



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**“LA JURISDICCIÓN APLICADA EN EL
PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO INCAUSADO EN EL
ESTADO DE MÉXICO”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A:**

CAROLINA OCAMPO ORTIZ

ASESOR: LIC. E. URIEL ISLAS RODRÍGUEZ

BOSQUES DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO, ENERO DE 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA JURISDICCIÓN APLICADA EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO INCAUSADO EN EL ESTADO DE MÉXICO

	Página
Introducción	III
CAPÍTULO 1	
LA JURISDICCIÓN	
1.1 Concepto de jurisdicción	6
1.2 Origen de la jurisdicción	13
1.3 La jurisdicción en el derecho procesal	17
1.4 Clases de jurisdicción	23
1.4.1 Jurisdicción contenciosa	23
1.4.2 Jurisdicción voluntaria	24
1.5 Características de la jurisdicción	25
1.5.1 Facultad decisoria	26
1.5.2 Facultad coercitiva	27
1.5.3 Facultad de documentación	29
1.6 Limitantes en el ejercicio de la jurisdicción	30
CAPÍTULO 2	
EL DIVORCIO	
2.1 El matrimonio	35
2.1.1 Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio	39
2.2 Concepto de divorcio	41
2.3 Origen del divorcio	44
2.4 Clasificación del divorcio	47
2.5 El divorcio incausado en el Estado de México	55
2.5.1 Particularidades	58
2.5.2 Procedimiento	74

CAPÍTULO 3

LA JURISDISDICCIÓN APLICADA EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO INCAUSADO EN EL ESTADO DE MÉXICO Y PROPUESTA DE REFORMA

3.1 El auto admisorio, pluralidad de determinaciones	76
3.1.1 Vista y notificación	78
3.1.2 Medidasprecautorias	84
3.2 Formas de proceder en las audiencias de avenencia	87
3.3 Relevancias en la resolución de disolución del vínculo matrimonial	96
3.4 Particularidades en fase de la formulación de pretensiones a falta de consenso en la propuesta de convenio	99
3.5 Propuestas de reforma	103
Conclusiones.	114
Fuentes Consultadas	121

Introducción

El trabajo de Tesis que nos ocupa al que se ha titulado: “LA JURISDICCIÓN APLICADA EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO INCAUSADO EN EL ESTADO DE MÉXICO”, tiene su origen en las reformas efectuadas a la legislación civil tanto adjetiva como sustantiva del Estado de México, publicadas en el periódico oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de México, en fecha 3 de mayo del año 2012; tratándose del primero de los cuerpos normativos, contiene la clasificación del divorcio entre otros el incausado, plazo para solicitarlo, medidas precautorias y su aplicación; ahora con respecto al segundo de los mencionados, se crea el Capítulo IX dentro del Título Sexto, titulado Procedimientos Especiales, en dicho apartado encontramos los lineamientos que se deberán observar por cuanto al procedimiento del divorcio incausado; pero bien derivado del ejercicio profesional desempeñado primordialmente en los diversos Distritos Judiciales de la multicitada Entidad, se ha constatado la aplicación de la ley en ese rubro, encontrando que tanto del Código Civil, como el de Procedimientos Civiles para el Estado de México, son confusos, incompletos y también contradictorios; ante ello resulta que al acudir ante los órganos de justicia a gestionar el divorcio incausado, el Juzgador aplica la ley según su libre arbitrio, haciéndolo en más de las ocasiones con excesos, limitaciones u omisiones, lo que trae como consecuencia perjuicios para las partes, principalmente para los menores de edad, incapaces o las mujeres, más aún crea confusión como detrimento entre los litigantes.

Derivado de lo anterior, este trabajo tiene por objeto analizar los artículos de las legislaciones mencionadas, los cuales resultan contradictorios, confusos, incompletos etc., lo que ha dejado que la potestad o facultad jurisdiccional se vea limitada o excedida u omisa por parte de los órganos de justicia en materia familiar; derivado de las inconsistencias que se analizan, se procede a formular propuesta de reforma a las legislaciones en ese tenor.

Para el desarrollo de esta tesis, se utilizan los métodos de investigación: Inductivo: en éste se parte de diversas particularidades reales del ejercicio profesional en el divorcio incausado, para arribar a cuestiones generales del cómo y por qué deben establecerse de determinada forma; Deductivo: en este método se parte de diversas generalidades reales del ejercicio profesional en el divorcio incausado, para arribar a cuestiones específicas del cómo y por qué deben fijarse de manera definitiva; Analógico: en este método procederemos a recabar resoluciones emitidas por diversos juzgados familiares que conocen del divorcio incausado, para entre ellas focalizar los excesos, limitaciones u omisiones, con ello contar con elementos para proponer reformas a la legislación.

La tarea que nos ocupa se desarrollará en tres capítulos, atendiendo el Código Civil, como el de Procedimientos Civiles, vigentes para el Estado de México, ya que ambos cuerpos normativos contienen lo relacionado al divorcio incausado, también se abordan diversas particularidades que se suscitan en el procedimiento del multicitado divorcio.

El Capítulo 1 denominado: “La Jurisdicción”, está dedicado precisamente a esta figura, la cual es básica en la presente investigación, en el que se entra al estudio de su origen, concepto, aplicación, características y limitantes en su ejercicio.

En el Capítulo 2 titulado “El Divorcio”, se inicia con el matrimonio pues sin él no existiría nuestro tema principal; siguiendo con el concepto de divorcio, sus orígenes, clasificación; todo lo anterior necesario para estar en posibilidad de entrar al análisis del divorcio incausado, sus particularidades y el procedimiento en el Estado de México.

En el Capítulo 3, se analizarán las diversas determinaciones que realizan los juzgadores, para lo cual se agregan distintas actuaciones de las que se deducen las limitaciones, excesos como también omisiones por parte de los juzgados de la materia en el Estado de México, derivado de ello se exponen razonadamente propuestas de iniciativa de reforma a diversos artículos tanto del Código Civil como del de Procedimientos Civiles del Estado de México, con el objeto de regular el actuar del Juzgador, pues bien seguramente si el cuerpo de normas es claro y preciso, el actuar del Juez se verá limitado, logrando con esto uniformidad en la aplicación de la ley con respecto a la figura en estudio y que lo es el divorcio incausado.

LA JURISDICCIÓN APLICADA EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO INCAUSADO EN EL ESTADO DE MÉXICO

CAPÍTULO 1 LA JURISDICCIÓN

1.1 Concepto de jurisdicción

El dar una idea clara de aquello que se pretende indagar, es una de las actividades preliminares para la realización de un estudio; en razón de que, la figura de la jurisdicción es uno de los temas fundamentales en esta investigación, se anotaran las nociones y sus definiciones fundamentales.

Para conceptualizar a la Jurisdicción, se inicia refiriendo su significado de origen, es decir su etimología, la cual tiene su raíz en *Jus, juris*: derecho del cual se deriva “*jurisdicitio,-onis*: de *jus* y *dico, dicere*: decir, lo que significa: poder para gobernar y ejecutar las leyes”¹.

Se considera que este significado se refiere a la facultad que tiene el Estado para administrar y hacer cumplir la legislación, por lo que nos habla de funciones extensas y generales, que a su vez poseen gran variedad de actividades.

En relación a la raíz que nos ocupa el Jurista Eugene Petit, en su libro titulado Tratado de Derecho Romano, refiere: “La *jurisdicitio* según la etimología, *jus dicere*, esta palabra tiene una acepción de las más amplias. *Decir el derecho* significa, lo mismo proponer una regla de derecho que aplicar una regla preexistente. Ya sabemos, en efecto, que los magistrados encargados de

¹MATEOS M., Agustín. Etimologías Latinas del Español, decima sexta edición, Esfinge, México, 1968, p.95.

las funciones judiciales publicaban edictos que contenían reglas aplicables a todos los ciudadanos.”²

Esta definición engloba dos funciones: la de impartir justicia y la de crear leyes, las cuales eran aplicables en el Derecho Romano, según éste, los órganos encargados de la función jurisdiccional, creaban la ley y también se encargaban de aplicarla, funciones que ahora en nuestro sistema están divididas, la creación corresponde al poder legislativo y el ejercicio al judicial.

Pasando a lo que nos dice el diccionario de la Lengua Española, encontramos que la jurisdicción es: “El Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar. 2 Poder que tienen los jueces o tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. 3 Término de un lugar o provincia. 4 Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal...”³

De la transcripción anterior, concretamente de la primera acepción se infiere, que refiere igualmente lo que la etimología contiene, es decir el poder para gobernar y ejecutar, en el segundo significado incluye acertadamente el poder de los jueces o tribunales para juzgar; las siguientes dos expresiones se refieren más bien a la competencia por territorio de los juzgadores.

A mayor abundamiento, el Diccionario Jurídico, define a la jurisdicción como: “Aptitud o capacidad reconocida a un juez o tribunal para conocer en una determinada categoría de pretensiones o de peticiones.”⁴

Al parecer, la definición es inconclusa ya que omite señalar quién otorga, así como reconoce esa capacidad; por otra parte al referirse a Juez o Tribunal, se considera lo hace por motivo de que su intervención pudiera ser en forma

²PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano, Porrúa, México, 1984, p. 613

³DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. vigésima segunda edición, tomo II, Espasa Calpe S.A., España, 2001, p.1332.

⁴GOLSTEIN, Mabel. Diccionario Jurídico, Consultor Magno, Circulo Latino Austral, Buenos Aires, 2007, p.341

unitaria o colegiada, esto atendiendo que por Tribunal, según el Diccionario de la Lengua Española, es el "... lugar destinado a los jueces para administrar justicia y dictar sentencias. 2. Ministro o ministros que ejercen la justicia y pronuncian la sentencia..."⁵

Tomando en consideración, que la jurisdicción forma parte esencial del Derecho Procesal, como de nuestro tema de investigación, se procede ahora a consultar a diversos expertos en la materia, siendo estos:

Francesco Carnelutti, refiere: "Más que un poder simple, la jurisdicción es un haz de poderes cuyo análisis entra en aquel estudio de las relaciones jurídicas procesales...", sigue diciendo: "La potestad fundamental es naturalmente aquella que el juez ejercita mediante la decisión; que está en ejercicio de un poder está demostrado por la eficacia, que veremos pertenece a la decisión misma, no puramente lógica sino imperativa a tal propósito en elemental la comparación entre el juicio del consultor y el del juez. A esta potestad responde la sujeción de las partes las cuales deben someterse al juicio del juez como si fuese el juicio del legislador.

Junto a tal potestad, la jurisdicción se articula en una cantidad de otros poderes, los cuales pertenecen en primer lugar al juez mismo y, junto a él, a sus coadjutores. Es decidir, representa el último de una secuela de actos, los cuales sirven para preparar la decisión, si no precisamente cada uno, muchos de ellos constituyen a su vez ejercicio de su potestad. En particular, antes y a fin de decidir, se le hace necesario al juez dictar órdenes, sin las cuales el proceso no se podría desarrollar; entra así en el ámbito de la potestad jurisdiccional, además de la potestad decisoria una potestad ordenatoria; la una y la otra constituyen las dos especies fundamentales de ella."⁶

⁵DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *op. cit.* p.227.

⁶CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1994, p. 58.

De este extracto se entiende que la potestad jurisdiccional como este doctrinario la denomina, a su vez se compone de varios poderes o potestades, en cuanto a este punto se considera que la jurisdicción se trata de una potestad que para ser ejercitada utiliza varias facultades; por otro lado distingue dos potestades fundamentales de la jurisdicción: la decisoria y la ordenatoria, estamos de acuerdo en que la decisión y la orden del Juez son fundamentales, tan es así que estas, junto con el conocimiento del asunto de que se trate, son consideradas como características de esta figura, todas ellas las que se estudiaran por separado de manera más amplia.

El maestro Piero Calamandrei, con respecto a la jurisdicción escribe: “En cuanto al concepto de jurisdicción no es posible dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y todos los pueblos. No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgar, tienen un valor eventual, que no puede ser determinado sino en relación con un cierto momento histórico. Actualmente, en las principales legislaciones de la Europa continental, el contenido de la función jurisdiccional no puede ser comprendido sino en relación con el sistema de legalidad; y el nuevo código pretende ser precisamente una reafirmación de la jurisdicción como complemento e instrumento de la legalidad.”⁷

De lo transcrito, se deduce que es acertada la observación que hace referente a que el concepto de jurisdicción varía de acuerdo al lugar como al momento histórico en que se vive, ya que como lo hemos observado el concepto que se manejaba en el Derecho Romano ha evolucionado hasta llegar a nuestros tiempos, por ejemplo han cambiado algunas facultades del juzgador; por otra parte señala a la jurisdicción como complemento e instrumento de la legalidad, a lo cual para discernir el contexto de dicha idea, tenemos que el sistema de legalidad significa que: “Al juez (y con mayor generalidad el jurista)

⁷CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, p.2.

no corresponde discutir la bondad política de las leyes; corresponde solamente en cuanto juez y en cuanto jurista, observarlas y hacerlas observar. Con esto no quiere decir que en el sistema de legalidad, la obra del juez pueda reducirse a un árido juego lógico, desconectado de las corrientes históricas de los que ha nacido la ley que aquel está llamado a aplicar.”⁸

De este último se entiende que los órganos judiciales encargados de administrar justicia, lo serán de legalidad, aunque no de manera mecánica, sino observando los ideales de justicia que llevaron al legislador a crear la ley.

Para el estudioso Luis M. Ponce de León Armenta “...la jurisdicción es la parte del Derecho Procesal que como función del Estado tiene por objeto regular y organizar la administración de justicia y seguridad jurídica mediante los órganos especializados y competentes para resolver en forma imparcial las controversias y planteamientos jurídicos, con base en reglas de procedimiento establecidas para la sustanciación de los procesos.”⁹

Se comparte la idea de la transcripción, ya que es una de las más claras, pues atiende a la jurisdicción como una función del Estado, que se ejercita por medio de los órganos competentes, quienes son los encargados de dirimir las controversias y planteamientos que se exponen ante ellos, para lo cual se deben seguir las leyes procedimentales para la sustanciación de los procesos, pues instituye una de las principales garantías de seguridad jurídica.

Continuando con el estudio del tema que nos ocupa, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en su LIBRO PRIMERO titulado Parte General, TITULO PRIMERO denominado Jurisdicción, la contempla de los artículos 1.1 al 1.6, primeramente se procede con lo referente a la definición,

⁸ *Ibidem*, p. 3.

⁹ <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/73/art/art6.pdf>, 4 de septiembre del 2012, 14:25 hrs, p.100.

posteriormente con relación a las particularidades y características de la jurisdicción.

Tratándose de la definición se contiene en el artículo 1.1 del Código mencionado, el cual refiere: “Los Tribunales del Poder Judicial tienen la facultad de interpretar y aplicar las leyes en los asuntos del orden civil y familiar del fuero común, lo mismo que del orden federal, en los casos en que expresamente lo ordene la ley.”

De lo anotado se deriva que la jurisdicción, es la facultad que poseen los Tribunales del Poder Judicial, de interpretar y aplicar las leyes en los asuntos de orden civil y familiar; aunque también es de agregar que conforme al numeral 1.6 del cuerpo de leyes en cita, se concluye que dichos tribunales también conocerán de procedimientos no contenciosos que se sometan a su consideración.

Atendiendo que los artículos 1.2 al 1.5 del Código de Procedimientos Civiles, contienen diversas particularidades respecto de la jurisdicción es de apuntar:

Los numerales citados al exponer Tribunales del Poder Judicial, se está refiriendo al Tribunal Superior de Justicia, sea funcionando en Pleno, Salas Colegiadas o Unitarias Regionales, como inclusive Jueces de Primera Instancia y de Cuantía Menor.

También de los numerales citados se infiere que en cuanto al ejercicio de la jurisdicción, únicamente se ejercerá a instancia de parte, esto es, que los peticionarios, guardando cierta formalidad, deberán acudir al órgano de justicia que corresponda para que intervenga en el asunto que se le plantea, conforme a las leyes y su competencia, pero sí, alude que mientras se mantenga en curso

el proceso, corresponde al Juez desarrollarlo de oficio, salvo los casos en que la ley exija la petición de parte.

De igual forma indica que la actividad que realizan los tribunales del Poder Judicial, deberá regirse conforme a las reglas generales sobre substanciación del proceso, con excepción de los procedimientos especiales que tienen su propia regulación, pero tratándose de situaciones no contenidas en estas se aplicarán las generales, sin que se pueda renunciar a las formalidades a menos que la propia ley lo permita.

Además, contemplan dos clases de fe pública: la limitada y la amplia; la primera la ejercen los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones consistente, en que las resoluciones que pronuncien gozaran de certidumbre jurídica como de veracidad en cuanto a la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto; la segunda la ejercen los secretarios de acuerdos, así como los secretarios notificadores y ejecutores adscritos, con la que podrán certificar la existencia de eventos y circunstancias que dan lugar a hechos jurídicos o no jurídicos dentro de un procedimiento que sucedan en el ejercicio de sus funciones, ya sea durante el desarrollo de una diligencia judicial, o que así lo ordene a discreción el titular del órgano jurisdiccional al que estén adscritos.

Del contenido de la legislación adjetiva del Estado de México, se concluye que se expone esta figura de manera suficiente, esto es, establece: qué es, para qué es y quién la ejercita; sí es de mencionar que también contiene el vocablo "interpretar", con lo que se esta de acuerdo, pues tiene una estrecha vinculación con la aplicación de la norma jurídica, así para esclarecer dicha observación, se procede a realizar la siguiente cita la cual a la letra dice: "...el juzgador, caracterizado por su sentido de imparcialidad, deberá encontrar en este acto de raciocinio la esencia misma de la ciencia del derecho, es decir, a partir de un

enunciado jurídico, buscará y hallará la solución a un conflicto a efecto de cumplir con su delicada misión que es, precisamente, la de impartir justicia.”¹⁰.

Se entiende que al momento de aplicar la norma algunas veces es necesario un acto de raciocinio del Juzgador, como concedor del derecho e imparcial, ante el silencio, oscuridad o insuficiencia de la norma que se pretende aplicar al caso en concreto, realiza a partir de la norma y el resultado se debe apoyar en ella, dicha actividad ha sido un instrumento fundamental para el funcionamiento de la actividad jurisdiccional, pues los juzgadores no pueden dejar resolver el asunto que se les plantea, puesto que tienen la misión de impartir justicia.

En conclusión, atendiendo las exposiciones que se hacen con respecto al tema jurisdicción, a continuación se expone la siguiente definición: La jurisdicción es la potestad del Estado, que como administrador de justicia, atribuye a los órganos competentes la facultad de dirimir las controversias y asuntos que se someten a su consideración, esta actividad deberá regirse por las reglas generales o especiales, sobre la substanciación del proceso.

1.2 Origen de la jurisdicción

Es importante señalar cuál es el principio de la figura jurídica denominada jurisdicción, el cual aunque de manera breve pero clara, debe formar parte de esta investigación, pues se considera como una parte elemental. En este tema tomamos como base de estudio el Derecho Romano ya que la reconocemos como el origen de nuestro derecho vigente.

Así pues, se encuentra el antecedente de la jurisdicción en el Sistema Procesal Romano, a ese respecto tenemos que “Históricamente cabe distinguir

¹⁰ [Http://www2.scj.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-ii/06alberto-perez-dayan-el-derecho-a-la-jurisdiccion.pdf](http://www2.scj.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-ii/06alberto-perez-dayan-el-derecho-a-la-jurisdiccion.pdf)., 17 de septiembre del 2012, 17:30 hrs, p.3.

tres fases de *las legis actiones*, la del proceso formulario y del proceso *extra ordinem*.”¹¹

“En las dos primeras fases -que unimos bajo el termino de *ordo iudiciorum*-, encontramos una peculiar separación del proceso en dos “instancias”. La primera se desarrollaba ante un magistrado y se llamaba *In iure*; la segunda, ante un tribunal de ciudadanos seleccionados o ante un “juez privado” y se llamaba *in iudicio*, o mejor, *apud iudicem* (delante del juez)... la citada bipartición del proceso daba lugar a la distinción entre los dos conceptos de *iurisdictio* y la *iudicatio*.”¹²

En la primera instancia se ejercitaba la *iurisdictio*, que era la “... facultad que tenían los magistrados para decidir si una de las partes podía llevar su demanda ante un juez”¹³, es decir, si podía tener acceso al *iudex*. Se autorizaba dicha situación, en los siguientes supuestos: “...si la reclamación correspondía a una norma consagrada en las XII Tablas o si se encontraba en los casos previstos en el *álbum anual* o cuando opinaba que el actor obraba de buena fe y podría tener razón”¹⁴, de lo contrario podía denegar la acción.

Se encuentra que la *iurisdictio*, estaba sujeta a requisitos especiales en cuanto a territorio, cuantía y grado, los que determinaban la competencia, por lo tanto esta facultad conforme pasó el tiempo y fue evolucionando era ejercitada por diferentes personas por ejemplo: “al surgir la República aquella atribución pasó a los cónsules, pero como estos funcionarios se encontraban a menudo fuera de Roma en el 367 a. de C. se nombró a un tercer cónsul de inferior categoría a los primeros, que debía estar siempre en la ciudad: éste fue y lo conocemos como *praetor urbanus* que sólo administraba justicia para los

¹¹VENTURA SILVA, Sabino. Derecho romano, curso de derecho privado, tercera edición, Porrúa, México, 1975, p.400.

¹²MARGADANT S., Guillermo Floris. El derecho privado romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea, décima tercera edición, Esfinge, S.A., México, 1985.140 y 142.

¹³VENTURA SILVA, Sabino. *op.cit.* p.401

¹⁴MARGADANT S., Guillermo Floris. *op. cit.* p.142.

cives, y posteriormente en 242 a. de C, se creó al *praetor peregrinus* para decidir controversias entre peregrinos o ciudadanos y extranjeros. Tales funcionarios con los *aediles curules* eran en Roma los encargados de llevar a cabo la Instancia *in iure*. En los municipios los magistrados municipales tenían jurisdicción limitada a cuestiones de cierta cuantía. En las provincias ejercitaban dichas funciones los gobernadores (*praeses*) y en las provincias senatoriales la jurisdicción de los *aediles* (juzgaban en los mercados) era ejercida por los *questores*.¹⁵

En la segunda instancia “se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas después de lo cual, las partes presentaban sus alegatos y el juez dictaba sentencia”¹⁶, es decir se ejercitaba la *iudicatio*, que era la facultad que se les otorgaba a los *iudices* o jueces privados, para resolver el proceso.

En la tercera etapa del sistema procesal, llamada del proceso *extra ordinem*, desaparecieron las dos instancias, el asunto era estudiado y resuelto por la misma persona, en esta etapa desaparecen los jueces privados y los órganos que encargados eran los siguientes: “el emperador, que es fuente y origen de todos los demás funcionarios, en Roma era delegada la función a los *praefecti*, en la diócesis la llevaban a cabo los *vicarii*, en la provincia los *rectores* y en los municipios los *magistratus municipales* hasta que dicha atribución fue absorbida por los delegados del poder central.”¹⁷

En ese tenor es de agregar que, “A la jurisdicción va anexo al *imperio*, la facultad de mandar y usar la coacción para hacer cumplir sus mandatos. Había dos clases de imperio el mero y el mixto; el mero era la potestad de la espada para castigar a los facciosos, poder de administrar y cumplir la justicia de las causas en que pueden imponerse la pena de muerte, perdimiento del miembro

¹⁵VENTURA SILVA, *op.cit.* p. 401.

¹⁶MARGADANT S., Guillermo Floris. *op.cit.* p.141.

¹⁷VENTURA SILVA, Sabino. *op.cit.* p. 403.

o echamiento de la tierra; el mixto era la facultad que compete a los jueces para decidir causas civiles y llevar a efecto sus sentencias...”¹⁸

Se puede decir que este poder es el que hacía posible que se ejecutaran las resoluciones que se emitían, sin este poder las sentencias serían sólo palabras sin fuerza u obligatoriedad para nadie.

El procedimiento de esta tercera etapa contenía las siguientes fases: “la presentación del *libellus conventionis*, su notificación al demandado, presentación del *libellus contradictionis*, la *caurio iudicio sisti*, la notificación del *libellus contradictionis* al actor, una audiencia con la *narratio*, la *contradictio*, el ofrecimiento, admisión o rechazo de las pruebas, el desahogo de las pruebas, los alegatos y la sentencia. Con su típico respeto a la tradición, el jurista antiguo conservo muchos términos de la época formularia, a los que dio empero, un nuevo sentido... En mezcla con algunos elementos germánicos encontramos este procedimiento justiniano en las Siete Partidas, sobre todo en la *Tercera Partida*,...y con influencia del admirable derecho procesal canónico, esta materia llega a la Ley del Enjuiciamiento Civil en 1855, quizás el producto legislativo español de más repercusión en toda Latinoamérica (con excepción de Haití y de la Rep. Dominicana), que deja sentir su impacto en México primero en el Código Béistegui de Puebla (1880) y luego en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en 1884”¹⁹, cuestiones todas estas, precedente indudable de nuestras legislaciones procesales.

De todo lo expuesto, se puede decir que la jurisdicción o *iurisdictio* era tomada como una facultad que tenían los magistrados, la cual en las primeras dos etapas de la historia del sistema procesal romano la *In iure* y la *apud iudicem*, se podría notar un tanto limitada a la autorización y realización de la

¹⁸PALLARES Eduardo. Derecho Procesal Civil, decima primera edición, Porrúa, México, 1985, p. 72.

¹⁹MARGADANT S., Guillermo Floris. El derecho privado romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea, décima tercera edición, Esfinge, S.A., México, 1985, p.178.

fórmula o la instrucción escrita que indica al Juez la cuestión a resolver, como requisito para pasar a una segunda instancia, sin embargo conforme pasa el tiempo vemos que esta facultad se extiende, pues además de examinar el asunto se debía resolver el proceso y hasta usar la coacción para hacer cumplir sus determinaciones e incluso tenían una función legislativa al publicar edictos por medio de los que declaraban el derecho, función de la que actualmente carecen los órganos de justicia.

1.3 La jurisdicción en el derecho procesal

Para el objeto planteado se debe analizar la relación entre el derecho procesal y la jurisdicción pues son conceptos que se relacionan entre sí.

Es así que, se inicia estableciendo que el Estado, según la división de los poderes que los conforman, cuenta con tres funciones: la legislativa, la gubernativa o administrativa y la jurisdiccional, esta última, que es la que nos interesa, es la encargada de aplicar la justicia y para ello el Estado a través de la Constitución ha asignado la facultad de ejercitar dicha función a Órganos independientes que cuentan con funcionarios del Estado y remunerados por este, lo anterior tiene sustento en los artículos Constitucionales que a continuación, en lo conducente, se transcriben:

“Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Artículo 116. El poder público de los Estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrá reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo.

Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

...

II. El Poder Judicial de los Estados se ejercerá por los tribunales que establezcan las Constituciones respectivas.

La independencia de los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las Constituciones y las Leyes Orgánicas de los Estados, las cuales establecerán las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados.”

El ejercicio de la facultad entregada a los Órganos impartidores de justicia, que se denomina jurisdicción, está regulada por un grupo de normas previamente establecidas y que son el resultado del poder legislativo, sea federal o local.

Ahora con respecto del derecho procesal podemos decir que es definido como: “...la ciencia que estudia el conjunto de normas jurídicas, que regulan el proceso por cuyo medio el Estado ejercitando la función jurisdiccional, asegura, declara y realiza el derecho.”²⁰

De lo transcrito se deduce que el derecho procesal es el instrumento a través del cual se imparte la función jurisdiccional, además con estas normas

²⁰OVALLE FAVELA José. Derecho Procesal Civil, segunda edición, Harla, México, 1985, p.7

jurídicas establecidas se otorga certidumbre jurídica a todos los que participan en el ejercicio de la jurisdicción.

Vistos los conceptos de derecho procesal y jurisdicción, se nota que es innegable la relación que mantienen, pero ello se evidencia aún más al considerar que la jurisdicción junto con la acción y el proceso, forman los tres conceptos fundamentales del derecho procesal, por lo que, conceptualizada que ha sido la jurisdicción, procederemos a definir al proceso y a la acción en el campo del derecho procesal.

El Diccionario de la Lengua Española define proceso de la siguiente manera: “(Del lat. *Processus*). m. Acción de ir hacia adelante. 2. Transcurso del tiempo. 3. Conjunto de fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial. 4. *Der.* Agregado de los autos y demás escritos en cualquier causa civil o criminal...”²¹

De esta definición, es de atender las palabras “tiempo” y “conjunto de fases sucesivas”, las que se consideran son elementales en el concepto de proceso no sólo en el campo del derecho si no en un ámbito general. En la última acepción cuando se da la definición en la materia de Derecho, se describe más bien al expediente que se forma con las actuaciones de las partes.

El proceso, según el Diccionario de Derecho Procesal Civil, “es una serie de actos jurídicos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vincula a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configura la institución de que se trata.”²²

²¹DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. vigésima segunda edición, tomo II, Espasa Calpe S.A., España, 2001, p.1838

²²PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, decima séptima edición, Porrúa, México, 1986, p. 640.

Se interpreta que el proceso es un conjunto de actos jurídicos, los cuales, se encuentran unidos por la finalidad que se persigue al realizarlos, dicha finalidad, sería la solución del problema o asunto que se plantea ante el Órgano Jurisdiccional y en su caso la ejecución de la misma.

En relación al Proceso, el jurista Piero Calamandrei, señala: “La expresión proceso tiene, también fuera del campo jurídico, un significado común que, derivado del verbo proceder, indica en general la continuación de una serie de operaciones variadas vinculadas por la unidad del fin: se habla de proceso quirúrgico, de proceso químico y así sucesivamente. Para los juristas, proceso en significado muy afín, que no sinónimo al de procedura y al de procedimiento.

El origen de la providencia jurisdiccional no es ni espontáneo ni instantáneo: el órgano judicial no se mueve por sí, si no hay alguno que lo requiera o estimule: y el pronunciamiento de la sentencia o la puesta en práctica de la ejecución forzada no sigue inmediatamente a la petición, sino que antes de que aquel fin sea alcanzado, es necesario que se cumplan numerosos actos que se suceden en un lapso más o menos largo, el conjunto de los cuales considerados como una unidad en vista del fin que los reúne, constituye empíricamente el proceso en sentido judicial.”²³

Se considera que este razonamiento respecto del proceso es claro, dicho en otro orden, el proceso para este autor, es el conjunto de actos que se suceden en un lapso más o menos largo, desde la petición hasta el pronunciamiento de la sentencia o la puesta en práctica de la ejecución forzada, considerados como una unidad en vista del fin que los reúne.

También es de agregar, conforme lo expone el autor aludido, que el procedimiento es de un significado muy afín al proceso, por lo cual y ya que uno

²³CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, p.69.

de nuestros objetivos es analizar las formas en el que se lleva a cabo el proceso, es decir las formas con los que se realizan los actos jurisdiccionales, es por ello que definiremos al procedimiento.

Así pues, el procedimiento, según Rafael de Pina “es el conjunto de formalidades o trámites a que está sujeta la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos.”²⁴

Se comprende que si el proceso se refiere a un conjunto de actos jurídicos, el procedimiento es la forma como se realizan dichos actos.

Con respecto a la Acción se inicia con el significado que da el Diccionario de la Lengua Española: “(Del lat. *actio*, *-onis*). f. Ejercicio de la posibilidad de hacer...7.*Der.* En sentido procesal, derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés. 8. *Der.* Facultad derivada de un derecho subjetivo para hacer valer en juicio en contenido de aquel...”²⁵

Las acepciones planteadas son claras, estamos de acuerdo en que la acción primeramente es entendida como un hacer; en relación a la marcada con el número ocho, entendemos que es la facultad que se deriva del interés protegido por el derecho y que de alguna manera ha sido vulnerado o existe interés en que sea declarado, esto se debe hacer valer mediante un proceso.

Para el maestro Giuseppe Chiovenda: “La acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a

²⁴DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de derecho, decima cuarta edición, Porrúa, México, 1986, p. 397.

²⁵DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. vigésima segunda edición, tomo I, Espasa Calpe S.A., España, 2001, p.21

este poder; está simplemente sujeto a él. La acción se agota con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada ni para impedirla, ni para satisfacerla.”²⁶

De lo anterior, se infiere que es el poder de obtener la realización de la voluntad de la ley, discordamos cuando señala lo referente a un adversario, ya que en se puede accionar sin que necesariamente exista una contienda, por otra parte, acertadamente refiere que en los casos en que hay adversario, este no puede hacer nada para impedir el ejercicio de la acción.

A nuestro juicio, la acción es la facultad que poseen las personas sujetas de derecho que consideran que sus derechos han sido desconocidos más aun violados o pretenden les sean declarados, provocando con ello que se cumpla con la voluntad de la ley, por medio de la actividad de los órganos jurisdiccionales del Estado.

En conclusión, los tres elementos: acción, proceso y jurisdicción, son fundamentales, pues el instrumento para ejercitar la jurisdicción es el proceso, el cual debe iniciar por una acción y se desenvuelve por una serie de actos y hechos procesales, realizados por el juez, las partes y terceros, teniendo dichos actos procesales una realización formal; entendiendo esto último como: “el conjunto de reglas legales que se establecen para todos y cada uno de los actos del procedimiento y a las cuales es menester sujetarse para no incurrir en sanciones que pueden llegar hasta la nulidad o inexistencia.”²⁷

Estas formas son indispensables pues su ausencia lleva al desorden y a la confusión.

²⁶CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p.13.

²⁷DE PINA VARA, Rafael, *et. al.*, Instituciones de Derecho Procesal Civil, octava edición, Porrúa, México, 1969, p.187.

1.4 Clases de jurisdicción

Existen varias formas de clasificar a la jurisdicción, por ejemplo: “Por el grado en que se encuentra: la jurisdicción de primera y la de ulteriores instancias, la primera es la que se ejercita conociendo y sentenciando por primera vez, la segunda es la que se ejerce conociendo un negocio que ya conoció otro para modificar o confirmar la primera resolución. Por las personas a las que va dirigida, tenemos: la jurisdicción ordinaria y la especial, la ordinaria se ejerce en general sobre todas las personas y negocios de los expresamente no conozca la jurisdicción especial ya que esta se ejerce en asuntos y personas determinadas como la jurisdicción militar,”²⁸ etc.

Por ahora, se limita este estudio a la jurisdicción voluntaria y contenciosa en el Estado de México, ya que son las que conciernen al divorcio incausado, además que este último cuenta con la particularidad de desarrollarse entre esas dos clases de jurisdicción; atendiendo que su regulación se encuentra en el apartado con el título de los procedimientos especiales, consideramos el divorcio incausado, nace como procedimiento de jurisdicción voluntaria, que por la falta de acuerdo en cuestiones inherentes o derivadas del matrimonio se pueda convertir en jurisdicción contenciosa.

1.4.1 Jurisdicción contenciosa

Como se ha venido exponiendo, la jurisdicción tiene como finalidad que el juzgador conozca y resuelva cuestiones que le han planteado las partes, la contenciosa se ejercita precisamente cuanto entre las partes existe una contienda, es decir hay intereses en contrario, a este conflicto de intereses entre dos o más personas respecto de una prestación se le denomina litis.

²⁸ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, decima séptima edición, Porrúa, México, 1986, p. 640.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en su artículo 2.97 conceptúa el litigio señalando: “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 aun no oponiéndose, no cumple con la obligación que se le reclama.”

Por lo que por una parte tenemos a una persona física o moral que considera que el derecho le asiste para reclamarle a otra el cumplimiento de una obligación, por lo que acude a los Órganos Jurisdiccionales para que se le reconozca o se le reparen sus derechos, por otra parte tenemos a otra persona la que se resiste a esa pretensión o simplemente no la cumple, por lo que se defiende oponiendo las excepciones y defensas que estima convenientes para destruir la acción de su contraria.

1.4.2 Jurisdicción voluntaria

Para el jurista José Becerra: “son determinados actos, que se confían a un Órgano Jurisdiccional, que presuponen la certificación o corroboración de hechos, que pueden producir efectos jurídicos, es más se producen efectos jurídicos mediante la resolución.”²⁹

En este tipo de jurisdicción, no existe controversia entre las partes.

En el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México encontramos esta figura, aunque con la denominación Procedimientos Judiciales no Contenciosos, en el artículo 3.1 que textualmente dice:

²⁹BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México, tercera edición, Porrúa, México, 1970, p.13.

“ . . . todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiera la intervención del Juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión litigiosa alguna entre partes”

Tiene relación a este tipo de jurisdicción el artículo 2.98 del ordenamiento citado que refiere:

“Cuando las partes están de acuerdo respecto a la producción de un efecto jurídico; pero la ley no consiente que el efecto se produzca sin resolución de la autoridad judicial, necesitan ocurrir a ésta para que el efecto se produzca.”

En esta clase de procedimientos entre otros se encuentran regulados: la autorización para vender, gravar bienes y transigir derechos de menores o sujetos a interdicción, la adopción, la inmatriculación, el apeo o deslinde, etc.

Como ya se señaló en la legislación procesal civil del Estado de México, el divorcio incausado se encuentra agregado al título de los procedimientos especiales, sin embargo consideramos que al acudir a petitionarlo tiene su origen como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, ya que se realiza solicitud de manera unilateral, que bien por desacuerdo en cuestiones derivadas o inherentes al matrimonio puede convertirse en uno de jurisdicción contenciosa, pues en su caso se plantearía una litis, particularidades que en capítulo diverso se expondrán.

1.5 Características de la jurisdicción

De la definición de la Jurisdicción, sobresalen las cualidades de esta figura y dado que se trata de las diferentes facetas en el ejercicio que realiza la autoridad jurisdiccional, llamaremos facultades a estas características. En este apartado se analizarán las facultades: decisoria, coercitiva y de documentación, aunque algunos autores señalan algunas otras, sólo nos enfocaremos a las

citadas ya que son en las que la mayoría coincide. También podemos decir que estas facultades se complementan entre sí, incluso pueden estar las tres presentes en un mismo momento procesal.

1.5.1 Facultad decisoria

Se debe entender que para ejercitar esta facultad, es necesario que una de las partes, exponga ante un Órgano Jurisdiccional el asunto que requiere sea resuelto, por lo que en todo el proceso aparece la facultad que nos ocupa, ya que como señala Eduardo Pallares: “no sólo se debe decidir la cuestión principal que se ventile en el juicio, sino acordar las peticiones de las partes, para cumplir el deber que se les impone en los artículos 8 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los correlativos a la ley procesal.”³⁰

De lo cual, podemos inferir que es una obligación para la autoridad pero también un derecho de los gobernados de pedir que se le administre justicia por los órganos que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

En el Estado de México, esta facultad está regulada en el Código de Procedimientos Civiles de los artículos 1.8 al 1.11, en donde se enlistan claramente de los asuntos de los cuales podrán conocer y resolver las salas colegiadas y unitarias civiles y familiares, los Jueces de Primera Instancia civiles y familiares y los Jueces de Cuantía Menor, por ejemplo el artículo 1.10 señala:

³⁰PALLARES Eduardo. Derecho Procesal Civil, decima primera edición, Porrúa, México, 1985, p. 78.

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

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

Encontrándose las partes ante la autoridad correspondiente, estas deberán sujetarse a las formas de un procedimiento establecido, en el que, entre otras actividades, deberán aportar los elementos que consideren suficientes para crear en el Juzgador la convicción que lo que dice cada una, es la verdad.

Es de señalarse, que todas las resoluciones que realice la autoridad, deben estar fundadas y expresar los motivos que lo llevaron a tomar esa decisión, más aún, como señala el artículo 1.195 del ordenamiento mencionado, en la sentencia, el Juez deberá ser claro, preciso y congruente con las demandas, las contestaciones y las demás pretensiones deducidas por las partes, decidiendo todos los puntos litigiosos, en los que podrá decretar incluso, la absolución de la parte a quien se demanda.

1.5.2 Facultad coercitiva

La facultad coercitiva o de ejecución es la “facultad que la ley otorga a los tribunales para dictar las medidas de coacción necesarias a fin de que se cumplan sus resoluciones y mandatos”³¹.

³¹ *Ídem.*

Esta puede aparecer en cualquier etapa del proceso, pero se distingue especialmente en la ejecución de las resoluciones.

La finalidad de esta facultad es eliminar los impedimentos que se interpongan en el ejercicio de la función del juzgador, por lo que en la legislación se han establecido las actividades que este puede realizar a fin de que sus determinaciones sean cumplidas, así tenemos que en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, se señalan los medios de apremio por los cuales los jueces podrán hacer que se cumplan sus decretos, autos, sentencias interlocutorias y definitivas, precisamente en el artículo 1.124 que a la letra dice:

“Los jueces para hacer cumplir sus determinaciones, siempre que no existan otros específicos determinados por la ley puede emplear indistintamente los siguientes medios de apremio:

- I. Multa hasta cien días de salario mínimo vigente en la región de su actuación, que podrá duplicarse en caso de reincidencia;
- II. Uso de la fuerza pública;
- III. Rompimiento de cerraduras;
- IV. Cateo por orden escrita;
- V. Arresto hasta por treinta y seis horas.”

Otras actividades en las que podemos observar esta facultad son: el deber que tienen los Magistrados y Jueces, de mantener el orden y exigir se les guarde el respeto y la consideración debidos, pudiendo aplicar para ello correcciones disciplinarias consistentes en el apercibimiento o amonestación o una multa; el poder de hacer comparecer a testigos o de declararlos, mediante medidas de apremio; la posibilidad de hacer que un perito oficial rinda su dictamen en el plazo que se le señale aplicando medios de apremio; en los acuerdos, los apercibimientos para realizar o no una actuación y la

consecuencia impuesta que pudiera ser consistente en la pérdida de un derecho o una medida de apremio.

1.5.3 Facultad de documentación

Esta facultad la define el Diccionario de Derecho Procesal Civil como: “formar actuaciones judiciales e integrar el expediente relativo para que consten por escrito las primeras y que quede una prueba fehaciente de que todo lo que se ha decidido y actuado en el juicio así como las peticiones de las partes”³²

Se puede decir que actualmente con la implementación de los juicios predominantemente orales en el Estado de México, las actuaciones no sólo son por escrito, ahora también se realizan de manera oral, las cuales quedan registradas en videograbaciones que hacen fe de lo que se actuó, decidió y resolvió en audiencia. Como hemos señalado la documentación de un procedimiento se relaciona íntimamente a la fe que poseen los funcionarios del juzgado, pues debe existir certidumbre jurídica y de verdad en cuanto a sus determinaciones y los actos realizados ante ellos.

Con la finalidad de que las actuaciones y promociones formen un expediente, que deberá quedar en resguardo del juzgado, en las legislaciones se han establecido ciertos requisitos que deben cumplir los documentos y el propio expediente, por ejemplo la legislación Procesal Civil del Estado de México, en diferentes preceptos, señala: que los escritos y actuaciones judiciales se pueden efectuar en cualquier forma, salvo que la ley señale una especial, se deben escribir con material indeleble, firmados por quienes las realizaron, deberán escribirse en idioma español y los que se presenten en otro idioma deberán acompañarse de la correspondiente traducción, las actuaciones

³² PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, decima séptima edición, Porrúa, México, 1986, p. 78.

judiciales se practicarán en días y horas hábiles, las promociones se deberán presentar con los datos que puedan identificar plenamente el expediente y al juzgado al cual va dirigido. Los Secretarios, quienes son responsables de los expedientes, los mandarían foliar debidamente, al agregarse cada una de las hojas, rubricar todas estas en el centro de lo escrito y pondrán el sello del Tribunal en el fondo del cuaderno.

En el Estado de México el registro de las audiencias orales, está regulado por el artículo 5.18 del Código Adjetivo Civil, el cual se transcribe:

“Las audiencias se registrarán en video, audio grabación o cualquier medio apto a juicio del juez, para producir seguridad en las actuaciones e información que permiten garantizar su fidelidad, integridad, conservación, reproducción de su contenido y acceso, a quienes de acuerdo a la ley tuvieren derecho a ello.”

A pesar de que la audiencia consta en un video, el Juzgador realiza un acta mínima en la que describe de manera breve lo que sucedió en la audiencia, la cual obra en el expediente formado.

Por lo que en ejercicio de esta facultad, las partes tendrán la seguridad de que todo lo actuado en el procedimiento por parte de ellos y de la autoridad, consta de alguna forma en el expediente, así tendrán igualdad de posibilidades de presentar sus escritos relativos a lo actuado.

1.6 Limitantes en el ejercicio de la jurisdicción

Es fundamental conocer los límites del ejercicio de la jurisdicción pues podremos saber hasta dónde se puede ejercer la jurisdicción, en qué casos se puede ejercer y quién debe someterse a ella.

Iniciaremos viendo a la Jurisdicción como una serie de actos de autoridad, es por ello que:

En primera deben ser emitidos por una autoridad competente, conforme lo señala el artículo 16 Constitucional que en lo conducente dice: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente...”.

Por lo que necesariamente se tiene que definir a la competencia, para ello el Diccionario Jurídico nos dice que es la: “Capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones en relación con una determinada categoría de asuntos. V. beneficio de competencia.”³³

En nuestra opinión esta definición no es clara, ya que se puede confundir que esa capacidad de la que habla, con la jurisdicción, sin embargo es acertado decir que el Juez o Tribunal la ejerce sobre una determinada categoría de asuntos.

Es oportuno reproducir lo que al respecto expone el jurista Piero Calamandrei: “...comprendiéndose como competencia de un juez el conjunto de causas sobre las cuales puede ejercer, según la ley, su fracción de jurisdicción.”³⁴

Se esta de acuerdo con lo que señala este autor, ya que se coincide en que la competencia son las causas en los que se puede ejercer la jurisdicción y estas causas deber de ser establecidas en la ley.

En la exposición de Eduardo Pallares “...la competencia es la porción de jurisdicción que la ley atribuye a los órganos jurisdiccionales para conocer de

³³GOLSTEIN, Mabel. Diccionario Jurídico, Consultor Magno, Circulo Latino Austral, Buenos Aires, 2007, p.143

³⁴CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, p.124

determinados juicios. De ella derivan los derechos y las obligaciones de las partes de que se ha hecho mérito.

La competencia presupone la jurisdicción; donde no hay ésta no puede haber aquella, ya que una no es sino porción de la jurisdicción.”³⁵

De lo anterior, es de destacar esta última parte, pues entendemos que puede haber jurisdicción sin que haya competencia, pero no puede haber competencia si no hay jurisdicción, esto nos ayuda a comprender mejor la relación de la jurisdicción y la competencia. A nuestro juicio podemos decir que la competencia, establece los criterios o las causas por las que el juzgador puede ejercer su jurisdicción en determinado asunto.

Para conocer cuál es el Juez competente, es de tomar como base lo dispuesto en artículo 1.29 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en el que tenemos que la competencia se determina: En razón del grado, esto es, lo concerniente a la primera o segunda instancia; materia, esto es, civil, familiar, penal, etc.; por cuantía, relacionado al valor del asunto, para lo cual se establecen cuantificaciones, por ejemplo en materia civil, en el Estado de México de los asuntos cuyo valor al momento es de hasta \$64,760.00, conoce un Juzgado de Cuantía Menor, el caso del Distrito Federal los juzgados que conocen de cuantías menores son llamados Juzgados de Paz; competencia por territorio, para el caso de nuestra entidad, se encuentra dividida en 3 regiones y 18 distritos judiciales, en los que se establecerán el número de juzgados que sean necesarios, ello con base en el número de integrantes de la población y la carga de trabajo, los que tendrán jurisdicción en el territorio delimitado por las regiones y distritos judiciales; con respecto a la competencia por prevención, esto es, en los casos en que la ley expresamente otorga competencia a determinado Órgano Jurisdiccional; en ese tenor con

³⁵PALLARES Eduardo. Derecho Procesal Civil, decima primera edición, Porrúa, México, 1985, p. 83.

referencia a la jurisdicción y competencia, tenemos los numerales del Código de Procedimientos Civiles que a la letra dicen:

“Artículo 1.28 El ejercicio de la jurisdicción que la ley encomienda a los tribunales judiciales, debe reclamarse ante la autoridad competente.

Artículo 1.29 La competencia de los Tribunales se determina en razón de grado, materia, cuantía, territorio y prevención.

Artículo 1.30 Para que los Jueces y Tribunales tengan competencia se requiere:

- I. Que el conocimiento del negocio en que intervengan, esté atribuido por la ley a la autoridad que ejerzan;
- II. Que le corresponde el conocimiento del negocio con preferencia a los demás Jueces o Tribunales de su mismo grado.”

Por otra parte y siguiendo con el artículo 16 Constitucional, otro limite es con relación a que dispone que los actos que realice la autoridad en ejercicio de su jurisdicción, deben de estar fundados y motivados, es decir, impone como garantía a favor del gobernado, que todo acto de autoridad sea cimentado y razonado, por lo que al hacerlo “debe expresar el dispositivo legal aplicable al asunto y las razones que se hayan considerado para estimar que el caso puede subsumirse en la hipótesis prevista en esa norma jurídica.”, como se ha pronunciado el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, ubicada en la 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXVII, Febrero de 2008; Pág. 1964, en la jurisprudencia titulada FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. LA DIFERENCIA ENTRE LA FALTA Y LA INDEBIDA SATISFACCIÓN DE AMBOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES TRASCIENDE AL ORDEN EN QUE DEBEN ESTUDIARSE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y A LOS EFECTOS DEL FALLO PROTECTOR.

Se considera que lo anterior se ha instituido con la finalidad de que quien acude ante la autoridad esté en posibilidad de conocer con precisión los motivos y razones legales que se tomaron en cuenta para emitirlo.

Así también en el artículo 17 Constitucional, encontramos un tercer límite a la jurisdicción, al señalar:

“...Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.”

De lo anterior se deduce que la jurisdicción debe ejercitarse en los plazos y términos que fijen las leyes, no puede omitir o exceder esos plazos y términos establecidos en las normas que rigen la forma.

Tratándose de la limitante a la jurisdicción en materia civil en el Estado de México, se encuentra regulado en el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 1.134, el cual a la letra apunta:

“En la substanciación de todas las instancias, los jueces guardarán y harán guardar con la mayor exactitud los trámites y plazos marcados por la ley, cualesquiera que sean las disposiciones anteriores, doctrinas, prácticas y opiniones en contrario.”

Es por este límite que el Estado debe legislar los procedimientos y las normas que rigen y aplican a cada caso en concreto, a fin de evitar que los juzgadores impongan a su consideración plazos y términos o los dejen de observar.

En conclusión por cuanto a las limitantes del ejercicio de la jurisdicción son: la competencia, la fundamentación y motivación y la observancia de los plazos y términos que fijen las leyes. Por lo cual el juzgador al ejercer su jurisdicción, no lo podrá hacer bajo criterios personales o libre arbitrio, sino que tendrá que someter su actuar a las normas de derecho aplicables al caso.

CAPÍTULO 2 EL DIVORCIO

2.1 El matrimonio

Atendiendo que sin la existencia del matrimonio no se origina el divorcio, se hace sumamente necesario vislumbrar lo concerniente a dicha institución, para posteriormente entrar al estudio del divorcio, a ello tenemos: Matrimonio “deriva etimológicamente de *matrimonium* que significa carga de la madre.”³⁶

Interpretando la transcripción anterior, se considera acorde, pues bien, es del dominio público que en los matrimonios celebrados entre un hombre y una mujer, ella es la que concibe a los hijos, la que se encarga del hogar como de su administración, su participación es más activa en la educación de los hijos; en suma el matrimonio descarga mayor trabajo para la mujer.

El Diccionario de la Lengua Española señala: “(Del lat. *matrimonium*) m. Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales.”³⁷

De conformidad en esto último, entendemos que se trata de la unión entre personas de sexos distintos, efectuada ya con ceremonia religiosa o con obligaciones de derecho.

Matrimonio, según el Diccionario Jurídico, es: “Unión de dos personas que cumplimentan determinadas formalidades y requisitos legales que hacen su

³⁶DE LA MATA PIZANA, Felipe, *et. al.*, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, primera edición, Porrúa, México, 2004, p. 91.

³⁷DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. vigésima segunda edición, tomo II, Espasa Calpe S.A., España, 2001, p.1469.

validez, que en la mayoría de las legislaciones se refiere a un hombre y una mujer aunque ciertos países lo admite para personas del mismo sexo.”³⁸

Se interpreta que el Diccionario Jurídico indica, que dos personas pudieran unirse, pero para que sea totalmente válida esa unión deben reunir ciertos requisitos y debe realizarse conforme a las formalidades establecidas, además da la posibilidad de que se realice entre hombres o entre mujeres, tal como se ve regulado en algunos países e inclusive como sucede en el Distrito Federal; es de anotar que refiere que el matrimonio se reduce a una unión de dos personas sin establecer la finalidad.

Según el jurista Felipe de La Mata Pizaña, el matrimonio es: “... la forma legítima y natural de constituir una familia por medio de un vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo con el fin de establecer una comunidad de vida exclusiva, total y permanente, con derechos y obligaciones recíprocas y con la posibilidad de tener hijos.”³⁹

Se entiende que es la manera original como legal de formar una familia, la cual nace del vínculo jurídico entre un hombre y una mujer, establece que la finalidad es una comunidad de vida que debe ser entre esas dos personas, estable y continuo, de la cual nacen derechos y obligaciones sin que sea prioridad la procreación de hijos; estamos de acuerdo con esta última parte pues conforme el entorno y problemática social se ha considerado no necesario tener hijos.

En el Código de Procedimientos Civiles de la Entidad a la que se circunscribe esta investigación, se define al matrimonio en el artículo 4.1BIS:

³⁸GOLSTEIN, Mabel. Diccionario Jurídico, Consultor Magno, Circulo Latino Austral, Buenos Aires, 2007, p.370

³⁹DE LA MATA PIZANA, Felipe, *et. al.*, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, primera edición, Porrúa, México, 2004, p. 93.

“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.”

Dicha legislación regula al matrimonio dándole la calidad de Institución, por tal, se entiende que es la base de la sociedad que el Estado reconoce y protege, al grado tal de estar contemplado como mandato de orden general precisamente en el artículo 4 de la Constitución Federal; así también establece que por medio de dicha Institución se une la voluntad de un hombre y una mujer con la finalidad de compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal; también señala como otro fin del matrimonio, la fundación de una familia, lo concerniente a la procreación de los hijos no se considera como obligatoria o como prioridad, ya por el entorno sociales que influyen en las decisiones personales, que han dado lugar a concebir este nuevo pensamiento.

Con la finalidad de ampliar lo relacionado a esta institución procedemos a citar su antecedente en el Derecho Romano.

Según lo refiere el Maestro Gumesindo Padilla Sahagún, en Roma, para contraer matrimonio era necesario que los contrayentes gozaran del: “*ius conubii o conubium* que era el derecho a contraer matrimonio (*iusta nuptiae, iustum matrimonium*), conforme al *ius civile*.”⁴⁰

El *Connubium* era un privilegio, que al principio, sólo tenían los ciudadanos romanos, a este respecto Eugene Petit explica: “... en el Derecho antiguo estaban privados del *connubium* los esclavos, los latinos, salvo los *latini veteres* y los peregrinos, excepto concesiones especiales. (Ulpiano, V, 4 y 5). Bajo Justiniano, y con motivo de la extensión del derecho de ciudadanía, los únicos

⁴⁰PADILLA SAHAGUN, Gumesindo. Derecho Romano, Tercera Edición, Mc Graw Hill, México, 2006, p.41

que no tuvieron *connubium* fueron los esclavos y los bárbaros.”⁴¹, de lo que se puede deducir que los esclavos y los barbaros no se podían unir en matrimonio a menos que les concedieran un permiso especial.

Con respecto al matrimonio Sabino Ventura Silva, cita las siguientes definiciones, la primera que se encuentra en el Digesto: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris comunicario*: el matrimonio es la unión del hombre y la mujer, una asociación de toda la vida, implicando la comunidad de intereses pecuniarios y religiosos”. La otra definición del matrimonio se encuentra en las Institutas de Justiniano: “*Nuptiae aten serve matrimonium, esta vira et murieras coniunctio, individúan consuetudinem vitae continens*. Nupcias o matrimonio, es la unión del varón y la mujer que lleva en sí, un régimen inseparable de vida.”⁴²

De las definiciones del Digesto y de las Instituciones de Justiniano inferimos que la intención de la unión de un hombre y una mujer, era que durara para toda la vida, ya que la voluntad y el afecto hacían al matrimonio, sin que ello signifique que fuera indisoluble, en ese tenor tenemos: “Elemento muy importante de esta unión es la *affectio maritalis*, que consiste en la intención, no sólo inicial, sino continua de los contrayentes de vivir como marido y mujer, la convivencia física no es imprescindible...”⁴³

Conforme a la transcripción entendemos que la *affectio maritalis*, es un elemento sin el cual no existiría el matrimonio.

De lo recapitulado con respecto al matrimonio en el Derecho Romano, consideramos fue la base para regular la Institución que ahora nos ocupa, esto

⁴¹PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano, Porrúa, México, 1984, p. 105.

⁴²VENTURA SILVA, Sabino. Derecho romano, curso de derecho privado, tercera edición, Porrúa, México, 1975, pp. 99 y 100.

⁴³PADILLA SAHAGUN, Gumesindo. Derecho Romano, Tercera Edición, Mc Graw Hill, México, 2006, p.55

es, el matrimonio, inclusive por cuanto al Estado de México corresponde tiene su principal fuente en el Derecho Romano, obviamente con la evolución y cambios sociales, es claro que existen diferencias con el matrimonio actual.

2.1.1 Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.

La legislación se ha encargado de regular los derechos y obligaciones que nacen a consecuencia del matrimonio, pero bien, atendiendo el ámbito del trabajo que nos ocupa, lo limitaremos al Código Civil del Estado de México, el que, en el LIBRO CUARTO, CAPITULO II denominado: De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, contempla las que a continuación se exponen:

Tratándose de los Derechos, por mencionar los principales tenemos:

- Decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos que deseen tener; es de hacer notar que éste derecho deviene del artículo 4 de la Constitución Federal, que en lo conducente dice: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”

- Emplear métodos de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, el cual se debe ejercer con el consentimiento de ambos cónyuges.

- Dentro del domicilio conyugal, ambos consortes gozarán de la misma autoridad y consideraciones iguales; la igualdad entre el hombre y la mujer se reconoce constitucionalmente, por lo cual ésta es de aplicarse dentro del matrimonio.

- Decidirán lo relativo a la educación y formación de los hijos; considero es con respecto a la cultura que los padres deben proporcionar a sus hijos; no obstante que por otra parte el Estado debe garantizar la educación en las escuelas hasta el nivel medio superior, en ese sentido los padres decidirán en qué lugar acudirán sus hijos a recibir dicha educación, sean escuelas públicas o privadas.

- Decidirán lo relativo a la administración de los bienes que sean comunes de los cónyuges o que pertenezcan a los hijos sujetos a patria potestad, en el entendido de que la administración de los bienes que sean comunes, sólo procederá cuando el matrimonio es celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, para el caso de que haya desacuerdo en la administración de sus bienes o de sus hijos, el Juez de Primera Instancia resolverá lo conducente.

- Los cónyuges podrán desempeñar la actividad, ocupación, profesión u oficio que elijan, siendo lícitos, este derecho está regulado por el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.”

Las obligaciones entre otras son:

- Establecer de común acuerdo un domicilio conyugal en el que cohabitarán; consideramos que ésta, también puede considerarse un derecho, sin embargo la agrupamos como obligación ya que la propia legislación la establece como tal, así mismo señala que los casos en que se podría eximir de esta, lo es cuando uno de los cónyuges traslade su domicilio a otro país o entidad federativa, se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

- Guardarse fidelidad, solidaridad, respetarse en su integridad física y psicológica, dignidad, bienes, creencias, nacionalidad, orígenes étnicos o de

raza y en condición de su género, a contribuir a los fines del matrimonio como a socorrerse mutuamente. Esta obligación refiere diversos aspectos como lo son: la fidelidad la que se entiende como el deber de lealtad entre los esposos; la solidaridad que se traduce en realizar actos que contribuyan al bien común del matrimonio como a la ayuda mutua; los demás corresponden a la no discriminación la cual es una garantía que protege la Constitución Mexicana en el artículo 1, el cual en lo relativo se transcribe: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

- Contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a sus alimentos y a los de sus hijos, sin perjuicio de distribuir la carga en la forma y proporción que acuerden; se exenta de esta obligación al cónyuge que carezca de bienes propios y esté imposibilitado para trabajar, así como al que por convenio tácito o expreso se ocupe de las labores del hogar o de la atención de los hijos.

Consideramos que la finalidad de la Ley de enunciar derechos y obligaciones a que se hace referencia, obedece a procurar por la igualdad entre los cónyuges, como velar por la educación, los alimentos, como desarrollo de los hijos.

2.2 Concepto de divorcio

En virtud de que el divorcio, es tema central de esta investigación, es fundamental arribar al estudio de dicho vocablo.

Desde la óptica etimológica el divorcio proviene “del latín *divortium*, derivado de *divertere* que es irse, separarse, procedente a su vez de *vertere* que significa girar, cambiar, convertir.”⁴⁴

Este vocablo describe de manera clara lo que es el divorcio, entendemos que se refiere a apartar o deshacer los vínculos entre cosas o sujetos, lo cual en cualquier situación, modifica o convierte el estado en el que se encontraban.

Ahora conforme al Diccionario de la Lengua Española, divorcio es: “Acción y efecto de divorciar o divorciarse”⁴⁵, por lo que debemos remitirnos a la palabra divorciar que significa: “Dicho de un juez competente. Disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal.”⁴⁶

La acepción anterior nos sujeta al acto en que una autoridad judicial, disuelve por una resolución el matrimonio, con la cual se termina la convivencia conyugal.

El Jurisconsulto Eduardo Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil señala: “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.”⁴⁷

En este sentido se advierte que este autor da la categoría de contrato al matrimonio, que el divorcio es el acto de disolver el vínculo conyugal que nace del matrimonio, deducimos que las autoridades que pueden decretar la disolución del vínculo conyugal, pueden ser un Juez mediante un procedimiento

⁴⁴DICCIONARIO DE USO DEL ESPAÑOL DE AMERICA Y ESPAÑA, SPES S.C., primera edición, Barcelona, 2002, p.675, 1955.

⁴⁵DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. vigésima segunda edición, tomo II, Espasa Calpe S.A., España, 2001, p.841

⁴⁶*Idem.*

⁴⁷PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, decima séptima edición, Porrúa, México, 1986, p. 261.

judicial o el Oficial del Registro Civil mediante un procedimiento administrativo, no compartiendo la idea de que como consecuencia de la disolución el matrimonio deja de producir sus efectos, esto en virtud de que, aunque sí desaparecen derechos y obligaciones, a veces quedan subsistentes otros, como los alimentos al ex cónyuge que los necesita.

Para el Licenciado Víctor M. de la Paz y F., “el divorcio es la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos consortes en aptitud de contraer nuevo matrimonio”⁴⁸

Se infiere que este autor expone que el divorcio sólo se puede dar en vida de los cónyuges, también puntualiza que surge por una causa que surgirá con posterioridad al haberse consumado el matrimonio, que éste trae como consecuencia que los consortes pueden contraer nuevamente matrimonio.

Por lo que respecta al Código Civil del Estado de México en su artículo 4.88 dicta: “El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.”

Lo establecido concuerda, con los conceptos anteriores pues igualmente señala que el divorcio disuelve el matrimonio y por tal entendemos que se desintegra el matrimonio, desune a los consortes quienes como consecuencia tienen la capacidad de contraer un nuevo matrimonio, con lo que coincidimos en su totalidad.

⁴⁸DE LA PAZ Y F. Víctor M. Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio, primera edición, Fernando Leguizamo Cortes, México, 198, p.49.

2.3 Origen del divorcio

Para este apartado nos remitiremos al Derecho Romano, antecedente de nuestro derecho, del cual ya hemos visto que el matrimonio al inicio se contraía con la finalidad que fuera para toda la vida, sin embargo, existía la posibilidad de que fuera disuelto por distintas razones que se desarrollaron en las diferentes épocas del derecho romano, aunque los autores no coinciden en la manera de enunciar las causas, las referiremos de la forma siguiente:

- Por voluntad del *pater familias*; quien “antiguamente, tenía la facultad de disolver el matrimonio de los hijos sometidos a su potestad”⁴⁹, y en virtud de que el único requisito era que *pater familias* debía manifestar su voluntad, daba lugar a abusos de esta facultad debido a su autoridad, por lo que fue desapareciendo.

- Por muerte de cualquiera de los cónyuges, a este respecto el maestro Eugene Petit refiere: “el marido podría volver a casarse inmediatamente; pero en cambio la viuda debía guardar el luto durante 10 meses y no volver a casarse antes de la expiración de esta fecha ”⁵⁰, al respecto refiere otro autor que “...en época postclásica, se extiende la disposición a la mujer divorciada y se amplía el plazo a un año”⁵¹, inferimos que esto era con la finalidad de que no hubiera una confusión en la paternidad y aunque en un inicio dicha condición era de aplicarse para las viudas, después tuvo aplicación para las divorciadas.

- Por pérdida del *connubium*, que como ya habíamos señalado era el derecho de contraer matrimonio el cual podía perderse por “*capitis deminutio máxima*, si alguno de los cónyuges era reducido a la esclavitud o caía

⁴⁹PADILLA SAHAGUN, Gumesindo. Derecho Romano, Tercera Edición, Mc Graw Hill, México, 2006, p.64

⁵⁰PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano, Porrúa, México, 1984, p. 104.

⁵¹PADILLA SAHAGUN, Gumesindo, *Op. cit.* p.64

prisionero del enemigo”⁵²; o la *capitis diminuto media*, que era la pérdida de la ciudadanía. Lo anterior es así ya que recordemos que el *connubium*, lo poseían los ciudadanos romanos.

•Por divorcio, que a su vez se subdivide en:

-Por mutuo consentimiento

-Por repudio, que era la declaración unilateral de querer disolver el matrimonio, este debía notificarse al otro esposo “en presencia de siete testigos, oralmente o por un acta escrita que era entregada por un manumitido”⁵³, esta formalidad era para dar certeza al otro cónyuge de la disolución de su vínculo matrimonial.

El repudio podía hacerse aun sin existir causa ni consentimiento del otro cónyuge, por lo que el divorcio se hizo cada vez más frecuente, ante lo cual “los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbre, pero si buscaban el hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación.”⁵⁴

-Por “*bona gratia*, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio...”⁵⁵, en este había mutua voluntad pero con una causa, que no es culpa de ninguno de los cónyuges, se trataba de una situación que impedía realizar los fines del matrimonio como la impotencia o el voto de castidad, claro

⁵² *Ídem.*

⁵³ PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano, Porrúa, México, 1984, p. 110.

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ MARGADANT S., Guillermo Floris. El derecho privado romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea, décima tercera edición, Esfinge, S.A., México, 1985, p.212.

cuando se llegó a considerar a la procreación como finalidad primordial del matrimonio, pero podía subsistir si era la voluntad de los cónyuges.

De todo lo anterior, se arriba a que el divorcio en la historia de roma fue variando conforme a los acontecimientos históricos y cambios sociales, lo que hacía que se reglamentaran ciertas particularidades que nacían de la práctica del divorcio.

En nuestro país, el matrimonio al tratarse de acto religioso era indisoluble, fue hasta la formulación de las leyes de reforma, cuando fue conceptuado como matrimonio civil, precisamente en la Ley del Matrimonio de 1859, expedida por el Lic. Benito Pablo Juárez García, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

También tenemos que: “Los Códigos para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884, ratifican el principio de la indisolubilidad del matrimonio. Establecieron casuísticamente supuestos para solicitar el divorcio, e incluso, vale la pena destacar que el artículo 247 del Código Civil del 1870, expresaba: El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad.”⁵⁶

De esto último se entiende que el matrimonio civil era disoluble por divorcio por mutuo consentimiento pero era restringido ya que en el supuesto de que la mujer era mayor de cuarenta y cinco años o después de veinte años de casados, no era procedente el divorcio.

Por cuanto al tema central que nos ocupa, se señala que: “El 29 de diciembre de 1914, se promulgó la Ley del Divorcio, que autorizaba el divorcio

⁵⁶<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr4.pdf>, 11 de septiembre del 2012, 18:40 hrs, p.75.

desvinculatorio y el 9 de abril de 1917, lo fue la Ley de Relaciones familiares, que sustituyó todo el libro de derecho de familia del Código Civil⁵⁷.

A partir de esta época, las legislaciones Civiles de los Estados de nuestro País, han regulado el divorcio, tomando como base las primeras legislaciones a que nos hemos referido, las que en efecto contemplaban el rompimiento del vínculo matrimonial.

2.4 Clasificación del divorcio

Actualmente han sido reguladas las siguientes clases de divorcio: el divorcio necesario, el divorcio voluntario, el divorcio administrativo y el divorcio incausado.

Si bien es cierto, tratándose del divorcio necesario, éste no se encuentra vigente para el Estado de México, pero se procede a su estudio, por lo cual a continuación se desarrollan los primeros tres; tratándose del incausado, toda vez que es tema primordial, se estudiará en otro apartado, puntualizando que en el siguiente análisis se tomará como base, en lo vigente y aplicable, la legislación del Estado de México.

- El divorcio voluntario, es el que se solicita con el consentimiento de ambos cónyuges.

Este tipo de divorcio, también llamado por mutuo consentimiento, esta conceptualizado en el artículo 4.89 del Código Civil del Estado de México, que en lo conducente se transcribe: "...y es voluntario cuando se solicita de común acuerdo."

⁵⁷CRUZ BARNEY, Oscar. Historia del Derecho en México, Segunda Edición, Oxford, México, 2004, p.879.

El divorcio voluntario puede pedirse hasta pasado un año de la celebración del matrimonio y se deberá hacer ocurriendo al juez competente, presentando un convenio con los siguientes puntos:

I. El domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento;

II. La cantidad que por alimentos deba cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacerlo y la garantía que debe darse para asegurarlos;

III. Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guardia y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia;

Siempre velaran por lograr un ambiente sano acorde a las necesidades del menor evitando en todo momento generar sentimientos negativos, como odio, desprecio, rencor o rechazo hacia uno de los progenitores, de lo contrario serán sujetos a la suspensión o pérdida de la guarda y custodia;

IV. La determinación del que debe de cubrir los alimentos de los hijos así como la forma de pago y su garantía, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.

Los cónyuges podrán avenirse dentro del procedimiento de divorcio voluntario, hasta en tanto no haya sido decretado y podrán solicitar el divorcio hasta un año después de su reconciliación.

En este divorcio, tendrá derecho a recibir alimentos quien haya realizado trabajo del hogar consistente en tareas de administración, dirección, atención del mismo o cuidado de la familia de manera cotidiana durante el matrimonio; o el que por su condición o circunstancia no pueda allegarse sus alimentos. Este

derecho se disfrutará mientras no contraiga matrimonio o se una en concubinato.

Su procedimiento está regulado en el Título Sexto, llamado Procedimientos Especiales, Capítulo II Del Divorcio por mutuo consentimiento, del que se puede destacar que se llevará a cabo una audiencia en la que, si se aprueba el convenio presentado, se decretará la disolución del vínculo matrimonial, la cual es irrecurrible, pero si se negase es apelable y para finalizar la sentencia ejecutoriada en copias certificadas se remitirá al Registro Civil respectivo para que se proceda a realizar los asientos correspondientes.

•Tratándose del Divorcio Necesario, es de mencionar que por cuanto a los numerales de la legislación Civil del Estado de México, han sido derogados, pero si en ese tenor tenemos:

El maestro Víctor M. de la Paz y F. dice: “Aquel que se reclama por uno de los cónyuges en contra del otro, por existir e invocarse una de las causales establecidas en la ley.”⁵⁸

Con lo que estamos de acuerdo, ya que a nuestro juicio es el que se promueve por un cónyuge, solicitando la disolución de su vínculo matrimonial, por una causa de las fijadas en la ley.

“La acción de divorcio necesario es una acción contenciosa por excelencia, normalmente conducida por el juicio ordinario civil, pero ello está cambiando...”⁵⁹, tal es el caso de que algunas legislaciones lo instituyen en otra vía, como lo fue el caso del Estado de México en el que existe el

⁵⁸DE LA PAZ Y F. Víctor M. Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio, primera edición, Fernando Leguizamo Cortes, México, 198, p.49.

⁵⁹PEÑA OVIEDO, Víctor. Juicio oral familiar y divorcio incausado. Flores Editor y Distribuidor, México, 2012, p.60.

procedimiento oral y la vía por la que se conocía del divorcio necesario era la de controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar.

Enseguida listaremos los principales supuestos que dan causa al divorcio necesario en México, éstas contenidas en las legislaciones de las Entidades Federativas en las que se tramita este divorcio, en ese tenor tenemos que son aproximadamente 40 causales, mismas que textualmente se leen:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.
- IV. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.
- VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.
- VII. Padecer enajenación mental incurable; declarada judicialmente.
- VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.
- IX. La separación de hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que precede la declaración de ausencia.

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

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones y el incumplimiento sin justa causa, de la sentencia ejecutoria por alguno de los cónyuges.

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

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

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

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

XVII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente de la causa que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

XVIII. Las conductas de violencia familiar, generadas por un cónyuge contra el otro, contra los hijos de ambos o de alguno de ellos, entendiéndose por éstas, todo acto de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicológica o sexualmente a cualquier miembro de la familia, dentro o fuera del domicilio y que tiene efecto para causar daño, así como las omisiones graves que de manera reiterada se ejerzan contra los mismos y que atenten contra su integridad física, psicológica, sexual y económica independientemente de que pueda producir o no lesión.

XIX. El mutuo consentimiento

XX. La inseminación artificial heteróloga de la mujer o la implantación en ella de un ovulo fecundado por personas ajenas al matrimonio, sin consentimiento del marido;

XXI. El reconocimiento hecho por la mujer casada, sin el consentimiento del marido, de un hijo habido antes de su matrimonio;

XXII. Negarse la mujer a acompañar al marido cuando éste traslade su domicilio a otro punto del territorio nacional, y esté separada de él por más de seis meses, a no ser que se le hubiera eximido de ello.

XXIII. Negarse la mujer a acompañar al marido cuando éste traslade su domicilio al extranjero y esté separada de él por el término de un año, sin que se le hubiera eximido de ello.

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

XXV. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.

XXVI. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

XXVII. La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitarse.

XXVIII. La perversión física o moral de cualquiera de los cónyuges o su conducta deshonrosa.

XXIX. El abandono del domicilio o de las obligaciones conyugales por más de tres meses sin causa justificada.

XXX. La incompatibilidad de caracteres.

XXXI. La negativa injustificada de las o los cónyuges a cumplir con el cuidado, dirección y trabajos en el hogar.

XXXII. El uso de métodos de esterilización permanente sin el consentimiento de la o el cónyuge.

XXXIII. La violación cometida por un cónyuge contra el otro

XXXIV. La presunción de muerte, hecha conforme a la Ley;

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

XXXVI. Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio durante el plazo de 3 meses, una vez que haya causado ejecutoria la sentencia. Durante esos tres

meses a que hace referencia el párrafo anterior, los cónyuges no están obligados a vivir juntos

XXXVII. Cuando uno de los cónyuges, por tratamiento médico o quirúrgico, intente cambiar o cambie de sexo.

XXXVIII. Injuriar un cónyuge a otro, por escrito, en un juicio de nulidad de matrimonio o de divorcio, o imputar uno a otro, en tales juicios, hechos vergonzosos que afecten al decoro, honor o dignidad, cuando las injurias o imputaciones hagan imposible la vida en común.

XXXIX. La negativa injustificada de uno de los cónyuges para tener relaciones sexuales con el otro, así como las prácticas homosexuales de cualquiera de ellos.

XL. La difamación que sea hecha por un cónyuge en perjuicio del otro

En la demanda de divorcio se debe invocar al menos una de las causales establecidas en la ley y durante el procedimiento se deben aportar los elementos probatorios necesarios, a fin de que quede plenamente acreditada y el Juez pueda decretar la disolución del vínculo matrimonial.

•Tratándose del Divorcio Administrativo, el artículo 4.105 del Código Civil vigente para el Estado de México dice: “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. . .”

Ahora por cuanto a los requisitos que se deberán cumplir para solicitar el trámite de divorcio administrativo, se listan en el artículo 100 del Reglamento del Registro Civil del Estado de México, que textualmente dice:

- I. Haber transcurrido un año de la celebración del matrimonio;
- II. Que los cónyuges sean mayores de edad;
- III. Comparecencia personal voluntaria de ambos cónyuges;
- IV. No tener hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela;

- V. Solicitud del divorcio;
- VI. Copia del acta de matrimonio, con una certificación de no más de seis meses a partir de la fecha de su expedición;
- VII. Copia certificada del acta de nacimiento de los cónyuges, en caso de que estén registrados;
- VIII. Constancia domiciliaria;
- IX. Identificaciones Oficiales vigentes de los cónyuges;
- X. Constancia medica de no embarazo de la cónyuge expedida por institución oficial, con vigencia de quince días naturales contados a partir de la fecha de su expedición;
- XI. De tener los cónyuges hijos mayores de edad no sujetos a tutela, copia certificada de las actas de nacimiento; y
- XII. Resolución judicial o instrumento notarial de la liquidación de la sociedad conyugal, si se casaron bajo este régimen y adquirieron bienes, en caso contrario, la declaración por escrito de no haber adquirido bien alguno ni deudas.

Con relación a su procedimiento en el Estado de México, está regulado de los artículos 100 al 105 del Reglamento del Registro Civil, los que refieren: El Oficial realizará el acta de radicación a petición de los interesados, en la que se señalará la fecha para la ratificación de la solicitud, ocurrida la radicación se enviará original y copia al Subdirector, quien deberá autorizar o no la continuación del procedimiento, en caso de no autorizarlo se señalaran las causas y se dará oportunidad de que se subsane los errores, hecho lo cual y ya con la autorización y en la fecha que se había señalado para la ratificación, se asentará acta y el oficial dictará la resolución administrativa que declara disuelto el vínculo matrimonial y se realizará la anotación de divorcio en el acta respectiva.

2.5 El divorcio incausado en el Estado de México

En virtud de que el presente es tema principal de la presente investigación haremos un análisis particular de ésta clase de divorcio.

Primeramente procederemos a conceptualizar el divorcio incausado, a lo cual es de mencionar que se trata de una palabra compuesta, por el prefijo in que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define como: “(Del lat. in-, de valor negativo o privat.) pref. Se convierte en im-ante b ó p, y en i-ante l ó r. Indica negación o privación.”⁶⁰

Atendiendo la transcripción que se hace, tenemos que el vocablo in, indica negación, esto es, que existe ausencia de algo.

En ese orden, la Real Academia de la Lengua define la palabra causa: “...f. Aquello que se considera como fundamento u origen de algo. Motivo razón para obrar.”⁶¹, observamos que lo que dice la Real Academia es claro y entendemos que se trata del pretexto, motivo, razón o el porqué de algo.

Ahora desde el punto de vista legal, el Diccionario Jurídico, expone que la causa en un divorcio es: “el hecho que justifica la ruptura del vínculo matrimonial.”⁶²

De la expresión anterior, se puede decir que es el acto o situación, que da motivo al divorcio, que para la procedencia de éste último, es necesario expresar y acreditar; no así tratándose del divorcio incausado, que se encuentra regulado en el Estado de México, a raíz de las reformas al Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de México, publicadas en fecha 3 de mayo

⁶⁰DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española. vigésima segunda edición, tomo II, Espasa Calpe S.A., España, 2001, p.1258

⁶¹*Ibidem*, p. 483

⁶²GOLSTEIN, Mabel. Diccionario Jurídico, Consultor Magno, Circulo Latino Austral, Buenos Aires, 2007, p.125

del año 2012, en la Gaceta del Gobierno, por lo que en el Código Civil se establece el concepto de divorcio incausado como sigue: “Artículo 4.89. Es incausado cuanto cualquiera de los cónyuges lo solicita sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva...”

De lo anterior se entiende que este divorcio es sin causa, pero si cabe señalar, que así como existió una causa por la cual se contrajo matrimonio, para solicitar el divorcio incausado existe una causa que funde la voluntad de no querer seguir con el vínculo matrimonial que une a una persona con otra, pero no es necesario manifestarla mucho menos acreditarla, ya que la voluntad juega un papel fundamental en la solicitud.

En suma podemos decir que el divorcio incausado es la disolución del vínculo matrimonial, solicitada por uno de los cónyuges, sin tener que señalar la causa que da lugar a su petición.

En relación al divorcio incausado el Doctor Víctor Peña Oviedo, menciona: “...llego para resolver una crítica social muy airada y antigua, la cual se hacía consistir en no otorgar y declarar por parte de la autoridad judicial, la disolución del vinculo matrimonial, como consecuencia de la posición de uno de los cónyuges, cuando en estricto sentido no tenía ningún objeto continuaran jurídicamente unidos, cuando dicha unión no cumplía ningún fin social y por supuesto mucho menos familiar...”⁶³

Así, como este autor, expresa que el divorcio incausado es la solución para los cónyuges que mantienen un matrimonio que no tiene ningún objeto de seguir, existen otras opiniones, como la de la Doctora en Derecho María Leoba Castañeda Rivas que hace la siguiente apreciación: “Si se pretende hacer pronta y expedita la justicia familiar, en materia de divorcio, con esta medida

⁶³PEÑA OVIEDO, Víctor. Juicio oral familiar y divorcio incausado, Flores Editor y Distribuidor, México, 2012, p.105.

encontramos que efectivamente de manera breve se procede a decretar el divorcio, pero se deja para nuevas etapas, que pueden durar seis meses, un año o más, la definición de los efectos de ese divorcio, en relación a los hijos, su alimentación, adecuada formación y encauzamiento, la manera como se cumplirá la guarda y custodia, así como las visitas y convivencias con el progenitor que no viva con ellos, y con esto, creemos, continúa siendo un obstáculo para alcanzar el interés superior del menor, plasmado en instrumentos internacionales de los que México es parte, y han sido ratificados por el Senado, y sobre todo son norma suprema de nuestra Unión.”⁶⁴

A nuestro parecer el divorcio incausado se instituyó con la finalidad de evitar a los cónyuges desgastes, afectaciones emocionales como económicas ya por el tiempo que tarda el procedimiento para acreditar la causal o causales de que se trate, lo cual cumple de manera parcial, no siendo precisamente el medio para evitar dichas afectaciones y desgastes; es cierto que al no ser necesario probar una causa para obtener el divorcio, el tiempo se reduce, pero, para el caso de que la partes no convengan todo relacionado con la consecuencias de la disolución del matrimonio, se hace necesario la tramitación de una contienda la cual se integrara con las pretensiones de las partes (alimentos, guarda y custodia, liquidación de la sociedad conyugal, etc.), tratándose de la entidad que nos ocupa, dicho supuesto se contiene en el artículo 2.377 del Código de Procedimientos Civiles, de suerte que al igual que el procedimiento y trámite anterior a la reforma, se debe seguir un procedimiento que por la carga de trabajo de los Juzgados se vuelve largo y da lugar a ventilar problemas y provocan afectaciones emocionales como económicas, ahora no sólo con respecto a los cónyuges si no a la familia en su conjunto.

⁶⁴<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr4.pdf>, 11 de septiembre del 2012, 18:40 hrs, p. 80.

2.5.1 Particularidades

El divorcio incausado y su procedimiento posee particularidades que lo hacen especial, dentro de las cuales tenemos las siguientes:

- Unilateral. Esto quiere decir que para ser ejercitado únicamente es necesaria la voluntad de uno de los cónyuges, lo anterior deviene del artículo 4.89 del Código Civil del Estado de México, que en lo conducente señala: “Es incausado cuando cualquiera de los cónyuges lo solicita”, en el mismo orden el artículo 4.91 del mismo cuerpo normativo refiere: “El divorcio podrá pedirse por uno de los cónyuges, con la sola manifestación de la voluntad de no querer continuar con el matrimonio...”.

Lo anterior se considera nace de la premisa de que el matrimonio surge de la voluntad autónoma de cada uno de los consortes, por lo que será suficiente la voluntad de uno de los divorciantes para su procedencia.

En esta tesitura, derivado de la aplicación de la legislación del Distrito Federal, es de destacar la Tesis Aislada que a continuación se transcribe, misma que resulta de aplicación para los Tribunales Judiciales de nuestra Entidad:

DIVORCIO EXPRES. LA VOLUNTAD DE UNO SOLO DE LOS CÓN YugES ES SUFICIENTE PARA EJERCER LA PRETENSIÓN. El divorcio constituye uno de los medios previstos en la ley para extinguir el vínculo matrimonial. En conformidad con el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, la voluntad libre de quienes contrajeron matrimonio fue la causa para que se produjera la unión conyugal. En virtud de que la creación del vínculo y su duración (que es por tiempo indeterminado, porque no hay disposición alguna en la Constitución o en la ley que prescriba que la duración del vínculo matrimonial sea perpetua o vitalicia) se sustentan en la libre voluntad de los cónyuges, es consecuencia natural que, en pleno ejercicio de ella y en conformidad con el

artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal (cuya reforma fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 3 de octubre de 2008) cualquiera de los esposos pueda hacer cesar esa unión. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 283/2009. 30 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXI, Enero de 2010; Pág. 2107

De lo que, se concluye que, es suficiente que uno de los consortes solicite la disolución del vínculo matrimonial, que lo une al otro, sin importar la voluntad o deseo de este último.

•La Constitucionalidad del Divorcio incausado. En cuanto a este punto existen opiniones encontradas. Algunos juristas opinan que el divorcio incausado es violatorio de Garantías, así tenemos al Doctor Luis Ángel Chico González que refiere: “Antes de la presentación del divorcio existía una relación jurídica, calificada como atributo de la persona y una serie de derechos y obligaciones que se derivan de la misma. Con la declaración unilateral de una de ellas la autoridad judicial determina la terminación de la misma y la extinción de derechos y obligaciones entre los cónyuges sin mayor trámite. Sólo admite contención, si procede en la división de bienes, custodia de menores y fijación de alimentos. El cónyuge que no se presentó y que posiblemente no desea la disolución del matrimonio sufrirá, por el acto de privación consistente en la sentencia de divorcio, de forma definitiva e irreparable las consecuencias de la disolución, es decir, la modificación de su estado civil y de derechos que se derivan del matrimonio.”⁶⁵

En ese tenor se interpreta que el cónyuge que no presentó la solicitud posiblemente no desee la disolución del matrimonio, sin embargo como ya se

⁶⁵<http://amoxcalli.leon.via.mex/Epikieia/numeros/14/eikeia14-divorcio-incausado.pdf>, 3 de septiembre del 2012, 17:15 hrs, pp. 8-9.

manifestó una de las características de este divorcio es que es unilateral y basta con la voluntad de uno de los cónyuges para disolver el vínculo que los une, así como la voluntad autónoma de ambos es suficiente para la unión en matrimonio y mantenerse en esa relación, sólo que para el caso de divorcio la falta de voluntad de uno de los consortes no es suficiente para truncar la petición de divorcio, además entendemos el divorcio es una figura permitida por la legislación no teniendo señalada duración; ahora en cuanto a la modificación de sus derechos que se derivan del matrimonio para ello las partes deben llegar a consenso y de no ser así se resolverán por controversia, en la cual no se violan los derechos del cónyuge solicitado pues es notificado y se le corre traslado de las pretensiones, con lo que tiene la posibilidad de ser oído en juicio, evitando violentar sus garantías constitucionales.

En relación a este tema la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado su criterio al respecto, mediante las tesis que a continuación se transcriben:

DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL CÓNYUGE. LOS ARTÍCULOS 266, 267, 282, 283, FRACCIONES IV, V, VI, VII Y VIII, 283 BIS, 287 Y 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 3 DE OCTUBRE DE 2008, QUE REGULAN SU TRAMITACIÓN, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DE DEBIDO PROCESO LEGAL. Conforme a los artículos 266 y 267 del citado Código, cualquiera de los cónyuges puede reclamar el divorcio ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que sea necesario justificar la causa por la cual lo solicita, asimismo, el cónyuge que unilateralmente promueva el divorcio acompañará una propuesta del convenio para regular las consecuencias derivadas de la disolución del vínculo matrimonial -especialmente las relacionadas con los hijos menores e incapaces-; de ahí que la tramitación del divorcio tiene dos fases: A) la no contenciosa, en la que una vez cumplidas las formalidades de ley el divorcio se decretará con la sola voluntad del solicitante, sin que deba señalar la causa que origina esa petición, y B) cuando exista

oposición de alguno de los consortes respecto al convenio, se autorizará el divorcio y los puntos divergentes se reservarán para la vía incidental o la controversia familiar. Así, al no existir controversia en la primera etapa es innecesario que el otro cónyuge se excepcione manifestando su oposición a la disolución del vínculo, lo cual obedece a que el matrimonio es una institución de derecho civil que parte de la base de la autonomía de la voluntad de las personas, lo que implica una decisión libre de ambas para continuar o no unidas por ese vínculo; de manera que con la solicitud unilateral de divorcio no se priva de defensa alguna al cónyuge que esté en desacuerdo, pues si no existe la voluntad del otro para continuar con el matrimonio, el divorcio debe autorizarse; máxime que la resolución que la autoridad judicial pronuncie no será constitutiva de derechos sino declarativa, pues sólo evidencia una situación jurídica determinada, como lo es el rompimiento de facto de las relaciones afectivas entre los cónyuges. Consecuentemente, los artículos 266, 267, 282, 283, fracciones IV, V, VI, VII, y VIII, 283 Bis, 287 y 288 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 3 de octubre de 2008, que regulan la tramitación del divorcio que puede promoverse por voluntad unilateral del cónyuge, no violan las garantías de audiencia y de debido proceso legal contenidas en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en términos del artículo 256 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, una vez presentada la demanda con los documentos y copias prevenidos, se correrá traslado de ella a la parte contra la que se proponga y se le emplazará para que la conteste, de ahí la obligación de llamar al procedimiento de divorcio al cónyuge demandado y a que se le corra traslado con la demanda y documentos anexos, con lo cual no sólo se le brinda la oportunidad de conocer la cuestión materia de la litis y las consecuencias del procedimiento, sino que se le otorga el derecho a contestar la demanda y a manifestar su conformidad con el convenio o, en su caso, a presentar la correspondiente contrapropuesta. PRIMERA SALA. Amparo directo en revisión 917/2009. María Patricia Hernández Mendieta. 23 de septiembre de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López. [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Diciembre de 2009; Pág. 280

DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL CÓNYUGE. LOS ARTÍCULOS 266 Y 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 3 DE OCTUBRE DE 2008, NO VIOLAN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El citado precepto constitucional señala que a través de las leyes se protegerán la organización y el desarrollo de la familia; de ahí que deban emitirse leyes y reglamentos que la cuiden y organicen como célula básica de la sociedad mexicana, estableciendo las mejores condiciones para el pleno desarrollo de sus miembros. Así, tanto juristas como legisladores se han ocupado de proteger los intereses particulares de quienes integran a la familia, dirigiendo también su atención a la reglamentación de las instituciones que mantienen su cohesión, como son, entre otras, el matrimonio, que además de ser un contrato que regula cuestiones económicas, constituye la base de la familia y es fuente de derechos y deberes morales, por lo cual es de interés público y social; sin embargo, el logro de la estabilidad familiar no implica que los consortes deban permanecer unidos a pesar de que la convivencia entre ellos o con sus hijos se torne imposible, o de la pérdida del afecto que les animó a contraer matrimonio. Por tanto, a través del divorcio el Estado ha reconocido la existencia de una figura jurídica que permite disolver la unión conyugal y con ello evitar los efectos generados por las relaciones disfuncionales de maltrato o de violencia familiar que pudieran suscitarse cuando los cónyuges estimen dejar de convivir, es decir, el divorcio es sólo el reconocimiento estatal de una situación de hecho respecto de la desvinculación de los cónyuges, cuya voluntad de no permanecer unidos legalmente debe respetarse; de ahí que la legislación civil ha previsto como formas de la disolución matrimonial los divorcios: necesario, por mutuo consentimiento y administrativo, sin que ello implique promover la ruptura conyugal. En ese sentido, se concluye que los artículos 266 y 267 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 3 de octubre de 2008, al prever el divorcio que puede promoverse por voluntad unilateral del cónyuge no violan el primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución General de la República, en virtud de que, por un lado, tienden a evitar la violencia ocurrida con motivo del trámite de los divorcios

necesarios -y con ello incluso proteger a los menores que pudieran verse involucrados- y, por el otro, se respeta la libertad de los cónyuges al expresar su voluntad de no continuar casados, lo cual propicia un ambiente adecuado para su bienestar emocional, con la consecuente armonía entre los integrantes del núcleo familiar. PRIMERA SALA. Amparo directo en revisión 917/2009. 23 de septiembre de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López. [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXX, Diciembre de 2009; Pág. 281.

En nuestra apreciación, atendiendo a los criterios que emitiera la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, compartimos el razonamiento de que el divorcio incausado, no violenta las garantías de los gobernados, consagradas en los artículos 4, 14 y 16 de la Constitución Federal, pues como se menciona es imprescindible que el Estado establezca las mejores condiciones para el pleno desarrollo de la familia y sus miembros procurando la estabilidad, por lo cual cuando la convivencia entre los cónyuges o con sus hijos se torne imposible, se pierda el afecto o la voluntad de seguir unidos en matrimonio, no implica que los consortes deban permanecer unidos para que el Estado cumpla con la garantía protegida, y en esos casos es aplicable la figura del divorcio y en caso del divorcio incausado es suficiente con que un cónyuge exprese su voluntad de no querer seguir unida en matrimonio, así como la voluntad de cada uno originó el matrimonio.

En cuanto las garantías de audiencia y de debido proceso, en el procedimiento de divorcio incausado la autoridad está obligada en llamar al cónyuge solicitado y a que se le corra traslado con la solicitud y documentos exhibidos, con lo cual no sólo se le brinda la oportunidad de conocer las cuestiones a resolver y las consecuencias del procedimiento, sino que se le otorga el derecho presentar una propuesta o manifestar su conformidad con el convenio y en caso de llegar a la controversia igualmente debe tener pleno

conocimiento de las pretensiones de su contraria, por lo cual consideramos que no existe violación alguna.

- Termino para ejercitarlo. Este lo determinad el artículo 4.91 del Código Civil, que establece que podrá solicitarse después de un año de haberse celebrado el matrimonio cuya terminación se promueve.

En ese tenor el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha pronunciado la tesis que a la letra dice:

DIVORCIO SIN CAUSA. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 266 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN CUANTO EXIGE QUE EL MATRIMONIO HAYA DURADO UN AÑO. Al establecer el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal que el divorcio puede solicitarse por uno o ambos cónyuges ante la autoridad judicial, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar causa para ello, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo, indudablemente ha estimado que el matrimonio se forma principalmente por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, por lo que no debe subsistir cuando falta esa voluntad; pero, a la vez, ha tenido presente que tratándose de uniones que tengan que deshacerse por voluntad de uno de los cónyuges, no sólo es necesario cerciorarse de esa voluntad para divorciarse, sino también de la imposibilidad absoluta de remediar las desavenencias, y es tal la razón evidente que inspira la exigencia de que el matrimonio haya durado al menos un año, toda vez que aquella imposibilidad sólo puede comprobarse por el transcurso de un periodo razonable desde la celebración del matrimonio hasta que se permita la disolución, para convencerse así de la desunión de los cónyuges; es decir, el legislador permite el divorcio sin causa, pero prevé que entre la celebración del matrimonio y el posible divorcio exista un lapso razonable, lo cual se justifica como un medio de preservar la unión matrimonial y evitar que el matrimonio se convierta en lugar de una institución jurídica y solemne regulada por el Estado, en un instrumento estéril y carente de seriedad que pueda en cualquier momento, según el arbitrio de los interesados

deshacerse, pues aun cuando se considere que el divorcio pueda ser el medio para dar respuesta a una necesidad social, se trata de un caso excepcional, por lo que es preciso reducirlo a los casos en que, efectivamente, la mala condición de los consortes sea irreparable de otra forma que no sea su separación, evitando que sea utilizado de manera caprichosa por las personas que no desean continuar en matrimonio sin que se advierta la existencia de una imposibilidad absoluta de remediar sus desavenencias. En ese sentido, la disposición legal citada no es inconstitucional, ya que no transgrede la garantía que tiene toda persona a un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, a que se refiere el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que impone una limitación razonable al divorcio, además de que tiende a proteger la organización y el desarrollo de la familia, que también consagra el citado precepto constitucional y que debe considerarse de singular importancia, toda vez que con ello se propicia la integración del núcleo familiar, salvo casos excepcionales en los que una vez transcurrido un término prudente, en el que no sea posible que las personas que no desean continuar en matrimonio remedien sus desavenencias, sea procedente la disolución del matrimonio mediante el divorcio decretado por resolución judicial. OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 738/2010. 24 de noviembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretario: Francisco Banda Jiménez. Nota: El criterio contenido en esta tesis no es obligatorio ni apto para integrar jurisprudencia en términos del punto 11 del capítulo primero del título cuarto del Acuerdo Número 5/2003 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de veinticinco de marzo de dos mil tres, relativo a las Reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, y para la verificación de la existencia y aplicabilidad de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte. TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Marzo de 2011; Pág. 2323

De lo anterior se razona que el tiempo impuesto como obligatorio y considerado como prudente para que se tenga plena seguridad de la decisión de divorcio, es subjetivo ya que podría ser que desde antes de ese tiempo se tenga plena convicción y voluntad de no se querer seguir con el matrimonio, sin

embargo, se debe tomar tal tiempo ya que, como se señala, se ha considerado como periodo razonable, lo cual se justifica como un medio para preservar la unión matrimonial y evitar que el matrimonio no sea tomado en serio.

•Medidas Precautorias. Se trata de disposiciones que el Juez puede decretar mientras dure el procedimiento, tal como se desprende del artículo 4.95 del Código Civil, dicho numeral ordena que podrán decretarse al admitirse la solicitud o antes si hubiere urgencia.

De esto último, se hace la reflexión que cuando se señala “o antes si hubiere urgencia”, el momento del que se habla es cuando se previene la solicitud por lo que el Juzgador no decreta medidas precautorias antes de la admisión de la solicitud, pues no sabe si el procedimiento va a quedar a su conocimiento y de decretarlas no se podrían ejercitar ya que en el supuesto de que no se haya desahogado la prevención impuesta, se desecharía dicha solicitud y en consecuencia se dejarían sin efectos todo lo dictado y todo esto pasa en muy corto tiempo.

Se procede ahora a referir las medidas precautorias que en su caso son de decretarse al promover el divorcio incausado:

I. Separar a los cónyuges, el juzgador deberá tomar como parámetro las circunstancias personales de cada uno, como el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela. Esta medida precautoria, también tiene sustento en el artículo 4.103 Código Civil que a la letra dice:

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

El numeral en comento de manera clara refiere que por lo que respecta a esta medida, el juzgador tomará en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela, tratándose de estos últimos el artículo 4.229 del cuerpo normativo en cita señala que, son los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismos.

II. Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos. Lo referente a los alimentos se encuentra regulado en los artículos 4.99, 4.126 al 4.146 del Código Civil, los cuales mencionan:

Que tratándose de divorcio tendrá derecho a los alimentos el cónyuge que los necesite y para decretarlos el juzgador tomara en cuenta: la edad y estado de salud del acreedor, su grado de estudio también la posibilidad de acceso a un empleo, medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades, otras obligaciones que tenga el cónyuge deudor como pudiera ser otros acreedores alimentarios.

Con relación a la cantidad que por alimentos debe darse, se deriva del artículo 4.1385 del Código Civil del Estado de México, que será proporcional de acuerdo a la capacidad económica del deudor alimentario como de las necesidades del que los recibe.

Es de resaltar, que en contraposición a la generalidad a que alude el párrafo que antecede, tenemos el segundo párrafo del mismo artículo a la letra dice:

“Cuando no sean comprobables el salario o ingresos del deudor alimentario, el juez resolverá tomando como referencia la capacidad económica y el nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en el último año, la cantidad correspondiente no podrá ser inferior a un salario mínimo diario.”

A nuestro parecer, el supuesto a que alude el segundo párrafo del numeral que nos ocupa, por cuanto a que establece que la cantidad que deba darse en concepto de alimentos no puede ser inferior de un salario mínimo diario, debe ser derogado ya que es contradictorio a lo que se establece en primer lugar esto es, la proporcionalidad debe ser medible en base a las posibilidades del que deba darlos y la necesidad de quien los reciba, como también tomando en cuenta el nivel de vida que tanto el acreedor como el deudor hayan llevado durante el último año.

Es de referir, que tratándose de alimentos entre cónyuges, la obligación es recíproca, ese derecho se extingue cuando el acreedor contraiga nueva nupcias o se una en concubinato.

III. Tratándose de la guarda y custodia de los hijos, a falta de acuerdo entre los cónyuges se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela.

Marca la Ley, que en medida precautoria salvo que medie causa justificada, los menores de 12 años quedarán preferentemente con la mamá, sin que sea obstáculo para dicha preferencia el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

IV. El Juzgador procederá dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada; lo cual consideramos que es para los efectos de los artículos 4.147 y 4.148 del Código Civil, los que se refieren la presunción de ser hijos de matrimonio o bien su desconocimiento.

V. Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos. En la práctica tenemos que el juzgador, se limita a decretar medios de

apremio como correcciones disciplinarias a que refieren los artículos 1.122 al 1.124 del Código de Procedimientos Civiles.

Se anota, para el caso de que al formular la solicitud de divorcio incausado se estén peticionando las medidas precautorias mencionadas, se hace necesario exhibir documentos fehacientes de los que se derive la urgencia del dictado de las mismas; esto de conformidad en lo dispuesto por el penúltimo párrafo del artículo 2.373 del Código de Procedimientos Civiles.

- A la solicitud de divorcio incausado, también es indispensable agregar una propuesta de convenio, mismo que deberá contener los puntos siguientes:

- La designación sobre la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces y, el domicilio donde vivirán.

En ese tenor, de no llegar a acuerdo alguno entre los divorciantes, en la segunda audiencia a que refiere el artículo 2.376 del Código Adjetivo vigente, el Juez del conocimiento procederá de conformidad en la fracción II del artículo 4.228 del Código Civil, el que ordena que el Juez atendiendo a los elementos de prueba que obren en el sumario con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de trabajo social y de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles, determinará que:

- a) Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor;

- b) Después de oír a los interesados, quien se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce;

- c) Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.

Cabe señalar que existe una diferencia en edades con la establecida en la medida precautoria, ya que la guarda y custodia de los menores de 12 años

corresponderá preferentemente a la mamá, lo cual a nuestro parecer es contradictorio a lo ordenado en el artículo anterior y no se encuentra una razón por la que deba hacerse esta contrariedad.

-El Régimen de visita y convivencia con los menores respecto del progenitor que no ejercerá la guarda y custodia.

Atendiendo que, la convivencia es un derecho del menor, en todos los rubros en los que se deba decidir algún asunto respecto de menores, el juez para decretarla deberá tomar en cuenta: la edad, la satisfacción de sus necesidades básicas, sus actividades cotidianas y en general, el interés superior del menor, en base a lo dispuesto en los siguientes ordenamientos legales: Código de Procedimientos Civiles, artículos:

Artículo 5.16. “El interés superior de los menores y su derecho a ser escuchado, principios rectores que el juez debe tener siempre como consideración primordial en la tramitación y resolución del asunto sometido a su conocimiento. Al resolver una controversia en que existan menores, el juez podrá dictar las medidas que estime pertinentes para salvaguardar el interés superior de éste, entre otras, ordenar terapia médica, psicológica o social a sus progenitores o quienes integren el grupo familiar”;

Artículo 5.35 que decreta: “De existir menores, a petición de parte o de oficio, el juez tomará las providencias necesarias para que sin formalidad alguna, expresen de manera libre su opinión en los asuntos que les afecten.”

También el Juzgador deberá atender lo dispuesto en la Convención de los Derechos de los niños, la que en el artículo 3 establece:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras

personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”; y en el artículo 27 de la misma convención: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”

También tratándose de menores de edad, es aplicable la Ley Para la protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del Estado de México.

- Designación del cónyuge que seguirá habitando, en su caso, el domicilio donde se haga vida en común.

La legislación procesal no se pronuncia de manera clara al respecto, a nuestro parecer consideramos que se deberán tomar en cuenta los siguientes

aspectos: el interés superior del menor, esto de conformidad con los artículos y leyes mencionadas en el punto anterior; también lo dispuesto por el artículo 4.99 del Código Civil del Estado de México, que se refiere a los alimentos entre cónyuges en el divorcio ya que los alimentos también comprenden vivienda, las circunstancias que se toman en cuenta son: las posibilidades de los cónyuges de allegarse de medios económicos para su subsistencia, el que cuente con algún impedimento físico o legal, que se quede con la custodia de los hijos, que carezca de bienes por motivo de haberse quedado al cuidado de la familia y haya realizado trabajos del hogar de manera cotidiana, que sea receptor de violencia.

-Propuesta de alimentos la cual deberá contener:

La cantidad que por concepto de alimentos se propone para atender las necesidades de los hijos y en su caso del cónyuge a quien deba darse alimentos, en la práctica consideramos que para apoyar nuestra propuesta debemos adjuntar documentos con el objeto de que el Juzgador se pueda auxiliar para determinar los mismos, quien también atenderá la proporcionalidad en el pago de alimentos, los que inclusive en términos de Ley de no acreditarse los ingresos del deudor alimentario la cantidad no podrá ser inferior a un salario mínimo diario; así también se deberá indicar la forma, lugar de pago o entrega, la cual consideramos podrá ser en efectivo, depósito bancario o transferencia electrónica, descuento a nómina, en la empresa o Institución donde labora el deudor alimentario; temporalidad para hacer el pago, ya sea semanal, quincenal o mensual; referir los beneficiarios de la pensión; garantía para asegurar los de referencia, la cual entre otras se puede efectuar de las siguientes formas, fianza, hipoteca, prenda, depósito, aseguramiento de derechos laborales por antigüedad, en efectivo, derechos de regalías, etc.

- La manera cómo se administrarán los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide esta, así como la forma de liquidación después de decretado el divorcio.

Se considera recomendable exhibir con la propuesta de convenio los documentos que amparen la propiedad de todos y cada uno de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, esto a efecto de evitar que se oculten, enajenen o dilapiden por el otro cónyuge; también haciendo una lista detallada de los bienes muebles sobre los que se tenga especial interés, exponiendo quien los tiene en su poder, como el lugar en que se encuentran.

Tratándose de bienes inmuebles para efectos prácticos de su liquidación, hay que tomar en cuenta si admiten cómoda división o de plano son indivisibles, en caso de esto último proponer otras formas de liquidación, como pudiera ser la venta. También se deberá considerar, en su caso lo establecido por el artículo 4.36 del Código Civil, respecto a que la declaración de abandono injustificado por más de seis meses, hace cesar los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan, desde que abandonó el domicilio conyugal.

-Propuesta para el caso de régimen de separación de bienes.

Tratándose de este régimen, la forma de repartir los bienes adquiridos durante el matrimonio, se deberá realizar atendiendo lo previstos por el artículo 4.46 del Código Civil del Estado de México, que dispone que siempre que se acredite que el cónyuge haya realizado trabajo del hogar consistente en tareas de administración, dirección, atención del mismo o cuidado de la familia, de manera cotidiana, por lo cual tendrá derecho a la repartición de los bienes adquiridos durante el matrimonio, el cual no podrá ser superior al 50%, con base en los principios de equidad y proporcionalidad.

2.5.2 Procedimiento

El procedimiento de Divorcio Incausado, en el Estado de México, es regulado del artículo 2.373 al 2.379 del Código de Procedimientos Civiles, el cual se inicia al presenta la solicitud ante el juzgado familiar que corresponda al último domicilio en común de los cónyuges.

Recibida la solicitud y de no existir prevención que desahogar, el juzgado admite la solicitud dando vista al otro cónyuge, también conforme a los numerales en cita debe proceder acordando lo necesario respecto de las medidas precautorias solicitadas, señalando fecha de audiencia de avenencia a celebrarse después de los nueve y antes de quince días posteriores a la notificación. En caso de que se el cónyuge solicitado no se localiza en el domicilio señalado, no tiene uno fijo o se ignora su paradero, la notificación se realizará por edictos, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.181 del Código Adjetivo vigente.

En la primera audiencia el juez exhorta a las partes a una conciliación, de no lograr avenir a las partes citará a una segunda audiencia dentro de 3 días, en esta última, de nueva cuenta incitara a las partes a que concilien, en caso de no lograrlo procederá a escuchar a las partes respecto de la propuesta de convenio del solicitante y contrapropuesta del solicitado, en su caso, previo acuerdo de las partes podrán modificarlo o adicionar clausulas al mismo, de no existir observación alguna por el juez lo aprobará y elevará a la categoría de cosa juzgada e inclusive decretara el divorcio.

También en la segunda audiencia, pueden producirse los supuestos siguientes:

A) A falta de acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio, el juzgador podrá aprobar en forma parcial respecto de los que haya consenso,

decretará la terminación de la sociedad conyugal como también la disolución del vínculo matrimonial, más aún, apercibiendo a las partes de abstenerse de ocultar, enajenar o dilapidar bienes y efectos patrimoniales generados durante el matrimonio.

B) De inasistir a la segunda audiencia el cónyuge citado, se decretará la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso la terminación de la sociedad conyugal, inclusive apercibirá a las partes de abstenerse de ocultar, enajenar o dilapidar bienes y efectos patrimoniales generados durante el matrimonio.

C) El Juzgador deberá procederá decidir sobre las medidas precautorias y provisionales, las que conforme a la Ley debió decretar a la admisión de la solicitud.

D) Con los puntos del convenio que no hayan sido objeto de consenso, se otorgará a las partes un plazo de cinco días para que, conforme a los requisitos de una demanda, ante el mismo Juez formulen sus pretensiones, expongan hechos y ofrezcan medios de prueba; con los escritos referidos se dará vista a las partes por cinco días, para que expongan lo que a su interés convenga, opongan excepciones y defensas y ofrezcan pruebas, continuando el procedimiento en vía de controversia sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar que se regula por el Libro Quinto del Código de Procedimientos Civiles.

E) Atendiendo lo dispuesto por el artículo 2.378 de la Ley en cita, no obstante de no existir pretensiones de las partes o transcurrido el plazo para hacerlo, aún de oficio el Juez citará a éstas a audiencia inicial dentro de los cinco días posteriores, de igual forma sujetándose a lo dispuesto en el Libro Quinto del Código de Procedimientos Civiles.

CAPÍTULO 3

LA JURISDISDICCIÓN APLICADA EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO INCAUSADO EN EL ESTADO DE MÉXICO Y PROPUESTA DE REFORMA

A partir del 14 de mayo del 2012, fecha en que entro en vigor el decreto número 442, publicado el 3 de mayo del 2012, en la Gaceta del Gobierno, Periódico Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de México, mediante la cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversos artículos de Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de México, surge el Divorcio Incausado, contemplado dentro del capítulo de procedimientos especiales, siendo precisamente los Jueces Familiares de la Entidad los facultados para conocer del de referencia.

En la práctica profesional hemos constatado que tratándose del Divorcio Incausado, el actuar de la Autoridad Jurisdiccional como al emitir sus diversas resoluciones dictadas en el ejercicio de su Jurisdicción, en su mayoría son omisas, limitadas o bien excedidas, cuestiones que consideramos surgen por motivo de que las Leyes de la materia no son explicitas, lo que en este capítulo se analiza y expone, en base a ello se procede a realizar propuestas.

3.1 El auto admisorio, pluralidad de determinaciones

El procedimiento de divorcio incausado, se inicia con la solicitud de la disolución del vínculo matrimonial de uno de los cónyuges, el que deberá manifestar su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, también el solicitante deberá cumplir con los requerimientos que marca el artículo 2.373 del Código de Procedimientos Civiles, el cual se transcribe:

“Artículo. 2.373. La solicitud de divorcio podrá presentarse por uno de los cónyuges, sin necesidad de señalar la razón que lo motive, debiendo acompañar:

I. Acta de matrimonio en copia certificada;

II. Acta de nacimiento de los hijos, en copia certificada; y

III. Propuesta de convenio que habrá de regular las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener:

a) La designación sobre la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces y, el domicilio donde vivirán;

b) El régimen de visita y convivencia respecto del progenitor que no ejercerá la guarda y custodia de los menores;

c) La designación del cónyuge que seguirá habitando, en su caso, el domicilio donde se haga vida en común;

d) La cantidad que por concepto de alimentos se propone, para atender las necesidades de los hijos y en su caso del cónyuge a quien deba darse alimentos, la forma, lugar y temporalidad para hacerlo, los elementos que permitan al Juez fijar la pensión propuesta, así como la garantía para asegurar su cumplimiento;

e) La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, después de decretado el divorcio; y

f) Tratándose del régimen de separación de bienes, la forma de repartir los bienes adquiridos durante el matrimonio, en los términos previstos por el artículo 4.46 del Código Civil del Estado.

En la solicitud, se podrá pedir la aplicación de medidas precautorias, acompañando en su caso, la documentación que se estime necesaria.

Se exhibirá copia de la solicitud y documentos exhibidos para traslado.”

Una vez presentada la solicitud si el juez considera que es obscura o irregular, prevendrá al solicitante para que la aclare, corrija o complete, hecho que sea o de no existir prevención el juez admitirá la solicitud a trámite, de conformidad en lo dispuesto por el artículo 2.374 de la Ley en cita, el cual refiere que el Juez admitirá a trámite la petición, dará vista al otro cónyuge;

proveerá sobre las medidas precautorias solicitadas o las que estime necesarias para salvaguardar el interés superior de los menores o incapaces; además señalará día y hora para una audiencia de avenencia que tendrá verificativo después de nueve y antes de quince días, contados a partir de la notificación del propio auto; con respecto de las diversas determinaciones, particularidades como observaciones a continuación se procede profundizar .

3.1.1 Vista y notificación

Con respecto a este apartado denotamos que tratándose del procedimiento de Divorcio Incausado, ya no contempla el emplazamiento, sólo se ordena una vista al cónyuge solicitado, esto de conformidad en el artículo 2.374 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, que en lo conducente señala: “Presentada la solicitud, de no existir prevención alguna, el juez admitirá a trámite la petición, dando vista al otro cónyuge...”

En relación a dar vista, es de mencionar que ley no marca el plazo que deberá durar ésta, de suerte que en nuestra práctica profesional por cuanto a ese tenor nos hemos encontrado:

El Juzgado Primero de lo Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec, Estado de México, precisamente en el expediente 1658/ 2012, textualmente decreto:

“AUTO: ECATEPEC DE MORELOS, MÉXICO, CINCO DE OCTUBRE DEL DOS MIL DOCE.-----

---Con los escritos de cuenta y anexos que acompaña a los mismos, se tiene por presentado a...

...

ORDEN DE NOTIFICACIÓN

*Mediante notificación personal, con las copias simples exhibidas debidamente selladas y cotejadas de la solicitud y propuesta de convenio, **DESE VISTA** a..., para que dentro del plazo de **CINCO DIAS**, produzca su*

contestación a las mismas o en su caso realice su propuesta de convenio... ; asimismo prevéngasele para que señale domicilio para oír y recibir notificaciones personales dentro de la población en que se ubica este Juzgado, apercibida que en caso contrario, las subsecuentes, aun las de carácter personal, se le harán por lista y boletín judicial, conforme a las reglas que señalan los artículos 1.170 y 1.182 del Código de Procedimientos Civiles.”

Como se aprecia del extracto del acuerdo, dicho Juzgado señala que la vista otorgada al otro cónyuge debe ser de un plazo de 5 días, sin que exponga los motivos que lo hacen llegar a tal determinación; cuando conforme lo dispone el artículo 2.374 del Código Adjetivo vigente, se interpreta que el plazo de la vista debe ser cuando menos nueve días.

En ese mismo contexto, el Juzgado Cuarto de lo Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec, con residencia en Coacalco, México, precisamente en el expediente 1225/2012, no señala plazo alguno con respecto a la vista, como textualmente refiere:

“AUTO.-COACALCO DE BERRIOZABAL, ESTADO DE MÉXICO, A (17) DIECISIETE DE JULIO DEL AÑO (2012) DOS MIL DOCE.

Con el escrito de cuenta y anexos que al mismo se acompañan, se tiene por presentado a ...

...

*...en consecuencia, se turnan los autos a la Notificadora adscrita a este Juzgado, para que con las copias simples de la misma debidamente selladas y cotejadas, se corra traslado a la señora...dándole **vista** para que **se pronuncie respecto de la petición de divorcio y convenio propuesto por su demandante y, en su caso, forme contrapropuesta a dicho consenso...**”*

Es de aludir que no obstante que dicho Juzgado no señaló plazo alguno de la vista, si procedió realizar la notificación de la vista en los términos previsto por el artículo 2.374 del Código Adjetivo vigente, esto es, con una anticipación superior a nueve días a la audiencia de avenencia.

Con respecto a los efectos para lo cual se concede la vista, tenemos que existe diversidad de criterios, tratándose del acuerdo primeramente expuesto, refiere que dicha vista lo es con el objeto de que produzca su contestación, lo cual consideramos es inexacto ya por motivo de que la contestación es irrelevante e intrascendente, pues no se le ha demandado, no existen pretensiones que se le reclamen al cónyuge, tampoco hechos que tenga que negar o confesar.

Los efectos de la vista del segundo auto, refiere el Juzgador que es para que se haga pronunciamiento respecto de la petición de divorcio, lo que consideramos erróneo, pues aunque el notificado manifieste su inconformidad con la petición de divorcio, no tiene efecto alguno, ya que aun sin su consentimiento el divorcio se decretará.

En ese mismo tenor tenemos que en el expediente 1786/2012, el cual se tramitara ante el Juzgado Primero de lo Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec, Estado de México, que en lo conducente dice:

“Ecatepec de Morelos, México, 6 seis de Junio de 2012 dos mil doce.

Con el escrito y anexos de cuenta se tiene por presentada a...

...

Considerando que se exhibe el convenio y los documentos que prevé el artículo 2.373 del Código Procesal Civil, con las copias simples exhibidas debidamente selladas y cotejadas córrase traslado y dese vista a...mediante notificación personal en el domicilio señalado, para que manifiesta lo que a su derecho corresponda; asimismo deberá señalar domicilio para que se le hagan las notificaciones de deban ser personales, apercibida que de no hacerlo, se le harán a través de las listas y el Boletín Judicial...”

Tratándose de éste, observamos que no otorga plazo para efecto de que manifieste lo que ha su derecho convenga y señale domicilio, de lo que podemos decir que lo establecido en primer lugar lo consideramos errado, pues lo que diga o deje de decir el cónyuge citado no surte ningún efecto, pero si consideramos acertado lo referente a que señale domicilio para otras notificaciones que deban ser personales.

Ahora bien, en nuestra opinión lo referente a la vista que nos ocupa, consiste en una notificación personal con el objeto de poner en conocimiento del otro conyugue que se tramita un procedimiento de divorcio incausado por motivo de la solicitud de divorcio promovida por su cónyuge; que ésta o éste último según corresponda manifiesta su voluntad de no querer continuar con el matrimonio; citarlo a la primera audiencia; como correrle traslado con las copias de la solicitud y los documentos que se hayan presentado; para que en su caso presente una contrapropuesta de convenio, en términos de lo dispuesto por el artículo 2.376 del Código de Procedimientos Civiles, más aún señale domicilio para oír y recibir notificaciones.

Otra inconsistencia más la encontramos en que algunos Juzgados decretan apercibimientos para el caso de no desahogar la vista a que nos referimos anteriormente, en ese tenor tenemos al Juzgado Sexto Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec de Morelos, México, el que en el expediente 1658/2012, acordó:

*“AUTO: ECATEPEC DE MORELOS, MÉXICO, CINCO DE OCTUBRE DEL
DOS MIL DOCE.-----*

*---Con los escritos de cuenta y anexos que acompaña a los mismos, se tiene
por presentado a...*

...

*..., para que dentro del plazo de **CINCO DIAS**, produzca su contestación a las
mismas o en su caso realice su propuesta de convenio, apercibida que en caso*

de no hacerlo, se le tendrá por precluido su derecho para hacerlo, quedando a salvo sus derechos para probar en contra...”

Lo cual razonamos es desacertado, atendiendo lo dispuesto por el artículo 2.376 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, que en lo aplicable señala: “... si en esta segunda audiencia de conciliación no se logra avenir a las partes, continuará la misma y el juez las escuchará sobre la propuesta del convenio,...”. Por tanto de la transcripción que se hace se deriva que no puede precluir el derecho de hacer algún tipo de manifestación para el caso de que no haya desahogado la vista en los términos que alude el acuerdo que nos ocupa, ya que en la segunda audiencia sí es posible hacer manifestaciones respecto del convenio, de igual forma deducimos tampoco tiene efecto alguno que deje a salvo sus derechos para probar en contra ya que en este procedimiento especial, no se tiene que probar alguna situación atendiendo que no hay contienda entre los cónyuges.

En el orden de irregularidad con respecto a la vista a que nos hemos venido refiriendo, tenemos lo decretado por el Juzgado Primero Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec del Estado de México, en el expediente 1399/2012, lo que textualmente se lee:

“ECATEPEC DE MORELOS, ESTADO DE MÉXICO A CUATRO (4) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DOCE (2012).

*Con el escrito de cuenta se tiene por presentada a..., **se admite** la solicitud de **PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DIVORCIO INCAUSADO**.*

...

*...Se hace del conocimiento a la solicitante que para el caso de que el domicilio del cónyuge citado sea incorrecto o incompleto y no se logre la citación o notificación correspondiente, dentro del plazo de **tres (3) días**, contados a partir de la fecha de razon asentada por la Notificadora de la adscripción se*

*pronuncie respecto de su contenido, **con el apercibimiento que de no hacerlo se dará por terminado el presente procedimiento.***”

Esta anomalía se traduce en un exceso que se denota precisamente en el sentido de que el apercibimiento que se desprende del anterior, consistente en que se dará por terminado el procedimiento, no existe su fundamento en los cuerpos legales aplicables en la materia que nos ocupa.

Con relación al apercibimiento que se comenta, el Tercer Secretario de Acuerdos del Juzgado Quinto Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec del Estado de México, nos comentó que el actuar de su secretaria para ese supuesto, es que procede a requerirle al cónyuge solicitante para que proporcione el correcto, sin mencionar algún apercibimiento.

En relación a estas formas de ejercitar la jurisdicción, lo correcto es que el Juzgador se debe apegar a lo establecido en el artículo 2.375 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, que en lo conducente expresa:

“Si el otro cónyuge no se localiza en el domicilio señalado, no tiene uno fijo o se ignora su paradero, la notificación se hará por edictos. La audiencia se señalará dentro de los cinco días siguientes a la fecha de exhibición de las publicaciones que contengan los edictos respectivos.”

En nuestra interpretación el artículo transcrito prevé que el cónyuge no se localice en el domicilio proporcionado, lo cual entendemos que puede ocurrir porque no es correcto y además cuando no tiene un domicilio fijo o se ignora su domicilio, a petición del cónyuge solicitante se proceda a notificar al cónyuge solicitado por edictos.

3.1.2 Medidas precautorias

En relación a las disposiciones que se deben dictar mientras dure el procedimiento se encuentran reguladas en los artículos que a continuación se transcriben:

Artículo 4.95 del Código Civil: “Al admitirse la solicitud de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el procedimiento, las disposiciones siguientes:

I. Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela;

II. Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos;

III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;

IV. Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;

V. Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.

Los menores de doce años deberán quedar preferentemente al cuidado de la madre, a menos que exista una causa justificada a criterio del Juez. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.”

Artículo 2.374 del Código de Procedimientos Civiles: “Presentada la solicitud, de no existir prevención alguna, el juez admitirá a trámite la petición, dando vista al otro cónyuge y, proveerá sobre las medidas precautorias solicitadas o las que estime necesarias para salvaguardar el interés superior de los menores o incapaces.”

En ese mismo tenor el Artículo 2.377 refiere: “De no llegar a un acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio o de inasistir a la audiencia respectiva el cónyuge citado, se decretará la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal; apercibiendo a las partes de abstenerse de ocultar, enajenar, dilapidar bienes y efectos patrimoniales generados durante el matrimonio hasta en tanto se resuelva en definitiva.

En la propia audiencia, se decidirá sobre las medidas precautorias y provisionales, entre otras las referentes a los alimentos, guarda y custodia de menores o incapaces y, régimen de convivencia.”

Atendiendo lo dispuesto en el primero de los numerales, admite que inclusive las medidas precautorias se puedan decretar antes de admitir a trámite la solicitud de divorcio incausado; ahora conforme al segundo de los mencionados el momento en que se deben decretar las medidas provisionales lo es en el auto inicial; pero bien la práctica profesional nos indica que tratándose de medidas precautorias en su generalidad son decretadas hasta la segunda audiencia de avenencia; ahora bien atendiendo lo dispuesto por el Artículo 2.377 que se transcribe, entendemos que en efecto las medidas precautorias sí las debe decretar el Juzgado ya antes de admitir la solicitud de divorcio, o a su admisión, ya que en la segunda audiencia para el caso de no lograr avenir a las partes o no convengan en su totalidad respecto de los puntos del convenio, procederá a decidir si se dejan subsistentes, sin efectos o se modifican, sin embargo en la práctica se ha omitido acordar respecto de las medidas provisionales, ya que se reitera en su generalidad lo hacen hasta la segunda audiencia, en ese tenor tenemos el acuerdo inicial dictado por el Juzgado Primero Familiar del Distrito Judicial del Estado de México en el expediente 1399/2012, el cual a la letra dice:

“ECATEPEC DE MORELOS, ESTADO DE MÉXICO A CUATRO (4) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DOCE (2012).

Con el escrito de cuenta se tiene por presentada a...'; **se admite** la solicitud de **PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DIVORCIO INCAUSADO**.

...

De no llegar a un acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio o de **inasistir** a la audiencia respectiva el cónyuge citado, **se decretará la disolución del vínculo matrimonial** y terminación de la sociedad conyugal, se decretarán las medidas provisionales relativas a la pensión alimenticia, por lo que se previene a las partes para que informen los medios económicos de uno y otro, así como sus necesidades; lo relativo a la Guarda y custodia y régimen de visitas y convivencias por lo que para tal efecto deberán presentar a la menor.”

Conforme al que se transcribe se soporta que el momento en el que el Juzgador se va a manifestar sobre las medidas precautorias es en la audiencia, por ende se contraviene lo que señalan los artículos ya transcritos, abstenciones que hacen no obstante que existan menores o incapaces.

Con respecto a las medidas provisionales en el expediente 836/2012, del mismo Juzgado que el anterior, se pronuncia de la siguiente forma:

“Ecatepec de Morelos, México, 6 seis de Junio de 2012 dos mil doce.

Con el escrito y anexos de cuenta se tiene por presentada a...solicitando la DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL que la une a...mediante el PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DIVORCIO INCAUSADO.

...

MEDIDAS PROVISIONALES.

1. *En cuanto a la guarda y custodia, con fundamento en los artículos 14.205 y 4.228 del Código Civil, dese vista al señor...para que dentro del plazo de TRES DIAS contados a partir de su notificación, manifieste lo que a su derecho corresponda.*
2. *Respecto de la pensión alimenticia a fin de proveer lo conducente gírese oficio al REPRESENTANTE LEGAL O JEFE DE RECURSOS HUMANOS del..., para que informe el monto total del sueldo y demás percepciones tanto ordinarias como extraordinarias que percibe el señor..., respuesta que deberá de dar*

dentro del improrrogable termino de tres días con el apercibimiento que de no hacerlo se le aplicará una multa o arresto de hasta treinta y seis horas.”

Observamos que no obstante la existencia de menores de edad, se abstiene del dictado de medidas precautorias de manera provisionales, las que a nuestro parecer sin más trámite deben ser decretadas ya para la satisfacción de necesidades de primer orden pues se trata de alimentarios, por tanto el decretarlas hasta la segunda audiencia de avenencia es tiempo excesivo en que los acreedores no reciben alimentos como también no se establece lo relacionado a su situación de guarda y custodia.

3.2 Formas de proceder en las audiencias de avenencia

La primera audiencia de avenencia tiene relación con el auto admisorio, ya que es en éste en donde se señala la fecha y hora para que se lleve a cabo, como se desprende del artículo 2.374 del Código de Procedimientos Civiles, el cual se lee: “Presentada la solicitud, de no existir prevención alguna, el juez admitirá a trámite la petición...Además, se señalará día y hora para una audiencia de avenencia que tendrá verificativo después de nueve y antes de quince días, contados a partir de la notificación del propio auto.”

En ese sentido el actuar del Juzgado Cuarto Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec con residencia en Coacalco, Estado de México, es acertada al haber dictado el acuerdo inicial en el expediente 1225/2012, el que a la letra dice:

“AUTO: COACALCO DE BERRIOZABAL, ESTADO DE MÉXICO, A (17) DIECISIETE DE JULIO DEL AÑO (2012) DOS MIL DOCE.

Con el escrito de cuenta y anexos que al mismo se acompaña se tiene por presentado a..., por su propio derecho, solicitando de la señora..., el DIVORCIO INCAUSADO, en base a los hechos y disposiciones de derecho que consideró

pertinentes, acompañando además los documentos que estimó justificativos de su pretensión, en consecuencia.

...

FECHA DE AUDIENCIA

Con apoyo en lo previsto por el diverso numeral 2.374 párrafo segundo del Código adjetivo de la materia, para que tenga verificativo la AUDIENCIA DE AVENENCIA en este procedimiento, se señalan LAS DIEZ HORAS DEL DIA (22) VEINTIDOS DE AGOSTO DEL AÑO (2012) DOS MIL DOCE, por lo que, por este auto quedan debidamente citados los divorciantes, para que comparezcan a la misma, debiéndose turnar los autos a la Notificadora de la adscripción para los efectos legales conducentes.”

En ese tenor, de manera errónea el Juez del Juzgado Quinto Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec, Estado de México, decreta que no señala día y hora para la audiencia hasta en tanto el otro cónyuge sea citado mediante notificación personal, nos comento que ese es su criterio ya que de no celebrarse la audiencia por motivo de la falta de citación, es tiempo perdido, que por consiguiente únicamente procederá señalar primera audiencia hasta que conste en autos dicha notificación, en ese orden se transcribe el acuerdo dictado en el expediente 1658/2012:

“AUTO.- ECATEPEC DE MORELOS, MÉXICO, ONCE DE NOVIEMBRE DEL DOS MIL DOCE.-----

...túrnense los autos a la notificadora adscrita para que proceda a realizar la notificación ordenada...en la forma y términos ordenados sin que por el momento se señale día y hora para el desahogo de la primer audiencia de avenimiento hasta por tanto se realice la notificación de merito”

Con respecto a las audiencias de avenencia del divorcio incausado, tenemos que se encuentran reguladas en el Código de Procedimientos Civiles, precisamente en los artículos 2.376 y 2.377 los que a la letra dicen:

“Artículo 2.376. En la audiencia de avenencia el juez tratará de conciliar a las partes, para continuar con el matrimonio, no habiéndose obtenido la conciliación, citará a una segunda audiencia con el mismo propósito, en un término de tres días, y si en ésta segunda audiencia de conciliación no se logra avenir a las partes, continuará la misma y el juez las escuchará sobre la propuesta del convenio, en la que se podrán modificar o adicionar las cláusulas del mismo a petición de los interesados.

De manifestar su conformidad con los términos del convenio y, de no haber observación alguna por el juzgador, se aprobará y elevará a la categoría de cosa juzgada, decretando la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal.

La aprobación del convenio podrá ser sólo sobre los puntos en que haya consenso, respecto de los restantes se procederá conforme al precepto legal siguiente.”

“Artículo 2. 377. De no llegar a un acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio o de inasistir a la audiencia respectiva el cónyuge citado, se decretará la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal; apercibiendo a las partes de abstenerse de ocultar, enajenar, dilapidar bienes y efectos patrimoniales generados durante el matrimonio hasta en tanto se resuelva en definitiva. En la propia audiencia, se decidirá sobre las medidas precautorias y provisionales, entre otras las referentes a los alimentos, guarda y custodia de menores o incapaces y, régimen de convivencia.”

En cuanto al número de audiencias, tomando en cuenta los artículos transcritos anteriormente se desprende que son dos dentro del procedimiento de divorcio incausado, la primera con la finalidad de avenir a las partes, la segunda en un inicio con la misma finalidad, pero de no conciliar las partes el Juzgador procederá a decretar la disolución del vínculo matrimonial; respecto a lo anterior, encontramos que en la práctica existen determinaciones diversas en ese sentido, ya que algunos juzgadores resuelven que llevarán a cabo una audiencia de avenencia en donde se tratará de conciliar a las partes y de no obtener conciliación alguna se procederá a decretar la disolución del vínculo

matrimonial; otros señalan una primera audiencia de avenencia únicamente para avenir a las partes y una segunda para intentar avenir y de no hacerlo decretar el divorcio.

El que a continuación se transcribe es tomado del expediente 1649/2012, dictado por el Juez Primero Familiar de Ecatepec de Morelos, mismo que refiere que el divorcio se decretara en sólo una audiencia:

ECATEPEC DE MORELOS, ESTADO DE MÉXICO A NUEVE (9) DE OCTUBRE DE DOS MIL DOCE (2012).

Por presentado a....promoviendo por su propio derecho... se admite la solicitud de PROCEDIMIENTO ESPECIAL DEL DIVORCIO INCAUSADO.

...

Con fundamento en los artículos 2.374 del Código procesal civil en vigor, se cita a las partes para que comparezca a las DOCE HORAS DEL DIA TREINTA (30) DE OCTUBRE DE DOS MIL DOCE (2012), para que tenga verificativo UNA AUDIENCIA DE AVENENCIA en la que el suscrito tratará de conciliar a las partes, sean escuchados y manifiesten su conformidad con el mismo, el cual podrán modificar, adicionar y el suscrito podrá hacer las observaciones que estime pertinentes.

De manifestar su conformidad con los términos del convenio y de no haber observación alguna por el suscrito juzgador, se aprobará y se elevará la categoría de cosa juzgada, decretando la disolución del vínculo matrimonial y en su caso la terminación de la sociedad conyugal.”

Ahora por cuanto que la primera audiencia de avenencia será con el objeto de tratar de conciliar a las partes el Juzgado Cuarto Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec de Morelos con residencia Coacalco, precisamente en el expediente 1225/12, textualmente decreto:

“AUTO.- COACALCO DE BERRIOZABAL, ESTADO DE MÉXICO, A (17) DIECISIETE DE JULIO DEL AÑO (2012) DOS MIL DOCE.

Con el escrito de cuenta y anexos que al mismo se acompañan, se tiene presentado a..., solicitando de la señora..., en base a los hechos y disposiciones de derecho que consideró pertinentes, acompañando además los documentos que estimó justificativos de su pretensión, en consecuencia.

...

FECHA DE AUDIENCIA

Con apoyo en lo previsto por el diverso numeral 2.374 párrafo segundo del Código adjetivo de la materia, para que tenga verificativo la AUDIENCIA DE AVENENCIA en este procedimiento, se señalan LAS DIEZ HORAS DEL DIA (22) VEINTIDOS DE AGOSTO DEL AÑO (2012) DOS MIL DOCE, por lo que, por este auto quedan debidamente citados los divorciantes para que comparezcan a la misma, debiéndose turnar los autos a la Notificadora de la adscripción para los efectos legales conducentes.”

Derivado de lo anterior a continuación procedemos a exponer nuestro punto de vista sobre los convenientes e inconvenientes que para decretar el divorcio incausado se celebren una o dos audiencias; a lo cual primeramente se procede a exponer el supuesto de una sola audiencia, para ello se desglosa ejemplo real:

Fases procesales desarrolladas en audiencia de fecha 20 de noviembre del 2012, en el Juzgado Primero de lo Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec, expediente 1786/12.

- 1.- Conciliación de las partes para continuar con el matrimonio.
- 2.- Análisis de la propuesta del convenio, modificación o adición y en su caso aprobación.
- 3.- Decretar el divorcio, en su caso la terminación de la sociedad conyugal.
- 4.- Ejecución de la sentencia que decreta el divorcio
- 5.- En su caso decretar medidas precautorias provisionales

No obstante que de los artículos 2.376 Y 2.377 del Código de Procedimientos Civiles, se deriva que deberán ser dos audiencias en el procedimiento de divorcio incausado, en el ejemplo anterior, se observa que en una audiencia se llega hasta la disolución del vinculo matrimonial, con lo cual estamos de acuerdo, ya que considerando que para el divorcio incausado la voluntad de no querer seguir con el matrimonio es fundamental y visto que en la audiencia esta voluntad persiste y está claro que no se puede seguir con el matrimonio, es práctico y procedente entrar al estudio del convenio presentado y más aún cuando existe consenso en los puntos que se tratan, es factible decretar la disolución del vinculo matrimonial, sin que tenga algún sentido que se alargue el procedimiento.

Fases procesales desarrolladas en la primera audiencia celebrada en fecha 22 de agosto del 2012, expediente 1225/12, donde el Juzgado Cuarto de lo Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec, señala una segunda audiencia.

- 1.- El juez declara abierta la audiencia.
- 2.- Protestados en términos de ley.
- 3.- El juez hace saber el motivo de la audiencia y exhorta a los cónyuges divorciantes a que reconsideren la decisión de divorciarse
- 4.- Manifestando el promovente que no es su deseo avenirse
- 5.- Atento a lo manifestado por las partes señor... y la señora..., el suscrito procede a señalar fecha para la segunda Audiencia de Avenencia.

Fases procesales desarrolladas en segunda audiencia celebrada en fecha 27 de agosto del 2012, expediente 1225/12, ante el Juzgado Cuarto de lo Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec:

- 1.- El Juez declara abierta la audiencia.
- 2.- El Juez hace saber el motivo de la audiencia y exhorta a los promoventes a que reconsideren su decisión de divorciarse.

3.- Manifestando éstos que no es su deseo avenirse.

4.- Acto seguido el juez procede a revisar el convenio exhibido y contrapropuesta al mismo, lo que acontece en los siguientes términos:...

5.- El Juez establece que los autos se encuentran en condiciones procesales para dictar sentencia y se turna los autos para que se emita la misma, la cual se explica de manera resumida en el mismo acto a los justiciables, ordenando agregar la resolución a los autos de manera íntegra y por escrito, la cual contendrá desde luego los fundamentos y motivaciones que corresponde a toda resolución.

6.- Se dicto sentencia estableciendo lo siguiente:

- Ha sido procedente el procedimiento especial sobre divorcio incausado.
- Se decreta disuelto el vínculo matrimonial y como consecuencia la terminación de la sociedad conyugal, cuya liquidación tendrá lugar atento a lo pactado por las partes.
- Queda establecido que la sentencia causa ejecutoria por ministerio de ley.
- Con los insertos necesarios, se ordena girar oficio a la Oficialía del Registro Civil de esta jurisdicción y ante quien se celebros el matrimonio para que realice los asientos correspondientes en el acta de matrimonio y expida de de divorcio.
- En cuanto a la LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, las partes deberán sujetarse al convenio exhibido y aprobado en este procedimiento.

7.-Las partes quedan citadas y notificadas por el hecho de haber estado presentes en audiencia.

Se da por terminada la diligencia.

En el ejemplo anterior observamos que como lo marca la legislación, el procedimiento se llevo a cabo en dos audiencias, de lo cual consideramos que no es necesario señalar una segunda audiencia ya que desde la primera las partes manifiestan que no es su deseo continuar con el matrimonio, pero se prolonga el procedimiento al señalar otra audiencia en la que las partes tendrán que volver acudir al juzgado para manifestar otra vez que no es deseo continuar con el matrimonio con la finalidad obtener la disolución del vinculo matrimonial,

lo que a nuestro parecer se pudo obtener desde la primera vez que acudieron al juzgado, ya que si la voluntad de la disolución es firme, no podrá cambiar para la siguiente audiencia, además terminar el procedimiento en una audiencia reduce el trabajo a los juzgados, por ende gastos innecesarios.

En otro orden, tenemos que existen divergencias en cuanto a los apercibimientos en caso de no asistir a audiencia, es de mencionar que en cuanto a este punto la ley es omisa en señalar la consecuencia de no asistir a la primera audiencia; con relación a la segunda audiencia el artículo 2.377 del Código de Procedimientos Civiles señala, que de no llegar a un acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio o de inasistir a la audiencia respectiva el cónyuge citado, se decretará la disolución del vínculo matrimonial; así en ese tenor tenemos lo decretado en los expedientes: 1658/2012 del Juzgado Sexto, 1399/2012 y 1786/2012 del Juzgado Primero y 1225/2012 del Juzgado Cuarto de lo Familiar todos del Distrito Judicial de Ecatepec de Morelos, que a la letra dicen:

“AUTO: ECATEPEC DE MORELOS, MÉXICO, CINCO DE OCTUBRE DEL DOS MIL DOCE.-----

---Con los escritos de cuenta y anexos que acompaña a los mismos, se tiene por presentado a...

...

Y para que tenga lugar la primera audiencia de avenimiento se señalan las TRECE HORAS DEL DIA NUEVE DE NOVIEMBRE DEL AÑO EN CURSO; en consecuencia, cítese a las partes mediante notificación personal a la referida audiencia para que comparezcan el día y hora antes indicados, apercibidos que de no hacerlo en cuanto a la promovente se dará por concluido el presente asunto; y en cuanto a (la solicitada)... se le tendrá por precluido su derecho que pudiese ejercitar en dicha audiencia.”

“ECATEPEC DE MORELOS, ESTADO DE MÉXICO A CUATRO (4) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DOCE (2012).

Con el escrito de cuenta se tiene por presentada a..., **se admite** la solicitud de **PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DIVORCIO INCAUSADO**.

...

Se **previene al promovente y al citado** que para el caso de no comparecer a la audiencia de avenencia, se dará por terminado el presente procedimiento.

...

Se previene a los cónyuges para que **COMPAREZCAN PERSONALMENTE** a dicha audiencia, con identificación oficial reciente, y asistidos de abogado patrono debidamente facultado con el apercibimiento que de no hacerlo se dará por terminado el presente procedimiento.”

“Ecatepec de Morelos, México, 6 seis de Junio de 2012 dos mil doce.

Con el escrito y anexos de cuenta se tiene por presentada a...

...

Se previene a los cónyuges para que **COMPAREZCAN PERSONALMENTE** a la audiencia, con identificación oficial vigente, apercibidos que de no comparecer ambos e identificados y asistidos de abogado patrono, se dará por terminado el presente procedimiento.”

“AUTO.-COACALCO DE BERRIOZABAL, ESTADO DE MÉXICO, A (17) DIECISIETE DE JULIO DEL AÑO (2012) DOS MIL DOCE.

Con el escrito de cuenta y anexos que al mismo se acompañan, se tiene por presentado a ...

...

...,y en caso de no lograr avenirlos en la audiencia correspondiente se escuche su parecer respecto del convenio propuesto, donde se podrán modificar o adicionar las cláusulas del mismo a petición de los interesados; y de no llegar a un acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio o de inasistir a la audiencia respectiva, se procederá en términos de los artículos 2.377 y 2.378 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México y se hará la citacion a la SEGUNDA AUDIENCIA DE AVENENCIA por medio de las listas y Boletín

Judicial. *atento a lo dispuesto por los numerales 1.168 y 1.170 del Código de Procedimientos Civiles.”*

Atendiendo las transcripciones respecto de los apercibimientos, estamos de acuerdo que se dé por terminado el procedimiento en caso de que el cónyuge solicitante no justifique su inasistencia a la primera audiencia, ya que en este divorcio es esencial la voluntad de uno de los cónyuges de no querer seguir con el matrimonio y su inasistencia podría traducirse como desinterés.

Con referencia a los que señalan que se da por terminado si no asisten los cónyuges, encontramos que esta disposición es extraída del artículo 2.281 del Código de Procedimientos Civiles del Capítulo II Del Divorcio por Mutuo Consentimiento que indica:

“Cuando, sin causa justificada, uno o ambos cónyuges no asistan a la audiencia, se declarará concluido el procedimiento.

La inasistencia podrá justificarse hasta la celebración de la audiencia; el juez señalará nuevo día y hora para la audiencia de avenencia dentro de los cinco días siguientes.”

Dicho artículo es aplicable únicamente al divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, ya que inicia con la solicitud de ambos cónyuges, lo cual no pasa en el divorcio incausado puesto que inicia con la solicitud de uno de los cónyuges, por lo que no se tendría que dar por terminado el procedimiento ante la inasistencia del cónyuge citado.

3.3 Relevancias en la resolución de disolución del vínculo matrimonial

De conformidad por lo dispuesto en el artículo 2.377 del Código adjetivo vigente, tenemos que la resolución de este procedimiento debe surgir en la segunda audiencia de avenencia, en la cual se pueden presentar los siguientes supuestos:

- En caso de no llegar a un acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio o de insistir a la audiencia respectiva el cónyuge citado, se decretará la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal; apercibiendo a las partes de abstenerse de ocultar, enajenar, dilapidar bienes y efectos patrimoniales generados durante el matrimonio hasta en tanto se resuelva en definitiva.

El Juzgador decidirá sobre las medidas precautorias y provisionales, entre otras las referentes a los alimentos, guarda y custodia de menores o incapaces y régimen de convivencia.

Se otorgará a las partes un plazo común de cinco días para que conforme a los requisitos de una demanda, formulen sus pretensiones, hechos y ofrezcan sus medios de prueba, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de consenso y los demás que estimen convenientes.

- En caso de manifestar los divorciantes su conformidad con los términos del convenio o contrapropuesta del mismo, e inclusive no de no haber observación alguna de éste por el juzgador, se aprobará y elevará a la categoría de cosa juzgada, decretando la disolución del vínculo matrimonial como en su caso la terminación y liquidación de la sociedad conyugal en los términos convenidos.

Una vez que se ha dictado la resolución, como señala el artículo 2.379 del Código Adjetivo Civil, esta es irrecurrible por lo que causa ejecutoria por ministerio de ley.

Ahora bien, con la resolución que decreta la disolución de divorcio se debe proceder conforme lo dispone el Código Civil en sus numerales:

“Artículo 3.33. Las autoridades que dicten resoluciones que declaren procedentes las acciones sobre la paternidad o maternidad, de divorcio, de nulidad del matrimonio, de ausencia, de presunción de muerte, de tutela, de pérdida o limitación de la capacidad legal para administrar bienes, de modificación o rectificación de actas, remitirán al Oficial del Registro Civil que corresponda copia certificada de la misma.”; “Artículo 3.34. Recibida la copia certificada a que se refiere el artículo anterior, el Oficial del Registro Civil:...II. Asentará el acta correspondiente al reconocimiento de paternidad o maternidad; de tutela; y de divorcio.”; “Artículo 3.35. En el acta de divorcio se anotarán el nombre, apellido, edad, ocupación y domicilio de los divorciados, los datos relativos del acta de nacimiento y matrimonio, así como la parte resolutive de la sentencia que haya decretado el divorcio.”; En ese orden el Código de Procedimientos Civiles refiere: “Artículo 4.110. De la resolución que decrete el divorcio, el Juez remitirá copia certificada 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.”

De los artículos anteriores es de hacer notar, que por una parte el Código Civil el artículo 3.33, refiere que se remitirán copias certificadas de la resolución el Oficial del Registro Civil que corresponda, por otra parte el artículo 4.110 señala que se remitirá copia certificada al Oficial del Registro Civil de su jurisdicción y ante quien se celebró el matrimonio, de este último se entiende que se deben remitir copias a dos Oficiales del Registro Civil, en la práctica se envía oficio y copias al Oficial ante el cual se celebró el matrimonio, esto lo podemos constatar de los resolutive extraídos de las sentencias dictadas en los expedientes 1399/2012 del Juzgado Primero Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec de Morelos, México y 1225/2012 Juzgado Cuarto Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec de Morelos, México, los que a la letra dicen:

“CUARTO.- *Gírese atento oficio o exhorto según sea el caso al Oficial del Registro civil ante el cual contrajeron matrimonio las partes a efecto de que proceda a dar cumplimiento con lo establecido por los artículos 3.33, 3.34 fracción II, 3.35 y 4.110 del Código Civil es decir, para que a costa de los*

interesados, inscriba la sentencia de divorcio en los asientos correspondientes y levante el acta de divorcio de las partes.”

“SEGUNDO.- *Girese a la brevedad posible oficio con las constancias necesarias a la odicializa del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que acosta de los interesados se realicen las anotaciones respectivas y se expida el acta de divorcio, en apego al artículo 4.110 del Código Civil en cita.”*

Estamos de acuerdo con las resoluciones anteriores ya que, sólo el Oficial ante el cual se celebró el matrimonio podría dar cumplimiento a lo ordenado, pues según los artículos 97 y 98 del Reglamento del Registro Civil del Estado de México, cuando llegan las copias certificadas ante el oficial este deberá transcribir los puntos resolutive de la sentencia ejecutoriada que haya decretado la disolución del matrimonio dictada por la autoridad judicial competente, haciendo referencia al número de expediente, fecha de resolución y autoridad que la dictó y en su caso la fecha en que causó ejecutoria en el acta de matrimonio respectiva. Luego entonces y como sucede en la práctica no se hace necesario el envío de oficio y copias certificadas, al Oficial del Registro Civil de la jurisdicción del juzgado que dictó la resolución, si ante él no se celebró el matrimonio disuelto.

3.4 Particularidades en fase de la formulación de pretensiones a falta de consenso en la propuesta de convenio

Con el fin de resolver como proveer las consecuencias del matrimonio de las cuales no se logró consenso en las audiencias de avenencia, el procedimiento de divorcio que nos ocupa, en los artículos 2.377 y 2.378 del Código de Procedimientos Civiles, refiere que en la resolución que decreta la disolución del vínculo matrimonial, se otorgará a las partes un plazo común de cinco días para que conforme a los requisitos de una demanda, formulen sus pretensiones, hechos y ofrezcan sus medios de prueba, respecto de los puntos

que no hayan sido objeto de consenso y los demás que estimen convenientes y con dichos escritos, se les dará vista para que manifiesten lo que a su interés convenga, opongan defensas y excepciones y ofrezca los medios de prueba respectivos, por un plazo de cinco días.

Es de recalcar que conforme a los numerales que se citan, de no formularse pretensión alguna por los divorciados, o transcurrido el plazo referido, el Juez citará a las partes a la audiencia inicial, la cual es la primera audiencia del procedimiento de las controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar, que tendrá verificativo dentro de los cinco días siguientes. A partir de aquí el procedimiento continuará conforme a las reglas del Libro Quinto del Código de Procedimientos Civiles, es decir conforme al juicio oral familiar.

Conforme al último supuesto, tenemos que aún sin pretensión de las partes es obligación del Juzgador resolver todas las consecuencias de la disolución del matrimonio de las que no se ha llegado a acuerdo, ya que citará a una audiencia la que será el comienzo de una controversia; a nuestro parecer ese supuesto trata de prevenir lo que se le critica al procedimiento de divorcio incausado del Distrito Federal, por dejar para después y cuando los interesados quieran promover incidentes para resolver lo que no se llevo a consenso; en ese tenor se ha pronunciado la Doctora en Derecho María Leoba Castañeda Rivas al referir: “En este sentido, es recomendable revisar la regulación del divorcio en el Código Civil del Distrito Federal para hacer expedito el trámite de los incidentes, o más bien, a mi juicio, deberían primeramente asegurarse los efectos del matrimonio y del divorcio, que son exactamente los mismos para garantizar el interés de la familia...Extraoficialmente, se vive en tribunales el grave conflicto de que en la mayoría de los casos de divorcio, el solicitante de ninguna manera está dispuesto a promover los incidentes o las acciones mencionadas, para asegurar que todos los rubros del matrimonio seguirán

produciéndose. Así, queda suspendida la posibilidad de proteger a los hijos, liquidar los bienes o asegurar los intereses de los menores para el futuro.”⁶⁶

Por lo que estamos de acuerdo en que no se dejen sin resolver todos los puntos en los que no hubo consenso, más aún cuando existen menores o incapaces debe ser prioridad su protección, asegurar sus intereses para el futuro y evitar prolongar conflictos.

En la práctica del procedimiento de divorcio incausado en el Estado de México, encontramos acuerdos como los del Juzgado Primero Familiar dictado en el expediente 1786/2012, en la audiencia celebrada en fecha 20 de noviembre del año 2012, que en lo relativo dice:

“AUDIENCIA DE AVENENCIA DE DIVORCIO INCAUSADO.- Ecatepec de Morelos, Estado de México, siendo las once horas del día veinte de Noviembre del dos mil doce, día y hora señalados en autos para que se lleve a cabo la AUDIENCIA DE AVENENCIA,...

...

SE HACE DEL CONOCIMIENTO DE LAS PARTES QUE SE LES CONCEDE UN PLAZO DE CINCO DIAS, PARA QUE CONFORME A LOS REQUISITOS DE UNA DEMANDA FORMULEN SUS PRETENCIONES, HECHO Y OFREZCAN SUS MEDIOS DE PRUEBA, RESPECTO DE LOS PUNTOS QUE NO HAYAN SIDO OBJETO DE CONSENSO Y LOS DEMAS QUE ESTIMEN CONVENIENTES, LO QUE DEBERÁN DE HACER EN ESTE MISMO EXPEDIENTE, con el apercibimiento que de no hacerlo se continuará, en su caso, en su rebeldía o bien se procederá en términos de ley.

Quedan debidamente notificados los interesados de las resoluciones dictadas en esta audiencia.

⁶⁶ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr4.pdf>, 11 de septiembre del 2012, 18:40 hrs, p. 81.

Sin más que agregar se da por terminada la presente audiencia a las once horas con cincuenta y tres minutos. DOY FE.”

Pero también en plenitud de jurisdicción el Juzgador en más de las ocasiones es omiso en cumplimentar lo dispuesto los artículos 2.377 y 2.378 del Código de Procedimientos Civiles, a que nos hemos venido refiriendo, una de ellas es lo que indica el Tercer Secretario de Acuerdos del Juzgado Quinto Familiar del Poder Judicial del Estado de México, que si no se presenta escrito de pretensiones no sigue con el procedimiento, pues considera que las partes no están interesadas y por lo tanto no plantean la litis, y que es más carga de trabajo para el juzgado seguir el procedimiento sin interés de las partes.

Consideramos que tal criterio no debe cobrar aplicación en virtud de que la ley es clara en manifestar que es obligación del Juez aunque sin escritos de las partes, conocer y decidir lo que se dejo de llevar a convenio en la segunda audiencia de avenencia, para lo cual cuenta con las facultades para solicitar de oficio el desahogo de las pruebas que considere, además como lo marca el artículo 1.251 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, tiene la facultad de que, en todo tiempo, en cualquier juicio, practique la repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos, en esas diligencias el Juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar los derechos de las partes, procurando en toda su igualdad y justo equilibrio. En materia familiar, cuando haya que decidir sobre la guarda y custodia de los menores, en los casos en que las partes o el Ministerio Público no hayan solicitado la realización de pruebas periciales en materia de trabajo social y psicología familiar, para demostrar que persona es la más idónea para hacerse cargo de manera definitiva del menor, el Juez las mandará realizar oficiosamente.

Otra circunstancia por la que no sigue el procedimiento es la que manifiesta una Notificadora del Juzgado Primero Familiar del Distrito Judicial de Ecatepec, México, al señalar que cuando una parte presenta su escrito de pretensiones con este se da vista a la otra, la cual se ordena mediante notificación personal y es que frecuentemente en el domicilio que se tiene señalado en autos ya no se consigue encontrar a la persona buscada, ya que solo lo señalo para el procedimiento de divorcio, y por lo tanto no se puede continuar el procedimiento hasta que se realice dicha actuación, ante esta situación al no querer seguir invirtiendo y tomando en cuenta que se cuentan con las medidas provisionales no consideran necesario la continuación, pero a nuestro parecer es forzoso resolver definitivamente las circunstancias como pensión alimenticia, guarda y custodia, régimen de visitas y convivencias, la mayoría de las cuales afectan intereses de menores e incapaces, con lo cual se asegurarían sus necesidades y prevendrían problemas que se pudieran derivar en el futuro.

3.5 Propuestas de reforma

Las modificaciones que a continuación se plantean son el resultado del estudio de las diferentes formas en las que se aplican las normas en la práctica del divorcio incausado, atendiendo a que en algunas ocasiones la autoridad se excede, limita, es más omite la aplicación de algunas disposiciones.

Iniciaremos planteando lo referente al Código Civil.

Propuesta uno.

El Código vigente señala:

Artículo 4.95.- Al admitirse la solicitud de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el procedimiento, las disposiciones siguientes:

I. Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela;

II. Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos;

III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;

IV. Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;

V. Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.

Los menores de doce años deberán quedar preferentemente al cuidado de la madre, a menos que exista una causa justificada a criterio del Juez. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Se plantea de la siguiente forma:

Artículo 4.95.- *Al admitirse la solicitud de divorcio, en su caso, deberán dictarse provisionalmente las disposiciones siguientes:*

I. Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela;

II. Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos;

III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;

IV. Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;

V. Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.

Los menores de diez años deberán quedar preferentemente al cuidado de la madre, a menos que exista una causa justificada a criterio del Juez. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

La propuesta del primer párrafo del que nos ocupa, lo es por motivo de que en nuestra práctica profesional como en el transcurso de la investigación que se hace, nos percatamos que los jueces no decretan medidas precautorias antes de admitirse la solicitud de divorcio, más aún tampoco las decretan en el auto donde se dicta la admisión, consideramos no les queda claro en qué momento lo deberán de hacer, así las cosas, con la propuesta que se hace no cabría la posibilidad de la aplicación del criterio del Juzgador.

Tratándose del último párrafo del artículo 4.95 del Código Civil, se propone se unifique lo establecido con lo ordenado en el artículo 4.228, ya que por una parte el primero de los enunciados refiere que los menores de doce años deberán quedar preferentemente al cuidado de la madre, e inclusive aún careciendo de recursos económicos; y por otra el segundo de los mencionados textualmente dice:

“Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:

I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;

II. Si no llegan a algún acuerdo, el juez atendiendo a los elementos de prueba que obren en el sumario y con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de trabajo social y de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles, determinará:

a) Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor;

b) Después de oír a los interesados, quien se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce;

c) Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.”

Con lo cual se pretende que no exista la contradicción de edades para el otorgamiento de la guarda y custodia los menores, más aún atendiendo que el último de los mencionados existía antes de la reforma del Código Civil, precisamente la que dio lugar al divorcio incausado.

Propuesta dos.

Actualmente textualmente dice:

Artículo 4.98.- Decretado el divorcio, se liquidará la sociedad conyugal, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones pendientes entre los cónyuges, o con relación a los hijos.

Se propone como sigue:

Artículo 4.98.- *Decretado el divorcio incausado, para el caso de que exista consenso entre los divorciantes respecto de los bienes de la sociedad conyugal esta se liquidará conforme a lo convenido; en el supuesto de que no exista*

consenso entre los divorciantes respecto de este rubro o haya ausencia del cónyuge citado a la audiencia correspondiente, se decretará la terminación de la sociedad conyugal y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones pendientes entre los cónyuges, o con relación a los hijos.

La propuesta nos ocupa es por motivo de que este artículo no se incluyó de la reforma del 3 de mayo del 2012, por consiguiente la propuesta se hace tomando en cuenta particularidades del divorcio incausado, ya que cuando se decreta el divorcio incausado al no llegarse a un convenio sobre la liquidación de la sociedad conyugal, o al inasistir el cónyuge citado, este punto se deja sin resolver, lo que sí se considera se debe decretar es la terminación de la sociedad conyugal.

Propuesta tres.

Al presente a la letra dice:

Artículo 4.110.- De la resolución que decrete el divorcio, el Juez remitirá copia certificada 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.

Se propone como sigue:

Artículo 4.110.- *De la resolución que decrete el divorcio, el Juez remitirá copia certificada al Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que a costa de los interesados se realicen los asientos correspondientes.*

Esto último en razón de que en la práctica, no tiene razón como tampoco aplicación enviar copias certificadas de la resolución al Oficial de la Jurisdicción del juzgado que decreta el divorcio, pero sí acontece en la práctica que

coinciden las resoluciones en decretar se envíe oficio como copias de la sentencia al Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio.

Ahora del Código de Procedimientos Civiles tenemos:

Propuesta cuatro.

A la fecha textualmente dice:

Artículo 2.374.- Presentada la solicitud, de no existir prevención alguna, el juez admitirá a trámite la petición, dando vista al otro cónyuge y, proveerá sobre las medidas precautorias solicitadas o las que estime necesarias para salvaguardar el interés superior de los menores o incapaces.

Además, se señalará día y hora para una audiencia de avenencia que tendrá verificativo después de nueve y antes de quince días, contados a partir de la notificación del propio auto.

Se proyecta como sigue:

Artículo 2.374.- *Presentada la solicitud, de no existir prevención alguna, el juez la admitirá a trámite la petición, ordenando se notifique personalmente y se corra traslado al otro cónyuge, para que en su caso, se pronuncie respecto de las medidas precautorias y a más tardar el día de la audiencia señale domicilio para oír y recibir notificaciones.*

Asimismo a la admisión, el juez proveerá sobre las medidas precautorias solicitadas o las que estime necesarias para salvaguardar el interés superior de los menores o incapaces.

Además, se señalará día y hora para audiencia que tendrá verificativo cuando menos nueve días posteriores a la notificación del propio auto.

Este planteamiento omite la palabra vista de la redacción del artículo, y en su lugar se describen las actuaciones que se deberán realizar en esta etapa. El segundo párrafo aclara que el momento de proveer sobre las medidas precautorias es el auto admisorio, ya que el texto anterior daba lugar a que en la práctica los juzgadores aplicaran diferentes criterios respecto a este punto.

Propuesta cinco.

Ahora textualmente se lee:

Artículo 2.376.- En la audiencia de avenencia el juez tratará de conciliar a las partes, para continuar con el matrimonio, no habiéndose obtenido la conciliación, citará a una segunda audiencia con el mismo propósito, en un término de tres días, y si en esta segunda audiencia de conciliación no se logra avenir a las partes, continuará la misma y el juez las escuchará sobre la propuesta del convenio, en la que se podrán modificar o adicionar las cláusulas del mismo a petición de los interesados.

De manifestar su conformidad con los términos del convenio y, de no haber observación alguna por el juzgador, se aprobará y elevará a la categoría de cosa juzgada, decretando la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal.

La aprobación del convenio podrá ser sólo sobre los puntos en que haya consenso, respecto de los restantes se procederá conforme al precepto legal siguiente.

La sugerencia es, como sigue:

Artículo 2.376.- *En la audiencia, el juez tratará de conciliar a las partes para que continúen con el matrimonio, no habiéndose obtenido la conciliación, continuará la misma y el juez las escuchará sobre la propuesta del convenio y*

contrapropuesta en su caso, en la que se podrán modificar o adicionar las cláusulas del mismo a petición de los interesados.

De manifestar su conformidad con los términos del convenio y, de no haber observación alguna por el juzgador, se aprobará y elevará a la categoría de cosa juzgada, decretando la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal.

La aprobación del convenio podrá ser sólo sobre los puntos en que haya consenso, respecto de los restantes se procederá conforme al precepto legal siguiente.

De no asistir a la audiencia el conyugue solicitante, el Juez declarará sin efectos la solicitud y las medidas provisionales, mandando archivar el expediente como concluido.

En la propuesta de este artículo se habla de una sola audiencia en la que de no llegar a una conciliación, se dictará la disolución del vínculo matrimonial, ya que consideramos que si es voluntad de uno de los cónyuges no querer seguir con el matrimonio, o si no asiste el cónyuge citado a pesar de haber sido notificado, no tiene razón de ser una segunda audiencia, más aún si los cónyuges manifiestan que no es posible continuar con el matrimonio y existe la voluntad de llegar a un convenio, el divorcio debe decretarse en una audiencia. Además se adiciona un último párrafo que contempla la inasistencia del cónyuge solicitante, ante la cual la consecuencia será que se dé por terminado el procedimiento, pues como lo mencionamos la voluntad en el divorcio es fundamental ya que sin la cual no podría continuar.

Propuesta seis.

El que ahora nos ocupa textualmente dice:

Artículo 2.377.- De no llegar a un acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio o de inasistir a la audiencia respectiva el cónyuge citado, se

decretará la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal; apercibiendo a las partes de abstenerse de ocultar, enajenar, dilapidar bienes y efectos patrimoniales generados durante el matrimonio hasta en tanto se resuelva en definitiva.

En la propia audiencia, se decidirá sobre las medidas precautorias y provisionales, entre otras las referentes a los alimentos, guarda y custodia de menores o incapaces y, régimen de convivencia.

Se otorgará a las partes un plazo común de cinco días para que conforme a los requisitos de una demanda, formulen sus pretensiones, hechos y ofrezcan sus medios de prueba, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de consenso y los demás que estimen convenientes.

Con los escritos que presenten las partes, se les dará vista para que manifiesten lo que a su interés convenga, opongán defensas y excepciones y ofrezca los medios de prueba respectivos, por un plazo de cinco días.

Se instituye de la siguiente manera:

Artículo 2.377.- *De no llegar a un acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio o de inasistir a la audiencia el cónyuge citado, se decretará la disolución del vínculo matrimonial, en su caso la terminación de la sociedad conyugal; apercibiendo a las partes de abstenerse de ocultar, enajenar, dilapidar bienes y efectos patrimoniales generados durante el matrimonio hasta en tanto se resuelva en definitiva la liquidación de la sociedad conyugal.*

En la propia audiencia, se decidirá si las medidas precautorias y provisionales, las cuales se podrán modificar, dejar subsistente o sin efectos, entre otras las referentes a los alimentos, guarda y custodia de menores o incapaces y, régimen de convivencia.

Se otorgará a las partes un plazo común de cinco días para que conforme a los requisitos de una demanda, formulen sus pretensiones, hechos y ofrezcan sus medios de prueba, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de consenso y los demás que estimen convenientes.

Con los escritos que presenten las partes, mediante notificación personal, se les correrá traslado para que manifiesten lo que a su interés convenga, opongan defensas y excepciones y ofrezca los medios de prueba respectivos, por un plazo de cinco días.

La modificación que se plantea, establece que en esta audiencia se decidirá si las medidas precautorias y provisionales se modifican, se dejan subsistentes o si efectos, con lo cual debe quedar claro que el momento en que se deben decretar lo es al dictar acuerdo inicial. En el último párrafo se puntualiza que la vista a que se refiere el artículo vigente, es por medio de una notificación personal en la que se corre traslado con los escritos de pretensiones, para que puedan contestar en un plazo de 5 días, plazo este con el cual estamos de acuerdo ya que las partes desde el trámite del divorcio incausado, más aún del convenio y de la contrapropuesta presentados, se expresa lo que la otra parte pretende y se establece lo que cada uno quiere, así que será menos complicado realizar una contestación, ofrecer pruebas y oponer excepciones y defensas.

Propuesta siete.

El vigente se escribe a la letra:

Artículo 2.378.- De no formularse pretensión alguna, o transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, el juez citará a las partes a la audiencia inicial a que se refiere el artículo 5.50 de este Código, que tendrá verificativo dentro de los cinco días siguientes.

El procedimiento continuará conforme a las reglas del Libro Quinto de este Código.

Se formula de la siguiente manera:

Artículo 2.378.- *De no formularse pretensión alguna, o transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, el juez de oficio citará a las partes a la audiencia inicial a que se refiere el artículo 5.50 de este Código, que tendrá verificativo dentro de los cinco días siguientes.*

El procedimiento continuará conforme a las reglas del Libro Quinto de este Código.

En este artículo se alcaza que es obligación del Juez hacer la citación a la audiencia, con el fin de resolver lo que no se llevo a consenso, más aún cuando existen menores o incapaces, debe ser prioridad su protección, asegurar sus intereses para el futuro y evitar prolongar conflictos.

Conclusiones

PRIMERA. La jurisdicción es la potestad del Estado, que como administrador de justicia atribuye a órganos competentes, la facultad para dirimir controversias y asuntos que se someten a su consideración, pero si las actividades de éstos están reguladas por los diversos ordenamientos legales aplicables al asunto de que se trate.

SEGUNDA. En el Estado de México el matrimonio es una Institución que une la voluntad de un hombre y una mujer, con la finalidad de fundar una familia como también compartir un estado de vida para la búsqueda de su bienestar, siendo que inclusive lo referente a la procreación de los hijos no es considerada como prioridad u obligatoria.

TERCERA. El divorcio disuelve el matrimonio, por tal entendemos que se desintegra el matrimonio, desune a los consortes quienes como consecuencia de ello quedan facultados para contraer un nuevo matrimonio

CUARTA. El divorcio incausado es la disolución del vínculo matrimonial, solicitada por uno de los cónyuges, sin tener que señalar la causa que da lugar a su petición.

QUINTA. A partir del 14 de mayo del 2012, fecha en que entró en vigor el decreto número 442, publicado el 3 de mayo del 2012, en la Gaceta del Gobierno, Periódico Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de México, mediante la cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversos artículos de Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de México, precisamente en el Capítulo de Procedimientos Especiales, emerge el Divorcio Incausado, siendo precisamente los Jueces Familiares de la Entidad los facultados para conocer de éste.

SEXTA. Derivado del ejercicio profesional desempeñado en los diversos Distritos Judiciales de del Estado de México, constatamos la aplicación de la ley en ese rubro, tanto del Código Civil como de Procedimientos Civiles para el Estado de México, son incompletos, confusos más aún contradictorios, por lo cual al acudir a los órganos a gestionar divorcio incausado, los Juzgadores aplican la legislación de manera diversa, pero sí en más de las ocasiones con excesos, limitaciones u omisiones, lo que trae como consecuencia la violación a los derechos de los gobernados principalmente menores de edad, incapaces y mujeres, ya por la confusión en cuanto a la forma correcta de aplicar los cuerpos normativos.

SÉPTIMA. Se propone la modificación del artículo 4.95 del Código Civil del Estado de México, para quedar como sigue:

Artículo 4.95.- Al admitirse la solicitud de divorcio, en su caso, deberán dictarse provisionalmente las disposiciones siguientes:

I. Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela;

II. Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos;

III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;

IV. Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;

V. Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.

Los menores de diez años deberán quedar preferentemente al cuidado de la madre, a menos que exista una causa justificada a criterio del Juez. No será

obstáculo para la preferencia maternal en la custodia el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Este artículo establece que el momento de decretar las medidas precautorias es al admitirse la solicitud, por otro lado en el último párrafo refiere que los menores de 10 años quedarán preferentemente al cuidado de la madre, evitando la contradicción de aplicación entre lo dictado para las medidas precautorias y para la guarda y custodia.

OCTAVA. Se plantea la reforma del artículo 4.98 del Código Sustantivo de la materia del Estado de México, de la siguiente manera:

Artículo 4.98.- Decretado el divorcio incausado, para el caso de que exista consenso entre los divorciantes respecto de los bienes de la sociedad conyugal esta se liquidará conforme a lo convenido; en el supuesto de que no exista consenso entre los divorciantes respecto de este rubro o haya ausencia del cónyuge citado a la audiencia correspondiente, se decretará la terminación de la sociedad conyugal y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones pendientes entre los cónyuges, o con relación a los hijos.

La modificación expuesta tiene la finalidad de exponer los supuestos que se llegan a observar en cuanto a la sociedad conyugal en el divorcio incausado.

NOVENA. Se sugiere que el artículo 4.110 del Código Civil del Estado de México, quede de la siguiente forma:

Artículo 4.110.- De la resolución que decrete el divorcio, el Juez remitirá copia certificada al Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que a costa de los interesados se realicen los asientos correspondientes.

El artículo que nos ocupa ordena que se envíe oficio acompañado de copias certificadas de la sentencia que decreta el divorcio, al Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, como sucede en la práctica.

DÉCIMA. Se expone la reforma del artículo 2.374 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, como sigue:

Artículo 2.374.- Presentada la solicitud, de no existir prevención alguna, el juez la admitirá a trámite la petición, ordenando se notifique personalmente y se corra traslado al otro cónyuge, para que en su caso, se pronuncie respecto de las medidas precautorias y a más tardar el día de la audiencia señale domicilio para oír y recibir notificaciones.

Asimismo a la admisión, el juez proveerá sobre las medidas precautorias solicitadas o las que estime necesarias para salvaguardar el interés superior de los menores o incapaces.

Además, se señalará día y hora para audiencia que tendrá verificativo cuando menos nueve días posteriores a la notificación del propio auto.

Este planteamiento describe las actuaciones que se deberán realizar en esta etapa. El segundo párrafo aclara que el momento de proveer sobre las medidas precautorias es el auto admisorio, sin que dé lugar a que los juzgadores apliquen diferentes criterios respecto a este punto.

DÉCIMA PRIMERA. Se propone que el artículo 2.376 del Código Adjetivo Civil del Estado de México, señale:

Artículo 2.376.- En la audiencia, el juez tratará de conciliar a las partes para que continúen con el matrimonio, no habiéndose obtenido la conciliación, continuará la misma y el juez las escuchará sobre la propuesta del convenio y contrapropuesta en su caso, en la que se podrán modificar o adicionar las cláusulas del mismo a petición de los interesados.

De manifestar su conformidad con los términos del convenio y, de no haber observación alguna por el juzgador, se aprobará y elevará a la categoría de cosa juzgada, decretando la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal.

La aprobación del convenio podrá ser sólo sobre los puntos en que haya consenso, respecto de los restantes se procederá conforme al precepto legal siguiente.

De no asistir a la audiencia el conyugue solicitante, el Juez declarará sin efectos la solicitud y las medidas provisionales, mandando archivar el expediente como concluido.

En este numeral se establece una sola audiencia, en la que de no llegar a una conciliación, se dictará la disolución del vínculo matrimonial. Además se adiciona un último párrafo que contempla que la consecuencia de la inasistencia del cónyuge solicitante será que se dé por terminado el procedimiento, pues la voluntad en el divorcio incausado es fundamental.

DÉCIMA SEGUNDA. Se plantea la reforma del artículo 2.377 de la Ley Procesal Civil del Estado de México para quedar como sigue:

Artículo 2.377.- De no llegar a un acuerdo sobre la totalidad de los puntos del convenio o de inasistir a la audiencia el cónyuge citado, se decretará la disolución del vínculo matrimonial, en su caso la terminación de la sociedad conyugal; apercibiendo a las partes de abstenerse de ocultar, enajenar, dilapidar bienes y efectos patrimoniales generados durante el matrimonio hasta en tanto se resuelva en definitiva la liquidación de la sociedad conyugal.

En la propia audiencia, se decidirá si las medidas precautorias y provisionales, las cuales se podrán modificar, dejar subsistente o sin efectos, entre otras las referentes a los alimentos, guarda y custodia de menores o incapaces y, régimen de convivencia.

Se otorgará a las partes un plazo común de cinco días para que conforme a los requisitos de una demanda, formulen sus pretensiones, hechos y ofrezcan sus medios de prueba, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de consenso y los demás que estimen convenientes.

Con los escritos que presenten las partes, mediante notificación personal, se les correrá traslado para que manifiesten lo que a su interés convenga, opongan defensas y excepciones y ofrezca los medios de prueba respectivos, por un plazo de cinco días.

La modificación que nos ocupa, establece que en la única audiencia se decidirá si las medidas precautorias y provisionales se modifican, se dejan subsistentes o si efectos. En el último párrafo se puntualiza que la vista a que se refiere el artículo vigente, es por medio de una notificación personal en la que se corre traslado con los escritos de pretensiones, para que puedan contestar en un plazo de 5 días, considerado prudente por el procedimiento del divorcio incausado.

DÉCIMA TERCERA. Se plantea la reforma del artículo 2.378 del Código Procedimental Civil del Estado de México para quedar como sigue:

Artículo 2.378.- De no formularse pretensión alguna, o transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, el juez de oficio citará a las partes a la audiencia inicial a que se refiere el artículo 5.50 de este Código, que tendrá verificativo dentro de los cinco días siguientes.

El procedimiento continuará conforme a las reglas del Libro Quinto de este Código.

Este artículo señala que es obligación del Juez hacer la citación a la audiencia, con el fin de resolver lo que no se llevo a consenso, más aún cuando existen menores o incapaces, debe ser prioridad su protección, asegurar sus intereses para el futuro y evitar conflictos.

DÉCIMA CUARTA. Las reformas planteadas de los diversos artículos del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, son producto del análisis y estudio de contrariedades tomadas de la práctica profesional relacionadas con el divorcio incausado, con las que se evita que haya lugar a diversas interpretaciones por parte de los órganos jurisdiccionales como también por las partes.

Fuentes Consultadas

LIBROS

- ADAME GODARD, Jorge. El matrimonio civil en México, UNAM, México, 2004.
- ARELLANO GARCIA, Carlos. Métodos y técnicas de la investigación Jurídica, tercera edición, Porrúa, México, 2004.
- BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México, tercera edición, Porrúa, México, 1970.
- BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales, vigésima edición, Porrúa, México, 1986.
- CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1994.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.
- CLIMENT BONILLA, María Margarita. Nociones de derecho positivo mexicano, Porrúa, México, 2003.
- CRUZ BARNEY, Oscar. Historia del Derecho en México, Segunda Edición, Oxford, México, 2004.
- DE LA MATA PIZANA, Felipe, *et. al.*, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, primera edición, Porrúa, México, 2004.
- DE LA PAZ Y F. Víctor M. Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio, primera edición, Fernando Leguizamo Cortes, México, 1981.
- DE PINA VARA, Rafael, *et. al.*, Instituciones de Derecho Procesal Civil, octava edición, Porrúa, México, 1969.
- GUITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el derecho familiar?, Promociones Jurídicas y Culturales S.C., México, 1992

MARGADANT S., Guillermo Floris. El derecho privado romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea, décima tercera edición, Esfinge, S.A., México, 1985.

MATEOS M., Agustín. Etimologías Latinas del Español, decima sexta edición, Esfinge, México, 1968.

MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho, decima tercera edición, Porrúa, México, 1968.

OVALLE FAVELA José. Derecho Procesal Civil, segunda edición, Harla, México, 1985.

PADILLA SAHAGUN, Gumesindo. Derecho Romano, Tercera Edición, Mc Graw Hill, México, 2006.

PALLARES Eduardo. Derecho Procesal Civil, decima primera edición, Porrúa, México, 1985.

PEÑA OVIEDO, Víctor. Juicio oral familiar y divorcio incausado, Flores Editor y Distribuidor, México, 2012.

PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano, Porrúa, México, 1984.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de derecho civil, tomo 1, trigésima quinta edición, Porrúa, México, 2004.

SANCHEZ CANTU, Silvia. Formulario de derecho civil y jurisprudencia, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1993.

VENTURA SILVA, Sabino. Derecho romano, curso de derecho privado, tercera edición, Porrúa, México, 1975.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención de los Derechos de los niños

Código Civil del Estado de México

Código Civil para Distrito Federal

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México

Código de Procedimientos Civiles para Distrito Federal

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México
Reglamento del Registro Civil del Estado de México

JURISPRUDENCIA

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, 9a. Época, XXVII Pág. 1964, Febrero de 2008, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. LA DIFERENCIA ENTRE LA FALTA Y LA INDEBIDA SATISFACCIÓN DE AMBOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES TRASCIENDE AL ORDEN EN QUE DEBEN ESTUDIARSE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y A LOS EFECTOS DEL FALLO PROTECTOR.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tribunales Colegiados de Circuito, 9a. Época, XXXIII, Pág. 2323 Marzo de 2011, DIVORCIO SIN CAUSA. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 266 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN CUANTO EXIGE QUE EL MATRIMONIO HAYA DURADO UN AÑO.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 1a. Sala, 9a. Época, XXX, Pág. 281, Diciembre de 2009, DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL CÓNYUGE. LOS ARTÍCULOS 266 Y 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 3 DE OCTUBRE DE 2008, NO VIOLAN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 1a. Sala, 9a. Época, XXX, Pág. 280, Diciembre de 2009, DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL CÓNYUGE. LOS ARTÍCULOS 266, 267, 282, 283, FRACCIONES IV, V, VI, VII Y VIII, 283 BIS, 287 Y 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL

DE LA ENTIDAD EL 3 DE OCTUBRE DE 2008, QUE REGULAN SU TRAMITACIÓN, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DE DEBIDO PROCESO LEGAL.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Espasa Calpe S.A., España, 2001.

DICCIONARIO DE USO DEL ESPAÑOL DE AMERICA Y ESPAÑA, SPES S.C., primera edición, Barcelona, 2002.

DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de derecho, decima cuarta edición, Porrúa, México, 1986.

GOLSTEIN, Mabel. Diccionario Jurídico, Consultor Magno, Circulo Latino Austral, Buenos Aires, 2007.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, decima séptima edición, México, 1986.

HEMEROGRAFÍA

Gaceta del Gobierno, Periódico Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de México, México, Decreto numero 442, 3 de mayo del 2012.

SITIOS WEB

<http://amoxcalli.leon.via.mex/Epikeia/numeros/14/eikeia14-divorcio-incausado.pdf>, 3 de septiembre del 2012, 17:15 hrs.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/73/art/art6.pdf>, 4 de septiembre del 2012, 14:25 hrs.

[http://www.derecho.unam.mx/web2/pop/culturajuridica/pdf/CJ\(Art_4\).pdf](http://www.derecho.unam.mx/web2/pop/culturajuridica/pdf/CJ(Art_4).pdf), 11 de septiembre del 2012, 17:30 hrs.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt7.pdf>, 11 de septiembre del 2012, 18:20 hrs.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr4.pdf>, 11 de septiembre del 2012, 18:40 hrs.

<http://www2.scj.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-ii/06alberto-perez-dayan-el-derecho-a-la-jurisdiccion.pdf>., 17 de septiembre del 2012, 17:30 hrs.