.

²⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA*, México, Editorial Porrúa S. A, UNAM, 2002, tomo II C, p. 362.

²⁵ Pallares, Eduardo, op cit, nota 23, p. 569.

“...Puede afirmarse que en derecho civil, la conciliación no constituye un poder jurídico, sino un deber jurídico. En algunas legislaciones relacionadas con la materia civil, la conciliación es voluntaria y los conciliadores actúan cuando son requeridos para solucionar las controversias de quien las personas pretenden solucionar las controversias; pero en derecho mexicano, la circunstancia de que las personas “pueden conciliar sus diferencias” no determina la dispensa de la conciliación, ya que puede ocurrir que una de las partes no tenga capacidad para disponer por sí misma...”²⁶

De esta manera el conciliar se refiere a ajustar y componer los ánimos de los que estaban opuestos entre sí, o conformar dos o más proposiciones aparentemente contradictorias, granjear o ganar los ánimos y la benevolencia, y más adelante conciliable, es pues lo que puede componerse, o ser compatible con algo.

En la práctica me doy cuenta que cuando las partes quieren transigir o tienen la finalidad de conciliar, se sacrifican de sus pretensiones, cediendo en parte o totalmente sus derechos. Igualmente cuando existe temor de un pleito. Consideramos que no debe ser elemento coactivo para que los contendientes cedan en algo sus derechos bajo el argumento “vale más un mal arreglo que un buen pleito.”

La conciliación “...Como regla funciona con el carácter de procesal y necesaria, tanto en asuntos civiles como respecto de injurias graves

²⁶ Instituto de Investigaciones jurídicas, *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO*. 3ª. ed. México, Editorial Porrúa. S. A, UNAM, 1989, tomo A- CH, p. 568.

puramente personales. Pero puede intentarse asimismo bajo el inadecuado nombre de “composición amigable”, que aún perdure durante el desarrollo del juicio verbal, así como ante los Jueces Civiles de primera Instancia...”²⁷

En conclusión, la conciliación es un acuerdo de voluntades respecto de los derechos controvertidos de las partes, por lo cual permite que el procedimiento contencioso sea innecesario además el acto de la conciliación sirve para encontrar no solamente la solución a un conflicto, sino también es la manera de que las partes resuelvan e conflicto surgido entre ellas.

Es una facultad discrecional del Juzgador incorporada en los códigos procesales, pues es él quien puede en cualquier momento del proceso convocar a las partes para intentar un avenimiento entre ellos.

Al hablar de conciliación, se hace referencia a un proceso judicial formal incorporado a nuestro proceso civil, donde un funcionario judicial intenta que las partes resuelvan su controversia proponiéndoles diversas alternativas de solución, esto a diferencia de la mediación, en la cual el mediador única y exclusivamente se limita a escuchar a las partes, tratando que ellas mismas lleguen a un común acuerdo.

Conciliación es pues, “...el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso...”²⁸

²⁷ Alcalá Zamora y Castillo Niceto, *DERECHO PROCESAL MEXICANO*, 2ª ed. México, Editorial Porrúa S. A., 1985, Tomo II, p. 493.

Es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por si mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, es un procedimiento con una serie de etapas, a través de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto desistible, transigible o determinado como conciliable por la Ley, encuentran la manera de resolverlo a través de un acuerdo satisfactorio para ambas partes.

Además de las personas en conflicto, esta figura involucra también a un tercero neutral e imparcial que actúa, siempre habilitado por las partes, facilitando el diálogo entre ellas y promoviendo formulas que permitan llegar a soluciones satisfactorias para las partes.

Desde una perspectiva diferente además de ser un procedimiento, la conciliación es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses y en donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, a modificar un acuerdo existente o a crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que benefician a ambas partes.

De esta manera, la visión de la conciliación como institución jurídica la enmarca dentro de una nueva forma de terminación de procesos judiciales que actúa dentro de una nueva forma de terminación de procesos judiciales que actúa con independencia y autonomía de este trámite y que consiste en intentar ante un tercero neutral un acuerdo amigable que

²⁸ Instituto de Ingestiones jurídicas, op cit, nota 20, p. 568.

puede dar por terminadas las diferencias que se presentan. Se constituye así esta figura en un acto jurídico, por medio del cual las partes en conflicto se someten antes de un proceso o en el transcurso de él, a un trámite conciliatorio con la ayuda de un tercero neutral y calificado que es el Juez, a fin de que se llegue a un acuerdo que tendrá los efectos de cosa juzgada.

La conciliación tiene la estructura de la mediación, ya sea que se traduce en la intervención de un tercero entre los portadores de los dos intereses en conflicto, con objeto de inducirles a la composición contractual. Cuando la teoría del derecho privado enseña que el mediador aproxima a los contratantes, afirma sustancialmente lo expuesto, ya que los contratantes no son sino los dos sujetos de un conflicto de intereses y el contrato no es más que su composición.

Para Carnelutti, la distinción entre conciliación y la mediación estriba en la finalidad de estos métodos, ya que para él en la mediación se persigue una composición contractual cualquiera sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a la composición justa. En este sentido, la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión, posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda.

En el fondo, la conciliación es una negociación asistida, donde las partes buscan dar una solución satisfactoria permitiendo, en forma concertada, la intervención de un tercero, que tenga la capacidad de proponer fórmulas conciliatorias, fomentado en todo el momento del proceso la comunicación entre las partes, valiéndose del lenguaje, tanto verbal como no verbal, y

del manejo racional de la información, tratando de llegar a sus verdaderos intereses .

La conciliación, en Derecho, como se ha dejado dicho, es un medio alternativo de resolución de conflictos legales, a través del cual las partes resuelven directamente un litigio con la intervención o colaboración de un tercero.

Existen dos tipos de conciliación: la *conciliación extrajudicial* y la *conciliación judicial*.

- La conciliación extrajudicial es un medio alternativo al proceso judicial, es decir, mediante ésta las partes resuelven sus problemas sin tener que acudir a un juicio. Resulta un mecanismo flexible, donde el tercero que actúa o interviene puede ser cualquier persona y el acuerdo al que llegan las partes suele ser un acuerdo de tipo transaccional. Es decir, es homologable a una transacción.
- La conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto mediante una sentencia; en este sentido es una forma especial de conclusión del proceso judicial. El tercero que dirige esta clase conciliación es naturalmente el Juez, que además de proponer bases de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada, dentro del marco de la legalidad.

En algunos ordenamientos puede llegar incluso a ser obligado el hecho de tratar de llegar a una conciliación antes de poder presentar una demanda, o ser un trámite obligatorio dentro del procedimiento judicial.

La conciliación se presenta actualmente como una de las alternativas con mayor desarrollo para buscar la solución de controversias fuera de Tribunales; su fundamento lo constituye el deseo y la habilidad para elaborar soluciones creativas y de colaboración para la solución de la inconformidad, a través de un proceso expedito, menos costoso y procesalmente más simple que los métodos del litigio.

Este proceso es consensual los participantes en el proceso trabajan con un tercero neutral, para lograr un arreglo mutuamente aceptable, pues lo que impera en dicho procedimiento es la autonomía de su voluntad, tomando siempre en cuenta la asistencia que se les ofrece en base a estrategias por él planteadas y producto del análisis de la inconformidad.

Así el hecho de que son las partes las que condicionan el resultado provoca que el convenio conciliatorio asegure un mayor grado de cumplimiento, ya que las partes se convierten en corresponsables de las decisiones ahí pactadas.

Y es que la ventaja que ofrece el procedimiento conciliatorio es que el tercero que interviene ayuda a que las partes valoren su inconformidad de una manera más abierta y flexible que los “simples aspectos legales” en un sistema jurídico, lográndose en las audiencias conciliatorias que el bagaje emocional emerja y se canalice en busca de soluciones tendientes a la "amigable composición", buscándose siempre la mayor equidad en la solución

de la controversia, rigiendo tal procedimiento los principios de buena fe, imparcialidad y confidencialidad.

En estos tiempos la experiencia ha demostrado que el espíritu conciliador ha ido creciendo en la búsqueda de solución de conflictos, pues se ha asimilado la idea de que no hay mejor arreglo que aquél que es producto de un acuerdo de voluntades de los propios interesados, en donde va a haber, por ende, dos ganadores.

PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONCILIACION

Dentro de nuestra legislación, los principios rectores de la conciliación, son los siguientes:

Equidad: El acuerdo que se obtenga debe ser aceptado por ambas partes. Esto es, que no puede existir negociación de mala fe, si la hay puede comunicar a las partes sobre lo que ha venido percibiendo. Se busca que exista un aceptable equilibrio de poder entre las partes, porque de lo contrario generaría un proceso conciliatorio plagado de medidas coercitivas, provocando un acuerdo injusto.

Neutralidad: Para evitar la aparición de un nuevo conflicto de intereses cuando se cumple con las funciones conciliatorias. **Imparcialidad:** constituye un estado mental que debe conservar el conciliador durante el desarrollo de sus servicios. Es en sí el compromiso que el propio conciliador asume para ayudar a las partes.

Confidencialidad: La información que es recibida no puede ser revelada a nadie excepto cuando advierte que hay de por medio un delito o que se va a producir un atentado contra la integridad de una persona.

Buena fe y Veracidad: Es una obligación de las partes por hacerlo ante la autoridad judicial.

Celeridad y Economía: Son dos principios característicos de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos.

Voluntariedad: Es un principio autónomo, las partes son las únicas para tomar una decisión para solucionar el conflicto, con el único límite de no contravenir al orden público y a las buenas costumbres.

ELEMENTOS DE LA CONCILIACION

De las anteriores definiciones y conceptos descritos se colige que los principales elementos de la conciliación son:

- a).- La existencia de un litigio.
- b).- Las partes contendientes.
- c).- Renuncia a la pretensión respecto de los cuales haremos un breve análisis en los siguientes términos:

a).- LA EXISTENCIA DE UN LITIGIO: "... El litigio no es un concepto esencialmente procesal, pero todo proceso presupone un LITIGIO, empero no todo litigio desemboca necesariamente en un proceso, es decir, el litigio no tiene esencia procesal aunque sea siempre el contenido de todo proceso..."²⁹

El litigio forma parte en general de los fenómenos de la conflictiva social, pues el choque de las fuerzas contrarias como una de las características más importantes de toda la sociedad. Cuando dicho choque de fuerzas mantiene

²⁹ Gómez Lara Cipriano, *TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*, 10ª ed, México, Editorial Oxford University press, UNAM, 2004, Textos jurídicos universitarios, p. 1.

un equilibrio se mantiene estable pero cuando no es así será un síntoma patológico social, es decir, este grupo entra en crisis y se estanca.

El litigio entonces es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro.

Se deriva de una pretensión, su característica principal, pues sin la existencia de esta no puede haber litigio. La pretensión debe tener la exigencia y la subordinación del interés ajeno al propio; es el querer, es la voluntad o es la intención exteriorizada de someter el interés ajeno al interés propio. La pretensión es el elemento del litigio.

b).- LAS PARTES CONTENDIENTES. La demanda en un proceso contiene dos partes, la que ejercita la acción y aquella a la cual se exige, esto es, actor y demandado; en sentido materia y formal ambas partes quedan inmersas en el concepto de objetos el proceso, el actor se le conoce también como el titular de la acción o del derecho de donde emana su pretensión., el demandado es el titular del derecho del reclamo.

c).- RENUNCIA A LA PRETENCION.- Entendida esta como la facultad de la que se cree tiene derecho para ejercitar una acción por sentir perturbado su derecho; entendida también como la facultad de desistirse de la acción intentada y deducida en un juicio, es la manifestación expresa lisa y llana del desistimiento de la pretensión, puede presentarse la renuncia de la pretensión, es la caducidad de la instancia diferenciándose de la caducidad de la acción hasta en tanto se ejercite de nueva cuenta, puede considerarse a la renuncia como la rebeldía del demandado a dar contestación a la demanda.

Puede considerarse como auto composición al desistimiento de la acción pues como en rigor se menciona es la renuncia de la pretensión o derecho, es decir, sin la existencia de la pretensión el proceso no puede subsistir.

3.2 LITIGIO Y MEDIO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Concepto de Litigio.- Litigio, controversia o pleito Judicial; al respecto, el artículo 2.97 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, refiere que dos partes se encuentran en litigio cuando una pretende que el derecho apoya a su favor **un interés en conflicto**, y la otra parte se opone a la pretensión, o, aún, no oponiéndose, no cumple con la obligación que se reclama.

La palabra latina *conflictus* es un compuesto del verbo *fligere, flictum*, de donde derivan *affigere, affictum e infligere, inflictum, afligir, infligir*. Significa chocar. Así pues, el conflicto es, de acuerdo con su origen, un choque.

Los diccionarios modernos lo definen como: “lo más recio de un combate”. “Punto en que aparece incierto el resultado de la pelea”; “choque, combate”, “lucha, antagonismo”. Los Diccionarios de Psicología restringen el significado: “Estado emotivo doloroso producido por una tensión entre deseos opuestos y contradicciones”.

En el presente apartado señalaremos los diferentes tipos de MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, dando una breve definición general de cada uno ellos.

Buenos Oficios

Procedimiento Internacional amistoso destinado a facilitar el acuerdo de partes determinadas (Estado) con ocasión de un conflicto existente entre

ellas. La solución de dicho conflicto es el fin perseguido por otras instituciones internacionales tales como la mediación y la encuesta, también de tipo amistoso.

Investigación.

Actividad intelectual encaminada al esclarecimiento y solución de las cuestiones o problemas que se presentan a la consideración del jurista. La investigación científica ha sido caracterizada por KAUFMANN, en su Metodología de las ciencias sociales, como la adquisición de un saber complementario, distinguiendo, a este tenor, tres estados: a) el señalamiento del saber que se pretende adquirir “planteamiento del problema”; b) establecimiento de una cadena de juicios que contiene un saber que no existía todavía “explícitamente” en el planteamiento del problema “elaboración del problema”; c) como eslabón final de esta cadena, un juicio que contiene el saber a que se tendía, según a) “solución del problema”.

Negociación

Se entiende como tal, el mecanismo de solución de disputas en el cual las partes de manera directa procuran satisfacer sus intereses a través del intercambio de ideas o propuestas, con o sin la intervención de un tercero, ya que aún cuando exista la participación de un tercero seguirá siendo negociación lo que realicen las partes.

Existen distintas y variadas técnicas de negociación. Empero el denominador común de este procedimiento es que son las mismas partes inmersas en el conflicto las que determinarán la solución y por lo tanto serán éstas las que lo compondrán. Ahora, bien se podría afirmar que en el caso de que las partes

lleguen a un acuerdo mediante la negociación, también se convertirán en hacedoras de la justicia.

Mediación

La mediación es un proceso voluntario, a través del cual las partes en conflicto son asistidas por un tercero neutral, el mediador, que las ayudará a negociar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Es la Acción de una o mas potencias dirigida a resolver amistosamente un conflicto existente entre otras, emprendido de oficio o a instancia de parte.

El rol del mediador consiste en ayudar a las partes a descubrir sus verdaderos intereses, necesidades y objetivos. Asimismo, contribuirá a que las partes logren una comunicación efectiva, identifiquen los aspectos principales de la controversia, exploren sus posibilidades fuera de la mesa de negociación y las posibles consecuencias negativas que se producirán de no llegar a un acuerdo.

Conciliación

Acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya incoado (sin correr todos los trámites que, en otro caso, serían precisos para concluirlo).

Verdadero convenio procesal con proyecciones materiales que da solución a los conflictos de intereses por la vía autocompositiva o composición extraprocesal de los litigantes como medio extraordinario.

Arbitraje

En este caso será un tercero, ajeno al conflicto, que dará con carácter de obligatoria, la solución a la diferencia. El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos al cual las partes someten de mutuo acuerdo sus diferencias futuras o presentes, para que sean resueltas por uno o más árbitros, que dictarán, luego de un procedimiento, la solución que deberá ser cumplida por aquéllas de manera obligatoria.

Se le ha llamado juicio privado, ya que posee semejanzas con el proceso judicial. Entre éstas podríamos mencionar la existencia de un procedimiento adversarial, en el cual las partes procuran que los juzgadores (árbitros) les den la razón.

El arbitraje posee ventajas, tales como el que el árbitro tiene más tiempo de prestarle atención al asunto al no tener la carga de trabajo que presentan los juzgados. Sin embargo, también existen algunas desventajas, pues si bien es cierto las partes tienen la oportunidad de demostrar sus afirmaciones en el proceso con el objeto de que sus pretensiones sean resueltas favorablemente, están sujetas a la decisión de terceras personas, que emitirán un laudo en el que se determinará un vencedor y un perdedor.

ARBITRAJE. Es una actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros para resolver el conflicto de intereses que les ha sido sometido por los interesados.

Autotutela

Es una forma emergente de terminar la litis y consiste en una reacción directa y personal de quien se hace justicia por propia mano (Couture dice que aun cuando generalmente está prohibida por la ley, hay formas de

autotutela o autodefensa admitidas por la ley, La huelga, la legítima defensa, la retención).

Autocomposición

Acuerdo por medio del cual las partes interesadas, en un conflicto de intereses, lo resuelven privadamente, excluyendo del conocimiento del caso la intervención judicial. Puede ser unilateral o bilateral y se da una renuncia total o parcial de la pretensión hecha valer en el juicio.

Proceso

Procedimiento idóneo para dirimir un conflicto con relevancia jurídica, pues es el modo normal, común y ordinario en que las partes dirimen la controversia quedando sometidas expresa o tácitamente a la decisión de éste. (Couture dice que el proceso es un medio idóneo para dirimir imparcialmente por acto de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses con relevancia jurídica, a ello obedece lo que la doctrina ha establecido como “*principio de neutralidad*”).

Desistimiento

Ejercicio de la facultad reconocida legalmente a una persona para dejar por propia voluntad un derecho, pretensión.

Pendón del ofendido

Es la remisión de la deuda o reclamo por parte del acreedor o beneficiario.

Allanamiento

Actitud que asume el demandado, con capacidad, a una demanda judicial, en la que se conforma expresa e incondicionalmente con el contenido de la pretensión que se le reclama y puede realizarlo hasta antes que se dicte sentencia.

Transacción

De acuerdo al artículo 7.1148 del Código Civil para el Estado de México, la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.

Es la composición o terminación de un litigio mediante el órgano jurisdiccional. Se utiliza a un órgano extraprocesal que puede ser un particular desprovisto de potestad judicial o un juez de jurisdicción diversa. Mas adelante destinaré un capítulo especial al estudio de esta figura tan importante y primordial en el desarrollo del actual trabajo de investigación.

3.3. LA CONCILIACIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO

El antecedente más remoto de la figura de la conciliación se encuentra en el derecho romano, la cual fue traída a nuestro país a través de la conquista española, regulándose por primera vez en la constitución de Cádiz de mil novecientos doce hasta como se encuentra actualmente en nuestros días.

En materia Civil.- La Constitución de Cádiz de 1812 introdujo la conciliación en España y por ende a México, como requisito previo para entablar cualquier juicio civil. Derivado de la independencia de la Nueva España, cuando se emitió la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 y subsecuentes, ya no se incluyó a la figura de la conciliación para la materia civil en los textos constitucionales.

Posteriormente, en México, la Ley para el Arreglo de los Procedimientos Judiciales ante los Tribunales, Juzgados de Distrito y territorios, del 4 de

Mayo de 1857, incluyó a la conciliación como una instancia obligatoria, al disponer que ninguna demanda fuera admitida sin que se acreditara haberse intentado antes una conciliación.

En 1973, se reformó el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, facultando a los Jueces de lo Familiar para conciliar en los juicios especiales previstos para cuestiones familiares.

La conciliación en materia civil continuó su desarrollo, así el 7 de febrero de 1985 se publicaron reformas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, mediante las cuales se adicionó el título décimo sexto bis que regulaba las controversias en materia de arrendamiento y fincas urbanas destinadas a la habitación, y consideraba una audiencia de conciliación para dichos casos. En esa misma fecha, se emitieron reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común en el Distrito Federal, que consistieron en la creación de los Juzgados de arrendamiento inmobiliario que introducían la figura de conciliadores.

“...Se introdujo la audiencia de conciliación en la reforma al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal publicada el 10 de Enero de 1986, cuyos antecedentes son:

- La audiencia preliminar del Código Civil Austriaco de 1895, en la cual el juez puede, entre otras cosas 1.- Poner termino a los procesos en que no haya controversias; 2.- Resolver sobre los presupuestos procesales y sobre las excepciones de inadmisibilidad del proceso; 3.- Intentar la conciliación de las partes; y 4.- Determinar el objeto del proceso.

- La reforma de 1984 a la Ley de Enjuiciamiento Civil española que databa de 1881 en la cual se regulaba la comparecencia en el juicio de menor cuantía, a efecto de intentar la conciliación, entre otras.

Así las cosas podemos ultimar sobre este rubro que la conciliación en México fue legislada desde hace ya algo de tiempo, no obstante, se encuentra en el supuesto que menciono el licenciado Pedro Ojeda Paullada cuando señalo que los mecanismos para la conciliación han existido siempre en los Códigos de Procedimientos en la mayoría de los países en desarrollo, pero han sido raramente utilizados por los jueces debido a un falta de apreciación de su auténtico papel o simplemente a causa de la falta de formación.³⁰

La figura de la conciliación en el actual Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, aparece inmediatamente desde la exposición de motivos de la iniciativa de dicho Código presentada el día siete de mayo de dos mil dos por en entonces Gobernador del Estado de México Antonio Montiel Rojas; iniciativa de la cual destacan los siguientes aspectos:

“...De particular importancia resulta la creación de la fase conciliatoria y depuración procesal con la finalidad de buscar la terminación de los juicios a través de la auto composición, es decir, sin agotar el procedimiento judicial, mediante una reunión amigable en la que las partes en conflicto pueden avenir sus diferencias e intereses equiparando los efectos de la conciliación a una transacción...”³¹

³⁰Cfr. Ovalle Favela, José, *DERECHO PROCESAL CIVIL*, 9ª ed, México, Editorial Oxford university press, UNAM, 2003 Colección textos Jurídicos Universitarios, p117.

³¹ Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, 20ª ed, México, Editorial Sista S. A. de C, V, 2009, p. 13

Dicha iniciativa de Ley publicada en la Gaceta de Gobierno del Estado de México el primero de julio de dos mil dos, incluye a la figura de la conciliación o fase conciliatoria dentro del capítulo IV, título cuarto. Libro segundo en los siguientes términos:

“...Junta de conciliación.

Artículo 2.121. En el auto que tenga por contestad o no la demanda o reconvencción, en su caso, se citará a las partes a una audiencia, dentro de los cinco día siguientes, en la que el juez, obligatoriamente, precisará sucintamente los puntos de controversia, lo que se hará constar en el acta, e invitará a las partes a una conciliación...”³²

“...Artículo 2.307. Las controversias jurídicas entre los particulares podrán resolverse a través de la conciliación o de la mediación, como medios alternativos a la vía jurisdiccional...”³³

De lo anterior se concluye que el Código de Procedimientos para el Estado de México vigente, crea la fase conciliatoria, buscando la terminación de los juicios a través de la auto composición sin agotar el procedimiento judicial y más aún, como un medio alternativo, auxiliar y complementario de la función jurisdiccional.

En el Código de Procedimientos del Estado de México del año de mil novecientos treinta y siete, la figura de la conciliación no existía como una etapa procesal propiamente dicha, sino únicamente como una mera posibilidad de llegar a la conciliación en algunos juicios en particular, ya que

³² Ibidem, p. 103

³³ Ibidem, p. 129

el artículo 151 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México abrogado, concedía la facultad a los Jueces para llamar a las partes a junta, cuando juzgaran que había ocasión propicia para intentar algún avenimiento que ponga fin al litigio; empero dada la importancia de dicha figura, en el año dos mil dos se abroga el citado Código procesal y en su lugar entre en vigor el actual Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México creándose la fase conciliatoria obligatoria en todos los juicios ordinarios y de controversia del orden familiar con la finalidad de terminar los juicios a través de la auto composición sin agotar el procedimiento judicial mediante una reunión amigable en la que las partes en conflicto pueden avenir sus diferencias e intereses.

No obstante lo anterior, y, **de manera particular en los Juicios de Divorcio necesario seguidos en los diversos Juzgados Familiares en el Estado de México**, la audiencia conciliatoria no cumple con los motivos para los cuales fue creada, es decir, si en dicha audiencia las partes convienen en divorciarse y con ello poner fin al juicio en cuestión, en la práctica diaria esto no ocurre al no estar regulada la transacción en el estado civil de las personas, esto es, que las partes cuando estén de común acuerdo por cuanto hace al divorcio, deberán entonces sujetarse a otro procedimiento denominado por mutuo consentimiento, toda vez que en la mayoría de los casos aún sin concluir el juicio de divorcio necesario, inician el llamado procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento, generando con ello procedimientos innecesarios; por ello es fundamental reformar nuestra legislación Civil a fin de que se de la oportunidad de que las partes puedan transigir y dar por terminado el Juicio de divorcio necesario en el mismo acto en que tenga verificativo la audiencia conciliatoria, favoreciendo con ello a la impartición de justicia de manera pronta y expedita.

3.4 ANÁLISIS DE LA FASE DE CONCILIACIÓN PREVISTA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN EL ESTADO DE MÉXICO.

FASES DE LA CONCILIACIÓN SEGÚN NUESTRA LEGISLACIÓN

Según Iván Ormachea las Fases de la conciliación son las siguientes:

Preparación: Comprende los actos previos que el conciliador realiza para crear un clima de confianza y de las mejores condiciones.

Presentación: llamada también fase introductiva. El Juez que conoce del asunto realiza un monólogo donde se busca identificar a las partes y presentarlas. Es lograr que se ubiquen en el ambiente, las prestaciones que reclaman mutuamente y cómo se realizará la audiencia conciliatoria.

Versiones parciales: es la fase donde se discuten hechos y se escuchan las versiones de ambas partes.

Redefinición del Conflicto: se elabora una especie de lista donde se plasman los puntos controvertidos, se redefine el conflicto y se determina cuáles son los intereses de las partes.

Búsqueda de soluciones: esto promueve la creatividad entre las partes y el conciliador. Aquí se articulan intereses y se propicia el logro de soluciones satisfactorias.

Acuerdo: es el resultado que pone fin al conflicto entre las partes.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

La audiencia de conciliación en los juicios de divorcio en el Estado de México tiene como fundamento legal lo establecido por el artículo 2.121 del Código de Procedimientos Civiles en vigor, el cual citaré nuevamente para su mejor comprensión.

“...En el auto que tenga por contestada o no la demanda o reconvención, en su caso, se citará a las partes a una audiencia, dentro de los cinco días siguientes, en la que el juez, obligatoriamente, precisará sucintamente los puntos de controversia, lo que se hará constar en el acta, e invitará a las partes a una conciliación...”³⁴

Asimismo establece el citado ordenamiento legal:

“...Artículo 2.123. Si se logra la conciliación se levantará acta y tendrá los efectos de una transacción, y se homologará a sentencia que tendrá la fuerza de cosa juzgada...”³⁵

“...Si las partes asistieran a la audiencia de conciliación el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal, es decir, a la capacidad y personalidad de las partes y luego procurará una conciliación, proponiendo alternativas de solución al litigio.

Cuando las partes interesadas lleguen a un convenio consecuencia de la conciliación, el juez aprobará de plano el mismo si procede legalmente, y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada. En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y en su momento el juez examinará las excepciones procesales interpuestas a fin de depurar el procedimiento...”³⁶

No obstante lo anterior, en los juicios de divorcio necesario en el Estado de México, una vez que se declara abierta la audiencia, se fijan los puntos de

³⁴ Ibidem 103

³⁵ Idem

³⁶ Becerra Bautista, José, *EL PROCESO CIVIL EN MEXICO*, 18ª ED, México, Editorial Porrúa s. A. 2003, p. 59.

controversia y se invita a las partes a una conciliación preponderantemente sobre guarda y custodia de los menores, régimen de visitas, pensión alimenticia, pero no sobre la disolución del vínculo matrimonial bajo el argumento de que no se puede convenir al respecto; de tal manera que si las partes han llegado al acuerdo y ha decidido en divorciarse y así lo manifiestan ante el Juez del conocimiento, este los exhorta a que tramiten un divorcio voluntario por cuerda separada en la vía y forma propuestas por la Ley.

En esa condición, una vez que ambas partes han aceptado divorciarse por mutuo consentimiento y realizar el trámite correspondiente en la vía y forma propuesta por la Ley, en la actualidad se suspende el procedimiento en términos del artículo 1.231 fracciones IV y V del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, para que las partes se pongan de acuerdo o acudan al Centro de Medición y Conciliación para intentar algún avenimiento que ponga fin al asunto; lugar en el que únicamente podrán acudir las partes a celebrar el convenio a que refiere el artículo 4.102 del Código Civil para el Estado de México, el cual he mencionado en reiteradas ocasiones, para luego regresar al juzgado que conozca del divorcio a tramitar con el trámite judicial correspondiente, para que sea esta autoridad quien sancione el mismo.

Con lo anteriormente expuesto, se pone de manifiesto que no se está cumpliendo con los motivos para los cuales fue creada la fase conciliatoria, es decir, con la finalidad de buscar la terminación en ese momento de los juicios a través de la auto composición, sin agotar el procedimiento judicial, ya que se deja a las partes sin ninguna posibilidad de obtener la disolución del vínculo matrimonial en ese momento, resultando así inútil la celebración de la audiencia de conciliación para resolver el fondo del asunto.

3.5 EFECTOS DE LA CONCILIACIÓN

Los efectos que produce la audiencia conciliatoria en los juicios de divorcio necesario en el Estado de México, se alejan de la realidad sobre los motivos para los cuales fue creada la fase conciliatoria, atento a que en dicha audiencia no se puede convenir sobre la terminación de la prestación de divorcio a través de la conciliación entre las partes, ni de ninguna otra forma que no sea mediante un juicio de divorcio por mutuo consentimiento respecto del cual como se ha dejado dicho deberá tramitarse por cuerda separada por vía autónoma en los términos y lineamientos que para ese efecto señala la Ley.

En efecto, el único resultado que produce la audiencia conciliatoria en los juicios de divorcio necesario que se siguen en los juzgados familiares o civiles del Estado de México, es que las partes se entrevisten y se pongan de acuerdo sobre la pensión alimenticia, guarda, custodia y régimen de visitas de los menores habidos en matrimonio, teniendo como única alternativa para disolver el vínculo matrimonial que los une, la de tramitar el divorcio voluntario para cuyo efecto deberá solicitar la suspensión del procedimiento o bien se difiera la audiencia conciliatoria o en su caso, se desisten de dicha prestación para iniciar el procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento acompañando el convenio celebrado en dicha audiencia conciliatoria. Ello sin dejar de mencionar que en innumerables ocasiones convienen sobre dichos aspectos quedando vigente el juicio únicamente respecto de la prestación del divorcio, solicitando se dicte sentencia al respecto, la cual en innumerables casos, no resulta favorable bajo el argumento de que las causales se deberán probar plenamente.

De tal forma, al encontrarse en el primero y segundo de los supuestos antes mencionados, las partes, una vez que han tramitado y obtenido sentencia

favorable respecto de la disolución del vínculo matrimonial, lo comunican al Juzgado que originalmente conoció de dicho juicio de divorcio necesario para que mediante el desistimiento de la Instancia se tenga por terminado dicho juicio.

Luego entonces, la fase conciliatoria en los Juicios de divorcio necesario en el Estado de México, en la práctica no tiene la eficacia jurídica para la cual fue creada. Esto es que el acto en que tenga verificativo, se concluya o se ponga fin al Juicio de divorcio necesario originalmente tramitado.

Por ello, debe decirse que el objetivo de la conciliación es que evita un pleito futuro o se termina uno presente por avenencia de las partes, por su mutuo acuerdo y sin necesidad de la intervención judicial...”³⁷

³⁷ Pallares Eduardo, op cit, nota 22, p. 168.

CAPITULO 4

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN Y ADICIÓN DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO, INCLUSIÓN Y REGULACIÓN DE LA FIGURA DE LA TRANSACCIÓN Y CONVERSION DE VÍA: ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO NECESARIO

En el presente capítulo analizaré la figura jurídica de la transacción como forma anómala de concluir un procedimiento de divorcio necesario; precisaré las ventajas de incluir la conversión de vía en los procedimientos contenciosos como medio alternativo para que a través de ésta puedan concluirse los juicios de divorcio necesario en el Estado de México, instados en procedimientos contenciosos y una vez cumplidas las formalidades objetivas fundamentales concluirlos sancionando las transacciones o convenios celebrados por las partes mediante esta opción.

La Transacción como forma anómala de concluir un proceso, se encuentra prevista en los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles en el Estado de México, sin embargo, tratándose de cuestiones relativas al estado civil de las personas la misma es declarada nula, no obstante ello, esta sustentante a través de la poca experiencia laboral, me he percatado de que dicha figura jurídica tiene gran auge como un medio idóneo y como solución alterna para concluir los procedimientos de divorcio necesario, procesos éstos que resultan cansados, desgastantes y muchas veces frustrantes para los menores habidos en matrimonio y mas aún para los mismos divorciantes quienes lejos de continuar con procedimiento largo y confuso para ellos, dejan abandonado pues al no encontrar una solución rápida, provoca que en muchos casos ellos no vean concluidas sus pretensiones al no obtener un

resultado rápido y en otros, los juzgados familiares comienzan a saturarse de este tipo de procedimientos; pues no obstante de que los mismos participantes manifiestan su voluntad de concluir los procedimientos a través de un convenio que ponga fin a sus pretensiones, no se da esto por que la misma es considerada nula, luego entonces a través de la transacción y conversión de vía en los juicios de divorcio necesario puede darse a los cónyuges una alternativa de solución a su pretensión, de tal forma que por medio de la expresión de su voluntad de someterse a los lineamientos del procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento, pueda sancionarse un convenio el cual se lleve a cabo dentro del procedimiento Ordinario Civil y así se este en posibilidad de concluir el Juicio en mención.

4.1. ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LA TRANSACCIÓN DENTRO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN EL ESTADO DE MÉXICO

Como he mencionado, la transacción es un medio de solución de conflictos. El objetivo del presente tema radica en el hecho de conocer como dicha figura esta regulada en nuestra Legislación Civil, punto esencial para el desarrollo de este trabajo, y motivo de análisis del presenta capítulo, por ello, para alcanzar el objetivo de la presente investigación, es necesario estudiar a fondo esta figura jurídica. En esa tesitura, como punto de partida, comenzaré por definirla y posteriormente estudiar su actividad y alcance en el desarrollo del proceso, para lo cual tomaré conceptos de algunos autores:

Concepto.

“...Es un contrato consensual, bilateral, a titulo oneroso, cuyo objeto es poner fin a un litigio ya existente o prevenir uno futuro. Dicho objeto se realiza por

medio de concesiones recíprocas que se hacen las dos partes contratantes, sacrificando cada una de ellas algo de sus derechos o pretensiones...”³⁸

Cipriano Gómez Lara, la define como “...la figura característica de auto composición bilateral. Es un negocio jurídico a través del cual las partes, mediante el pacto, mediante el acuerdo de voluntades, encuentran solución de la controversia o del litigio...”³⁹

El Código Civil para el Estado de México, en su artículo 7.1148 establece que:

“...La transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura...”⁴⁰

De lo anterior, partiendo del concepto que instaura el Código Civil para el Estado de México, el cual, desde el punto de vista del maestro Ernesto Gutiérrez y González resulta ocioso por las siguientes consideraciones:

- ❖ No es un contrato, sino un convenio, pues la función de la transacción es conservar derechos y obligaciones, y la función de conservar no es propia del contrato, sino del convenio.
- ❖ Así mismo, el citado precepto legal establece, que las partes por medio de la transacción **terminan una controversia presente o previenen una futura**, en este sentido, el maestro argumenta que resulta falto de lógica o de redacción, si tomamos en consideración

³⁸ Pallares, Eduardo op. cit. nota 22, p 776.

³⁹ Cipriano Gómez Lara, op. Cit. nota 27, p. 22.

⁴⁰ Código Civil para el Estado de México, op. cit. nota 4, p. 240.

que no se puede terminar una controversia pasada o aún más, no se puede prevenir una controversia pasada o una presente; sino que sólo se puede prever el futuro, de igual forma expone que dicha norma debiera asentarse como: “La transacción es un convenio por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia o previenen otra”.

La forma más apropiada para llevar a cabo la transacción, la que ofrece mayores garantías, es la del convenio judicial, conceptualizado como aquel en que las partes celebran dentro de un proceso o juicio con la aprobación de un juzgador. Esta aprobación otorga al convenio judicial la autoridad y eficacia de cosa juzgada, equiparándolo a una sentencia firme. Por esta razón, si alguna de las partes no cumple con lo estipulado, la otra podrá solicitar al Juzgador que ordene la ejecución coactiva del mismo, sin necesidad de promover nuevo juicio, sino directamente a través de la vía de apremio

Las transacciones por tanto, son equiparables por el derecho sustantivo y por el procesal a la sentencia ejecutoria, pero, por cuanto hace a su naturaleza intrínseca, efectos, validez y requisitos en su formación, corresponde al derecho Civil y no al procesal.

La transacción desde el punto de vista procesal y de acuerdo con la norma sustantiva Civil que nos ocupa, debe constar por escrito, así mismo, la característica primordial de la transacción es el **ANIMUS DE TRANSIGIR**, ES DECIR, LA VOLUNTAD DE CONCLUIR EL LITIGIO O DE EVITARLO MEDIANTE DICHAS CONCESIONES, atendiendo a las siguientes consideraciones:

- Han de constar por escrito.

- Solo la persona que tiene libre disposición de los derechos o bienes litigiosos, puede transigir respecto de ellos y por ende recae únicamente sobre derechos disponibles.
- Es Juez competente para ejecutar la transacción, el que conoce del juicio a que aquella pone término. Si la transacción se celebra para evitar un juicio futuro, la competencia se determina según las reglas generales.

Como todo contrato, solo puede celebrarlo la persona que sea capaz y que además pueda disponer de los objetos comprendidos en la transacción. El mandatario o apoderado extrajudicial no puede transigir sin autorización especial en la cual se especifiquen los bienes, derechos y acciones sobre los cuales se quiera transigir.

La transacción o conciliación produce el efecto de una sentencia ejecutoriada, con valor de cosa juzgada, por lo tanto, cuando ha sido anterior a la demanda, puede oponerse como excepción previa o como perentoria; debe ponerse término al proceso, una vez se haga saber al juez, mediante auto en el cual éste ordena estarse a lo estipulado en ella.

Existen dos tipos de transacción, a saber: la extrajudicial mediante la cual las partes se ponen de acuerdo con el fin de evitar un litigio, y la judicial objeto del presente análisis en la cual las partes manifiestan su mutuo consenso para poner fin a un juicio ya iniciado.

En virtud de lo anterior, la transacción tiene como características, que es un medio de terminación anómala del proceso, es un contrato bilateral, que se conforma con la manifestación de voluntad del actor y del demandado de poner fin al juicio; asimismo resulta necesario para que se configure la

conurrencia de dos elementos: uno de carácter subjetivo (*animus transigendi*), esto es, el ánimo de transar y otro objetivo, representado por las concesiones recíprocas de ambas partes, para las cuales es menester tener la capacidad de disponer del objeto litigioso.

De ahí que la transacción es un contrato en el que las partes disponen de sus legítimos derechos e intereses en el proceso, dado que se producen recíprocas concesiones para las cuales, es necesario poseer la facultad de disponer de los derechos que se transijan.

LA TRANSACCIÓN COMO MODO DE RESOLVER DIFERENCIAS

Partiendo del supuesto que establece a las transacciones son contratos mediante los cuales las partes acuerdan jurídicamente una solución negociada, para resolver una diferencia que mantenían entre ellas. Aunque tienen una connotación litigiosa, no necesariamente se producen en juicio, puesto que pueden poner fin a diferencias que todavía no hayan sido planteadas en una demanda judicial.

El elemento esencial de las transacciones judiciales que las partes se otorguen concesiones recíprocas, es decir, que cada una ceda un poco, conceda en relación con su posición original, con la finalidad de resolver un problema. Este elemento tiene dos aspectos resaltantes:

1. Las concesiones recíprocas no tienen por qué ser proporcionales, pues la ley no exige que así sea. Aunque una parte esté cediendo casi todo, la otra parte podría estar cediendo casi nada.
2. Las partes pueden reservarse sus respectivas posiciones, en el sentido de que cada una puede ceder algo sin reconocer para nada la posición de su

contraria ni desmejorar la suya propia, con lo cual mantiene intacta su visión original del problema aún cuando esté transando.

En la transacción pueden acordarse sobre cualesquiera derechos que las partes deseen incluir, siempre que puedan disponer de ellos. Incluso se puede celebrar una transacción para resolver diferencias surgidas de la interpretación o ejecución de otra transacción anterior. En cambio, no se pueden celebrar transacciones sobre derechos de las partes que éstas no puedan disponer, tales como algunos derechos derivados del estado civil (por ejemplo, el matrimonio) o penales. Sin embargo, sí se pueden celebrar transacciones sobre los efectos patrimoniales de tales derechos, como por ejemplo la partición y distribución de bienes matrimoniales con ocasión de un divorcio, o la responsabilidad civil (pecuniaria) derivada de un delito penal.

En general, los contratos de transacción son un medio eficaz para evitar litigios costosos e innecesarios, cuando existe la posibilidad de resolver concertadamente los puntos controvertidos. Sin embargo, las transacciones pueden luego ser atacadas por una variedad de causas aplicables a todo tipo de contratos, como son la falta de capacidad o representación de alguna de las partes, vicios en el consentimiento y los errores de las partes en su apreciación sobre los hechos al momento de celebrar la transacción; o por otras causas propias del contrato de transacción, como cuando éste se basó en un título nulo o inexistente, se refiere a una materia sobre la cual las partes no podían transigir, o si con ella se pretende poner fin a un juicio ya decidido mediante una sentencia definitivamente firme y, de la cual, una de las partes no tenía conocimiento. En todos estos casos, la validez y eficacia de la transacción tendría que ser examinada mediante un nuevo juicio instaurado a tal fin, dando así origen a nuevos litigios. Por ello son tan importantes la buena fe y la voluntad conciliadora de las partes al momento de celebrar una transacción, para que ésta sea efectivamente una solución

que, en lo sucesivo, no suscite nuevas controversias que comprometan su eficacia.

Las transacciones celebradas en el curso de un juicio no sólo ponen fin a éste (o a una parte del mismo), sino que además adquieren una fuerza especial de cosa juzgada, una vez que son homologadas por el Tribunal. Es decir, que en estos casos, la ley les reconoce al texto de las transacciones el valor de una sentencia judicial firme, cuya ejecución forzosa puede obtenerse en cualquier momento dentro de los términos pactados en la propia transacción. Esto último, en muchos casos representa una ventaja, sobre todo para la parte que resulta acreedora de una obligación según la transacción. En efecto, en este caso será la parte deudora contra la cual se pretende ejecutar forzosamente la transacción, la que deberá oponer defensas contra tal ejecución para impedirla (si es que hay fundamentos jurídicos para ello), o impugnar la transacción mediante una demanda de nulidad, si considera que adolece de vicios que comprometen su validez o eficacia.

Existen por tanto como se ha dejado dicho dos tipos de transacción, a saber: la extrajudicial mediante la cual las partes se ponen de acuerdo con el fin de evitar un litigio, y la judicial en la cual las partes manifiestan su mutuo consenso para poner fin a un juicio ya iniciado. Asimismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.1156 del Código Civil mencionado, la transacción tiene respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada.

Al reconocer el ordenamiento jurídico a la transacción judicial los mismos efectos jurídicos que las sentencias definitivamente firmes, sus efectos se manifiestan en dos ámbitos como lo son:

- a) Uno declarativo, que se traduce en la imposibilidad para cualquier órgano judicial de decidir sobre el mismo asunto.
- b) Uno ejecutivo representado por la actividad dirigida a cumplir con el objeto de la transacción, debiendo el Tribunal adoptar todas las medidas necesarias para que lo concertado se lleve a cabo, exista o no el ánimo por parte del obligado de cumplir con lo transado.

Naturaleza jurídica: La transacción es un contrato bilateral y oneroso que se rige por las reglas generales de los contratos, en lo que no esté expresamente previsto para ella; y la renuncia general de derechos por virtud de la misma, sólo puede extenderse a los que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído; por lo que, cuando una de las partes deje de cumplir con ella, la otra tendrá en el derecho de exigir su cumplimiento o la rescisión del contrato, y en uno y en otro caso, el pago de daños y perjuicios. La transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad de la cosa juzgada, y cuando se celebra, las personas que en dicho contrato intervienen, están obligadas a lo expresamente pactado y a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley, y su validez y cumplimiento no pueden dejarse al arbitrio de las partes; pero cuando dicho contrato es oneroso, la duda sobre circunstancias accidentales del mismo, debe resolverse a favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Atendiendo a lo expresado por esta sustentante, debe decirse que del análisis de la figura jurídica de la transacción, se ha determinado, que esta es un acuerdo de voluntades, por el cual las partes que intervienen convienen en resolver un litigio común acuerdo y en forma definitiva, así como el prever uno futuro, esta transacción puede darse antes de la presentación de la demanda y producirá efectos para ellos sin que jurídicamente este sancionado el mismo y este revista los efectos de una

sentencia, o bien iniciado el procedimiento litigioso, y entonces la transacción surtirá efectos de sentencia ejecutoriada y obligará a las partes a estar y pasar por el como si se tratara de una sentencia ejecutoria, es decir, recaerá en derechos ciertos.

En la presente investigación, el concepto de la transacción debe analizarse desde la perspectiva del porque se dice que es un contrato, su importancia, el porque en algunos caos debe estar permitido y en otros no, así como la finalidad que se persigue a través de este caso en estudio, pues ella por si sola debe extinguir derechos en una forma rápida y económica, entendiéndose esto como concluir un proceso con la mayor economía de tiempo, de energías y de costos, de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Si bien es cierto, puede pensarse que el contrato de transacción constituye una inmoralidad, ya que los hombres sin escrúpulos se aprovechan del miedo que generalmente se tiene a los procesos judiciales para lograr transacciones ventajosas, también lo es que, a través de este se llega a obtener la paz social, y si se sacrifica la justicia se obtiene un resultado rápido a las prestaciones que se reclaman, es decir, a veces resulta mejor un mal arreglo que un buen juicio pues a través de esta figura se lleva primeramente al fin perseguido antes de agotarse en un largo proceso en el que por decirlo de algún modo muchas de las veces no se obtiene ni la mitad de lo obtenido por medio de ese acuerdo de voluntades; es decir en la mayoría de los casos resultan infructuosos y por demás desgastante sin obtener resultados satisfactorios.

No puede criticarse de forma exagerada la transacción, pues lejos de ser considerada una inmoralidad, esta se encuentra previamente establecida en la legislación mexicana, quien a su vez para no dejar un libre arbitrio a la

misma establece parámetros para determinar la regulación de la misma, prueba tal que no solo como ya se dejó dicho la contempla nuestra legislación si no por el contrario la mayoría de las legislaciones del mundo la observan y acatan en mayor o menor medida y por tanto conservan esta institución que tiene gran aplicación principalmente en los países anglosajones.

Se sostiene también que la parte económica más poderosa le impone a la más débil, a la que carece de recursos suficientes para costear los gastos que demanda un largo proceso, las condiciones de la transacción no resultan ser tan extremas en este aspecto, pues interviene poco y se obtiene un mejor resultado.

Cabe mencionar que en la mayoría de los caos resultan de sumo valor aquellos minutos en que los cónyuges optan por llegar a un acuerdo y porque no darles la posibilidad de que en ese mismo momento en que tenga verificativo la audiencia conciliatoria, se termine el juicio que tantos problemas les ocasiona, culminar el mismo sin desgaste para ellos, y sobre todo cuidando el bienestar emocional de los menores habidos en matrimonio, cediendo uno y otro para obtener mayores beneficios para ambos. Luego entonces porque desaprovechar ese instante y dar por terminado en el acto el procedimiento sin tener que iniciar otro; esto es, concluir el Juicio de divorcio necesario y disolver el vínculo matrimonial mediante el sometimiento del convenio que de manera espontánea se elabore en la audiencia conciliatoria, ajustándose a los lineamientos del convenio que refiere el procedimiento especial de Divorcio por mutuo consentimiento.

A mayor abundamiento, a través de la práctica de la figura de la transacción, se evita o se le pone término a una controversia, que ninguna de las partes

tiene la seguridad de que será fallada a su favor, mediante recíprocas concesiones, elemento que es la esencia de la transacción. Luego entonces, cada parte tiene, pues, que sacrificar algo de su pretendido derecho, de muchas exageradas pretensiones, más cuando la ley no exige que dicho sacrificio sea de la misma magnitud, razones por las cuales considero que resulta de una utilidad innegable y que por tanto la aplicabilidad que deba darse a esta figura en los procedimientos de divorcio reviste de una gran importancia y eficaz aplicabilidad para poner fin de forma pronta y rápida a los procedimientos, sustentando claro con la aplicación de la justicia rápida y expedita como lo prevé nuestra Constitución en la administración de Justicia por parte del Estado, **no olvidando que en todo proceso Civil la jurisdicción se ejerce a instancia de parte, luego entonces quienes tienen más derecho de transigir que los propios particulares que solicitan o pretenden hacer validos estos acuerdos de voluntades, los cuales claro deber ser aprobados una vez que han sido debidamente analizados por el Juez y habiéndose precisado que ninguna de las dos partes pueda obtener mayor provecho al resolver el mismo.**

EFFECTOS

Las transacciones deben interpretarse restrictivamente. Respecto a los efectos que produce la transacción, el propio Código Civil para el Estado de México señala en su artículo 7.1156 que esta tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa Juzgada, pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la Ley, más adelante señalaré en que casos resultaría nula dicha transacción.

Ahora bien, por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o se reconocen los derechos de que son el objeto de las diferencias que sobre ella recae.

En las transacciones solo hay lugar a la evicción cuando en virtud de ellas una de las partes da a la otra alguna cosa que no era objeto de disputa y que, conforme a derecho, pierde el que la recibió.

***** LA LEGISLACIÓN MEXICANA SIGUE EL PRINCIPIO DE LA CONSENSUALIDAD Y LA LIBRE VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES.**

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, a la costumbre o a la ley.

4.1.2. TRANSACCIONES NULAS

La transacción, al igual que el desistimiento y el allanamiento, es un acto de disposición de derechos irrenunciables, por ese motivo, tiene ciertos límites, y el propio Código Civil para el Estado de México advierte que no se puede transigir sobre determinados derechos los cuales determina como transacciones nulas de acuerdo a lo que dispone el artículo 7.1153 del Código Civil para el Estado de México, que a la letra dice:

Es nula la transacción que verse sobre:

- I. Delito, dolo y culpa futuros;
- II. La acción Civil que nazca de un delito o culpa futuros:
- III. Sucesión futura
- IV. Una herencia, antes de visto el testamento, si lo hay:
- V. El derecho de recibir alimentos.

- VI. **El estado Civil de las personas;**
- VII. La validez del matrimonio.

4.1.3 EFECTOS

Se reitera aquí el principio de que no todos los derechos son de libre disposición o pacto y, por ello, estas limitaciones tutelares y protectoras inspiradas en principio de orden y de interés público implican una limitación a la auto composición como forma de solución de los litigios en cualquiera de sus manifestaciones, es decir, ya sea a través del desistimiento, el allanamiento, o la propia transacción, la cual, respecto de las partes, tiene la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada, **pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la Ley.**

4.1.4. TRANSACCIONES VÁLIDAS

Como se ha dejado dicho, sólo la persona que tiene libre disposición de los derechos o bienes litigiosos, puede transigir respecto de ellos, es decir, no todos los derechos son de libre disposición, en cuanto algunos son irrenunciables, sin embargo, respecto de aquellos derechos transigibles, el multicitado Código Civil, se da a la tarea de enumerarlos, considerando los pactos respecto a aquellos como transacciones válidas, las que a continuación se transcriben:

*Transacción sobre acción Civil originada de delito.

Artículo 7.1151 "...Se puede transigir sobre la acción Civil proveniente de un delito..."

*Transacción Sobre derechos patrimoniales.

Artículo 7.1152. “...Es válida la transacción sobre los derechos patrimoniales que de la declaración de estado civil pudieran deducirse a favor de una persona; pero la transacción en tal caso, no importa la adquisición de estado civil...”

*Transacción sobre el monte de alimentos adeudados.

Artículo 7.1154. “... Podrá haber transacción sobre el monto e los alimentos adeudados...”

*Transacción válida.

Artículo 7.1158. “ ... Cuando las partes están instruidas de la nulidad del título, o la disputa es sobre esa misma nulidad, pueden transigir válidamente, siempre que los derechos a que se refiere el título sean renunciables.

4.1.5. EFECTOS

Se reitera en el presente tema, las consideraciones mencionadas a manera general respecto de los efectos de las transacciones, por cuanto hace a las partes, tienen la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada, pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la ley; así mismo, por medio de esta no se transmiten, sino que se declaran o se reconocen los derechos de que son el objeto de las diferencias que sobre ella recae.

La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que lo hace, a garantizarlos, ni le impone responsabilidad alguna en caso de evicción, ni importa un título propio en que fundar la prescripción.

4.2. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN

“... Si partimos del principio de que: **”la autoridad sólo puede hacer aquello que la ley le faculta expresamente y el particular todo aquello que no le prohíbe”**, concluyo que el texto constitucional en su artículo décimo séptimo párrafo primero **prohíbe la autotutela**, es decir, la acción directa de quien pretenda hacerse justicia por si misma, en donde la solución dependerá de quien sea el depositario de mayor poder, **pero no prohíbe la Autocomposición**, en donde las personas pueden poner fin a su conflicto a través de un acuerdo de voluntades, mediante el reconocimiento o la renuncia de su derecho; al establecer que las **Leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias**; por lo tanto, es en esta norma Jurídica es donde encuentro el sustento o fundamento para que las partes inmersas en un juicio puedan resolverlo a través de la transacción, de la negociación o de la conciliación, pues como se ha dicho y se reitera, esta forma de resolver las controversias no está prohibido en el texto Constitucional...”⁴¹

El Código del Procedimientos Civiles en vigor, precisamente en los artículos 2.121 y 2.122 prevé la audiencia de conciliación y depuración procesal, la cual se lleva a cabo con la asistencia de las partes y en la que, de no existir excepción procesal que deba resolverse, se invita a las partes a llegar a un arreglo que ponga fin al procedimiento. De tal forma que es en esta fase en la que de existir un acuerdo de voluntades se darán las bases necesarias para hacerlo.

⁴¹ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 47ª ed, México, Editorial Sista S. A de C. V, 2008, p. 26.

Dicho acuerdo no resulta necesariamente el hecho de conciliar entre ellas para continuar el vínculo jurídico que los une, pues si bien es cierto, la sociedad está interesada en la permanencia del matrimonio como institución, no menos cierto es, que la misma Ley prevé el rompimiento de este vínculo y en ese sentido establece que el matrimonio puede disolverse mediante los procedimientos administrativos, voluntarios o contenciosos a los que hoy me he referido.

En esta tesitura, al señalar que el procedimiento administrativo puede invocarse cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y hubieren liquidado la sociedad conyugal, podrían ocurrir personalmente ante el oficial del registro civil y realizar los trámites respectivos. Asimismo en caso de no reunir los requisitos anteriores, el mismo ordenamiento Legal establece la circunstancia de que dicha disolución pueda hacerse por acuerdo de voluntades en las que previamente se reúnan los supuestos que al efecto tutela el Libro Segundo, Título Sexto, Capítulo II del divorcio por mutuo consentimiento. Por ello, encontramos una característica especial que distingue a esta clase de divorcios que los distingue en esencia del necesario y que es precisamente la voluntad de los cónyuges, el cumplimiento, la exhibición de un convenio por ellos celebrado.

En este procedimiento como ya se ha mencionado se lleva a cabo una junta de avenencia en la cual se analiza el convenio exhibido y en caso de no ser contrario a derecho y las buenas costumbres se aprueba en lo general dicho convenio emitiéndose al respecto la resolución que así lo determina, disolviendo así el vínculo jurídico que los une.

En el procedimiento contencioso o bien denominado juicio de divorcio Necesario tramitado en la vía de controversia del orden familiar bajo los

lineamientos del juicio ordinario Civil, se agotan todas las fases de un proceso existiendo de antemano una causal que debe ser probada plenamente, es en este procedimiento en donde la sustentante encuentra la factibilidad de que el mismo pueda resolverse mediante la transacción, pues dentro de una de las fases del mismo se lleva a cabo una audiencia conciliatoria, momento en el que resulta idóneo que los cónyuges haciendo a un lado sus intereses puedan establecer un convenio para finiquitar esta relación, en el cual a criterio y como opinión de la de la voz, una vez que se satisfagan los requisitos relacionados a los efectos entre cónyuges, hijos y bienes, sea dable resolver y aprobar ese convenio dando por terminado el vínculo legal que los une.

En ese orden de ideas, al ser la transacción un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o prevén un litigio eventual y al estar reconocido como forma de extinción del proceso, establece por tanto un medio o alternativa para solucionar los Juicios de Divorcio necesario concluyendo en la misma audiencia conciliatoria prevista en el procedimiento que rige esta clase de juicios.

Por tal motivo si a través de la transacción se busca solventar mediante recíprocas concesiones, no solo las causas que dieron origen o darán origen a la relación procesal entre las partes, sino también se busca que por medio del acuerdo de voluntades pongan fin al juicio, pues una de las principales características de esta figura es considerarla como medio de terminación anómala del proceso, ya que al ser un contrato bilateral, se conforma con la manifestación de la voluntad de las partes con la finalidad de concluir el proceso.

“...De lo anterior se colige que si nuestro Máximo cuerpo de Leyes establece que la Justicia debe ser expedida y completa, asimismo menciona que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias, y, la legislación Mexicana sigue el principio de la consensualidad y la libre voluntad de los contratantes; luego entonces, bajo esos argumentos se someten a consideración las siguientes alternativas de solución...”⁴²

4.3 PROPUESTA DE INCLUSIÓN Y REGULACION DE LA FIGURA DE LA TRANSACCIÓN Y CONVERSIÓN DE VÍA EN EL DIVORCIO NECESARIO DENTRO DE LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO.

Se ha hablado a lo largo de este trabajo de tesis en un sin número de ocasiones del concepto de transacción el cual ha quedado debidamente precisado, sin embargo, en el mismo poco se ha mencionado la forma en la que la de la voz le ha surgido la inquietud de que dicha figura jurídica pueda ser considerada como una forma de concluir un procedimiento de divorcio necesario y por tanto encontrarse prevista como tal en los Códigos adjetivo y subjetivo en materia Civil del Estado de México, por tanto, este apartado lo considero fundamental si no es que de los más importantes, el cual le dio origen a la presente indagación.

No pretendo que se me considere como pretenciosa al realizar una propuesta que tal vez a los ojos de este cuerpo colegiado resulta fantasiosa o bien insostenible en el campo del derecho, sino únicamente como una

⁴² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op cit, nota 41, p. ---

persona normal que pretende por medio de esta tesis redituar beneficios para la impartición de justicia en nuestro país y particularmente en el Estado de México.

Se de antemano que las propuestas que se materializan a través de los trabajos de tesis que presentan los sustentantes para obtener la Licenciatura en Derecho no logran por si solas llegar hasta nuestro Congreso y convertirse en realidad, empero no resulta ser mi intención primaria, pues conciente estoy de que no será por mi conducto que se logre esta iniciativa de ley, pero si estoy segura que puedo crear el animo en la conciencia de este Honorable Jurado, quienes tal vez convencidos de mi propuesta, puedan sembrar la duda o compartir mi idea con los cientos de estudiantes a quienes imparten sus conocimientos y experiencias y llegar a pulir la misma para que así se vea materializada mi idea en que cada abogado postulante pugne por concluir todos aquellos juicios de divorcio necesario ventilados en los tribunales del Estado de México, a través de la transacción en los términos en que se propone este sencillo trabajo, estoy convencida repito que así será y con ello cumpliré mi cometido.

Razón de lo anterior, al ser el matrimonio una institución del orden público en la cual la sociedad y el mismo estado están interesados en la continuación de esta, sin embargo cuando esto ya no es posible, el mismo legislador previo las formas en que legalmente puede concluir este vínculo, regulando de forma alterna los medios de finiquitar esta relación, las cuales de una simple lectura se observa que se encuentran debidamente detalladas y previstas de una forma sencilla y útil, sin embargo, pienso que el legislador nunca previo los problemas y todas aquellas eventualidades que se presentan en la vida real y en la práctica jurídica dentro de los juzgados Familiares para terminar con este vínculo que los une.

De tal forma que al llegar a este punto se pretende alcanzar una propuesta de alternativa de solución a los problemas para disolver el divorcio necesario que observamos en la práctica jurídica y por tanto es tiempo de dar soluciones encontrando un justo equilibrio y un bienestar social, estando conciente de que dicha propuesta no serán la panacea de todo proceso, o que se incorpore de manera expedita.

He mencionado mi inexperta y humilde experiencia laboral dentro del campo en la materia Familiar como orgullosa integrante del Tribunal Superior de Justicia en el Estado de México, adscrita al Juzgado Segundo Familiar de Primera Instancia del Distrito Judicial de Tlalnepantla, México, tiempo durante el cual he visto infinidad de procesos de divorcio necesarios en los cuales no obstante, de que la parte demandada se ha allanado a la pretensión reclamada o causal invocada y habiéndose ratificado el escrito de dicho allanamiento lejos de concluir un proceso, pues en esencia se ha cumplido con la figura del allanamiento, se obliga al accionante a continuar con el mismo, en el cual el demandado ha renunciado a contradecir o debatir el derecho del actor, sosteniéndose en que las causales en materia de divorcio deben probarse plenamente, situación que observo inútil e inadecuada, pues el allanamiento como se ha dejado dicho es la confesión expresa del demandado a las prestaciones que se le reclaman dentro de un proceso, luego entonces, atendiendo al principio de economía procesal, entendido este como que el proceso debe desarrollarse con la mayor economía en tiempo, energía y costos, los tribunales mexicanos violan este principio, al sujetar a las partes a continuar con todas sus fases el procedimiento y solo aplican atendiendo a determinadas acciones. Aunado a esto, en la experiencia vivida dentro de este órgano Jurisdiccional la sentencia que se emite una vez concluido este procedimiento resulta ser absolutoria al demandado no obstante el reconocimiento de las pretensiones y el derecho

que tienen el actor a reclamarle la misma, sosteniendo que el actor no justificó su pretensión.

Por ello, si el Juez llega a la conclusión de que el actor no probó las causales en que fundó su demanda de divorcio necesario, y el demandado no exigió en la vía reconvenzional la disolución del vínculo matrimonial por cualesquiera otras causas, está obligado a absolver de dicha prestación exigida por el actor dejando subsistente el vínculo matrimonial que los une y abstenerse de decretar el divorcio por consentimiento de las partes, vía que las partes no eligieron y que por su misma naturaleza es incompatible con el ejercicio de una acción contradictoria de divorcio necesario, so pena de vulnerar los principios elementales de la congruencia, iniciativa y disposición de un proceso; consideración aparte de que el divorcio por mutuo consentimiento tiene señalando una tramitación especial en términos del Libro Segundo, Título sexto, Capítulo II del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Máxime de ello, aún y cuando las partes han elaborado y presentado convenio cuando en su caso existen menores de edad, pronunciándose respecto a la guarda, custodia, régimen de visitas y alimentos de estos, sometiendo a sentencia únicamente lo relativo al divorcio necesario hecho valer, en virtud de que el Código sustantivo de la materia establece que la transacción que verse sobre el estado civil de las personas son nulas. No obstante de que las partes llegaron a un convenio respecto de las demás prestaciones sin que pudieran hacerlo también por cuanto hace a dicha prestación de divorcio necesario por no permitirlo la ley, en la mayoría de los casos, se absuelve al demandado de la prestación referida por no haberse justificado los

hechos constitutivos de la acción del divorcio necesario, que como ya se dijo para su procedencia requiere de pruebas plenas e indiscutibles.

De tal forma se establece que el allanamiento no es una forma práctica y segura de concluir un procedimiento en forma favorable pues con ello no se asegura la obtención de una sentencia condenatoria si no se acredita fehacientemente la causal invocada, no obstante de la confesión expresa del demandado la cual en explorado derecho debe hacer prueba plena, por tal motivo, resulta ser la transacción un medio idóneo para concluir este procedimiento en cualquier etapa en que se encuentre el proceso previa la satisfacción de los intereses de sus participantes, aprobándose mediante un auto en forma práctica o bien emitiendo resolución en la que se apruebe la misma

Como se ha mencionado en apartados respectivos, el convenio de transacción que pudieran celebrar las partes en este proceso contencioso de divorcio puede celebrarse en cualquier etapa procesal, claro esta hasta antes de que se emita sentencia definitiva, sin embargo en cuanto a mi criterio, resultaría ser la etapa de conciliación que se verifica una vez que ha quedado debidamente fijado la litis, en la cual y con apoyo en los preceptos que rigen el procedimiento ordinario, sea esta la etapa idónea, sin que sea un obstáculo que lo puedan hacer hasta antes de emitir la sentencia definitiva, en donde los aun cónyuges puedan expresar libremente su voluntad de concluir un proceso, a través de la transacción y sin que ello implique el desistirse de un proceso litigioso e iniciar uno voluntario, dejando un juicio pendiente condicionado a la sentencia de otro, sino que en el mismo proceso contencioso se de esta posibilidad, en la cual al convenir en sus intereses y expresar lisa y llanamente su voluntad de concluir el vínculo matrimonial sea por medio de la transacción que se vea materializada su voluntad de hacerlo así, de tal forma que una vez que se garantice lo relativo

a los efectos del matrimonio con relación a los hijos, a los cónyuges y sus bienes, sea aprobado y en su caso con ello evitar el aumento de Juicios y la obtención de mejores resultados, de tal forma que el mismo funcionario judicial se avoque en mayor medida a aquellos procedimientos que no tengan una solución práctica.

Ahora bien, es de mencionarse que el artículo 7.1153 del Código Civil para el Estado de México, enumera en que casos es nula la transacción y para el efecto señala el párrafo cuarto... “Será nula la transacción relativa al estado Civil de las personas...”, pero no establece el porque será nula, aunado a lo anterior la misma legislación prevé en los procedimientos especiales de divorcio por mutuo consentimiento en el cual los cónyuges podrán divorciarse presentado el convenio que establece el artículo 4.102 del Código civil, del cual ya se ha hecho alusión en reiteradas ocasiones, y en cual en obvio de repeticiones se tiene como si a la letra se insertara, de tal forma que a criterio de esta sustentante si es posible disolver el vínculo jurídico en los juicios de divorcio necesario a través de la transacción y el sometimiento expreso de los divorciantes de sujetarse a los lineamientos que refiere el procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento, pues bien, dicha figura jurídica se encuentra prevista como medio anómalo de resolver un conflicto y prevenir uno futuro, además de permitir la disolución del vínculo matrimonial a través de los procedimientos especiales de Divorcio por mutuo consentimiento.

Con la elaboración del presente trabajo, no se pretende establecer que se violente la Ley sino por el contrario encontrar mayores y mejores soluciones que permitan disolver el vínculo matrimonial en una forma más rápida y concreta evitando un desgaste emocional y un trauma moral mayor a los hijos habidos en matrimonio quienes son los menos responsables y quienes sufren mayormente los efectos de esta

disolución, por tanto si el espíritu del legislador fue establecer una opción más a concluir esta unión por medio de una forma rápida y concreta como lo es la transacción, sin que sea necesario que esto concluya dentro de un proceso contencioso, sino que se da la opción de que ese procedimiento pueda cambiarse durante su secuela en uno voluntario y así cumpliendo con el convenio que prevé el divorcio voluntario y sea de esta forma en la que se concluya y no se transgreda la Ley.

Dentro de la experiencia laboral me he percatado de la intención de muchos litigantes en concluir de esa forma esos procedimientos cuanto las partes haciendo a un lado sus pretensiones, manifiestan la voluntad de concluir en divorcio voluntario el vínculo que los une, pero esa intención se apaga cuando se les obstaculiza haciéndoles saber la prohibición de la Ley a realizar una transacción en lo referente al estado civil de las personas; no dejo de mencionar que la misma práctica me ha demostrado que cuando esto no es dable en esos procedimientos, los cónyuges abandonan el procedimiento y los Juzgados se llenan de expedientes sin concluir ya que en la mayoría de los casos como se dice uno u otro cónyuge se retractan de lo dicho solo con la idea de retardar más el procedimiento, por tanto esos minutos valiosísimos para conciliar y convenir al respecto y sobre todo concluir en ese momento con el Juicio, se desperdiciaron convirtiéndose en un desgaste innecesario y por demás infructuoso.

En esa condición y para mejor comprensión citare el concepto según el maestro Eduardo Pallares del término VÍA para mejor entendimiento y comprensión de lo que denomino CAMBIO DE VIA.

VIA.- "...Jurídicamente significa el Procedimiento que ha de seguirse para hacer efectivo un derecho que consideramos que nos pertenece y que nos es desconocido, o siéndonos conocido no nos es satisfecho..."⁴³

"...Es la manera de proceder en la decisión de una pretensión formulada a un órgano Jurisdiccional de acuerdo con las normas preestablecidas en los Códigos o Leyes correspondientes..."⁴⁴

Esto es, si por ejemplo, encontramos que en un juicio sucesorio tramitado bajo los lineamientos del Libro cuarto, Título segundo, Capítulo I, en el cual una vez satisfechos los requisitos del Libro cuarto, Título Séptimo, Capítulo IX de la tramitación especial; se puede cambiar la vía y se concluye de esta forma en una sola audiencia; situación que causa interés a la que suscribe, ya que en el caso en estudio, al iniciar un procedimiento contencioso, en cualquier etapa procesal si las partes manifiestan su voluntad de cambiar la vía, de un procedimiento contencioso a un procedimiento voluntario, sometiéndose expresamente a sujetarse a los lineamientos que establece el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento y concluir previa la satisfacción de los requisitos del convenio previsto por el Código Civil para el estado de México, y así concluir con este evitando el incremento de Juicios inoficiosos, mayormente en razón de no existir prohibición en la legislación, para así hacerlo.

Por tal motivo la figura de la transacción prevista en el Código Civil para el Estado de México despierta una gran expectación en el ánimo de que la suscribe apoyada en el principio del ejercicio contenida en nuestro cuerpo de

⁴³ Pallares, Eduardo, op cit, nota 22, p. 784

⁴⁴ De Pina, Rafael, De Pina Vara, Rafael, *DICCIONARIO DE DERECHO*, 36ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, 2007, p. 497.

leyes, pues al ejercitarse este a instancia de parte y con apoyo en los principios generales del derecho que establecen entre otros el de prontitud y economía procesal, el simple acuerdo de voluntades debe bastar para concluir un proceso litigioso además de resultar suficiente para convertir este proceso en uno voluntario al no existir oposición de disolver el vínculo matrimonial, claro esta cubriendo todos aquellos requisitos básicos que disponen los preceptos legales contenidos en el Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Estado de México, siguiendo así las formalidades objetivas fundamentales, sin violar el procedimiento que es de orden público e irrenunciable, haciendo que el Juez que conoce del divorcio, realice las modificaciones que crea oportunas al convenio celebrado por los cónyuges y en su contenido, dando en su caso intervención que se estime necesaria al representante social, concluyendo un importante impulso a la celeridad procesal en la consumación de procedimientos, elevando el convenio que se realice a categoría de cosa juzgada o bien para dar seguridad y mayor certeza al procedimiento emitiendo el Titular del órgano jurisdiccional sentencia de fondo que aprueba el mismo elevándose con dicha figura la eficiencia de administración de Justicia.

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN.

El presente trabajo se elaboró fundamentalmente para demostrar que a través de la figura de la transacción prevista y regulada por el Código Civil para el Estado de México, puede alcanzarse **UNA FORMULA DE SOLUCIÓN A LOS JUICIOS DE DIVORCIO NECESARIO**, en el cual ambas partes la mayor de las veces pretenden una sentencia en la que se disuelva el vínculo matrimonial que los une, sin agotar las cansadas y agobiantes fases de un proceso, pues es de explorado derecho que en la práctica común que la audiencia de conciliación prevista por los artículos 2.121 y 2.122 del Código de Procedimientos Civiles para el estado de México, es la

gran oportunidad para plantear esta forma de solución en la cual los cónyuges tengan la oportunidad de expresar su voluntad de concluir el vínculo jurídico que los une por medio de un convenio, cumpliendo con la finalidad para la cual fue creada la fase conciliatoria, sin que necesariamente se deba instruir a las partes del proceso a suspender un procedimiento contencioso para dar inicio a uno voluntario, pues esta conducta lejos de solucionar rápidamente un conflictos causan un aumento en los asuntos que se ventilan en los juzgados del orden familiar, pues lo que se pretende es la solución de este litigio por medio de un convenio que cumpla con los puntos más importantes relacionados con los hijos, los cónyuges y sus bienes.

De tal forma que el funcionario judicial que conozca del procedimiento , este en oportunidad de dar continuidad a un procedimiento contencioso si las partes no convinieren en la forma de resolver su conflicto y deslumbrar así en el mismo la posibilidad de resolver este a través de la transacción, pues en este caso debemos primeramente de partir de la voluntariedad de las partes, es decir, la expresión de su conformidad de hacerlo de esta forma satisfaciendo los requisitos que se homologaran en su caso a los del convenio que se adjunta a las solicitudes de un divorcio voluntario, el cual en los mismos términos deberá sancionarse y aprobarse en su esencia, para que de considerarse necesario en funcionario judicial lo apruebe en resolución de fondo o bien sólo a través de una resolución de mero trámite (auto) claro esta que atendiendo a la naturaleza e importancia del matrimonio daría mejores resultados emitiendo una resolución de fondo en la que se pruebe el convenio y se disuelva ese vínculo en el mismo procedimiento de Divorcio necesario, sin que resulte necesario desistirse del contencioso para iniciar el voluntario, sino únicamente se ajuste el cambio de vía en el mismo acto y se concluya satisfactoriamente este.

Esto resultaría ser la razón por la cual es de suma importancia la inclusión de la transacción en estos procedimientos, pues una vez expresada la voluntad y cumplidos los requisitos esenciales del convenio a que refiere el artículo 4.102 del Código Civil para el Estado de México, en cuanto a todos sus efectos se omitieran las fases procesales, se elevaría a sentencia ejecutoriada este o se emitirá resolución de fondo que así lo determine y la administración de Justicia cumpliría así la intención de Legislador al ser realmente pronta, expedita, completa e imparcial.

Por lo anterior, considero que es injusta e ilegal la postura que asume el Código Civil para el Estado de México al incluir dentro de las transacciones nulas el estado civil de las personas, pues primeramente partiría de que el ejercicio de la acción se inicia a instancia de parte, luego entonces si la transacción es una forma de concluir un procedimiento y evitar uno nuevo, por que razón si existe la voluntad de las partes y previa satisfacción de los efectos de este en relación a los hijos, a los mismos cónyuges y sus bienes, no puedan convenir, por tanto, dicho acuerdo deberá ser aprobado previa su sanción y elevarse a la categoría de cosa juzgada o bien, tener la certeza jurídica de la emisión de una sentencia de fondo que decrete la disolución del vínculo denominado matrimonio.

Cabe mencionar que a criterio de esta servidora, no es el pretender que a través de la inclusión de dicha figura jurídica exista un mayor número de divorcios por una solución pronta, sino por el contrario aportar de acuerdo a la vida actual una forma mas clara, precisa rápida acorde a la época en que vivimos para disolver este vínculo jurídico.

Atendiendo a lo antes expuesto, bajo los raciocinios y argumentos sustentados en el cuerpo del presente trabajo de investigación, se somete a consideración las siguientes alternativas de solución:

A).- En los asuntos relativos al divorcio necesario en el Estado de México, en aquellos casos en que se funde la acción de dicha prestación en aquellas causales del artículo 4.90 del Código Civil cuya naturaleza deban ser plenamente acreditadas a fin de que prospere la acción, en la audiencia conciliatoria las partes deberán comparecer personalmente, en la cual, por mutuo acuerdo podrán expresar al Juez su voluntad de disolver el vínculo matrimonial que los une por mutuo consentimiento, estableciendo en el acto del convenio a que refiere el artículo 4.102 del Código Civil para el estado de México.

En dicha solicitud manifestarán expresamente que en ese momento se someten a los lineamientos y por ende efectos del procedimiento especial de Divorcio por mutuo consentimiento.

Con la solicitud de los consortes y convenio elaborado, el Juez dará vista al Ministerio Público cuando se involucren derechos de los menores e incapaces, quien deberá desahogar la misma en la propia diligencia.

Hecho que sea, el Juez analizará el convenio señalando a los cónyuges los puntos que no se ajusten a derecho o que considera de no equidad, proponiéndoles que los corrijan o ajusten.

De encontrarlo ajustado a derecho, el Juez dictará resolución en la que decidirá sobre el convenio, si lo aprueba declarará la disolución del vínculo matrimonial.

B).- En los asuntos relativos al divorcio necesario en el Estado de México, en aquellos casos en que se funde la acción de dicha prestación en aquellas causales del artículo 4.90 del Código Civil cuya naturaleza puedan ser

aceptadas por el demandado, en la audiencia conciliatoria las partes así lo han determinado, manifestarán la voluntad expresa de disolver el vínculo matrimonial, el demandado podrá allanarse en ese mismo acto a las prestaciones, hechos y derecho reclamado e invocados por su contraparte (sólo para efectos de transacción), elaborando en el acto el convenio a que refiere el artículo 4.102 del código Civil para el Estado de México, con el convenio elaborado, oyendo al Ministerio Público cuando se involucren derechos de los menores e incapaces, el Juez analizará el convenio señalando a los cónyuges los puntos que no se ajusten a derecho o que considera de no equidad, proponiéndoles que los corrijan o ajusten, lo que se realizará en la misma diligencia, hecho que sea, al no contener cláusulas contrarias a la moral, al derecho o a las buenas costumbres, aprobará el convenio condenando a los celebrantes a estar y pasar sobre su contenido en todo tiempo y lugar como si se tratara de una sentencia ejecutoriada, decretando la disolución del vínculo matrimonial que une a los promoventes.

IMPORTANCIA: La declaración de voluntad de los consortes, la expresión de sometimiento a los lineamientos que rigen el Procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento y el convenio por ellos suscrito será lo único que tome el Juez como base para determinar disuelto el vínculo conyugal.

De lo anterior se colige que ante todo debe imperar la autonomía de la voluntad, la cual, como se ha mencionado a lo largo del presente, únicamente se ve limitada por la ley, cuya observancia estén interesados en el orden público y las buenas costumbres, toda vez que la noción “orden público impone de manera positiva cierto contenido de protección...”⁴⁵

⁴⁵ Cfr. Alterini A, Atilio, López Cabana, Roberto M. *LA AUTONIMIA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO MODERNO*, Buenos aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1989, p. 17.

“... Si bien la calificación del convenio incumbe al juez, esto no debe entrañar una limitación a la autonomía de la voluntad...”⁴⁶

Dicha solicitud, constituye entonces el perdón tácito del demandante, empero al igual que el demandado, obtiene beneficios en la forma y términos en que los cónyuges divorciantes establezcan constreñirse según las cláusulas del convenio celebrado, esto es, se concede a los cónyuges divorciantes, la facultad de celebrar convenios o bien rehusarse a hacerlo, de elegir y terminar el objeto y alcance de los mismos, es decir, se rige bajo los principios de autodecisión y autorregulación, por ello no habrá cónyuge culpable y por consiguiente los dos tendrán los mismos derechos ante los efectos que trae consigo la disolución del vínculo matrimonial, la cual se emitirá con mayor prontitud, sin tener que seguir la secuela procesal, y probar las causales en que se fundó la acción de divorcio necesario, eficientando así la administración de Justicia que deberá ser pronta, expedita, completa e imparcial en términos del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y bajo el principio de inmediatez procesal. Asimismo ambos cónyuges adquieren absoluta libertad de contraer nuevas nupcias.

⁴⁶ Ibidem, 36.

4.4. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN Y ADICIÓN A LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO.

Ante todo lo expuesto, concluyo que la facilidad de la transacción como medio de concluir un procedimiento de divorcio Necesario, tiene como finalidad el que atendiendo a la voluntad de las partes se realice en forma rápida y debidamente formalizada, sin que en ningún momento pueda modificarse la resolución una vez aprobada si no es por medio de Juicio diverso en el que se reclame esta acción, es entonces que la hoy sustentante considera que la transacción debe ser incluida en lo respectivo al Código Civil y en el de Procedimientos Civiles para el Estado de México, precisamente en la forma que a continuación se detalla y los cuales someto a su consideración:

Se adiciona un párrafo a la fracción VI del artículo 7.1153, se adiciona el artículo 7.1153 bis del Código Civil para el Estado de México, se adiciona un segundo al artículo 2.121, se adiciona un segundo y tercer párrafo al artículo 2.123 y se adiciona un segundo párrafo al artículo 2.127 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, para quedar como sigue

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

TERCERA PARTE

De las diversas especies de contrato

TÍTULO DÉCIMO SEXTO

De las Transacciones

“Artículo 7.1153. Es nula la transacción que verse sobre:

I...

II...

III

IV...

V...

VI El estado Civil de las personas; pero será válida cuando en los Juicios de Divorcio Necesario se exprese su consentimiento de disolver el vínculo matrimonial, este reúna los requisitos que al efecto precisa el Procedimiento especial de Divorcio por mutuo consentimiento, debiendo ser sancionado el mismo y contenerse en resolución que así lo determine. El consentimiento que se exprese deberá hacerse en forma personal por los cónyuges.

VI...”

Artículo 7.1153 BIS. Podrá haber transacción sobre el estado civil de las personas reuniendo los requisitos del convenio previsto en el Código de Procedimientos Civiles para el estado de México para el caso del Procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
LIBRO SEGUNDO
LIBRO CUARTO
CAPITULO IV
DE LA FASE CONCILIATORIA Y DEPURACIÓN PROCESAL

Junta de conciliación.

Artículo 2.121. “...”

En los juicios de divorcio, la conciliación a que refiere el párrafo anterior deberá llevarse a cabo con la asistencia personal de los cónyuges.

Efectos de la Conciliación.

Artículo 2.123. “...”

En los Juicios de divorcio si se lograra la conciliación, el convenio que celebren los cónyuges deberá reunir y satisfacer los requisitos señalados por el Código Civil respecto del Convenio en el divorcio Voluntario, teniendo efectos de transacción y homologándose a sentencia ejecutoriada.

En los asuntos relacionados con Divorcio necesario, en la audiencia conciliatoria las partes de común acuerdo podrán expresar al juez su voluntad de disolver su vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, elaborando en el acto el convenio en términos del Código Civil. Con dicha solicitud y convenio se dará intervención al Ministerio Público cuando se

involucren derechos de menores e incapaces, quien hará las observaciones correspondientes en la misma diligencia.

CAPITULO V

DEL PLAZO PROBATORIO

Artículo 2.127. “...”

En los Juicios de divorcio Necesario podrá abrirse la dilación probatoria si a la audiencia conciliatoria no se lleva a cabo con la comparecencia personal de los cónyuges.

CONCLUSIONES

1.- La autoridad sólo puede hacer aquello que la ley le faculta expresamente y el particular todo aquello que no le prohíbe, por ello, las personas pueden poner fin a un conflicto a través de un acuerdo de voluntades, mediante el reconocimiento o la renuncia de su derecho llamado **Autocomposición**.

2.- La forma de resolver las controversias se encuentra regulado por el texto constitucional, aquéllas personas que se ven involucradas en un conflicto pueden resolverlo a través de la transacción o de la conciliación.

3- La Transacción como forma anómala de concluir un proceso, se encuentra prevista en los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

4.- La transacción es considerada como un contrato consensual, bilateral, a título oneroso, cuyo objeto es poner fin a un litigio ya existente o prevenir uno futuro.

5- Es necesario que en las audiencias de conciliación en los juicios de divorcio necesario tramitados en los juzgados del Estado de México, se cumplan con las expectativas para la cual fueron creadas, es decir, que se busque la terminación de los Juicios en el momento en que tenga verificativo la audiencia conciliatoria, a través de la autocomposición, sin agotar el Procedimiento Judicial.

6.- La fase de conciliación prevista por el Código Procesal Civil, debe ser la fase primordial en la que exista convenio o conversión de vía en los juicios de divorcio necesario.

7.- Al ser el matrimonio una institución de orden público, y encontrarse reguladas por la ley las formas en las que puede disolverse, debe integrarse como una forma más, el cambio de vía o conversión de un proceso litigioso a uno voluntario satisfaciendo los requisitos del Código Adjetivo Civil.

8.- Es a través de la transacción y conversión de vía en los juicios de divorcio necesario donde puede darse a los cónyuges una alternativa de solución a su pretensión por medio del sometimiento expreso de su voluntad de concluirlo bajo los lineamientos del procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento.

9.- La forma anómala de concluir un proceso a través de esta vía deberá ser espontánea de los divorciantes, pues la misma presenta una alternativa sencilla y útil a sus intereses.

10.- Una vez realizada la propuesta se someterá a consideración el convenio elaborado en estos juicios y previa la intervención del Ministerio público, el Juez que conozca de este lo aprobará, o bien señalará las mejoras o ajusten que se estimen necesarios para su cumplimiento.

11.-El convenio que se realicen en este tipo de procedimientos deberán satisfacer plenamente los requisitos del convenio sancionado para los juicios de divorcio voluntario.

12.- Dicho procedimiento al convertirse en un trámite sencillo y útil, implica una menor afectación a los menores, que en su caso, son los menos culpables y a quienes se les hace daño con los juicios largos y complicados como es el divorcio necesario, pues al determinar este se deberá resolver respecto de la guarda, custodia, régimen de visitas y alimentos de los menores.

13.- La inclusión de la figura de la transacción no sólo obedece a cuestiones de técnica sino de razones de fondo, pues su realización no extingue el proceso, sino trae inmediata consecuencia la expedición de la sentencia que pone fin al proceso.

14.- Sin embargo, no debe ser requisito necesario el emitir una sentencia en la que se apruebe, pues si se trata de sencillez y utilidad, una vez cumplidos los requisitos, deberá aprobarse y elevarse a la categoría de cosa Juzgada, declarando en el acto la disolución del vínculo matrimonial.

15.- Será la voluntad de los cónyuges en el sentido de someterse a los lineamientos y por ende a los efectos del procedimiento especial de divorcio por mutuo consentimiento, y el convenio por ellos suscrito, lo único que tome el Juez como base para decretar disuelto el vínculo conyugal.

16.- En estos casos no resulta necesario el periodo probatorio tomando en consideración que las causales no deberán quedar plenamente acreditadas pues se atenderá a la expresión de la voluntad de las partes para su disolución.

17.- Con la expedición de la sentencia que pone termino al proceso y al reconocimiento de la transacción como forma especial de conclusión no resulta necesario el periodo probatorio.

18.- El sancionar como lícita la forma en que a través de la conversión de vía o incorporación de la transacción en el Código Civil dentro del apartado de las transacciones válidas, se dará un impulso a la celeridad procesal.

19.- La inclusión de la figura de la transacción y reconocimiento como formas especiales de conclusión del proceso obedece sólo a cuestiones de técnica legislativa en vez de razones de fondo, ya que su realización no extingue el proceso, sino que traen como consecuencia inmediata la expedición de sentencia que será la que ponga término al proceso.

20.- Con las modificaciones que se proponen no sólo se favorecerá a la administración de justicia sino realmente se atenderá a la expresión y voluntad de las partes, cumpliendo con una aplicación de justicia pronta y expedita y completa soportada por el artículo décimo séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

21.- Ante todo debe imperar la autonomía de la voluntad, la cual, como se ha mencionado a lo largo del presente, únicamente se ve limitada por la ley, cuya observancia estén interesados en el orden público y las buenas costumbres, toda vez que la noción “orden público impone de manera positiva cierto contenido de protección. Si bien la calificación del convenio incumbe al juez, esto no debe entrañar una limitación a la autonomía de la voluntad.

22.- En tal razón, si todo proceso se inicia a instancia de parte, de igual forma debe existir en el proceso de divorcio necesario, la opción legal de concluirse a través de una simple transacción en la cual expresada la voluntad y cumplidos aquellos requisitos similares en su caso al del divorcio voluntario puede ser aplicable la misma regla y realmente cumplir con la finalidad del principio de economía procesal, simplificando con ello el procedimiento para alcanzar una solución con la mayor prontitud, tal y como lo refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 17 que describe que la justicia debe ser pronta completa y expedita, evitando con ello la multiplicidad de litigios que afecten a la sociedad; concediendo a la parte demandada

la oportunidad de cumplir fácilmente con sus obligaciones sin que por ello se perjudique a la parte actora, sino más bien, también resulte beneficiada, resolviendo la controversia de manera pronta y menos onerosa, sin dañar el bienestar de los menores habidos en matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Alterini A, Atilio, López Cabana, Roberto M. *LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO MODERNO*, Buenos aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1989, pp. 141.
- 2.-Alcalá Zamora y Castillo Niceto, *DERECHO PROCESAL MEXICANO*, 2ª ed. México, Editorial Porrúa S. A, 1985, Tomo II, p. 493.
- 3.- Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Baez Rosalía, *DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES*, México, Editorial Oxford University Press, 2005.
- 4.- Becerra Bautista, José, *EL PROCESO CIVIL EN MEXICO*, 18ª ed, México, Editorial Porrúa S. A. 2003, pp. 827.
- 5.- Chávez Asencio, Manuel F, *CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES*, 5ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, 2005.
- 6.- Chávez Asencio Manuel F, *LA FAMILIA EN EL DERECHO, RELACIONES JURIDICO CONYUGALES*, 7ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, 2007, pp. 231.
- 7.- Gómez Lara Cipriano, *TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*, 10ª ed, México, Editorial Oxford university press, UNAM, 2004, Textos jurídicos universitarios, pp. 363.
- 8.-Gómez Lara Cipriano, *DERECHO PROCESAL CIVIL*, México, Editorial Oxford university press, 2008, Textos jurídicos universitarios.
- 9.- Gutiérrez y González Ernesto, *DERECHO CIVIL PARA LA FAMILIA*, México, editorial porrúa, s. a, 2004, pp. 648.
- 10.- De Ibarrola, Antonio, *DERECHO DE FAMILIA*, 5ª ed. México, Editorial Porrúa, S. A, 2006.

11.- Montero Duhalt, Sara, *DERECHO DE FAMILIA*, México, Editorial Porrúa, S. A, 1990, pp. 429.

12.- Ovalle Favela, José, *DERECHO PROCESAL CIVIL*, 9ª ed, México, Editorial Oxford university press, UNAM, 2003, colección textos jurídicos universitarios, pp. 469.

13.- Ovalle Favela José, *TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*, 6ª ed, México, Editorial, Oxford university press, UNAM, 2004.

14.- Pallares, Eduardo, *TRATADO DE LAS ACCIONES CIVILES*, 12ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, 2007.

15.- Pallares, Eduardo, *EL DIVORCIO EN MÉXICO*, 5ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, 1987.

16.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, *DERECHO DE FAMILIA*, México, UNAM, 1990, pp. 73.

17.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, *PANORAMA DEL DERECHO MEXICANO*, México, Editorial Mc Graw- Hill, UNAM, 1998, pp. 46.

18.-De Pina Rafael /castillo Larrañaga José, *INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL*, 8ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, 2005.

19.- Rojina Villegas, Rafael, *COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, INTRODUCCIÓN, PERSONAS Y FAMILIA*, 23ª ed., México, Editorial Porrúa S. A, 1989, p. 537.

20.-Rojina Villegas, Rafael, *DERECHO CIVIL MEXICANO*, Derecho de familia, 11ª ed, México, 2006, Editorial porrúa, tomo II.

OTRAS FUENTES.

1.- *DICCIONARIO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO MEXICANO*, 3ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, UNAM, 1989, tomo I, O, pp. 1603-2302.

2.- Instituto de investigaciones jurídicas, *DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*. 3ª. ed. México, Editorial Porrúa. S. A, UNAM, 1989, tomo A-CH, p. 568.

3.- De Pina, Rafael, De Pina Vara, Rafael, *DICCIONARIO DE DERECHO*, 36ª ed, México, Editorial Porrúa S. A, 2007, pp. 525.

4.- Instituto de investigaciones jurídicas, *NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*, 7ª ed, México, Editorial Porrúa S. A. UNAM 2007.

5.- Pallares, Eduardo, *DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL*, 28ª ed, México, Editorial Porrúa S. A., 2005, pp. 847.

6.- Instituto de investigaciones jurídicas, *ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA*, México, Editorial porrúa S. A, UNAM, 2002, tomo II C, pp. 723.

INTERNET.

<http://www.derecho.udp.Cl/estudiantes/apuntes/Transacción.pdf>

<http://www.Colegasabogados.org/Conciliación.htm>

<http://www.monografías.com/trabajos15/conciliación.shtm/>

<http://www.derecho.Laguna2000.com/parte-general/transacción>

<http://www.juicios.Cl/dic300/AVDENIMIENTO.htm>

<http://www.monografías.com/trabajos10/transa/transa.shtml> · con

<http://www.monografías.com/trabajos10/transa/transa.shtml> · tra

<http://www.monografías.com/trabajos10/transa/transa.shtml> · tr

<http://www.monografías.com/trabajos10/transa/transa2.shtm> · co.

CÓDIGOS.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 47^a ed, México, Editorial Sista S. A de C. V, 2008, p. 67.

Código Civil para el Estado de México, 14^a ed, México, Editorial Sista, S. A de C.V, 2008, pp. 260.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, 20^a ed, México, Editorial Sista S. A. de C, V, 2009, pp. 238.