



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

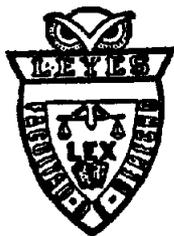
"LA REDUCCION A UNA SOLA JUNTA DE AVENENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DISTRITO FEDERAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

GABRIELA BECERRIL MARTINEZ



ASESOR DE TESIS

LICENCIADO TOMAS CANTU LOPEZ

MEXICO, D. F.

2005

0350559





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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OFICIO /100/SDPP/05

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E .**

La alumna **GABRIELA BECERRIL MARTÍNEZ**, con número de cuenta **8535959-8**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Licenciado **TOMÁS CANTÚ LÓPEZ**, la tesis profesional titulada "**LA REDUCCIÓN A UNA SOLA JUNTA DE AVENENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DISTRITO FEDERAL**" que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **TOMÁS CANTÚ LÓPEZ** en su calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**LA REDUCCIÓN A UNA SOLA JUNTA DE AVENENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DISTRITO FEDERAL**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **Gabriela Becerril Martínez**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
CIUDAD UNIVERSITARIA, A 18 DE OCTUBRE DE 2005.

LIC. MARGARITA MARÍA GUERRA Y TEJADA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

c.c.p. Archivo Seminario
c.c.p. Alumno
c.c.p. Minutario

LA REDUCCION A UNA SOLA JUNTA DE AVENENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DISTRITO FEDERAL

DEDICATORIAS.....	I
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	III
CAPITULO I.- CONCEPTOS FUNDAMENTALES.....	1
I.- Matrimonio.....	1
1.-Requisitos.....	5
2.- Efectos jurídicos del matrimonio.....	8
3.- Regímenes matrimoniales.....	9
a).- Sociedad conyugal.....	11
b).- Separación de bienes.....	13
II.- Divorcio.....	14
III.- Procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento.....	17
1.- Su origen.....	17
2.- Junta de Avenencia.....	20
3.- Acuerdo de voluntades: Convenio.....	21
IV.- Principios procesales.....	22
1.- Economía procesal.....	22
a).- Unidad.....	25
b).- Uniinstancialidad.....	27
2.- Eficacia procesal.....	27
3.- Justicia expedita.....	28
4.- Oportunidad procesal.....	28
5.- Concentración.....	29
CAPITULO II.- TIPOS DE DIVORCIO.....	31
I.- Divorcio administrativo.....	31
1.- Requisitos de procedibilidad.....	31
2.- Órgano que conoce.....	33
3.- Procedimiento.....	40
4.- Ventajas y desventajas.....	43
II.- Divorcio Voluntario.....	45
1.- Como función administrativa o judicial.....	45
2.- Opinión sobre el procedimiento.....	49
III.- Divorcio Necesario.....	50
1.- Causales.....	51
2.- Requisitos de procedibilidad.....	56
3.- Procedimiento.....	57

a).- Demanda.....	57
b).- Medidas provisionales.....	58
c).- Contestación	59
d).- Audiencia previa y de conciliación.....	60
e).- Ofrecimiento y admisión de pruebas	62
f).- Audiencia de desahogo de pruebas.....	64
g).- Sentencia.....	66
4.- Efectos de la sentencia de divorcio.....	68

CAPITULO III.- EL ACTO JURÍDICO..... 71

I.- Hechos y actos jurídicos..... 71

II.- El acto jurídico..... 73

III.- Requisitos de existencia del acto jurídico..... 78

1.- Manifestación de voluntad: Consentimiento.....	78
a).- Expresa.....	80
b).- Tácita.....	80
2.- Objeto.....	81

IV.- Requisitos de formalidad o de validez..... 84

1.- Capacidad de las partes.....	84
a).- La representación.....	87
2.- Ausencia de vicios del consentimiento.....	89
a).- Error.....	89
b).- Dolo.....	90
c).- Mala fe.....	91
d).- Violencia.....	92
e).- Lesión.....	93
3.- Formalidad.....	94
a).- Consensual.....	95
b).- Por escrito.....	95
4.- Licitud en el objeto.....	97
5.- Solemnidad.....	97

CAPITULO IV.- EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DISTRITO FEDERAL Y LA NUEVA TENDENCIA DEL DIVORCIO VOLUNTARIO..... 100

I.- Procedimiento de Divorcio voluntario en el Distrito Federal..... 100

1.- Requisitos de procedibilidad.....	100
A).- El consentimiento de las partes.....	101
B).- Documentos de presentación.....	101
a).- Escrito inicial.....	101
b).- Convenio.....	104
c).- Garantía.....	110

d).- Demás documentos.....	111
2.- Admisibilidad de la demanda.....	112
a).- Requisitos del auto admisorio.....	113
b).- Vista al Ministerio Público.....	113
c).- Verificación de la garantía.....	115
3.- Primera junta de avenencia.....	115
a).- La función de Juez.....	116
b).- La realidad en la práctica forense.....	116
4.- Segunda junta de avenencia.....	117
5.- Sentencia.....	120
a).- Medio de impugnación.....	121

II.- Procedimiento de Divorcio voluntario en el Estado de México, la nueva tendencia.....

1.- Requisitos de procedibilidad.....	121
a).- El consentimiento de las partes.....	121
b).- Documentos de presentación.....	122
2.- Admisibilidad de la demanda.....	125
a).- Requisitos del auto admisorio.....	125
b).- Vista al Ministerio Público.....	125
3.- Única junta de avenencia.....	126
a).- Beneficios de la única junta de avenencia.....	126
b).- Perjuicios o inconvenientes de la única junta de avenencia.....	128
c).- La función del Juez.....	128
4.- Sentencia.....	129
a).- Limitación a los recursos de impugnación.....	129
b).- La economía y la eficacia procesal en el Estado de México.....	130

CONCLUSIONES.....	132
--------------------------	-----

PROPUESTAS.....	135
------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	136
--------------------------	-----

Con profundo agradecimiento a:

La Universidad Nacional Autónoma de México
La Facultad de Derecho
Lic. Tomás Cantú López

Con infinito amor a:

Mi padre, Demetrio Becerril Cardoso quien con amor y firmeza guió mis pasos, inculcando en mi el respeto y la responsabilidad como valores fundamentales del ser humano.

Mi madre, Gabriela Martínez Alvarado, cuyo amor y apoyo incondicional me permitieron superar los obstáculos que la vida me impuso.

Mis hermanos, Leticia, Georgina, Demetrio, Saúl, Sinuhe e Iván, agradeciendo a cada uno de ellos el cariño, apoyo y ejemplo que me brindaron.

Quien comparte su vida conmigo, Alfredo Reyes Garcés reconociendo su apoyo y paciencia durante la elaboración de este trabajo.

A los dos angelitos que Dios me envió y que día a día alientan mi vida
Karla Adriana y Karen Ariadne.

Con cariño a:

Carmen Olvera Vega, de quien he recibido un gran apoyo y amistad.

Leticia Paredes González agradeciendo su enorme entusiasmo y apoyo.

Quienes en algún momento de mi vida han estado presentes y me han brindado su amistad.

Elda Ávila Núñez, Susana Vázquez López, Martín Mora Valdespino, Camilo Constantino Rivera, Ana Bertha Suárez Gómez, Diana Ito Rosas, Julio Cesar Flores Ramírez, Bertha Lilia Ameneiro Flores, Lucila Pérez Sandoval, Lourdes Mason Villalobos, Susana Pérez Gómez, Carlos Castillo

A Dios, que me permitió concluir esta etapa.

LA REDUCCIÓN A UNA SOLA JUNTA DE AVENENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DISTRITO FEDERAL.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La principal finalidad de elaborar este trabajo es continuar con los trámites necesarios para obtener el título de Licenciado en Derecho en esta H. Facultad de Derecho.

El tema del trabajo a desarrollar tiene como segunda finalidad la inquietud de proponer que se celebre una sola junta de avenencia en el procedimiento de Divorcio Voluntario o por mutuo consentimiento.

Lo anterior tiene como fin disminuir el tiempo para tramitar dicho procedimiento, ya que debido a la carga de trabajo que tienen los tribunales, la gestión del divorcio voluntario puede tardar mucho tiempo, aun cuando el Código de Procedimientos Civiles establece términos breves para su realización, por tanto, no se está cumpliendo con el principio de justicia expedita prevista en el artículo 17 constitucional.

Sin embargo, al reducir a una sola junta de avenencia no solo implicaría reducción de tiempo, si no además menor carga de trabajo para los juzgados familiares, dando lugar así a una mayor celeridad y eficacia en el procedimiento, de esta forma se dictaría sentencia en un término más breve, por lo tanto, estaría frente a dos principios básicos en la práctica forense: La economía y eficacia procesal.

Por otro lado, considerando que los cónyuges están manifestando la voluntad de divorciarse de una manera expresa, desde el momento en que firman la solicitud que presentan al Juez, resulta innecesaria y quizá hasta excesiva la segunda junta de avenencia.

La libre voluntad de las partes es considerada como la principal forma de vinculación obligatoria en las relaciones privadas del Derecho Civil Mexicano, por lo que las mismas regulan los aspectos sobre el matrimonio y el divorcio.

Si bien es cierto, que la finalidad de realizar dos juntas de avenencia en dicho procedimiento consiste en procurar la reconciliación de los cónyuges con el propósito de proteger la unión familiar y asimismo garantizar el desarrollo sano, armónico e integral de los menores; por ser la familia la base de la sociedad, también es cierto que cada individuo como ser único e irrepetible posee la libertad de tomar decisiones dentro de un marco de responsabilidad.

Cuando los cónyuges manifiestan expresamente su voluntad, el Juez en su función de mediador, debe considerar el consentimiento de las partes para decretar el divorcio; sin prescindir previamente de la búsqueda de la reconciliación de la pareja en la junta de avenencia, así como lo señala el Código de Procedimientos Civiles.

Por tanto, en el primer capítulo se realizará una breve reseña conceptual de los elementos básicos para constituir el procedimiento de divorcio voluntario; destacando, entre ellos, la definición de matrimonio, los requisitos para contraerlo, así como los regímenes matrimoniales contemplados en el Código Civil para el Distrito Federal. Se puntualizará asimismo, el concepto de divorcio, haciendo referencia especialmente al divorcio por mutuo consentimiento.

No podemos prescindir de los principios procesales que son aplicables en la reducción a una sola junta de avenencia en el divorcio voluntario, donde la economía procesal juega un papel muy importante para otorgar una eficacia procesal, así como la impartición de una auténtica justicia expedita. Agrego el principio de oportunidad procesal, como actividad complementaria de la función jurisdiccional, toda vez que existe una voluntad manifiesta de los cónyuges para

disolver el vínculo matrimonial; por tanto, es irrelevante sostener dos juntas de avenencia cuando existe un consentimiento expreso.

En el capítulo segundo haré referencia a los tipos de divorcio existentes en nuestro Derecho Mexicano, porque considero importante tener claro cuáles son las características de los mismos, así como el órgano que debe conocer cada uno de ellos.

Asimismo haré mención del procedimiento de Divorcio Administrativo y el Divorcio Necesario con la finalidad de hacer un análisis comparativo de éstos con relación al procedimiento de Divorcio Voluntario, al cual he dedicado un capítulo especial por ser éste, parte del tema central del presente trabajo.

En la parte final del capítulo segundo se efectuará un breve análisis del Divorcio Voluntario relacionado con el enfoque que algunos autores manejan respecto a este procedimiento, es decir, algunos consideran la actuación de Juez en este procedimiento como una mera función administrativa y otros la consideran como una función jurisdiccional.

El capítulo tres comprende el acto jurídico, considerándolo indispensable en el presente trabajo, debido a que se hace referencia de la importancia del consentimiento y el objeto como requisitos de existencia; ya que en el ámbito de los actos jurídicos la voluntad y la capacidad de las partes son elementos esenciales de los mismos.

Para ello es necesario que dicha voluntad se manifieste de manera libre y conciente, sin vicios que pudieran invalidar el acto jurídico tales como: El error, el dolo, la mala fe, la violencia o la lesión.

Igualmente es necesario que concurren requisitos como la formalidad, la licitud en el objeto y la solemnidad como requisitos de existencia .

En el capítulo cuarto realizaré un análisis más objetivo y minucioso del Divorcio por mutuo consentimiento en el Distrito Federal, puntualizando sobre los requisitos de procedibilidad, tales como el consentimiento de las partes, así como los documentos necesarios para su realización, haciendo hincapié en la garantía que el Código de Procedimientos Civiles establece, como necesaria para llevar a cabo el procedimiento mencionado.

También, es importante analizar la verificación de la garantía, ya que de ninguna manera es posible prescindir de ella, sobre todo cuando existen menores. La propuesta del presente trabajo es la reducción a una sola junta de avenencia en el procedimiento de Divorcio Voluntario, pero no se pretende de ninguna manera dejar desprotegidos a los menores, por el contrario se busca un beneficio para los mismos en varios sentidos; siendo uno de los principales el emocional que, aunque generalmente se considera que un Divorcio provoca la ruptura del núcleo familiar, y conlleva una afectación en ellos. Considero importante recalcar que si bien es cierto, se afecta con un Divorcio, también es cierto que habrá una mayor afectación cuanto más tarde el procedimiento.

En este capítulo también haré referencia a la función del Juez en el procedimiento mencionado, específicamente en las juntas de avenencia, toda vez que la realidad en la práctica forense difiere notablemente respecto de lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Finalmente en este mismo capítulo analizaré la nueva tendencia que se presenta en el Estado de México, del procedimiento de Divorcio Voluntario, haciendo referencia a los requisitos de procedibilidad como el consentimiento de las partes, ya que en el divorcio por mutuo consentimiento los cónyuges no tienen que probar la existencia y particularidades de los hechos que dieron causa al divorcio, por tanto la autoridad debe cerciorarse únicamente de la firme voluntad de divorciarse de los cónyuges.

Asimismo propongo se celebre una sola junta de Avenencia en el Procedimiento de Divorcio Voluntario, estableciendo los beneficios que esto traerá a los cónyuges y a los menores, incluso a los tribunales.

Trataré de clarificar cuál debe ser la actuación del juez en dicha junta de avenencia, ya que como anteriormente mencioné, difiere mucho la realidad en la práctica forense de lo que establece el Código de Procedimientos Civiles.

También dentro de éste mismo capítulo, haré un análisis de la eficacia procesal que ha tenido la reducción a una sola junta de avenencia en el procedimiento de Divorcio Voluntario en el Estado de México.

Considero necesaria una evolución de los ordenamientos civiles, para adecuarse al nuevo contexto nacional, a la dinámica de nuestra sociedad, por lo que deben realizarse cambios a las normas que rigen las relaciones conyugales.

El Derecho Procesal Civil debe atender a las necesidades de justicia de la sociedad ya que es considerado como el conjunto de normas que regulan en su aspecto contencioso a las diferentes instituciones de nuestro Derecho Civil; ya sea ante la necesidad de la intervención del Juez con el fin de dirimir una controversia, o bien, para intervenir administrativamente mediante la jurisdicción voluntaria.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

I.- Matrimonio.

En este capítulo comenzaré por definir el concepto de matrimonio, el cual ha tenido diferentes connotaciones a través del tiempo, y además a tratar de definir la naturaleza jurídica del mismo. Ha sido considerado por los estudiosos de derecho como sacramento, institución, contrato ordinario, contrato de adhesión y como acto jurídico, cada uno de ellos ha atendido a diferentes aspectos del matrimonio.

La palabra matrimonio deriva del latín *Matrimonium*, de las voces *matris* *munium* cuyo significado es carga o gravamen o cuidado de la madre, el cual parece expresar que las cargas más pesadas derivadas de ésta unión recaen sobre la madre.¹

No obstante actualmente se ha dado una mayor equidad de género que implica que el varón también participe en el cuidado de los hijos y el trabajo del hogar.

El concepto jurídico del matrimonio ha evolucionado a través de la historia, se le ha dado un carácter eminentemente contractual; en diferentes etapas se ha manejado como un contrato, aunque no siempre dependiente de los consortes, en algunos casos dependía de los padres o familiares cercanos a los mismos.

En el código de Hammurabi según Federico Lara Peinado, Se establecía como un contrato en el que se determinaban derechos y deberes de la esposa, así como la suma que debía pagar el marido en caso de repudio. Al firmar el contrato se daba carácter legal al matrimonio, sin embargo quien celebraba el contrato era el padre de la novia, por lo que no se manifestaba expresamente el consentimiento de ella en dicho contrato pero si el de el consorte.² es decir, el matrimonio de

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XIX, Driskill, Buenos Aires, 1991, p. 147

² Cfr. Lara Peinado, Federico. Código de Hammurabi, estudio preliminar, traducción y notas, Tecnos, España, 1997, pag. 57

algún modo era "arreglado" por los padres sin que la mujer pudiera manifestar su voluntad de querer o no, celebrar el matrimonio.

En el Derecho Romano se establecen dos formas de matrimonio: *Iustae nuptiae*, y el *sine connubio*. El primero, era la unión legítima establecida, regulada y sancionada por el *ius civile*, que producía amplias consecuencias jurídicas, y el segundo era calificado de injusto y no estaba reconocido por el *ius civile*, incluso se calificaba de concubinato, se determinaba como una relación social que producía consecuencias jurídicas, y que constataba la voluntad de convivencia.

Ambas formas eran socialmente respetadas pero no se exigían formalidades jurídicas o la intervención estatal, y en ambas era voluntad de los consortes establecer dicha unión basada principalmente en el afecto marital.

"Para nosotros es difícil intuir lo que haya significado el matrimonio romano, pero por otra parte los romanos hubieran considerado monstruoso el hecho de que los cónyuges modernos perpetúen a veces un matrimonio, contra la voluntad de uno de ellos, una vez que haya desaparecido el afecto marital. Quizá podemos decir que la propiedad se relaciona con la posesión, como el matrimonio moderno con el romano"³

Los Romanos basaban el matrimonio en la *afectio maritalis*, ya que consideraban que debía existir cierto afecto y voluntad de unirse en matrimonio y por otro lado, consideraban que si desaparecía dicho afecto el matrimonio no podía subsistir.

En la concepción religiosa se predica que el matrimonio es esencialmente un contrato natural, aunque posteriormente se eleva a sacramento. Los canonistas habían admitido la tesis contractual, fundados en la consideración de que el vínculo matrimonial deriva de la voluntad concorde de los esposos.

El derecho canónico considera al matrimonio como un sacramento en el que los esposos o cónyuges son los ministros del acto y la función del sacerdote

³ Floris Margadant, Guillermo. *El derecho privado Romano*, Esfinge. México, 2002, p. 207

únicamente se reduce a la de un testigo de la celebración, con el propósito de asegurarse del cumplimiento de las normas de derecho canónico y registrar el acto del matrimonio.

Con la revolución francesa se da la secularización del matrimonio, estableciendo que el ser humano es un ser racional y libre y se impone la opinión de considerar al matrimonio como un mero contrato.

La constitución francesa de 1791 establece que: "La ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil"⁴ lo entendía como una sociedad, en la cual ambos consortes adquirirían el compromiso de ayudarse mutuamente y compartir un destino común.

En México la ley de matrimonio civil del 23 de julio de 1859 definía al matrimonio de la siguiente manera: "El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil, para su validez bastará que los contrayentes previas las formalidades que establece ésta ley se presenten ante aquella y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio"⁵

Podemos notar que en dicha ley, el matrimonio es considerado como un contrato civil en el cual los consortes necesariamente expresan su voluntad de obligarse, pero no basta la intervención de los consortes, si no que es necesaria la intervención del Estado que lo hace a través del Juez u Oficial del registro civil, el cual desempeña un papel constitutivo y no meramente declarativo ya que sin la declaración del mismo, el matrimonio legítimo entre los consortes no existiría.

Quizá fue considerado como contrato para evitar la intervención de la iglesia en los actos jurídicos regidos por el Estado, sin embargo en él existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Por otro lado, anteriormente el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos

⁴ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Octava edición, Porrúa, México, 1987, p. 475

⁵ Sandoval Pardo, Fernando R., Historia Crítica del Estado Mexicano, Porrúa, México, 2001, p. 639

Mexicanos en el párrafo tercero señalaba que el matrimonio es un contrato civil, actualmente se suprimió dicho párrafo.

El Maestro Ignacio Galindo Garfias y Rafael Rojina Villegas y algunos autores más señalan que el matrimonio es una institución, ya que el mismo se contrae para toda la vida de los consortes, porque la ley se preocupa de regular las relaciones entre los cónyuges sin que la voluntad de los mismos pueda alterar o contrariar las disposiciones legales, además en el matrimonio se generan una serie de consecuencias como son la paternidad, la filiación, la patria potestad, la sucesión, etc. El primero de estos autores establece que "El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio"⁶

También se le ha considerado al matrimonio como un contrato de adhesión "Admitiendo la idea del matrimonio como contrato, se pretende asemejarlo a una de las modalidades del contrato, como lo es el contrato de adhesión, ya que los contrayentes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Al contraer matrimonio se adhieren a las reglas que se refieren al matrimonio"⁷

Por último, el matrimonio ha sido visto como acto jurídico, este es una manifestación exterior de voluntad, que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico, es decir, son hechos voluntarios ejecutados con el propósito de originar consecuencias jurídicas, podemos notar, que sigue estando presente la voluntad de los cónyuges; en este caso de producir consecuencias jurídicas al unirse en matrimonio.

⁶Galindo Garfias, Ignacio. ob.cit. p 471

⁷ Sánchez Márquez, Ricardo. Derecho Civil, Porrúa, México, 1998, p.312

El Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 146 define al matrimonio como la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada, se establece la libertad de cada individuo para contraer matrimonio, la cual indudablemente se manifiesta a través de la voluntad.

En cada una de las diferentes etapas de la historia se ha considerado al matrimonio de distinta manera, incluso existieron también los matrimonios arreglados, en cuyo caso quienes daban el consentimiento eran los padres de los cónyuges. Actualmente para que haya una unión debe haber un consentimiento expreso por parte de los contrayentes, ya que sin él no existiría la institución del matrimonio en una sociedad.

Por mi parte considero que el matrimonio es un acto jurídico bilateral, semejante al contrato, en virtud del cual se produce entre un hombre y una mujer una comunidad de vida y cuyo fin es realizar una convivencia armónica a través del respeto y la ayuda mutua, independientemente de que actualmente sea considerado como institución

1.- Requisitos.

La celebración del matrimonio exige el acuerdo de voluntades o consentimiento de los contrayentes para su celebración, y ésta voluntad se manifiesta a través de la declaración expresa de los consortes formado el consentimiento, sin embargo, no basta la existencia de dicho consentimiento debido a que el artículo 146 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dispone, que el matrimonio debe celebrarse ante el Juez (Oficial) del Registro Civil, por lo que es necesario que la voluntad sea declarada ante dicho funcionario y con las formalidades que la ley exige, ya que como acto jurídico está constituido por ciertos elementos que lo integran cuya ausencia implica su inexistencia.

El acto jurídico según Rojina Villegas posee tres elementos esenciales:

- a).- Una manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita
- b).- Un objeto física y judicialmente posible.
- c).- El reconocimiento que haga la norma jurídica, a los efectos deseados por el autor del acto.⁸

El acto jurídico no lo trataré ampliamente en este capítulo ya que en la presente tesis existe un capítulo dedicado expresamente a éste tema.

Igualmente de acuerdo al artículo 97 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, las personas que pretendan contraer matrimonio deben presentar un escrito al juez del registro civil del domicilio de cualquiera de ellas que exprese:

- 1.- Nombres y apellidos, edad, ocupación y domicilio tanto de los pretendientes como de sus padres.
- 2.-Que no tienen impedimento legal para casarse.
- 3.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Dicho escrito deberá ser firmado por los solicitantes, acompañándolo de las actas de nacimiento, y el convenio bajo el cual se regirán sus bienes.

Hasta hace poco se solicitaba que los contrayentes presentaran un certificado médico en el que constara que no padecía enfermedades crónicas e incurables, así como la presencia de dos testigos que conocieran a los contrayentes y les constara que no tenían un impedimento legal para casarse.

Sin embargo el 11 de Marzo de 2004 se publica en la Gaceta Oficial del Distrito Federal las reformas al Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, en el cual se deroga las fracciones III y VII del artículo 70 de dicho ordenamiento jurídico y se incorpora un artículo 70 Bis en el que se establece que los contrayentes que así lo deseen, podrán anexar voluntariamente a la solicitud de

⁸ Cfr. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, vigésima segunda edición, Porrúa, México, 1988, p.120

matrimonio, un certificado médico en el que conste su estado de salud, el cual se agregará al apéndice que se integre con motivo de dicho matrimonio, aclara que la presentación de dicho certificado no es un requisito para contraer matrimonio y prohíbe al Juez exigir la presentación de certificado alguno si los contrayentes no lo anexan voluntariamente, así mismo prohíbe hacer inquisición alguna sobre los resultados del certificado médico en caso de ser anexado.

También establece que los contrayentes podrán proponer voluntariamente la presencia de testigos de honor, los cuales podrán asentar nombre y firma en la hoja previa que se entregará en el momento de la celebración del acto, pero no aparecerán en acta de matrimonio, por lo que el Juez tampoco podrá exigir la presencia de testigos, ni su falta afectará la validez del acto, aunque anteriormente si era requisito indispensable para contraer matrimonio la presentación de dos testigos por cada uno de los cónyuges.

Además el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal en su artículo 70 fracción V, solicita comprobante de domicilio, mediante el cual se acredite que el lugar de residencia de alguno de los contrayentes se encuentra dentro de los perímetros de la Delegación en donde se localiza el Juzgado ante el que se efectuará el acto

Es preciso que el Juez del Registro Civil declare que los contrayentes quedan unidos en matrimonio para que dicha unión genere consecuencias jurídicas, ya que no basta la simple manifestación de la voluntad de los mismos, es decir, es necesario que dicho consentimiento sea sancionada por un funcionario Estatal.

El artículo 35 del Código Civil vigente establece que, en el Distrito Federal estará a cargo de los Jueces del Registro Civil, autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas a matrimonio, y de acuerdo al artículo 39 del mismo Código el estado civil solo se comprueba a través de las constancias relativas al Registro Civil.

Existe igualmente un objeto, establecido en el Código Civil citado, que en este caso es realizar la comunidad de vida y procurarse respeto, igualdad y ayuda mutua, además de la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada, es decir el objeto del acto consiste en llevar una vida en común entre un solo hombre y una sola mujer, sujetándose a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por voluntad propia. Asimismo, consiste en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos. Observamos que la procreación existe como una finalidad secundaria en dicho Código, aun cuando debe perpetuarse la especie, no se señala como finalidad prioritaria.

2.- Efectos jurídicos del matrimonio.

El matrimonio como los demás actos jurídicos produce efectos legales sobre los propios cónyuges, sobre los hijos y sobre los bienes.

Entre los efectos que produce sobre los cónyuges se encuentra: la imposición de deberes así como otorgarles facultades las cuales serán iguales para los cónyuges, independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar, así el Código Civil para el Distrito Federal establece como obligaciones derivadas del matrimonio las siguientes:

- 1.- De acuerdo al artículo 162 los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.
- 2.-El deber de cohabitación también es un deber derivado del matrimonio, por lo que el artículo 163 del mismo Código establece que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, aclarando que se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los esposos en el cual ambos disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales.

3.-También deberán contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y la de sus hijos, así como a la educación de éstos según lo establece el artículo 164.

Por otro lado el mismo Código Civil establece como derechos derivados del matrimonio los siguientes:

Según el artículo 162, los cónyuges:

1.-Tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, derecho directamente relacionado con el artículo cuarto constitucional.

2.-Disfrutarán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos, lo anterior se encuentra establecido en el artículo 168 del propio Código.

3.- Podrán desempeñar cualquier actividad siempre y cuando sea lícita, pueden emplearse en la actividad que más les convenga siendo legal, para lo cual el otro consorte no podrá evitar se dedique a ella.

4.-Tendrán la administración y disposición libre de sus bienes sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge.

3.- Regímenes matrimoniales.

La familia, para cumplir sus funciones y satisfacer sus necesidades, necesita medios económicos y por ello es indispensable que cuente con un patrimonio, el cual debe formarse de los bienes particulares de cada cónyuge.

El matrimonio produce efectos jurídicos en cuanto a los contrayentes, pero también los produce sobre el patrimonio de ambos, es decir, sobre los bienes que les pertenecen en el momento de contraer matrimonio o los que adquieran con posterioridad al mismo.

“El patrimonio es el conjunto de derechos subjetivos de una persona susceptibles de valoración pecuniaria que constituyen una universalidad jurídica”⁹

En el momento de celebrar el matrimonio, los cónyuges deben declarar por escrito ante el juez del registro civil, cuál es el régimen bajo el que quedarán sometidos sus bienes y los derechos de que son propietarios y en caso de no tenerlos, de los que adquieran en un futuro.

Por ello y de acuerdo al artículo 98 fracción IV del citado Código Civil, deben presentar con la solicitud de matrimonio, un convenio en el que establezcan la manera en que disfrutarán y dispondrán de los bienes que en ese momento posee cada uno de ellos y los que adquieran a futuro, en el se expresará claramente el régimen patrimonial, bajo el cuál se contrae el matrimonio, el cual constará en el acta correspondiente.

Existen dos formas en nuestro sistema jurídico bajo las cuales se registrarán los bienes de los consortes y cuya elección se deja al libre albedrío de los mismos.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal establece que el matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o de separación de bienes, incluso existe un régimen mixto o parcial, para ello deben hacerse las capitulaciones matrimoniales, que son pactos celebrados por los otorgantes para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos contrayentes, salvo pacto en contrario.

No debería dejar de presentarse el convenio requerido por la ley, ni aun bajo el pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, en cuyo caso el convenio se referirá a los bienes que adquieran durante el matrimonio, sin embargo en la práctica no se presenta ningún convenio, únicamente se establece el régimen bajo

⁹ Baqueiro Rojas, Edgard. Biblioteca Diccionarios jurídicos Temáticos, Vol.1, Derecho Civil, Harla, México 1997, p. 80

el cual se contrae el matrimonio sin especificar si los contrayentes poseen o no bienes.

a).- Sociedad Conyugal

Este régimen nace al celebrarse el matrimonio o durante éste y podrán comprender los bienes de que sean dueños los otorgantes al formarlo o aquellos adquiridos durante el matrimonio y se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en aquello que no fuese claramente determinado, por las disposiciones generales de la sociedad conyugal.

En las capitulaciones matrimoniales se hará una lista detallada de los bienes muebles e inmuebles que cada cónyuge aporte a la sociedad, expresando su valor y en su caso el gravamen que reporten, así como de las deudas que tenga cada uno de los cónyuges al celebrar el matrimonio, expresando si la sociedad responderá de ellas.

También debe expresarse, si la sociedad conyugal será total o parcial, es decir, si comprenderá todos los bienes de cada consorte o solo parte de ellos, así como sus productos. Aquí cabe la posibilidad de establecer un régimen mixto o parcial en relación a los bienes de los cónyuges.

Además, deberá mencionarse quien administrará la sociedad y las facultades que para ello se le conceden, este régimen establece una comunidad entre los consortes sobre la totalidad de los bienes de ambos, es decir, el dominio reside en ambos y asimismo uno y otro intervienen en la administración o disposición de los bienes patrimoniales, aunque también es posible determinar, quien de los dos los administrará.

Del mismo modo, el Código Civil establece diferentes formas de concluir la sociedad conyugal, las cuales refiero enseguida:

a.- Por la disolución del matrimonio, al darse por terminado el matrimonio indiscutiblemente termina la sociedad conyugal, ya que se concluye con la relación jurídica existente entre los cónyuges.

b.- Por voluntad de los consortes. Es posible concluir con la sociedad conyugal a petición de ambos consortes aún cuando subsista el matrimonio, para lo cual es necesario que se lleve a cabo un procedimiento ante un tribunal competente para dar por terminada la sociedad conyugal, en cuyo caso, puede optarse por el régimen de separación de bienes o por un régimen de sociedad parcial o mixto.

c.- Por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente, es decir, el Juez declarará la presunción de muerte, transcurridos seis años desde la declaración de ausencia a instancia de la parte interesada.

A petición de uno de los cónyuges, de acuerdo a los casos que prevee el artículo 188 del citado Código y que a continuación menciono:

1.- Por la notoria negligencia en la administración por parte de uno de los cónyuges con la amenaza de arruinar al otro o disminuir considerablemente los bienes comunes.

2.- Cuando uno de los cónyuges sin el consentimiento expreso del otro, cede los bienes de la sociedad conyugal a sus acreedores.

3.- Si alguno de los cónyuges es declarado en quiebra o concurso.

4.- Por cualquier otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.

No se establece un término para modificar el régimen de la sociedad conyugal, por lo que ésta podrá hacerse en cualquier momento, siempre y cuando se cumpla con el requisito mencionado de llevar un procedimiento legal.

b).- Separación de bienes.

El régimen de separación de bienes quedará constituido, si en las capitulaciones matrimoniales se ha pactado que cada uno de los consortes conserve la propiedad y administración de los bienes que les pertenecen, conservando el dominio, el goce y disfrute de sus propios bienes, así como de los frutos y acciones de dichos bienes.

También puede darse por convenio entre los consortes, durante el matrimonio o por sentencia judicial, y puede comprender los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio y los que adquieran después de celebrado. Lo que no los exime en ningún caso de la obligación de prestarse asistencia y ayuda recíproca, ya que éste es uno de los fines básicos del matrimonio.

De acuerdo al código civil vigente, la separación de bienes puede ser absoluta o parcial, es decir, puede comprender la totalidad de los bienes de los cónyuges o sólo una parte, también es llamado régimen mixto. No requiere que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes, antes de la celebración del matrimonio, pero sí es necesario que dichas capitulaciones contengan un inventario de los bienes de que sea dueño cada contrayente al celebrarse el matrimonio, especificando las deudas que tenga cada consorte al casarse.

Del mismo modo dicho código Civil vigente, establece que la separación de bienes puede terminar o ser modificada durante el matrimonio, si así lo convienen los cónyuges.

Es necesario comentar, que en la realidad no se formalizan las capitulaciones matrimoniales, al celebrarse el matrimonio, únicamente se pregunta a los cónyuges bajo qué régimen se realizará, lo cual conlleva grandes problemas en caso de divorcio, dado que no se establecieron claramente las bases que regirán

la sociedad conyugal si los consortes eligieron dicho régimen. Generalmente es una de las situaciones que implica verdaderos conflictos entre los consortes en un divorcio necesario, ya que se da una verdadera contienda por cuestiones económicas, y no solamente en el divorcio si no en la vida en común de un matrimonio suelen darse fricciones y conflictos por cuestiones materiales.

II.-Divorcio.

“El término divorcio proviene se deriva de la palabra latina *divortium*, y del verbo *divertere* que significa irse cada uno por su lado.”¹⁰

Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial o administrativa, a través de un procedimiento señalado por la ley.

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, decretada por una autoridad competente.

Se decreta el divorcio, cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que los esposos continúen unidos en matrimonio, ya sea por que existe algún hecho considerado en la ley como causa de divorcio o por que los consortes están de acuerdo en hacer cesar su vida en común, aunque cabe aclarar que por lo general existe detrás de ese acuerdo una causa que impide la comunidad de vida entre los consortes.

Es importante comentar los antecedentes históricos del divorcio. “El divorcio surgió al mismo tiempo en que el Derecho intervino, para organizar jurídicamente el matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexo obligatorio ente el varón y la mujer que deciden hacer vida en común. Apareció en una forma primitiva, como un derecho concedido al varón, de repudiar a la mujer en ciertos casos, por causa

¹⁰ Sánchez Márquez. ob. Cit p, 358

de adulterio de la esposa y también, con menor frecuencia, se aceptaba el ejercicio del derecho de repudiar, fundado en la esterilidad de la mujer".¹¹

Posiblemente el repudium fue la forma más antigua de divorcio, observamos que se manifestaba la voluntad del marido de separarse quizá con mayor frecuencia que la mujer , aunque también ella llegaba a manifestar su voluntad de separarse, no obstante lo hacía con menor frecuencia que el hombre, esta manifestación de voluntad generaba que dejara de producir efectos entre los consortes la voluntad declarada en la ceremonia nupcial.

El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial. " Desde el origen de Roma la institución del divorcio fue admitida y reglamentada legalmente, a pesar de que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto. Era considerado de dos formas distintas:

a).- Bona gratia (lo que hoy conocemos como divorcio voluntario)

Los jurisconsultos romanos fundaron esta institución en el siguiente razonamiento: el mutuo disenso disuelve lo que el consentimiento había unido, no se requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el solo acto de voluntad.

b).- Repudium (Actualmente Divorcio necesario)

Podía se intentado por uno solo de los cónyuges, aún sin expresión de causa" ¹²

Los Romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la affectio maritalis había desaparecido. Para ellos era muy importante que el matrimonio estuviera basado en el afecto que se tenían ambos cónyuges, quizá por ello se admitía el divorcio.

En 1791 se dictó en Francia una Constitución que consideraba al matrimonio como un contrato civil y en 1792 se sancionó una ley admitiendo el divorcio absoluto por mutuo consentimiento y aun contra la voluntad de los cónyuges por incompatibilidad de caracteres.

¹¹ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit p.578

¹² Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p.357

En los códigos civiles de 1870 y 1884 en México, no se aceptaba el divorcio vincular, solo permitían el divorcio por separación de cuerpos, lo que implicaba que no disolvía el vínculo matrimonial, por lo tanto subsistían todas las obligaciones y cargas del matrimonio y suprimía la vida en familia, ya que eximía judicialmente a los esposos de la obligación de vivir juntos, es decir, permanecían casados pero vivían separados, el divorcio se reducía a una simple separación de habitación, lo que en muchas ocasiones terminaba en uniones ilegítimas, esto último es quizá la razón por la cual posteriormente se permite el divorcio vincular.

En la Ley sobre relaciones familiares expedida por Venustiano Carranza en 1917, se establece que el matrimonio si es un vínculo disoluble y que por lo tanto, permitía a los divorciados celebrar nuevas nupcias, es decir, ya se permite el divorcio vincular.

Actualmente el Código Civil vigente para el Distrito Federal establece en su artículo 266 "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en disposición de contraer otro".

Observamos que hoy por hoy, se permite el divorcio vincular por lo que cada cónyuge se encuentra en la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio si así lo desea. El divorcio en dicho código se clasifica en voluntario y necesario

Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges y se llevará a cabo en forma administrativa o judicial, conforme a las circunstancias del matrimonio.

Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 del propio Código.

III.- Procedimiento de Divorcio por mutuo consentimiento.

1.- Su origen

Quizá el antecedente más antiguo del divorcio lo encontramos en Mesopotamia, ya que el Código de Hammurabi establecía la posibilidad de repudio por parte del esposo bajo ciertas circunstancias. Aunque únicamente se manifestaba la voluntad del cónyuge y no de ambos de disolver el vínculo matrimonial, este podría considerarse el primer antecedente legal del divorcio, dado que dicha voluntad debía manifestarse públicamente.

En el Derecho Romano, también encontramos la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, no se exigían justificación a los esposos de los motivos que los condujeran a separarse, la ley no había determinado ni limitado las causas del rompimiento, pero el divorcio se hizo cada vez más frecuente por lo que a partir de Constantino los emperadores cristianos inician la lucha contra la facilidad del divorcio, pero no atacan a ésta cuando se efectúa por mutuo consentimiento, si no cuando se trata del repudium, es decir, cuando uno de los cónyuges decide divorciarse.

“Cuando Justiniano sube al trono, se encuentra con cuatro clases de divorcios, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial:

- a).-Por mutuo consentimiento,
- b).-Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley,
- c).-Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, en cuyo caso da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio,
- d).-Bona Gratia, el cual se fundaba en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio.

Justiniano aporta nuevas restricciones a esta materia, castigando el divorcio por mutuo consentimiento, posteriormente su sucesor deroga las normas correspondientes".¹³

Durante el cristianismo el divorcio fue condenado en términos generales. De hecho la iglesia católica ha sostenido la indisolubilidad del matrimonio, en el Concilio de Trento se ratificó el carácter sacramental del matrimonio como lo establece también el Código de Derecho Canónico de 1917.

En dicho código se establece como fin primario del matrimonio la procreación y educación de la prole y como fin secundario la ayuda mutua y la satisfacción moralmente ordenada del apetito sexual. Asimismo establece como propiedades del matrimonio la unidad y la indisolubilidad, ésta última ha sido consagrada como el ideal del matrimonio proclamando el principio: Quod deus conjuxit homo non separent, lo que dios une, el hombre no lo separe.

A diferencia del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que establece como fin primario del matrimonio una comunidad de vida, en donde ambos cónyuges deben procurarse respeto, igualdad y ayuda mutua y como fin secundario la posibilidad de procrear hijos, así como la posibilidad de divorcio, esto no se admite en el derecho canónico.

Aunque cabe mencionar que en algún tiempo la iglesia permitió el divorcio por adulterio según lo comenta Rojina Villegas " Hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio podía disolverse el matrimonio..."¹⁴ Pero San Lucas y San Marcos llevan a cabo una interpretación en sentido contrario señalando que ni aún por adulterio podía disolverse el matrimonio.

¹³ Floris Margadant , Guillermo, ob.cit. p.212

¹⁴ Rojina Villegas. Ob.cit. p. 371

“En realidad no fue si no hasta el siglo XIII como ya quedó debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir, el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal, no podía disolverse, ni aún por adulterio”¹⁵

Sin embargo, encontramos conforme a lo que establece Rene Metz-Jean “en una evolución de la nulidad canónica como causas de nulidad, el defecto de consentimiento o de forma canónica en el contrato matrimonial”¹⁶

Si bien es cierto, no se acepta el divorcio, sí se da la nulidad de matrimonio por defecto de consentimiento, lo cual indica que también debe haber un consentimiento para la realización de dicho sacramento.

En el derecho germánico antiguo, el divorcio podía tener lugar por medio de un convenio entre el marido y los parientes de la mujer, posteriormente el vínculo podía disolverse celebrando entre los dos esposos ese convenio.

En Francia la Ley sobre el divorcio del 20 de septiembre de 1792 reconoció la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por numerosas causas, entre ellas, se aceptaba la incompatibilidad de caracteres

En México la Ley de relaciones Familiares de 1917 instituye el divorcio por mutuo consentimiento, pero exigía que fuese decretado por una autoridad judicial competente y que solo podía solicitarse pasado un año de la celebración del matrimonio, incluso establece un procedimiento administrativo, sin intervención de la autoridad judicial, autorizando al juez del Registro Civil para llevar a cabo dicho procedimiento. El Código Civil para el Distrito Federal, establece en su artículo 266 que el divorcio es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio.

¹⁵ Idem

¹⁶ Citado por Sánchez Márquez, Rafael. Ob. Cit. p.304

Asimismo, establece en su artículo 273 que procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges, que no se encuentren en el caso previsto en el artículo 272 (divorcio administrativo) y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá cumplir con ciertos requisitos establecidos en el mismo artículo y de los cuales haré mención posteriormente.

2.- Junta de Avenencia.

Avenir, del latín advenire, llegar. Concordear, ponerse de acuerdo, hallarse en armonía o conformidad.¹⁷

El artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que una vez hecha la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta denominada de avenencia, en la que se identificarán plenamente ante el Juez, en la cual los alentará para intentar su reconciliación, es decir, procurará restablecer entre ellos la concordia y buscará al mismo tiempo cerciorarse de la completa libertad de ambos para divorciarse.

En dicha junta el Juez verificará que existe la voluntad de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial que los une, aunque también y dado que la familia es una institución, buscará la posibilidad de que ambos cónyuges lleguen a un acuerdo e intenten arreglar sus diferencias a fin de evitar el divorcio o contemplar éste como último recurso.

La junta de avenencia debe celebrarse después de los ocho y antes de los quince días de presentada la solicitud de divorcio.

¹⁷ Diccionario enciclopédico Larousse. vol. I, Planeta Internacional, Barcelona, 1992, p.241

Sin embargo en la práctica la segunda junta de avenencia se celebra dos o hasta tres meses después de celebrada la primera, ya que la carga de trabajo de los tribunales no les permite llevarlas a cabo antes de ese tiempo como lo señala el Código de Procedimiento Civiles, es decir dentro de los quince días siguientes.

3.- Acuerdo de voluntades: Convenio

En el divorcio por mutuo consentimiento no se plantea disputa alguna sobre las causas que dan origen a la ruptura del vínculo matrimonial, no existe un litigio propiamente dicho, no hay una causal que dé origen al divorcio, por lo que ambos cónyuges exponen que han convenido en divorciarse, precisamente manifiestan su voluntad y deben acudir ante el tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del Código Civil.

Dicho convenio pretende establecer las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la separación de los cónyuges, respecto de los hijos y de los bienes, se pretende que los menores tengan asegurada la habitación, la alimentación, la educación y que se garantice la manera de atender sus necesidades por lo que en el mismo se establecerá el monto o porcentaje de la pensión alimenticia que recibirá el cónyuge acreedor que tenga la guarda y custodia de los menores. Así como el derecho de visitas del progenitor que no tenga la guarda y custodia de dichos menores.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece las bases sobre las cuales debe realizarse dicho convenio, a fin de asegurar el bienestar tanto de los cónyuges como de los menores en el caso de que los hubiera, asegurándose en todo caso de que no existe un litigio. Más adelante trataré ampliamente sobre el convenio y los requisitos del mismo.

IV.- Principios Procesales.

Del latín princeps, primero y principal; origen, fundamento.¹⁸ Se denomina así a las directivas y orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal, criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diferentes sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal. Tienen las siguientes funciones:

- 1.- Permiten determinar cuáles son las características más importantes del derecho procesal en un lugar determinado.
 - 2.- Contribuyen a dirigir la actividad procesal, ya sea proporcionando criterios para la interpretación de la ley procesal o auxiliando en la integración de la misma.
- Los principios procesales son producto de una larga evolución histórica y cada uno de ellos tiene su justificación en la propia experiencia procesal.

1.-Economía procesal.

Este principio puede referirse al tiempo o al dinero. En cuanto al tiempo para obtenerlo, implica simplificar y disminuir los actos procesales y acortar los plazos.

Cuando los procesos se hacen demasiado largos, específicamente en el caso del divorcio, los cónyuges dejan de darle el impulso procesal necesario para concluir el procedimiento, en muchos casos por falta de tiempo, terminando en matrimonios separados de hecho, pero sin que se haya definido su situación legal, y en muchas ocasiones se tiene una nueva pareja sin haber concluido el trámite de divorcio, ya sea voluntario o necesario, estas situaciones se viven con bastante frecuencia en nuestro país.

¹⁸Diccionarios Jurídicos Temáticos, Vol. 4, Derecho Procesal, Colegio de Profesores de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, UNAM, Harla, México, 1997, p.158

Evitar situaciones así es importante ya que posteriormente surgen problemas legales no sólo para los cónyuges si no también para los hijos

El principio de economía procesal atiende a la abreviación y simplificación del proceso. "Establece que se debe tratar de lograr los mayores resultados posibles, con el menor empleo posible de actividades, recursos y tiempos, exige entre otras cosas, que se simplifiquen los procedimientos"¹⁹ Se deben disminuir los actos procesales y acortar los plazos para la realización de éstos.

Según Chiovenda el principio de economía procesal implica la conveniencia de "obtener el máximo resultado en el proceso con el menor empleo posible de la actividad jurisdiccional"²⁰

Cabe hacer la distinción entre proceso y procedimiento.

"El proceso es la solución heterocompositiva, es decir, la solución imparcial, a cargo de un órgano de autoridad del Estado, el juzgador, que interviene a instancia de una de las partes y cuya autoridad deriva del imperio del propio Estado y de la fuerza de la ley".²¹

El proceso es un medio para resolver una controversia a instancia de las partes involucradas en la misma y, en el cual interviene un órgano del Estado para darle una solución a dicha controversia, implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial, al conflicto.

Para que intervenga el órgano jurisdiccional del Estado, no es necesario que las partes hayan acordado previamente someterse a dicho órgano. Existe un litigio, o una controversia de intereses en la que una parte intenta someter el interés ajeno al propio y la otra parte se opone, por lo que ambas partes estarán obligadas a

¹⁹ Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso , Harla, México, 1991, p.191

²⁰ Citado por Gómez Lara, Cipriano. Teoría general del proceso, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1987, p. 341

²¹ Ovalle Favela, José. Ob.cit. p.26

cumplir las resoluciones del órgano jurisdiccional y su pronunciamiento, que recibe el nombre de sentencia, la cual es obligatoria y posee fuerza ejecutiva por sí misma.

Por otro lado, el procedimiento dice Alcalá-Zamora y Castillo: "En una acepción rigurosa cabe entender, en líneas generales, la mera coordinación de actos procesales en marcha hacia un determinado objetivo... Si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso... El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo."²²

El procedimiento, etimológicamente indica la idea de una marcha a seguir, *procedere*, avanzar, por lo tanto, es la sucesión ordenada de ciertas actividades relacionadas y encaminadas a un mismo fin, supone una serie de actos cuyo conjunto forma la instancia o proceso, el procedimiento puede ser parte de un proceso.

En el caso del divorcio por mutuo consentimiento estamos frente a un procedimiento ya que implica realizar una serie de actos para llegar a un fin; que en este caso es la disolución del vínculo matrimonial, pero que implica la actuación de un representante del Estado aún cuando no exista un litigio, por lo que son aplicables ciertos principios procesales para la resolución del mismo.

Estrechamente relacionado con el principio de economía procesal, podemos hablar del principio de celeridad, el cuál busca la anormal duración del proceso, e intenta reducirlo al mínimo posible, lo que no debe traducirse en mengua del derecho de defensa de las garantías. Se busca una disminución de incidentes y recursos que alarguen el procedimiento. La celeridad no requiere ninguna norma

²² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Cuestiones de terminología procesal, UNAM, México, 1972, P.137

expresa, podemos decir que se basa en el principio de justicia expedita que establece la propia Constitución en su artículo 17 y del cuál haré mención más adelante.

a).- Unidad.

“La idea unitaria de lo procesal está estrechamente vinculada con la denominación de esta disciplina, es decir, con la teoría general del proceso. Puede inclusive afirmarse que unidad procesal y teoría general del proceso, son conceptos autoimplicativos.”²³

Desde el momento que se establece la existencia de una teoría general del proceso, implica que existe una unidad procesal, es decir, el proceso es uno solo, aunque existe diversidad en los contenidos pero no en el proceso mismo, por lo que el proceso puede ser civil, penal, administrativo, etc.

Esto deriva, en que los principios generales son aplicables a todas las ramas procesales, precisamente es la teoría general del proceso.

Existen dos posiciones respecto a la unidad procesal a saber:

a).- De la unidad procesal.

b).- Separatista.

Cipriano Gómez Lara cuya posición es a favor de la unidad procesal, establece tres enfoques o puntos de vista:

1º.- Unidad en lo académico o doctrinal. Subraya que existe unidad de procesos más no identidad en los mismos. Para ello señala que todo proceso deriva de un tronco común que es la teoría general del proceso.

2º.- Unidad en lo legislativo o en la codificación. Al respecto señala que atendiendo al desenvolvimiento histórico de la legislación procesal, podría darse la posibilidad de funcionamiento eficaz de sistemas de legislación unitaria procesal

²³ Gómez Lara, Cipriano. Ob. Cit. p. 45

3º.- Unidad en lo jurisdiccional o en la función judicial. Señala que es posible, más no recomendable, dada la necesidad de división del trabajo jurisdiccional de Estado.²⁴

Formula seis puntos fundamentales de la unidad de lo procesal.

- 1.- El contenido de todo proceso es un litigio
- 2.- La finalidad de todo proceso es la de solucionar el conflicto o dirimir el litigio o controversia.
- 3.- En todo proceso existen siempre un juez o tribunal y dos partes supeditadas al mismo, que tienen intereses contrapuestos entre sí.
- 4.- Todo proceso presupone la existencia de una organización de tribunales con jerarquías y competencias.
- 5.- En todo proceso existe una secuencia u orden de etapas.
- 6.- En todo proceso existe un principio general de impugnación.²⁵

Considerando que debe haber una unidad en los procesos y aclarando que todo proceso incluye un procedimiento, en el caso del divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, hablamos de un procedimiento, y aún cuando no existe un litigio propiamente dicho, existe una finalidad, que en este caso, es disolver el vínculo matrimonial.

Existe además un juez o tribunal, al cual están supeditados los cónyuges para dar por terminado el vínculo matrimonial que los une, por lo que también están sujetos a la competencia de un juez, en tal caso, de lo familiar, que es quien debe conocer de dicho procedimiento.

Además existen para el mencionado procedimiento, medios de impugnación para combatir la resolución de dicho juez o tribunal.

²⁴ Cfr. *Ibidem* p. 39 y sig.

²⁵ *Idem*.

Por lo anterior considero deben aplicarse al procedimiento de divorcio voluntario los principios procesales mencionados en este capítulo.

b).- Uniinstancialidad

El principio de uniinstancialidad deriva del principio de justicia expedita, ya que se pretende que el procedimiento sea lo más breve posible, apoyado en la idea de que al no haber una solución viable para los conflictos entre la pareja y determinándose el divorcio voluntario como única solución en muchos de los casos, se logre un beneficio para los menores, dado que la existencia de conflictos en un núcleo como es la familia, genera a corto o largo plazo conflictos en los menores.

Además se busca que se lleve a cabo en el menor tiempo posible, es decir, en una sola instancia como ideal para economizar tiempo y actuaciones procesales, sin embargo no deja de contemplarse la posibilidad de que existan recursos de apelación, para el caso de que hubiera inconformidad en cuanto a la sentencia por parte de alguno de los cónyuges, aclarando que, aún cuando la misma fue dictada en base a la voluntad que manifestaron ambos consortes, puede darse el caso de que no se esté de acuerdo con la resolución dictada por el Juez.

En realidad lo que se busca es la reducción no la supresión de recursos.

2.- Eficacia Procesal

Este principio también se encuentra estrechamente ligado con el principio de uniinstancialidad, justicia expedita y el principio de concentración, se busca que las actuaciones procesales efectivamente conduzcan al resultado que ambos consortes desean, es decir que no haya actos que entorpezcan el procedimiento, que las actuaciones sean efectivas para lograr el objetivo que se han planteado ambos cónyuges, el cual consiste en disolver el vínculo matrimonial.

3.- Justicia Expedita

El artículo 17 Constitucional establece en su segundo párrafo que "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..."

El motivo de esta tesis es precisamente que se disminuyan los tiempos en los que se lleva a cabo el procedimiento de divorcio voluntario, ya que en la práctica no se proporciona una justicia expedita, dada la carga de trabajo que tienen los tribunales, además de que se dé valor a la manifestación de voluntad por parte de los cónyuges, al expresar su consentimiento para disolver el vínculo matrimonial, por lo que sí es importante considerar que dicho procedimiento se reduzca a una sola junta de avenencia.

4.- Oportunidad Procesal.

El proceso puede ser movido por razones de oportunidad, dejada su estimación al albedrío de las partes, por existir otros medios de resolver los conflictos que no sea el judicial, entre ellas la autocomposición, el arbitraje y actualmente existe ya la mediación familiar a través del Centro de Justicia Alternativa.

Es decir se deja su cálculo a una o varias personas particulares en conflictos tales que su solución pudiera alcanzarse por vías no procesales.

Es importante no confundir la disponibilidad del proceso, vista como posibilidad de no acudir a él y la disponibilidad de ciertas actuaciones procesales considerada como la posibilidad de las partes, en el proceso. de actuar utilizando mecanismos legales y acudiendo al principio de autonomía de la voluntad.

La oportunidad es una situación de hecho en las que coinciden el acto y las necesidades o interés, en este caso de los cónyuges, no es un elemento del mismo, si no más bien es una decisión que debe tomar para dar una solución al

conflicto, aunque en el caso concreto del divorcio voluntario no existe propiamente un conflicto, es decir no hay un litigio, sin embargo si es aplicable dicho principio al procedimiento mencionado dado que la idea es precisamente la reducción de tiempos a fin de darle celeridad al mismo.

5.- Concentración.

“Se denomina principio de concentración a aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos”²⁶

Este principio procesal también atiende a la reducción del tiempo en el procedimiento mencionado.

Dada la dinámica social en la que nos encontramos inmersos, en la cual el tiempo es de vital importancia, resulta necesario recurrir a éste principio procesal para lograr además la justicia expedita que menciona el artículo 17 Constitucional.

Es importante considerar la aplicación de los principios mencionados aún cuando no se trate de un proceso por que no existe un litigio, si es necesaria la intervención de un representante Estatal para que pueda considerarse válido el procedimiento de divorcio voluntario, así mismo conlleva pérdida de tiempo y por lo que mencioné anteriormente. es trascendental que se le dé el impulso procesal que requiere, aun en el divorcio voluntario es necesario dicho impulso para que el procedimiento llegue a su fin, es decir, a la disolución del vínculo matrimonial.

Por otro lado es importante que, así como se toma en cuenta la voluntad de las personas para llevar a cabo el matrimonio, de la misma manera debería considerarse para los efectos de disolver el vínculo conyugal ya que si se

²⁶ Couture, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil, IB de F, Buenos Aires, 2002, p. 163.

manifiesta una voluntad ante un funcionario público, tanto para contraer matrimonio como para disolverlo, por supuesto sin dejar de tomar en cuenta los intereses de los menores si los hubiera, si es trascendental que se le de la importancia a la voluntad manifestada por los cónyuges en el sentido de terminar con el vínculo jurídico que los une.

CAPÍTULO II

TIPOS DE DIVORCIO

I.- DIVORCIO ADMINISTRATIVO

Este tipo de divorcio se funda en el mutuo consentimiento de los consortes, el Código Civil vigente en el Distrito Federal adopta el mismo sistema que la ley de Relaciones familiares, la cual estableció por primera vez en México la disolución del matrimonio mediante resolución judicial a instancia de ambos cónyuges que declaran su voluntad de querer divorciarse.

Es un procedimiento excesivamente breve, sumario por llamarlo de alguna manera. La introducción del divorcio administrativo en el Código Civil, facilita la disolución del matrimonio por mutuo asenso, ya que llenándose ciertas formalidades se disuelve el vínculo matrimonial, permitiendo a los divorciados, celebrar nuevas nupcias.

1.- Requisitos de procedibilidad

El artículo 266 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, establece que el divorcio es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Asimismo, el artículo 272 del mismo Código establece los requisitos necesarios para llevar a cabo dicho divorcio administrativo, los cuales enumeraré enseguida.

1.- Es preciso que haya transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio; no existe la posibilidad de tramitar este procedimiento sin este primer requisito ya que por lo menos debe haber existido un año de diferencia entre la fecha en que se contrajo el matrimonio y la fecha de presentación de la solicitud de divorcio, aun cuando el Código Civil vigente no establece una causa o motivo.

2.- También es ineludible que ambos cónyuges convengan en divorciarse, como ya mencioné que éste procedimiento se funda en el mutuo acuerdo de los consortes, por lo que debe haber un convenio para llevar a cabo el procedimiento mencionado.

3.- Los cónyuges deben ser mayores de edad, lo que implica que no es necesario contar con una autorización de padres o tutores para realizar el citado procedimiento. Para el caso de que los cónyuges fueran menores de edad no podrá llevarse a cabo el procedimiento por la vía administrativa, si no por la vía judicial, ya que el mismo artículo 272 del mencionado código establece que si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

4.- Igualmente debe haberse liquidado la sociedad conyugal de bienes, en el caso de que bajo ese régimen patrimonial se haya celebrado el matrimonio, dicha liquidación debe ser acreditado por un documento expedido por un fedatario público, pero, si el matrimonio fue celebrado bajo el régimen de separación de bienes, es necesario acreditar dicha circunstancia ante el Juez (Oficial) del Registro Civil, lo cual puede hacerse mediante copia certificada del acta de matrimonio, pues en la misma se puntualiza cual es el régimen bajo el que se contrajo el mismo.

5.- La cónyuge no debe estar embarazada, ya que en caso contrario implicaría no un procedimiento de divorcio administrativo, si no un procedimiento de divorcio voluntario cuya gestión se realiza ante un Juez de lo familiar, en el cual se debe establecer un convenio sobre la situación del menor no nacido, además de que se confirma la paternidad y se establece una pensión para cubrir las necesidades alimentarias del mismo que deben proporcionarse por los padres.

6.- No deben tener hijos en común o, en caso de ser así deben ser mayores de edad o no requerir alimentos, tampoco debe necesitarlos ninguno de los cónyuges, es decir, es indispensable que no existan acreedores alimentarios, de ser así dicho trámite deberá substanciarse judicialmente, para ello el Código Civil vigente para el Distrito Federal establece en su artículo 164 que en el caso de que alguno de los cónyuges se encuentre imposibilitado para trabajar el otro atenderá sus necesidades alimentarias, por lo que no podría llevarse a cabo el divorcio administrativo al no cubrir en su totalidad los requisitos que establece el propio Código.

2.- Órgano que conoce

El divorcio por mutuo consentimiento, en la vía administrativa, se seguirá ante el Juez (Oficial) del registro Civil del domicilio de los cónyuges, ante el cuál deberán acudir personalmente, sin embargo, cuando los cónyuges no puedan hacerlo podrán ser representados por un mandatario expreso para el acto, autorizado ante Notario Público.

A lo largo del primer capítulo y parte del segundo he mencionado al titular del Registro Civil como Juez y como Oficial, ya que el código Civil y el Reglamento del Registro Civil otorgan a dicho funcionario la calidad de Juez, sin embargo las funciones que el mismo realiza no se adecuan totalmente al concepto del mismo, es decir, no cumple con las funciones que para el mismo se establecen.

Así podemos mencionar el concepto de Juez.

“Juez, persona que tiene a su cargo la aplicación de las leyes, teniendo autoridad y potestad para juzgar y sentenciar”²⁷

“Juez, sujeto que ocupa el vértice superior del triángulo procesal (Juez – actor – reo) y que tiene por función primordial la justa composición del litigio, es decir, la

²⁷ Diccionario Enciclopédico Larousse, ob. Cit, p. 1321

función que cumple cualquier juez superior o inferior al realizar la tarea jurisdiccional."²⁸

Aquí es importante señalar que el concepto de jurisdicción junto con los de acción y proceso son conceptos fundamentales del Derecho Procesal y se puede definir a la jurisdicción como una función soberana del Estado que se realiza a través de una sucesión de actos orientados a la solución de una controversia o litigio.

"Litigio, el sabio jurista mexicano Medina Lima proporciona estos datos: sustantivo que proviene de las voces latinas *lis* *litis* y más concretamente equivale a *litigium* y a *lite* en italiano, que significa disputa o alteración en juicio".²⁹

Por otro lado el artículo primero del Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, establece que el Registro Civil es la institución que tiene como finalidad conocer, autorizar, inscribir, resguardar y dar constancia de los hechos y actos del estado civil de las personas, que dispone el Código Civil para el Distrito Federal.

Así mismo el artículo 5º del Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal establece que el Registro Civil tiene a su cargo, por conducto de los Jueces, el desempeño de la función registral del estado civil de las personas, en términos de los dispuesto por el Código Civil y demás disposiciones jurídicas aplicables.

Podemos apreciar que los Jueces (Oficiales) del Registro Civil no tienen funciones jurisdiccionales. El artículo 16 del mismo Reglamento establece las atribuciones y funciones de los Jueces del Registro Civil.

Artículo 16.- Corresponde a los Jueces, desempeñar las funciones públicas del Registro Civil a que se refiere el artículo 35 del Código Civil para el Distrito Federal, así como realizar funciones de dirección, organización, coordinación e inspección en el Juzgado a su cargo, como consecuencia del ejercicio de sus atribuciones legales, que de manera permanente y general le confieren la

²⁸Diccionario Jurídico. Ob.cit. p. 113

²⁹ Ibidem. p.120

representatividad e implican poder de decisión en el ejercicio del mando y dentro del perímetro de la Delegación en la cual se encuentre adscrito.

Específicamente cuentan con las atribuciones siguientes:

I.- Autorizar con firma autógrafa las actas del estado civil de los mexicanos y extranjeros residentes en el Distrito Federal;

II.- Proporcionar información al público en general, respecto de los actos del estado civil, cuando así se solicite;

III.- Coordinar y supervisar las funciones del personal a su cargo, de conformidad con la normatividad aplicable;

IV.- Autorizar la inscripción de las resoluciones judiciales incidentales, provisionales o definitivas relativas a la separación de cuerpos; a la pérdida de patria potestad o tutela; otorgamiento, cesación, incremento o disminución de alimentos; celebración de convenios que regulen régimen de visitas; y, las que determinen los órganos jurisdiccionales competentes en materia del estado civil;

V.- Autorizar la inscripción de las resoluciones jurisdiccionales que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido la capacidad legal para administrar bienes, así como la inscripción de anotaciones derivadas de instrumentos notariales o cualquier otra resolución que anule, revoque o modifique el estado civil, siempre y cuando se cumplan las formalidades exigidas por los ordenamientos jurídicos aplicables;

VI.- Expedir copias certificadas de las actas del estado civil, o constancias parciales que contengan extractos de las actas registrales, en un término máximo de tres días hábiles. Asimismo, expedir copias de los apuntes y los documentos relacionados con las actas del registro civil debidamente compulsados, excepto de los documentos de carácter jurisdiccional, de los cuales únicamente podrá expedirse copia certificada por mandamiento judicial:

La emisión de copias certificadas o extractos de registros que obren en juzgados diferentes a aquel en que se emitan, será responsabilidad exclusiva del juez certificador.

Las copias podrán certificarse por medio de firma autógrafa o electrónica conforme al procedimiento que establezca el Titular de acuerdo a los avances tecnológicos;

VII.- Expedir las constancias de inexistencia relativas a registro de nacimiento, registro de matrimonio, así como de extemporaneidad;

VIII.- Custodiar los sellos oficiales del Juzgado;

IX.- Resguardar y disponer del papel seguridad en el que se expiden las copias certificadas de las actas del estado civil de las personas;

X.- Efectuar las anotaciones que establece el Código Civil y remitirlas a los archivos respectivos, de conformidad con las normas jurídicas correspondientes;

XI.- Cuidar que las Formas en que se asientan los hechos y actos del estado civil no lleven raspaduras, enmendaduras o tachaduras, procediendo en estos casos a testarlas y levantar inmediatamente otra acta con el número consecutivo correspondiente;

XII.- Administrar el archivo del Juzgado a su cargo, así como tener actualizados los índices y catálogo de las actas del estado civil de las personas, procurando su incorporación a los sistemas que los contengan y que al avance tecnológico pudiera ofrecer;

XIII.- Remitir, en términos de la legislación aplicable, la información que en materia registral del estado civil requieran las Instituciones correspondientes, haciéndolo del conocimiento del Titular;

XIV.- Responder las peticiones que se le formulen inherentes a sus funciones y atribuciones;

XV.- Rendir al Titular, informe de actividades efectuadas en el Juzgado a su cargo, así como de los Módulos Registrales que estén bajo su adscripción, en los cinco primeros días hábiles de cada mes, enviando copia del mismo a las autoridades correspondientes;

XVI.- Remitir al Titular, en los cinco primeros días hábiles de cada mes, un informe por escrito de los folios que fueron testados;

XVII.- Remitir en el transcurso del primer mes del año, un ejemplar de las actas del estado civil de las personas del año inmediato anterior al archivo de la Dirección, otro al Archivo Judicial y el otro, con los documentos que le correspondan, quedará en el archivo del Juzgado en que se haya actuado;

XVIII.- Notificar con oportunidad al titular, de sus faltas temporales o definitivas, a efecto de que se designe la suplencia correspondiente;

XIX.- Solicitar a la Delegación en que se encuentre adscrito, el requerimiento de recursos humanos y materiales para el buen funcionamiento del Juzgado, notificando por escrito al Titular;

XX.- Facilitar la práctica de las supervisiones que señala el presente ordenamiento;

XXI.- Coordinar y supervisar el cumplimiento de las guardias que realice el personal del Juzgado y Módulos Registrales de su adscripción, relativos a los trámites de Actas de Defunción los sábados, domingos y días festivos con un horario de ocho a veinte horas;

XXII.- Formular la denuncia respectiva ante la autoridad competente, cuando se presenten dudas fundadas sobre la autenticidad de algún documento del estado civil exhibido ante su Juzgado, debiendo en todo caso, notificar por escrito de dicha actuación al titular;

XXIII.- Acordar con el Titular, respecto de los asuntos de su competencia;

XXIV.- Realizar jornadas jurídico-informativas del estado civil de las personas residentes en la Delegación en donde se encuentre adscrito el Juzgado a su cargo;

XXV.- Comunicar a la Secretaría de Gobernación los cambios que modifiquen el estado civil de los extranjeros dentro de los cinco días hábiles siguientes de los hechos que se declaren y actos que se realicen;

XXVI.- Desempeñar sus funciones dentro del perímetro territorial de la Delegación en la cual se encuentre adscrito el Juzgado a su cargo, siempre y cuando se encuentren debidamente acreditados los pagos de derechos correspondientes,

cuando el hecho o acto sea a domicilio. En tal caso serán hábiles todos los días y horas, Y

XXVII.- Las demás que les confiere el Reglamento y otras disposiciones jurídicas aplicables³⁰

De las funciones o atribuciones específicas de los jueces del registro civil relacionadas con el matrimonio y divorcio, este artículo señala que podrán autorizar con firma autógrafa las actas del estado civil de los mexicanos, esta función deriva de las atribuciones del Titular (Director General del Registro Civil del Distrito Federal) establecidas en la fracción IX, XIV, y XV del artículo 12 y de la fracción XV del artículo 13 del mismo reglamento mencionado que establecen respectivamente:

Artículo 12.- Corresponde al titular:

IX.-Autorizar la inscripción de las anotaciones que modifiquen, rectifiquen, aclaren, complementen, revoquen o anulen el contenido de las actas del estado civil de las personas, procurando su incorporación a aquellos medios que las contengan y que el avance tecnológico pudiera ofrecer.

XIV.- Autorizar a los Jueces por escrito, en su caso, el registro de nacimiento, reconocimiento o la celebración de matrimonio fuera de su competencia territorial, siempre y cuando se cumpla con las disposiciones jurídicas aplicables;

XV.- Instruir a los Jueces, para llevar a cabo el registro de nacimientos, reconocimientos o la celebración de matrimonios, en días y horas inhábiles, dentro o fuera de la jurisdicción a la que se encuentren adscritos, conforme a las disposiciones jurídicas aplicables.

Artículo 13.- Son atribuciones del titular, en su carácter de juez Central:

³⁰ Reglamento del Registro Civil.

XV.-Resolver administrativamente las aclaraciones de actas del estado civil de las personas que le sean solicitadas, de conformidad a lo establecido en el Código Civil así como lo dispuesto en el presente reglamento.

Así mismo el artículo 40 del citado reglamento establece que estará a cargo de los Jueces, la autorización de las actas del estado civil de las personas relativas al nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo y judicial, tutela y muerte de mexicanos y extranjeros residentes en el Distrito Federal.

De las funciones o atribuciones que se señalan tanto para el Titular (Director del Registro Civil) como para el Juez, no se ordena en ninguna de ellas específicamente la facultad de disolver el vínculo matrimonial, únicamente se establece que pueden autorizar la inscripción de las anotaciones que modifiquen, rectifiquen, aclaren, complementen, revoquen o anulen el contenido de las actas del estado civil de las personas. Por lo que entonces no hablaríamos de un divorcio administrativo, si no en todo caso y apegándonos a lo que establece el propio Reglamento de una modificación, rectificación o aclaración del estado civil de los cónyuges, para lo cual entonces resulta absurdo que se establezca como requisito el que los esposos esperen un año para solicitar el divorcio administrativo o dicho de otro modo, para anular su matrimonio.

Por otro lado desde mi particular punto de vista desde el momento en que se lleva a cabo un matrimonio se forma una familia, ésta no existe única y exclusivamente hasta que se procrean hijos, de hecho hay matrimonios sin hijos y no por ello deja de ser una familia, y según el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por lo que entonces debería protegerse de igual modo a la pareja sin hijos como lo que es, una familia y regularse con claridad lo concerniente al divorcio administrativo.

Por todo lo anterior podemos concluir que el Juez (Oficial) del Registro Civil cumple con una función meramente de certidumbre pública, y como auxiliar de la

administración de justicia según lo establece la Ley Orgánica del tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y, está obligado a cumplir las órdenes que en el ejercicio de sus atribuciones legales emitan los jueces y magistrados del tribunal, es decir no tiene una función jurisdiccional, ya que no se encarga propiamente de resolver conflictos entre partes, si no únicamente da fe de los actos o datos que se consignan en las actas del Registro Civil, es decir da fe de lo declarado en su presencia por las personas que intervienen en el acta como partes, testigos o declarantes, o hace las anotaciones necesarias determinadas por el Tribunal Superior de Justicia, por lo que no se adecua a la definición de las funciones propias de un Juez, y que es denominado de esa manera por que así lo establece la ley, ya que concretamente el artículo 2o. Del reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, instituye en su fracción IX que para los efectos del mismo, se entenderá por Juez, al Juez del Registro Civil

Algunos autores, le dan la connotación de Oficial del Registro Civil, dado que no tiene a su cargo la solución de controversias o litigios propiamente dichos, sin embargo los actos que lleven a cabo lo Jueces u oficiales del Registro Civil hacen prueba plena en cuanto se refieren al hecho preciso con que se relaciona el acta, es decir de alguna manera tienen fe pública de lo que ha sido consignado en el acta, y con esto no me refiero a que les conste efectivamente lo declarado, si no que únicamente da fe de que un acto es declarado en su presencia.

3.- Procedimiento.

El procedimiento establecido en el Código Civil para llevar a cabo el trámite de Divorcio Administrativo es sumamente sencillo y en consecuencia expedito, su tramitación se lleva a cabo en un tiempo muy breve.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levanta un acta en la que hace constar la solicitud de divorcio y cita a éstos para que la ratifiquen a los quince días.

Los cónyuges deben presentarse personalmente ante el Juez del Registro Civil de su domicilio, ante el cual deberán identificarse plenamente, sin embargo, si no fuese posible que lo hicieran personalmente podrán hacerlo a través de un representante.

En la práctica realmente se entrega un formato de solicitud de divorcio administrativo, que es acompañado de las copias de identificación de ambos cónyuges y de un comprobante de domicilio, con lo cual se elabora el documento o acta que declara disuelto el matrimonio, para ser firmado posteriormente por los cónyuges. Si éstos no pudieran asistir por dicha solicitud, puede hacerlo un representante y una vez requisitada la misma será entregada en el Registro Civil, sin embargo, dicha solicitud si debe ser ratificada y firmada personalmente por los cónyuges.

Si los cónyuges ratifican la solicitud, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación marginal correspondiente en el acta de matrimonio anterior o, comunicará al Juez del Registro Civil que levantó el acta de matrimonio, la resolución de divorcio, para el fin citado. A los cónyuges se les extiende un comprobante de dicho trámite, con el cual posteriormente podrán solicitar copias certificadas del acta en la cual ha sido registrado el divorcio.

El Artículo 82 del Reglamento del Registro Civil establece que si dentro del término señalado de quince días los solicitantes no se presentaran a ratificar el acta de la solicitud de divorcio, ésta se dejará sin efectos y se procederá a testar la relativa a la de ratificación, debiéndose relacionar ambas.

Por otro lado el artículo 272 del Código Civil vigente establece que si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes. Sin embargo considero que en la práctica no se revisa si efectivamente los cónyuges cumplen totalmente con los requisitos determinados,

es decir el Juez u Oficial del Registro Civil se apegan al principio de buena fe por parte de los divorciantes.

Para autorizar el acta de Divorcio Administrativo el artículo 77 del Reglamento del Registro Civil establece ciertos requisitos que a continuación señalo.

Los Cónyuges deberán presentar una solicitud debidamente requisitada, las cuales son proporcionadas en las oficinas correspondientes del Registro Civil en cada Delegación. También deberán acompañar copia certificada del acta de matrimonio de reciente expedición.

Corresponderá además a los esposos mostrar una declaración por escrito, bajo protesta de decir verdad, de no haber procreado hijos durante el matrimonio o bien teniéndolos, estos sean mayores de edad y no sean acreedores alimentarios, comprobando de manera fehaciente dicha circunstancia con las actas de nacimiento correspondientes.

Deberán exhibir la constancia médica a través de la cual la divorciante garantice que no se encuentra en estado de gravidez o en todo caso el documento que acredite haber sido sometida a una intervención quirúrgica que la imposibilite definitivamente para procrear hijos.

Así mismo deben presentar comprobante de domicilio mediante el cual se confirme que el lugar de residencia de alguno de los divorciantes se encuentra dentro de los perímetros de la Delegación en donde se localiza el juzgado ante el que se efectuará el acto.

Por último deberán mostrar un convenio de liquidación de la sociedad conyugal si bajo ese régimen hubieran contraído matrimonio efectuado ante autoridad jurisdiccional competente o Notario Público, en el que se certifique que no existe acreedor alimentario alguno.

Para el caso de que no pudieran presentarse personalmente deberán acompañar el documento público mediante el cual se acredite la personalidad del o los mandatarios.

4.- Ventajas y desventajas.

El divorcio por mutuo consentimiento en la vía administrativa dada la ligereza con la que se lleva a cabo presenta diversas ventajas y desventajas que detallaré en seguida.

Ventajas.

a).- Una de las principales ventajas es la celeridad con que se realiza el procedimiento, el cual tiene una duración aproximada de 15 a 20 días es un trámite bastante apresurado que no conlleva pérdida de tiempo en audiencias o esperas innecesarias.

b).- No es ineludible presentar una demanda de divorcio si no únicamente una solicitud para dar trámite al mismo, por lo que los mismos cónyuges pueden llevar a cabo la gestión sin necesidad de asistirse de un abogado.

c).- No es necesario acudir ante el Juez de lo familiar para realizar el procedimiento y por lo mismo no es obligatorio justificar la causa del divorcio.

d).- Así mismo dentro de éste procedimiento no se presentan pruebas que acrediten la culpabilidad o inocencia de alguno de los cónyuges.

e).- Al no existir acreedores alimentarios no hay necesidad de presentar un convenio relativo a los alimentos que deben proporcionarse a los mismos, ni se requiere de la intervención del Ministerio Público.

f).- No hay pérdida de tiempo al no existir audiencias de conciliación o juntas de avenencia.

g).- No se requiere la espera de una sentencia, ya que al ratificar la solicitud de divorcio éste se declara perpetrado.

Desventajas.

a).- Entre las desventajas podemos mencionar el abuso que se hace del mismo, ya que existe un gran porcentaje de divorcios administrativos que se llevan a cabo sin que realmente existan grandes diferencias entre los cónyuges, si no por causas que no tienen la importancia o la magnitud como para disolver un matrimonio.

b).- Al no existir por lo menos una junta de avenencia, no se busca la reconciliación de los cónyuges y se facilita considerablemente el trámite.

c).- Desde mi punto de vista tanta celeridad implica, en ocasiones, actuar de manera impulsiva por parte de uno o de ambos o cónyuges, sin la posibilidad de detenerse a reflexionar acerca de la importancia de la causa que da origen al procedimiento.

Es importante comentar que del Código Civil para el Distrito Federal y del Reglamento para el Registro civil en el Distrito Federal se infiere que, el Juez u Oficial del Registro civil posee facultades para llevar a cabo la celebración del matrimonio y la disolución del mismo por la vía administrativa, sin embargo aún dudo si doctrinariamente el dicho funcionario tiene atribuciones legales para disolver una unión ya que en los ordenamientos legales mencionados no se indica de manera expresa la facultad para la realización de dichos actos, si no únicamente se establece como "autorización de actas del estado civil" y no celebración de actos del estado civil.

II.- Divorcio Voluntario

1.- Como función administrativa o judicial.

Es importante hacer la distinción entre la función administrativa o judicial que realiza el Estado en relación al Divorcio voluntario, dado que algunos autores consideran la actuación del Juez en dicho procedimiento como una función meramente administrativa y otros consideran que realiza una función judicial al conocer del mencionado procedimiento.

Para ello comenzaré por comentar que el Estado mediante su función judicial interviene en la solución de conflictos entre particulares y entre estos y el Estado y sus entidades o funcionarios.

Así mismo declara la certeza de ciertos derechos subjetivos o de situaciones jurídicas concretas cuando la ley lo exige como formalidad para su ejercicio o su reconocimiento.

Previene, investiga y sanciona hechos ilícitos de naturaleza penal.

Por lo que podemos afirmar que, gracias a la función jurisdiccional del Estado a través de sus funcionarios públicos, se garantiza la armonía y la paz social sin los cuales la vida en comunidad se haría imposible en forma civilizada, ya que el mismo, prohíbe la justicia privada de acuerdo al artículo 17 constitucional y establece la obligatoriedad de las decisiones judiciales.

Consecuentemente el Estado tiene la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o la certeza de los derechos, y para la tutela del orden jurídico, cuando el particular o una entidad pública se lo solicita con las formalidades legales, o cuando ocurre un hecho ilícito penal.

"En el desempeño de sus funciones, las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción en sentido estricto (Jueces y Magistrados) están investidos , por razón de ella, de ciertos poderes que pueden comprenderse en 4 grupos.

- a).- Poder de decisión.
- b).- Poder de coerción.
- c).- Poder de documentación o investigación.
- d).- Poder de ejecución.

Poder de decisión, por medio de éste poder dirimen con fuerza obligatoria la controversia o conceden o niegan la declaración solicitada o resuelven sobre la existencia de un hecho ilícito penal y de la responsabilidad del inculpaado cuyos efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de cosa juzgada.

Poder de coerción, con éste se procuran los elementos necesarios para su decisión removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión...

Poder de documentación o investigación , o sea decretar y practicar pruebas que en ocasiones van unidas al anterior...

Poder de ejecución, Se relaciona con el de coerción... no persigue facilitar el proceso, si no imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso." ³¹

A través del poder de decisión que tienen los jueces gracias a la función judicial o jurisdiccional que poseen, declaran en el caso del divorcio voluntario una petición hecha por los particulares, ya que no existe controversia, no hay una demanda propiamente dicha, si no únicamente requieren de la formalidad de hacer la declaración de divorcio por un Juez e investir de legalidad dicho acto.

Sin embargo los Jueces también ejercen otras funciones que pueden calificarse como administrativas, relacionadas, claro está, con la administración de justicia, como el nombramiento de otros funcionarios judiciales, nombramiento de los empleados subalternos de los tribunales o juzgados, reglamentación del trabajo interno de sus dependencias y otras similares.

³¹ Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I, Universidad, Buenos Aires 1984, p.79

Cabe hacer una distinción entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

Diremos que la misión principal de los Jueces es resolver los casos que conllevan un litigio o controversia, pero también ejecutan actos que no suponen una controversia, si no que se fundan en el acuerdo de las partes o en la inexistencia de una contraparte, de ahí que la jurisdicción se clasifique en contenciosa y voluntaria según se ejerza en una contradicción de partes o que la intervención del Juez solo tenga por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad.

Algunos autores como Hugo Alsina o José Ovalle Favela consideran que la actuación del Juez en los casos en los que no existe una controversia son meramente administrativos, así establecen: "Esta división tradicional pretende distinguir la jurisdicción en contenciosa y voluntaria, según que aquella recaiga o no sobre un litigio... es claro que la llamada jurisdicción voluntaria no tiene, en modo alguno, naturaleza jurisdiccional, ya que carece de la finalidad y del elemento objetivo propios de esta función pública"³²

Desde el punto de vista del autor la jurisdicción voluntaria no puede ser jurisdicción desde el momento en que no existe un litigio.

Por su parte Hugo Alsina establece una comparación entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa: "...La jurisdicción contenciosa se ejerce intervolentes (ya que una de las partes debe acudir al tribunal contra su voluntad) para dirimir una controversia... Por el contrario, la jurisdicción voluntaria se ejerce intervolutos, es decir entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una persona en cuya contradicción no aparece ningún interés de tercero, aquí no hay conflictos de intereses y la intervención del Juez sólo tiene por objeto satisfacer exigencias de orden público.

³² Ovalle Favela, José. Ob. Cit. p.118

En la contenciosa, el Juez procede con conocimiento legítimo y en la voluntaria con conocimiento informativo, cuya diferencia consiste en que en el primer caso el Juez procede de acuerdo con el resultado de un investigación personal, en tanto que en el segundo lo hace sólo con base en los informes de los interesados.

La contenciosa se ejerce pronunciando un fallo con arreglo a lo que resulta de lo expuesto y probado por las partes, mientras que en la voluntaria el pronunciamiento sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requisito de forma ³³

Por otro lado, Devis en su teoría general del proceso establece: "Para nosotros es incuestionable que no son factores definitivos de la diferencia entre las dos jurisdicciones : ni el carácter constitutivo de las sentencias de la voluntaria, porque todos los procesos contenciosos de declaración constitutiva establecen o modifican o desarrollan relaciones jurídicas; ni la fuerza obligatoria de las decisiones por cuanto es común a ambas, ya que las sentencias y decisiones interlocutorias de la voluntaria se pueden hacer cumplir coactivamente, aun cuando no sean títulos ejecutivos; ni el carácter preventivo de la voluntaria por que lo tienen varios procesos cautelares contenciosos ...mucho menos puede decirse que hay jurisdicción voluntaria cuando es libre recurrir o no al proceso, por que la ley exige hacerlo para muchos fines, y entonces es una necesidad y obligación recurrir a la intervención del Estado..."³⁴

Es necesaria la sentencia para la obtención de los fines jurídicos previstos en la ley, el Estado agrega el elemento extrínseco de su declaración a fin de que la voluntad privada produzca todos sus efectos jurídicos ya que la sola voluntad de los particulares sería impotente para producir dichos resultados

Me parece por lo tanto que la actuación del derecho objetivo no es función exclusiva del proceso contencioso, si no que es también del voluntario ya que en una sentencia de este tipo se hacen surtir los efectos jurídicos pretendidos.

³³ Alsina, Hugo. Fundamentos de derecho procesal, serie clásicos de la teoría general del proceso, editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, p 308

³⁴ Devis Echandía, Hernando. ob.cit. p.84

2.- Opinión sobre el procedimiento

Entendida la jurisdicción voluntaria como actividad especial de funcionarios jurisdiccionales, para los fines expuestos me parece indudable que es una verdadera jurisdicción la que se realiza en un divorcio voluntario.

Por lo que entonces la función que realiza el Juez en un procedimiento de divorcio voluntario es judicial o jurisdiccional, ya que es total y absolutamente necesaria su intervención para dar legalidad a dicho procedimiento, por lo que no puede considerarse una función administrativa, porque está cumpliendo con una función judicial de importancia y señala o decide sobre una petición hecha por los particulares.

En el caso del divorcio voluntario si los cónyuges acuden a la tutela del Estado a fin de darle la forma legal a una actuación o certeza a un derecho, y no existe un desacuerdo entre ellos , por lo tanto no se busca obligar a uno de los cónyuges a cumplir con determinada sentencia, sin embargo la sola voluntad de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial no sería efectiva ya que es indispensable la intervención del Juez para modificar la relación que existe entre ambos.

Así mismo desde el momento en que el Juez hace el análisis para saber si es procedente o no el divorcio voluntario por la vía judicial, así como buscar el bienestar de los menores a través de que el mismo quede garantizado en cuanto a su educación y los alimentos que deban proporcionarse, al dar intervención al Ministerio Público, todo ello para dar una solución de fondo a la situación que se presenta, no es un conflicto en sí entre las partes, sin embargo sí es necesario que el Juez emita una sentencia en donde se contemplen los puntos anteriormente mencionados.

Por otro lado también se lleva a cabo un procedimiento en el cual es indispensable cumplir con ciertos requisitos y con ciertas etapas para poder declarar disuelto el

vínculo matrimonial, no hay un proceso pero si un procedimiento el cual también es regido por algunos principios procesales que son aplicables a un proceso contencioso, si bien es cierto no se dirime una controversia, también es cierto que no es posible disolver el matrimonio por la sola voluntad de los cónyuges, es total y absolutamente necesaria la intervención de un Juez.

III.- Divorcio Necesario

El Código Civil establece en su artículo 266 que el divorcio es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 del mismo código, es decir, el cónyuge que no ha dado causa al divorcio puede plantear ante la autoridad judicial su petición de divorcio fundándola en algún hecho establecido en la ley como acontecimiento que impide la subsistencia de las relaciones conyugales, la cual debe ser probada en juicio para obtener la sentencia que decrete el divorcio solicitado.

Existe un litigio, por lo que entontes hablamos de un proceso en el que alguna de las partes puede promover una acción en contra del otro fundado en ciertas causas, así el artículo 1º. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que sólo puede iniciar una acción o procedimiento judicial o intervenir en el, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario.

La palabra acción tiene muchos significados, y uno de ellos la define de la siguiente manera.

"Acción, del latín actio, movimiento, actividad, acusación. Si bien, dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante y que le otorga un sentido propio es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha acción procesal puede

concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento, de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos”³⁵

En el caso del divorcio necesario se establece una acción de un cónyuge contra el otro apoyándose en las causales que enumera el propio Código Civil para el Distrito Federal.

1.- Causales

“Causa. Del latín causa, motivo, proceso, asunto, cosa, fundamento u origen de algo. En Derecho razón, fundamento, interés material o moral de la pretensión deducida en juicio de los actos del mismo.”³⁶

Las causas del divorcio pueden definirse como aquellos acontecimientos que permiten obtenerlo fundándose en una legislación establecida y mediante el procedimiento determinado previamente al efecto, los hechos que impiden la subsistencia del matrimonio establecidos en la ley son denominado causales, y son mencionados por el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual establece:

Son causales de divorcio:

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

II.- El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de ésta circunstancia.

III.- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, si no también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él.

³⁵ Diccionario Jurídico, ob. Cit. p.3

³⁶ ibidem p.46

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

V.- La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

VI.- Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada.

VII.- Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.

VIII.-La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.

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

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 proceda la declaración de ausencia.

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

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, (contribuir económicamente al sostenimiento del hogar) sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168(resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar).

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 doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada.

XV.- El alcoholismo o el hábito de juego cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

XVI.-Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.

XVII.- La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

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

XIX.- El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la ley general de salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.

XXI.- Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de éste código (que sea lícita).

Se establecen veintiún causales de divorcio en nuestro Código Civil Vigente, sin embargo quizá no se estén contemplando todas las causales que pudieran existir y también sería muy difícil ya que la lista podría ser interminable, no se contempla por el legislador por ejemplo la incompatibilidad de caracteres, la homosexualidad, o el lesbianismo que finalmente son situaciones reales en un matrimonio, sin embargo éstas dos últimas pudieran ser consideradas como injuria y adaptarse a la causal XI. La injuria es definida según el diccionario como "Expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona"³⁷

³⁷ Diccionario enciclopédico Laorusse . ob. cit.vol.4, p.1246

Algunos autores como Rojina Villegas distinguen o clasifican las causales basándose en los efectos que constituyen.

" Clasificaremos las causas de divorcio, pero referidas al Código Civil vigente...
...agrupándolas por especies a efecto de distinguir.

- 1.- Las que implican delitos como sería el caso de las fracciones III, IV, V, XI, XIII, XIV, XVI, XVII,
- 2.- Las que constituyen hechos inmorales fracción I, II, V,
- 3.- Las contrarias al estado matrimonial o que involucren el incumplimiento de obligaciones conyugales. Fracción VIII, IX, X, XII,
- 4.- Las que contienen vicios fracción XV y XIX
- 5.- Las que comprenden enfermedades fracción VI, VII,³⁸

Por su parte Ignacio Galindo Garfias las clasifica como:

- a).- Causas de divorcio derivadas de la culpa
- b).- Causas de divorcio no derivadas de la culpa.³⁹

En las clasificación anteriores aún no se encuentran comprendidas las causales que fueron incorporadas posteriormente al Código Civil Vigente como son: las fracciones XVII, XVIII, XX y XXI

Quizá dentro de la clasificación hecha por este último autor, podrían encuadrar en las causas derivadas de la culpa de uno de los cónyuges.

Cada autor le da una clasificación distinta a las causales de divorcio desde su muy subjetivo punto de vista, sin embargo las causas de divorcio pueden derivar de culpa de uno o de ambos cónyuges.

La acción de divorcio tiene ciertas características:

- 1.- Es una acción sujeta a caducidad.- Ya que el artículo 278 del Código Civil vigente para el Distrito Federal establece que, el divorcio necesario solo puede ser

³⁸ Rojina Villegas. Ob. cit. p 377

³⁹ Galindo Garfias. Ob. Cit. p. 598 y sig.

demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, para ello establece un plazo de seis meses contados a partir del día en que se tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda. Pero quedan exceptuadas las fracciones XI, XVII y XVIII que se refieren respectivamente a la sevicia, amenazas, injurias de un cónyuge para el otro o para los hijos; La violencia familiar y por último el incumplimiento de las ordenes administrativas o judiciales tendientes a corregir los actos de violencia dentro de la familia, para las cuales establece un plazo de dos años

2.- Es una acción personalísima.- La acción personalísima es aquella que puede intentarse única y exclusivamente por la persona facultada por la ley, en este caso los cónyuges, a diferencia de otras acciones que no poseen dicha característica y que pueden intentarse por herederos o incluso acreedores en algunos casos.

3.- Se extingue por reconciliación o perdón.- Según lo establece el artículo 280 la reconciliación de los cónyuges pone término o fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre siempre y cuando no hay una sentencia ejecutoriada, se establece en el mismo artículo que dicha reconciliación deberá ser notificada al Juez que conoce del proceso.

4.- Así mismo, la acción de divorcio se extingue cuando el cónyuge inocente otorga el perdón, pero el mismo no podrá volver a intentar o solicitar el divorcio basado en los mismos hechos a que se refirió dicho perdón, aunque sí es posible hacerlo por otros sucesos nuevos.

5.- Es susceptible de renuncia o desistimiento.- El cónyuge inocente puede manifestar la renuncia o desistimiento de la acción cuando ésta ya ha sido intentada, no establece que se trate de una reconciliación o un perdón, únicamente no ejercita su derecho de exigir el divorcio.

6.- Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges.- En el caso de la muerte de alguno de los cónyuges se da por terminado el juicio, ya que la finalidad del mismo es precisamente la disolución del vínculo matrimonial, y al morir alguno de los cónyuges durante el procedimiento se deja sin materia la sentencia que pudiera ser declarada en dicho proceso.

2.- Requisitos de procedibilidad.

Para que pueda tramitarse el divorcio contencioso es necesario que concurren ciertos requisitos de procedibilidad como los siguientes:

a).- Se requiere la existencia de un matrimonio válido, lo cual se demuestra con las copias certificadas del acta de matrimonio.

b).- La acción de divorcio debe hacerse valer ante juez competente por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar.

Se entiende por capacidad, tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo.

"La capacidad comprende dos aspectos: a).- la capacidad de goce, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y b).- la capacidad del ejercicio que es la aptitud para hacer valer aquellos y cumplir éstas, por sí mismo.

Mediante la capacidad de goce, en el derecho moderno, todas las personas se encuentran en la posibilidad de participar en la vida jurídica; son tenidas en cuenta por el Derecho, en cuanto pueden ser sujetos de derechos y obligaciones "⁴⁰

c).- Es necesario que la causal invocada se encuentre comprendida en cualquiera de las causas señaladas en el artículo 267.

⁴⁰ Galindo Garfias. Ob.cit. p 386

d).- Es una acción personalísima, no se puede transferir. Es necesario que sea la persona interesada quien solicite o haga valer la acción de divorcio.

3.- Procedimiento.

a).- Demanda

El juicio de divorcio inicia con la demanda, la cual debe expresar:

El tribunal ante el que se promueve, en este caso ante el Juez Civil en turno, ya que la demanda será asignada a uno de los juzgados familiares y ante éste, será llevado a cabo todo el procedimiento de divorcio.

“En el Distrito Federal se crearon con motivo de las reformas de 1971 Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal los juzgados de lo familiar, como juzgadores especializados en las controversias familiares y del estado civil...”⁴¹

Por lo tanto, existen los juzgados familiares que se encargan expresamente de las controversias del orden familiar, es decir, tienen competencia para conocer tanto de los juicios y los procedimientos de jurisdicción voluntaria concernientes a las relaciones familiares y al estado civil de las personas, como de los juicios sucesorios.

También deberá expresar el nombre y apellidos del actor y el domicilio que éste señale para oír notificaciones.

El nombre del demandado y su domicilio para los efectos de notificación de la demanda y la posibilidad de contestación por parte del demandado.

El objeto u objetos que se reclamen, con sus accesorios . En el caso del divorcio necesario será la disolución del vínculo matrimonial, así como una pensión alimenticia y la custodia de los hijos si los hubiera.

⁴¹ Ovalle Favela. Ob. Cit. p.74

Los hechos en que el actor funde su demanda o petición, anexando los documentos que tengan relación con cada hecho, es necesario numerar y narrar los hechos. En este caso deberán anexarse el acta de matrimonio así como las actas de nacimiento de los menores.

Señalar los fundamentos de derecho y la clase de acción procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables. Se citará la causal que da origen al procedimiento de divorcio.

Debe estar firmada por el actor. Si no supiera firmar pondrá su huella digital firmando otra persona en su nombre y a su ruego indicando, por supuesto, estas circunstancias.⁴²

b).- Medidas provisionales

Al admitir la demanda de divorcio el Juez ordenará se sigan algunas medidas provisionales o cautelares respecto de los cónyuges, los hijos y los bienes, las mismas se encuentran señaladas en el artículo 282 del citado Código, y son las siguientes:

I.- La separación de los cónyuges, se establecerá y se ordenará que vivan separados, el juez determinará con audiencia de parte y teniendo en cuenta principalmente el interés familiar y lo que más convenga a los hijos cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar aunque generalmente se determina que sea la cónyuge.

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda.

⁴² Cfr. Arellano García, Carlos. Segundo Curso de Derecho Procesal Civil, procedimientos especiales, Porrúa, México, 1997. p. 340 y sig.

III.- Las que estime conveniente para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes.

IV.- Dictar medidas precautorias de acuerdo a la ley respecto de la mujer que quede embarazada. Con la finalidad de que el marido pueda ejercer oportunamente los derechos que se le conceden respecto al hijo, y asimismo se establezca la obligación de pagar alimentos.

V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pero cuando no existe un acuerdo entre los cónyuges, corresponde al cónyuge que demanda el divorcio y que se supone es el cónyuge inocente, proponer a la persona que provisionalmente cuidará de ellos.

Sin embargo, el Código Civil en el mismo artículo señala que los hijos menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, salvo que esto implique peligro para el normal desarrollo de los mismos.

c).- Contestación.

Una vez presentada la demanda se corre traslado y se emplaza a la persona contra quien se oponga para que conteste dentro del término de nueve días y al contestar la demanda señalará en la misma:

Su nombre y apellidos, así como su domicilio para oír notificaciones, a fin de poder realizar futuros emplazamientos.

Se referirá a cada uno de los hechos en que el actor funde su petición, es decir debe contestar cada uno de los hechos narrados por el demandante ya sea rechazándolos, negándolos o aceptándolos para que finalmente el Juez se encuentre en la posibilidad de aclarar quien tiene la razón y por lo tanto decretar o no el divorcio, así como la guarda y custodia de los hijos, el pago de la pensión alimenticia y gastos del juicio.

d).- Audiencia previa y de conciliación

Una vez contestada la demanda y en su caso la reconvencción, el juez señalará día y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación, dentro de los diez días siguientes, pero en los casos de Divorcio Necesario en que se invoquen como causales únicamente las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil, dicha audiencia se fijará dentro de los cinco días siguientes, es decir para los casos de sevicia, amenazas, injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos, los casos de violencia familiar y el incumplimiento de las determinaciones hechas por las autoridades destinados a corregir los actos de violencia familiar.

En la audiencia se procederá a procurar el acuerdo proponiendo alternativas de solución al litigio. En este caso no se busca la reconciliación de los cónyuges propiamente si no el darle la mejor solución al conflicto de modo tal que exista un consenso y se logre la satisfacción de ambas partes con la finalidad de no extender innecesariamente el juicio.

Actualmente existe la figura de la mediación familiar a través del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal como solución previa a un proceso.

“En la nueva tendencia procesal, la pretensión principal por parte de los especialistas de la materia, va dirigida al argumento de que el proceso que tenemos es obsoleto por ser demasiado formal y prolongado, causando perjuicios de carácter económico impactante para aquél que acude a “implorar justicia” ante los órganos jurisdiccionales...”

Entre los puntos más importantes que podemos argumentar en el objetivo de la mediación, en el Distrito Federal, encontramos los siguientes:

- a) La creación de un proyecto para incrementar la efectividad de la mediación.
- b) La existencia previa de la mediación en el campo Procesal Mexicano
- c) La mediación como "mecanismo alternativo de solución de controversias"

Las Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal son determinantes al separar la mediación de cualquier otro medio "alternativo", al afirmar:

Artículo 23. Deben considerarse obligaciones del mediador y del co-mediador, las siguientes:

1. Abstenerse de proyectar, proponer o sugerir a los mediados cualquier alternativa de solución al conflicto, aún cuando se le solicite expresamente, limitándose a conseguir las actitudes más convenientes para el desarrollo de la buena comunicación dirigida a la construcción de una solución.

A partir de lo anterior, encontramos una limitación muy importante para la eficacia de los medios alternativos a la vía jurisdiccional, porque en la realidad no basta con apoyar en la comunicación, sino también es necesario la orientación y la visión de un tercero imparcial que emita su punto de vista y sea un factor con mayor participación en la solución de la controversia.

Desde nuestro punto de vista, para que el Centro de Justicia Alternativa tenga una eficacia en su actividad, debe de incluirse la Conciliación, denominémosla, la de carácter extrajudicial, ya que el mediador, aún cuando haga su mayor esfuerzo, se encuentra limitado, porque si bien es cierto que las partes deben de solucionar su conflicto por si mismas, también lo es que las opiniones de un conciliador son instrumentos de orientación para que las partes sean más conscientes en la toma de decisiones.

La expresión *"limitándose a conseguir las actitudes más convenientes para el desarrollo de la buena comunicación dirigida a la construcción de una solución"* contiene diversas deficiencias en la práctica procesal, haciendo un comparativo con lo señalado en el artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles; ya que esas "actitudes", por más objetivo que sea el Mediador, siempre va a buscar la emisión de su opinión, en este caso, las partes en controversia al acudir al Centro, van en búsqueda de dos cosas: de una solución y de asesoría profesional.

El mediador, cuya función es de comunicador entre las partes, no cumple con la naturaleza integral de "crear la voluntad entre las partes", porque por más comunicación que les facilite, no puede intervenir en el objeto de la controversia, sino únicamente se encuentra limitado a ver que las partes buscan soluciones aún cuando éstas sean erróneas, es decir, se reduce a la formalidad.

La intención de este Centro es muy buena, empero las funciones de los mediadores se encuentran limitadas a escuchar y poner orden, pero no a intervenir; considerando que el papel de un simple comunicador entre los familiares puede recaer perfectamente en un psicólogo, trabajador social o pedagogo. Tomando este punto de vista, las funciones del Centro de Justicia Alternativa más que jurídicas, estamos frente a una institución pública de carácter psico-social⁴³

Posiblemente dicho Centro de Justicia Alternativa pudiera ser más efectivo e incluso pudiera ser un requisito previo para poder llevar a cabo un proceso.

e).- Ofrecimiento y admisión de pruebas

El Código Civil establece que para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, ya sea parte en el litigio o de un tercero, así mismo podrá valerse de cualquier cosa o documento ya

⁴³Entrevista a Constantino Rivera, Camilo. Investigador asistente del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Análisis de la Mediación Familiar, Abril de 2005

sea que pertenezca o no a las partes o a un tercero y sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

Sin embargo aquí es importante considerar que aunque el Juez puede valerse de cualquier persona según lo indica el Código, debemos preguntarnos ¿Qué tan bueno puede ser que se trate de los propios hijos de los cónyuges?, que si bien es cierto son los que podrían en un momento dado declarar lo que han observado y vivido en el seno familiar, y quizá sean el único elemento con el que se cuenta para esclarecer la situación pero ¿Qué tan conveniente o sano es esto para los menores?

Considero que no debería de examinarse a los hijos de los cónyuges ya que aún cuando se ven involucrados en la situación no deben hacerse parte del conflicto, ya suficientemente difícil es vivir una situación de este tipo para que todavía se les involucre y se les obligue indirectamente a tomar partido por alguno de los padres, y por otro lado considero que no tienen la capacidad para rendir un testimonio fiel, ya que éste se verá influenciado por el cariño o el miedo hacia los padres, por lo que su declaración estaría totalmente viciada. Sin embargo, se comprende que en ocasiones es el único elemento con el que cuenta el Juez para clarificar los hechos y tomar una determinación.

El mismo día en que se celebra la audiencia previa y de conciliación y si en la misma no se termino o concluyó el juicio por convenio o a más tardar al día siguiente de la misma, el Juez abrirá el juicio al período de ofrecimiento de pruebas que es de diez días comunes, pero tratándose de las fracciones XI XVIII o XVIII del artículo 267 del Código Civil, el período de ofrecimiento de pruebas se reducirá a cinco días comunes a partir del día siguiente a aquel en que surta efectos al notificación.

Las pruebas deben ofrecerse expresando con toda claridad cual es el hecho o hechos que tratan de demostrar con esas pruebas. Así como las razones por las que se estima que demostrarán sus afirmaciones.

Los cónyuges podrán presentar las pruebas testimoniales o documentales que consideren pertinentes para probar la culpabilidad o inocencia de cada uno según corresponda. El tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes siempre que estén permitidas por la ley y por supuesto se refieran a los puntos cuestionados en el litigio, el Juez deberá analizar y aceptar o rechazar las mismas dependiendo en todo caso de que las mismas no lastimen la moral pública o la de los cónyuges.

El juez al admitir las pruebas ofrecidas procederá a la recepción y desahogo de ellas en forma oral.

La recepción y desahogo se hará en una audiencia en la que se citará a las partes, se señalará día y hora considerando el tiempo para su preparación, dicha audiencia deberá celebrarse dentro de los treinta días siguientes a la admisión. Y tratándose de las causales anteriormente mencionadas el término para la celebración se reduce a quince días.

f).- Audiencia de desahogo de pruebas

"Audiencia.- Voz oculta del latín audiencia, acción de escuchar, del verbo audio, ire, oír escuchar. Acto y efecto de escuchar públicamente, el Juez o tribunal a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa, para que en su oportunidad sea tomada en cuenta cuando se decida el pleito o la causa."⁴⁴

"Así se denomina al acto procesal complejo y público, que se desarrolla en la sede y bajo la jurisdicción del órgano jurisdiccional, y en el que intervienen las partes,

⁴⁴ Dictionarios jurídicos temáticos. Ob. Cit. p.32

sus abogados y los terceros cuya presencia sea necesaria para la celebración del acto."⁴⁵

Por lo que podemos observar la audiencia es el acto de escuchar públicamente a las personas que exponen algo en este caso a los divorciantes.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente en su artículo 59 establece que al llevarse a cabo las audiencias deberán observarse ciertas reglas:

- 1.- Las audiencias serán públicas, pero el tribunal podrá determinar que aquellas que se refieran a divorcio, nulidad de matrimonio o las que a su juicio convenga, sean privadas.
- 2.- El secretario, bajo la vigilancia del Juez, hará constar el día, lugar y hora en que principie la audiencia, así como la hora en que termine.
- 3.- No se permitirá interrupción de la audiencia por persona alguna.

Así mismo el artículo 387 del propio Código dispone que una vez constituido el tribunal en audiencia pública el día y hora señalados al efecto, serán llamados por el secretario los litigantes, peritos, testigos y demás personas que por disposición de la ley deban intervenir en el juicio y se determinará quienes deben permanecer en el salón, y quienes en lugar separado, para ser introducidos en su oportunidad.

Las audiencias se celebrarán concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos, peritos y abogados, aunque también pueden ser diferidas a otra fecha.

Por otro lado, el artículo 397 del mencionado Código establece que de esta audiencia, el secretario, bajo la vigilancia del Juez, levantará acta desde que principie hasta que concluya la diligencia, haciendo constar el día, lugar y hora, la autoridad judicial ante quien se celebra, los nombres de las partes y abogados, testigos, el nombre de las partes que no concurrieron, las decisiones judiciales sobre legitimación procesal, competencia, cosa juzgada e incidentes,

⁴⁵ Ovalle Favela. Ob. cit. p.286

declaraciones de las partes, extracto de las declaraciones de los testigos, los documentos ofrecidos como prueba si no constaren ya en el auto de admisión, las conclusiones de las partes en el debate oral a no ser que por escrito las hubieren presentado los litigantes y los puntos resolutive del fallo.

g).- Sentencia

"La palabra sentencia procede del vocablo latino sintiendo, ya que el Juez declara lo que siente, según lo que resulte del proceso. La sentencia es, la resolución que emite el juzgador sobre el litigio sometido a su conocimiento y es la que pone fin al proceso."⁴⁶

La resolución judicial más importante en el proceso es la sentencia, ésta es un acto emanado de un Magistrado en ejercicio de la jurisdicción emitido mediante un juicio, en un proceso que declara los derechos de las partes y que puede condenar o absolver en todo o en parte, o constituir nuevos estados jurídicos, poniendo fin a la etapa declarativa del proceso. El juzgador decide sobre el litigio sometido a proceso porque resuelve el fondo del asunto.

El juzgador pronuncia la resolución cuando decide el fondo del litigio, las sentencias pueden ser dictadas tanto por el Juez de primera instancia como por el tribunal de segundo grado cuando se haya interpuesto el recurso de apelación.

Las sentencias deben ser, según lo establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, congruentes con la demanda y la contestación, además de que deben ser claras y precisas, tener lugar, fecha y Juez o tribunal que las pronuncie y los nombres de las partes contendientes, resolviendo sobre todo lo que las partes hayan pedido.

⁴⁶ Diccionario Jurídico. Ob. Cit. p.190

Todas las resoluciones judiciales como actos de autoridad que son, deben satisfacer los requisitos de motivación y fundamentación establecidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución que señalan respectivamente:

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, si no mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, si no en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Por lo que deben expresar las razones de hecho y los medios de prueba que las acrediten (motivación), así como los preceptos jurídicos (fundamentación) que sirven de base a la resolución.

Generalmente las sentencias constan de tres partes :

Los resultandos, en los cuales se narra la cuestión y el desenvolvimiento del proceso, nombres y apellidos de las partes y la pretensión sobre la que discuten, es decir, se hace una narración de manera sucinta del proceso o procedimiento, sin embargo en ella no se hace valoración alguna, si no que sirve como una referencia de cómo se desarrolla el proceso.

Los considerandos, que constituyen una reflexión de los hechos de los resultandos, seleccionando los contrastes que se dan en cada uno de los períodos y el enfoque del asunto planteado, estableciendo prioridades, orden y coordinación entre ellos.

La sentencia, que resuelve la cuestión debe contener la decisión expresa, concreta y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en juicio, declarando el derecho de los litigantes.

4.- Efectos de la sentencia de Divorcio

La sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial produce efectos directamente en cuanto a los cónyuges, la situación de los hijos y respecto a los bienes de ambos consortes, estos efectos son de mayor trascendencia, ya que se refieren a una situación permanente e indirectamente produce efecto en cuanto a la sociedad y a la familia extensa de ambos cónyuges.

En cuanto a los cónyuges, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, según lo establece el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, así como el artículo 289 del mismo ordenamiento legal, que señala que en virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, como ya habíamos comentado se da el divorcio vincular por lo que cada uno de los cónyuges puede volver a contraer matrimonio, si así lo desea.

Anteriormente, el artículo 289, establecía una limitante para volver a contraer matrimonio después de un divorcio contencioso y señalaba un año al cónyuge inocente, y el cónyuge culpable no podía volver a casarse si no después de dos años contados a partir de que se decretó el divorcio. Actualmente no se hace ninguna restricción al respecto y los divorciados pueden volver a contraer matrimonio en cualquier momento, independientemente de que hayan sido culpables o inocentes.

La sentencia también fija la situación de los hijos, para lo cual el Juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, limitación o suspensión, según el caso y en especial la

custodia y el cuidado de los hijos. También se establece, por lo general el derecho de visita, actualmente existen Centros de Convivencia en los que se llevan a cabo las entrevistas o visitas del padre que no tiene la custodia de los menores con la finalidad de evitar conductas violentas o desacato a la ley.

Durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios para resolver la situación de los menores, escuchando al Ministerio Público, a los padres y a los menores, evitando conductas de violencia familiar. Si bien es cierto debe, en un momento dado, escucharse a los menores, también es cierto que, como lo comenté anteriormente, se lastima más a los mismos emocionalmente, ya que resulta en exceso difícil enfrentar la situación familiar por la que se atraviesa.

De igual manera el propio Código Civil establece que los menores de doce años deben permanecer al lado de su madre, salvo que se perjudique el normal desarrollo de los mismos, sin embargo, aún cuando el padre o la madre pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tiene hacia sus hijos. Actualmente, existe una mayor protección hacia la mujer, sin embargo también en muchos de los casos existe un abuso por parte de la misma, ya que con tal de divorciarse se inventan una serie de mentiras y calumnias hacia los varones que en muchas ocasiones no permiten que los menores estén con ellos.

Así mismo se establecerá el derecho de visita o de convivencia con los padres. El Juez de lo familiar posee amplio arbitrio discrecional para determinar lo que crea conveniente a favor de la salud y seguridad de los hijos, como ya mencioné actualmente existe el Centro de Convivencia familiar en el cual se llevan a cabo las visitas.

En cuanto a los bienes, el cónyuge culpable pierde a favor del inocente todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste.

Como efecto del divorcio debe ponerse en liquidación la sociedad conyugal de acuerdo a las bases que establezca la sentencia, en la cual se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos, ya que aquellos tiene la obligación de contribuir en proporción a sus bienes e ingresos para sufragar las necesidades de los hijos, es decir, se fijará una pensión alimenticia a favor de los hijos y en todo caso a favor del cónyuge inocente para el caso de que éste no cuente con un trabajo remunerado, se encuentre incapacitado para ejercerlo, carezca de bienes o durante el matrimonio se haya dedicado a las labores del hogar o al cuidado de los hijos.

En el divorcio contencioso indudablemente se protege el interés de los menores en cuanto a su subsistencia y para el cónyuge inocente siempre y cuando se hubiere dedicado preponderantemente a las labores del hogar por lo que en la sentencia debe establecerse una pensión para el mismo.

CAPITULO III EL ACTO JURÍDICO.

I.- Hechos y Actos jurídicos

En este capítulo comenzaré por comentar la definición del acto jurídico, haciendo una diferencia entre acto jurídico y hecho jurídico.

Un hecho es un suceso temporal y espacialmente localizado. que provoca al surgir un cambio, en lo existente, los hechos o suceso previstos en una norma y que producen consecuencias descritas en la misma, adquieren el nombre de hechos jurídicos, por lo tanto, el hecho jurídico es un acontecimiento cualquiera, que puede ser imputable a la naturaleza o al hombre y la calificación de jurídico, significa que de esa circunstancia o acontecimiento se van a derivar efectos o consecuencias jurídicas que el ordenamiento legal le reconoce, así, el hecho por sí mismo es un acontecimiento sin valor jurídico, que necesita una norma para tener ese valor.⁴⁷

Savigny define al hecho jurídico como: "Todo acontecimiento natural o del hombre,[del ser humano] capaz de producir efectos jurídicos"⁴⁸

Se denomina hechos jurídicos los acontecimientos de la vida que son susceptibles de producir el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación de derecho, independientes de la voluntad humana.

Puede darse el caso, de que un hecho no sea jurídico por que una norma no le atribuye ese carácter, sin embargo, puede producir consecuencias jurídicas, cualquier hecho puede convertirse en hecho jurídico al ajustarse al supuesto establecido en la norma, por lo tanto, los hechos en general, adquieren relevancia

⁴⁷ cfr García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, cuadragésima quinta edición, Porrúa, México, 1993, p.170 y siguientes.

⁴⁸ Citado por Galindo Garfias. Ob. Cit. p. 206

para el derecho y reciben el calificativo de "jurídicos" cuando sus características coinciden con los datos establecidos en la hipótesis de la norma, cuando esto ocurre, estamos en presencia del supuesto jurídico.

"En sentido general, la doctrina francesa habla de hechos jurídicos, comprendiendo todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho, por lo que distingue los hechos jurídicos en estricto sentido, de los actos jurídicos.

Considera que hay hecho jurídico cuando por un acontecimiento natural o por un hecho del hombre en el que no interviene la intención de originar consecuencias de derecho, se originan, no obstante éstas. Por otra parte estima que hay acto jurídico en aquellos hechos voluntarios ejecutados con la intención de realizar consecuencias de derecho y por esto lo define como una manifestación de voluntad que se hace con la intención de originarlas".⁴⁹

Es importante, entonces, definir el acto jurídico y diferenciarlo del hecho jurídico

Bonnecase define al acto jurídico como: "Una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuya función directa es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente, o de lo contrario, de efecto limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho."⁵⁰

La diferencia, entre los hechos y los actos jurídicos, no está en la intervención del hombre, ya que los hechos jurídicos pueden ser naturales y del hombre y, en éstos últimos existen los voluntarios y los involuntarios por lo tanto hay hechos jurídicos voluntarios, es decir, ejecutados por el hombre, pero en ellos la voluntad no está impulsada por intención de ocasionar consecuencias de derecho y el acto

⁴⁹ Rojina Villegas. Ob. cit. p. 116

⁵⁰ Citado por Sánchez Márquez. Ob. Cit. p. 122

jurídico si implica una manifestación de voluntad que conlleva el propósito de producir ciertas consecuencias legales, las cuales son reconocidas por un ordenamiento jurídico.

En todo acto jurídico encontramos una manifestación de voluntad, es decir, la demostración de un fin que puede consumarse por una declaración de voluntad, o bien, por actos que descubran en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones, que el derecho reconoce y a las cuales les atribuye determinadas consecuencias. En la definición del acto jurídico se indica que la manifestación de voluntad debe realizarse con el propósito de producir consecuencias legales, sin embargo es posible que el autor del acto jurídico no prevea todas las consecuencias de derecho de su expresión de voluntad, ya que no se dice que necesariamente el autor del acto jurídico deba conocer todas las consecuencias que se proponga al hacer su declaración de voluntad, simplemente se afirma que en todo acto jurídico debe haber una declaración de voluntad encaminada a producir ciertas consecuencias de derecho. Y desde el punto de vista subjetivo, es lo único que se requiere, o sea que el sujeto esté conciente de que por su declaración de voluntad y en atención a la misma se van a producir por el derecho objetivo, ciertas consecuencias, aunque puede ignorar las que continuarán a su declaración de voluntad o proponerse consecuencias mayores o menores que aquella que la ley reconozca.

Lo esencial para distinguir el acto del hecho jurídico está en que el autor del acto jurídico se propone por su declaración, realizar algunas consecuencias legales.

II.- El acto jurídico

El acto jurídico es el medio a través del cual se puede entrar en el universo jurídico, para proteger intereses legítimos.

La norma jurídica establece una fórmula genérica, y para que la misma sea aplicable a los casos particulares y concretos, se requiere que éstos se encuentren previstos en la propia norma jurídica.

La estructura de la norma jurídica se forma de dos elementos íntimamente ligados, una hipótesis o supuesto y una disposición o consecuencia normativa. El acto y el hecho jurídico constituyen las formas de realización de los supuestos de derecho. El supuesto jurídico es el primer elemento de la norma jurídica, y se refiere a la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias de derecho contenidas en la norma. Las consecuencias son el segundo elemento y consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.⁵¹

En éstos términos, la norma jurídica se refiere en su primera parte a un acontecimiento determinado, se trata de su supuesto, consistente en una hipótesis, la cual si llega a realizarse, origina la dinámica del elemento complementario de la norma: las consecuencias que la misma norma imputa a la realización del supuesto, cuando se realiza la situación conocida como hipótesis en la norma tiene lugar la aplicación del segundo elemento de ella, es decir, la parte dispositiva.⁵²

La simple mención en la norma del supuesto jurídico, no implica necesariamente que llegue a consumarse, por el contrario, entre el supuesto jurídico como mera hipótesis y su realización efectiva, existe una relación circunstancial, pues bien puede darse el caso de ciertas normas establecidas con cierto tiempo y vigentes cuyas consecuencias previstas en su contenido no lleguen a efectuarse.

No siempre llega a realizarse el supuesto jurídico, pero cuando se realiza, necesariamente surgen las consecuencias jurídicas, es decir, al realizarse la

⁵¹ cfr. García Maynez. ob.cit. p.169 y sig.

⁵² idem

hipótesis normativa se generan los efectos. Por lo tanto, entre la realización del supuesto y el nacimiento de las consecuencias legales, existe una relación necesaria, ya que cuando se cumple el suceso previsto por la norma como supuesto jurídico, en ese momento, nacerán forzosamente las consecuencias de derecho que la misma norma advierte, consistentes en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones señalados como efectos al producirse la realización mencionada.

Los actos jurídicos son clasificados de acuerdo a la rama del derecho que los regula, por lo que pueden ser civiles, penales, procesales, administrativos, mercantiles, etc.

Los actos civiles han sido clasificados por diversos autores, atendiendo a diferentes puntos de vista, se clasifican en:

- 1.- Unilaterales y bilaterales en relación con la parte que emite la declaración de voluntad. Es unilateral, cuando la declaración de voluntad procede de una sola parte y es bilateral o plurilateral, cuando procede de dos o más partes.
- 2.- Onerosos y gratuitos, según se realicen a cambio de una prestación o sin ella.
- 3.- Entre vivos o mortis causa, éstos últimos tienen como función, regular las relaciones para después de la muerte del sujeto originadas por la misma.
- 4.- De enajenación y de adquisición, Los primeros disminuyen el patrimonio y los segundos lo aumentan.
- 5.- Conmutativos y aleatorios, según si las prestaciones a que dan lugar son ciertas y determinadas desde el momento de su realización o si no existe esa certeza y determinación al realizarlos.⁵³

La teoría alemana, establece además la existencia del negocio jurídico, en él también se requiere que exista la voluntad de llevar a cabo el acto, sin embargo, tiene gran importancia el contenido y la finalidad de la voluntad, y es definido por diversos autores de la siguiente manera:

⁵³ Cfr. De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Porrúa, México 1968, p.265

Betti expresa: "Es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros , y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo "⁵⁴

"Podría enmarcarse, entonces, la noción del negocio jurídico como una declaración de voluntad o complejo de declaraciones de voluntad, encaminadas a la producción de determinados efectos jurídicos, que el ordenamiento reconoce y garantiza, y a través de los cuales los particulares actúan la regulación de los propios intereses"⁵⁵

Lo que caracteriza al negocio jurídico es pues, que se pueden autorregular los intereses y las relaciones propias, es decir, es una manifestación de voluntad destinada precisamente a crear determinadas consecuencias de contenido jurídico.

Los autores que tratan el negocio jurídico, hacen una distinción entre acto y negocio jurídico y establecen, que en los actos jurídicos, el derecho toma en cuenta fundamentalmente la voluntad del sujeto que los emite, y en ellos, es de capital importancia el contenido de la voluntad, independientemente de la finalidad que se proponga el sujeto que la emite, pero los efectos del acto voluntario, dependen enteramente de la norma de derecho, una vez que el acto se ha realizado, es decir, el acto jurídico se ha querido, aunque sus efectos no hayan sido queridos ni previstos por el autor del acto.

Por otro lado, consideran que en el negocio jurídico, importa el contenido y la finalidad de la voluntad, que la misma se encamine a la producción de los efectos jurídicos que el ordenamiento legal atribuye al negocio que se celebre.

⁵⁴ Citado por Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, Porrúa, México 1996 p.509

⁵⁵ Idem.

En México, si bien es cierto, existe la influencia ejercida por la doctrina francesa y alemana y algunos autores nacionales apegándose a la misma, hacen la distinción entre acto jurídico y negocio jurídico, aunque nuestro Código Civil para el Distrito Federal desconoce la expresión negocio jurídico y hace referencia únicamente a los actos jurídicos, es decir dentro del criterio del Legislador Mexicano, la distinción entre acto y negocio jurídico no existe abandona cualquier alusión al negocio jurídico y por el contrario la alusión expresa al acto jurídico es constante.

Al respecto establece De Pina: "El negocio jurídico es un acto jurídico. No obstante, la expresión "negocio jurídico" se ha impuesto en la doctrina civilística, como consecuencia de la influencia que sobre los tratadistas, en general, de los países de habla española (sin olvidar a España) han ejercido los tratadistas alemanes, hasta tal grado que, más que influencia, ha sido una verdadera dictadura.

No se puede dejar de advertir sobre este punto, que la expresión actos jurídicos, es más amplia que la de negocios jurídicos, por que comprende todos los actos humanos idóneos para producir efectos jurídicos, mientras que la de negocios jurídicos comprende algunos de esos actos, no a todos, por lo tanto, hay que aclarar que el negocio jurídico es una especie del género acto jurídico, no fácilmente determinable siempre"⁵⁶

Por su parte otro autor llamado Batiza señala: "Consideramos que las expresiones negocio jurídico y acto jurídico, son, en términos generales, sinónimas. La tendencia doctrinaria de establecer distinción entre ellas constituye, a nuestro juicio, un esfuerzo artificial y estéril, cuyas distinciones son de una sutileza tal, que se desvanecen en la nada"⁵⁷

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Citado por Domínguez Martínez. Ob. Cit. p. 511

Por mi parte, considero que el negocio jurídico merece ser mencionado, dado que algunos autores le dan importancia y de alguna manera influye en el pensamiento de los mismos, sin embargo, no pretendo ahondar en dicho tema, ya que mi criterio se adhiere a la idea de De Pina, agregando además que no puede haber una autorregulación total, ya que incluso el negocio jurídico debe apegarse a un supuesto jurídico establecido por la norma, para poder generar las consecuencias jurídicas, aún cuando pudiera complementarse por la voluntad humana en el sentido de darle cierta modalidad al negocio y aún cuando aparentemente en éste se busque concretamente la producción de determinadas consecuencias jurídicas, creo que en el acto jurídico, si bien es cierto debe apegarse a una norma, también es cierto, que el autor del acto tiene conocimiento de las consecuencias jurídicas generales que va a producir con dicha manifestación de voluntad.

En la composición del acto jurídico se presentan una serie de elementos, que a su vez deben reunir ciertos requisitos, así pues, los elementos del acto jurídico son los requisitos de existencia o esenciales y los requisitos de formalidad.

III.- Requisitos de existencia del acto jurídico

Son considerados básicos, por que de ellos depende la vida de los actos jurídicos, es decir, sin estos requisitos el acto jurídico no nace.

1.- Manifestación de voluntad.

La voluntad es la facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos, es un fenómeno psicológico interno, que hasta ese momento no produce consecuencias jurídicas.

La composición de la manifestación de voluntad como primer elemento esencial del acto jurídico, comprende dos momentos, un primer momento en el cual el sujeto, concibe la posibilidad de la realización del acto, delibera internamente si lo

realiza o no con el análisis de las consecuencias que traerá, si decide llevarlo a cabo y un segundo momento que implica la exteriorización, es decir, la voluntad mostrada al exterior para su conocimiento, interpretación o aceptación de los demás sujetos.

En el primer momento la voluntad es concebida en el fuero interno, sin embargo si es mantenida en el interior carece de distinción jurídica, pues solo son intenciones que hasta el momento no producen un efecto alguno, para que ello suceda es necesario exteriorizar esa voluntad, en ese orden encontramos: la voluntad y la declaración de la voluntad íntimamente unidas y concordes.⁵⁸

“El acto interno del querer, anota pugliatti, una vez que se ha formado, debe manifestarse al exterior: así tenemos una voluntad y una manifestación o declaración de voluntad; un momento interior, al que debe seguir una exteriorización. Este momento exterior es el sello objetivo por el que la voluntad puede ser tomada en consideración por el ordenamiento jurídico; el momento interior se considera como base y apoyo del externo.”⁵⁹

No toda declaración de voluntad es un acto jurídico, por que los efectos reconocidos en el ordenamiento positivo, solo se producen cuando el contenido de la voluntad de los particulares merece ser jurídicamente protegido, aunque en ocasiones son indiferentes para el derecho ya que no recaen sobre la materia jurídica.

Sin embargo, en el ámbito de los actos jurídicos, la voluntad es un elemento esencial, sin la cual el acto no puede ser concebido, para que produzca efectos es preciso que la voluntad se manifieste por medio de la declaración, es decir, es necesario que se dé a conocer, que se exteriorice.

⁵⁸ cfr. De Pina. Ob.cit. p. 523 y sig.

⁵⁹ Citado por Domínguez Martínez. Ob. Cit. p.524

La declaración permite que se conozca con certeza determinada voluntad y la producción de los efectos se debe a la misma, en cuanto ésta ha sido declarada. La declaración de la voluntad puede darse de dos formas, expresa y tácitamente.

a).- Expresa

Es expresa cuando la declaración tiene lugar por cualquiera de los medios por los cuales, el ser humano se comunica con sus semejantes, ya sea oralmente, a través de la escritura, o por medios que sean de uso cotidiano como el movimiento de la cabeza o de la mano asintiendo, por una acción positiva.

No sólo pueden expresar su voluntad las personas que hablan o escriben si no también las personas que carecen de ambas cosas.

En el caso de los sordomudos, pueden manifestar su voluntad a través de la escritura o con movimientos de cabeza, incluso poseen un lenguaje especial a través de señas, aunque también los invidentes pueden manifestar dicha voluntad a través del lenguaje braille, ya que el poseer una discapacidad no implica que para la ley sean personas incapaces.

El artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal en su primera parte establece: Que el consentimiento puede ser expreso o tácito, diciendo que es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

b).- Tácita

Es tácita cuando consiste en un determinado comportamiento o actitud que en forma racional, nos permite concluir con seguridad, cuál es el contenido de la voluntad del sujeto, pues de esa manera queda exteriorizada en forma indiscutible el querer de la persona que realiza tales actos. Puede haber manifestación tácita de voluntad cuando la misma se deriva de alguna abstención.

“Es tácita cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje”⁶⁰

En el caso del silencio, podemos decir que no es una manifestación de voluntad ni expresa ni tácita, ni positiva ni negativa, pues el silencio en sí no vierte voluntad alguna, quien calla no niega ni afirma.

Así el artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el consentimiento tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en los que por ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente.

En los actos jurídicos bilaterales como es el caso del matrimonio y el divorcio por mutuo asenso, ambos temas tratados en la presente tesis, se requiere de la formación de un consentimiento, es decir, no se efectúan a través de una declaración unilateral de voluntad o de una voluntad individual, si no que es necesario que haya un acuerdo de voluntades y a esto, es lo que se denomina consentimiento, este es un elemento complejo formado por la integración de dos voluntades que se conciertan, que se reúnen y constituyen una voluntad común.

En ambos actos jurídicos se requiere que exista esa voluntad común ya que ambas personas deben estar de acuerdo en contraer matrimonio o divorciarse, según sea el caso para lo cual es necesario que ambas exterioricen su voluntad.

2.- Objeto

A decir de Manuel Bejarano Sánchez en los actos jurídicos existe un objeto directo y uno indirecto.

⁶⁰ Rojina Villegas. Ob. cit. p.120

El objeto directo implica crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, o en otras palabras, en producir consecuencias legales. Y el objeto indirecto consiste en la cosa o en el hecho materia del acto.⁶¹

El artículo 1824 del citado Código Civil, señala como objeto de los contratos y en general de los actos jurídicos, la cosa que el obligado deba dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.⁶²

En el caso del matrimonio como acto jurídico, el objeto no recae sobre ninguna cosa material directamente ya que no hay un bien que entregar, sin embargo, si hay un hecho que se debe hacer, en este caso es hacer una comunidad de vida procurándose ayuda mutua.

El Código Civil no establece que deba existir forzosamente un objeto material en un acto jurídico, por lo que si es posible que el matrimonio se efectúe en base a un hecho que deba realizarse como lo indica el artículo 1824 mencionado.

Si falta el objeto indirecto del acto jurídico, la cosa o el hecho, esencialmente en los contratos o por que resulten físicamente imposibles, se daría la inexistencia del acto jurídico por falta de objeto y el acto jurídico inexistente no puede producir consecuencias de derecho, sólo existe como un simple hecho.

Dicha inexistencia puede darse por que la voluntad o el consentimiento no llegó a formarse o por que el objeto del acto, resulte física o jurídicamente imposible.

"La inexistencia del acto supone el acto en vías de formación, supone que hubo una posibilidad de que el acto jurídico llegase a nacer. Sólo tiene sentido hablar de la inexistencia del acto jurídico no para referimos a la nada absoluta, pues, algo

⁶¹ Cfr. Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles, Harla, México, 1984, p.68

⁶² Idem

existe, que el Derecho califica de acto jurídico inexistente tanto que no llega a cuajar como tal por que en su proceso de formación faltó un elemento esencial"⁶³

La falta de alguno de los elementos esenciales del acto jurídico conlleva la inexistencia del mismo. Se hace una distinción entre la inexistencia y la nulidad del acto jurídico.

La inexistencia se produce cuando falta alguno de los elementos esenciales, es decir la faltad de voluntad, de consentimiento, solemnidad en algunos casos, objeto, el cual puede ser física o jurídicamente imposible. También puede darse cuando la norma de derecho no reconoce ningún efecto a la manifestación de voluntad.

El artículo 2224 del citado Código Civil establece que el acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. Asimismo señala que no es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción, y su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

A diferencia de la inexistencia, la nulidad implica que el acto jurídico existe pero en dicha existencia falta algún elemento de validez del acto jurídico.

"Al lado de éstos elementos esenciales del acto jurídico, tenemos elementos de validez del acto, que le vienen a dar una existencia perfecta y en ausencia de los cuales el acto existe, pero de manera imperfecta: es un acto nulo, pues la nulidad es la existencia imperfecta de los actos jurídicos"⁶⁴

Por su parte, el Código Civil vigente para el Distrito Federal hace referencia a la nulidad absoluta y la nulidad relativa; la primera según el artículo 2226 del mismo

⁶³ Rojina Villegas. Ob. Cit. p.128

⁶⁴ Rojina Villegas. Ob. Cit. p.127

Código no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad, y de acuerdo al artículo 2227 la nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo 2226 y permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

La nulidad presume que el acto jurídico tiene sus elementos esenciales, pero la falta de un elemento de validez o presencia de algún vicio impide, que el acto sea perfecto y por lo tanto se encuentra afectado de nulidad.

IV.-Requisitos de formalidad o de validez.

El acto jurídico, una vez constituido con todos sus elementos de existencia, deberá reunir además los requisitos de validez necesarios para ser perfecto y producir efectos jurídicos plenos. Los requisitos de validez son:

- 1.- La capacidad de las partes
- 2.- La ausencia de vicios del consentimiento
- 3.- La formalidad
- 4.- Licitud en el objeto
- 5.- Solemnidad.

1.- Capacidad del las partes.

Para que el acto jurídico se perfeccione y valga, es necesario que el autor o las partes sean capaces. "La capacidad es un atributo de la personalidad, por capacidad en general o en sentido amplio se entiende la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal así como comparecer en juicio por derecho propio"⁶⁵ La capacidad es pues, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para

⁶⁵ Domínguez Martínez. Ob. Cit. p.166

ejercitarlos. Así tenemos que de dicho concepto se desprenden dos especies de capacidad: la capacidad de goce o capacidad jurídica y la capacidad de ejercicio o capacidad de actuar.

La capacidad de goce es un atributo de la personalidad, toda persona por el simple hecho de serlo, tiene siempre capacidad de goce, no así la capacidad de ejercicio.

El artículo 22 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, y desde el momento que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el mismo Código. Por lo que podemos comentar que un ser no nacido tiene capacidad de goce por que está jurídicamente protegido, pero no tendrá hasta ese momento la capacidad de ejercicio.

También el artículo 2º del mismo ordenamiento, establece que la capacidad jurídica es igual para el hombre y para la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.

Así mismo el artículo 1798 de la misma disposición legal establece que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

La capacidad de ejercicio consiste en la aptitud que tiene un sujeto para hacer valer directamente sus derechos o cumplir con sus obligaciones, para celebrar actos jurídicos o comparecer en juicio como actor o demandado.

Si no hay capacidad de goce no puede haber capacidad de ejercicio, sin embargo se exige que el acto jurídico sea realizado por una persona capaz de ejercicio con el propósito de proteger a ciertas personas que por varias causas podrían ser víctimas de abusos y se les prohíbe obligarse por un acto jurídico para salvaguardar sus propios intereses.

Según lo señala el artículo 450 del Código Civil mencionado.

Tienen incapacidad natural o legal:

I.- Los menores de edad

II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Quienes se encuentran en cualquiera de las situaciones anteriormente indicadas tienen en su contra un impedimento legal, para otorgar personalmente cualquier acto jurídico, como discapacitados generalmente no son dueños de los actos que realizan, por ello dichos actos no se les pueden imputar o atribuir desde el punto de vista jurídico. En cuanto a los menores de edad son incapaces por razonable inmadurez mental.

No es que los incapaces carezcan de voluntad, sin embargo, ésta es notoriamente insuficiente para servir de soporte a un acto jurídico, de ahí que los actos efectuados por ellos sean ineficaces para el derecho. Quizá carecen de reflexión o en ocasiones no existe propiamente una voluntad para celebrar un acto jurídico por que se carece del discernimiento necesario para una emisión de voluntad, no hay una deliberación y una decisión basada en la reflexión.

Se habla por lo tanto de dos tipos de incapacidad: natural y legal.

La incapacidad natural es la situación en la que una persona está independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o

transitoria, como enfermedad mental, u otro factor parecido que le impide querer y entender lo que hace, sus actuaciones no son con una voluntad plena si no limitada y por ello ésta no puede crear consecuencias jurídicas sanas.

La incapacidad legal implica la atención directa de la ley de que una persona no está en condiciones de querer o entender, aún cuando en la realidad, si pueda hacerlo como es el caso de los menores de edad, en que quizá las condiciones mentales del mismo, si sean apropiadas para la celebración de un acto jurídico, pero esto depende única y exclusivamente de la ley.

La plena capacidad de ejercicio que permite al sujeto disponer libremente de su persona y de sus bienes, así como comparecer en juicio, circunstancialmente mediante la celebración de algún acto jurídico , se alcanza cuando se es mayor de edad.

a).- La representación

Aún cuando la incapacidad de ejercicio implica la imposibilidad de intervenir directamente en actos jurídicos, se pueden celebrar los mismos en nombre y por cuenta del incapaz a través de la representación.

“La representación es una institución mediante la cual una persona queda obligada o adquiere un derecho como consecuencia inmediata y directa del acto jurídico celebrado en su nombre por un tercero debidamente facultado para ello.”⁶⁶

La representación permite celebrar actos y contratos entre personas ausentes o en los casos de representación legal, suple la falta de voluntad y permite a ciertos incapaces la celebración de actos, que sin ella no les hubiera sido posible realizar.

⁶⁶ León Hurtado, Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, p.182

Para explicar la naturaleza jurídica de la representación, se han manejado diferentes teorías como son:

Teoría de la ficción.- Según esta teoría la representación es una ficción legal en virtud de la cual se supone que el representado es el que ha intervenido única y directamente en el acto jurídico celebrado en su nombre. Sin embargo, ésta no puede aplicarse a la representación legal de personas que carecen de voluntad, pues no es posible que la misma manifieste su voluntad.

Teoría del nuncio.- Establece que el acto jurídico lo celebra el representado y que el representante actúa como mensajero que transmite la voluntad de aquel. De igual manera, no es posible explicar la representación legal de los incapaces, ya que no hay voluntad.

Teoría de la cooperación de voluntades .- Determina que en la representación se produce una cooperación de las voluntades del representado y del representante para formar el acto jurídico cuyos efectos afectarán al representado. Nuevamente observamos que no debe aplicarse a la representación legal de los incapaces.

Teoría de la sustitución.- Esta teoría señala que el acto lo celebra el representante pero todos los efectos del acto radican en el representado y así una persona puede con su voluntad afectar un patrimonio distinto del que le es propio, y por su parte el titular de ese patrimonio que no ha manifestado su voluntad, recibe inmediata y directamente todos los efectos del acto, pues ha sido sustituido por el representante. Esta teoría sí es aplicable incluso a la representación de los incapaces.⁶⁷

⁶⁷ Cfr .León Hurtado. Ob. Cit. p.184 y sig.

2.- Ausencia de vicios del Consentimiento.

El elemento esencial de todo acto jurídico es la voluntad, para que sea eficaz, debe ser libre y conciente, cuando se presenta algún incidente contrario a esta forma de expresión de la voluntad generadora del acto jurídico, se dice que se encuentra viciada. La presencia de un vicio de la voluntad no significa inflexiblemente que ésta no existe, si no que en su formación ha concurrido un factor que de no darse hubiera cambiado el sentido de ella.

Al celebrarse el acto jurídico y manifestarse la voluntad, ésta debe ser cierta y libre, es necesario que esté exenta de defectos o vicios. "El vocablo vicio deriva del latín vitium que se entiende como defecto o imperfección de las cosas"⁶⁸

El Código Civil vigente para el Distrito Federal establece en su artículo 1812 que el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo, por lo tanto, los vicios de la voluntad son los siguientes:

a).- El error

Es una creencia contraria a la realidad, es decir, un estado personal que difiere de la realidad o un conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho.

"En el derecho, el error en la manifestación de la voluntad vicia a ésta o al consentimiento, por cuanto que el sujeto se obliga partiendo de la creencia falsa o bien pretende crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones"⁶⁹

Se hace una distinción entre el error de hecho y el error de derecho, el error de hecho impide la formación del consentimiento ya sea por que las partes no se ponen de acuerdo respecto a la naturaleza del contrato o a la identidad del objeto,

⁶⁸ Diccionario jurídico. Ob. Cit. p. 208

⁶⁹ Rojina Villegas. Ob. Cit. pp.139 y 140

por lo que al celebrar el contrato piensan en cosas distintas y esto impide que se forme el consentimiento.

El error de derecho implica el desconocimiento o falsa interpretación de una regla jurídica. Es decir, hay error de derecho cuando la causa determinante de la voluntad del autor o autores del acto se funda en una creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica de modo tal que por esa creencia falsa respecto a los términos de la norma o a su interpretación jurídica, se celebró el acto. Si hubiese conocido el sujeto la verdadera interpretación de la ley o el texto de la misma o bien si hubiese sabido que la norma que el creía existente en realidad no existía, no hubiera celebrado el acto jurídico.

Así, el artículo 1813 del Código Civil citado establece en su primera parte que el error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan.

También algunos autores intentan establecer una distinción entre el error y la ignorancia, así, aunque sus efectos jurídicos pudieran ser idénticos, señalan como error la ausencia de una idea verdadera y, la ignorancia como una carencia absoluta de conocimiento, el no tener ninguna noción sobre una cosa. Por lo tanto el error y la ignorancia tienen el mismo valor para el derecho

El error como tal tiene dos orígenes; Puede ser fortuito, es decir, inesperado o accidental y puede ser doloso, que supone ciertas maquinaciones o artificios para inducir a error a la otra parte

b).- El dolo

Significa el artificio, engaño o fraude mediante el cual una persona presta su consentimiento para un negocio que, de otro modo no habría realizado, al menos

en los mismos términos, el dolo vicia la voluntad solo en tanto que se induzca al error y que éste sea además, el motivo determinante de la misma.

En materia penal se establece como dolo la intención que tuvo la persona para cometer el delito a diferencia de la culpa que implica cometer el delito sin la intención, es decir, sin querer.

Y el Código Civil al respecto establece en su artículo 1816 que se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

c).- La mala fe

Es la disimulación del error por parte de un contratante una vez conocido, para que el otro se obligue, bajo esa falsa creencia, es decir, no se provoca propiamente el error, pero si se aprovecha del error en que ha caído la otra parte, sin hacerle notar dicha situación para obtener ciertas ventajas o lograr que acceda a celebrar el contrato.

El mismo artículo 1816 en su segunda parte señala que se entiende por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Por lo tanto, podemos comentar que el dolo es un vicio activo, por que se induce al error, requiere que exista actividad por parte de uno de los contratantes para que la persona caiga en el error y la mala fe es pasiva por que no se requiere de ninguna actividad, simplemente no se le advierte o no se le hace ver a la persona que cayó en el error.

d).- La violencia.

La violencia es la presión ejercida sobre la voluntad de un individuo, la libertad de la persona se ve afectada por una coacción que lo obliga a celebrar un acto jurídico.

"Es posible afirmar que la violencia consiste en la coacción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona para determinarla contra su voluntad a la realización de un acto jurídico"⁷⁰

La presión de la voluntad puede realizarse por medio de la amenaza de sufrir un daño futuro o actual, en ambos casos, la voluntad está forzada por el temor.

"La violencia puede ser física o moral, existe violencia física cuando por medio del dolor, de la fuerza física o de la privación de la libertad se coacciona la voluntad, a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico"⁷¹

El artículo 1819 del Código Civil aludido expresa que hay violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

La violencia debe producir un temor fundado que efectivamente determine a la persona a consentir en algo que si no existiera esa presión no hubiera aceptado, se entiende que la coacción ejercida sobre el sujeto para que exista un temor, debe ser suficiente para perturbar a una persona normal, aunque es preciso observar las condiciones personales de la víctima para, poder determinar cuando una amenaza conlleva gravedad o el peligro de un mal futuro, por lo que es

⁷⁰ Garibotto, Juan Carlos. Teoría General del Acto Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1991, p.176

⁷¹ Rojina Villegas. Ob. Cit. p.147

necesario tomar en cuenta su edad y sexo, así como las circunstancias que intervengan en el caso.⁷²

El vicio de la voluntad se encuentra en el miedo que es el que determina que se exprese consecuentemente una voluntad que no corresponde al verdadero propósito del sujeto, es decir, se manifiesta una falsa voluntad por falta de libertad.

Sin embargo también el artículo 1820 del citado ordenamiento hace mención del temor reverencial e indica que el éste no basta para viciar el consentimiento y lo define como el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto.

e).- La lesión.

Consiste en la situación meramente objetiva motivada por la diferencia extrema de las prestaciones a cargo de cada una de las partes en un contrato conmutativo: "Para que haya lesión se requiere que el contrato sea real y objetivamente lesivo para alguna de las partes, por una desproporción exagerada en sus respectivas prestaciones... A esa situación meramente objetiva, consistente en la desproporción exagerada de las prestaciones, se le ha hecho acompañar de una explotación del ganancioso respecto de alguna debilidad personal padecida por el perjudicado, que lo haga estar en clara desventaja. Como tales situaciones subjetivas suelen señalarse la miseria, la ignorancia, la inexperiencia y el estado de necesidad del explotado"⁷³

El artículo 17 del Código Civil Vigente establece que cuando alguno, explotando la suma ignorancia, la notoria inexperiencia o la extrema miseria de otra persona, obtenga un lucro excesivo evidentemente desproporcionado, el perjudicado tiene

⁷² Cfr. De Pina. Ob. Cit. p. 274

⁷³ Domínguez Martínez. ob. Cit. p.583

derecho de pedir la nulidad del contrato o en su defecto a solicitar la reducción equitativa de su obligación, independientemente del pago de los daños y perjuicios.

Cuando alguien acepta recibir una prestación notoriamente desproporcionada obedece generalmente a que su voluntad se encuentra viciada, pues nadie en pleno uso de su razón y su libertad, aceptaría una prestación evidentemente inferior a la que está dando.

Realmente lo que interesa no es la desproporción material, si no el que la voluntad se exteriorice libremente, sin que existan elementos que influyan en ella, tales como los vicios mencionados.

3.- Formalidad.

Las voluntades participantes en la formación de un acto jurídico deben expresarse para que trasciendan y repercutan en éste ámbito y den lugar a la producción de los efectos de derecho que se pretenden con dicho acto, el medio por el cual tiene lugar esa exteriorización es la forma en que la voluntad se declara, la cual es indispensable para llevar a cabo el acto jurídico. Si el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, la forma, es la manera como se externa dicha voluntad.

El artículo 1833 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario, pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Esa exteriorización de voluntad puede ser : Consensual o por escrito.

a).- Consensual.

Son actos consensuales aquellos para cuya validez no se requiere de ninguna formalidad, por lo tanto, toda manifestación de voluntad es válida, ya se haga verbalmente o por escrito, o por señas o en todo caso se desprenda de actos que hagan presumir la voluntad.

Cuando un acto jurídico o contrato se califica de consensual por la ley, se puede exteriorizar la voluntad de cualquier manera, pero si requiere que exista dicha exteriorización. Los actos jurídicos consensuales pueden por consiguiente celebrarse por voluntad expresa o tácita.

Un ejemplo común de los actos consensuales de la compra venta de bienes muebles, cuya celebración es constante y generalizada y no se requiere de ninguna formalidad.

b).- Por escrito.

Son los actos para cuya validez requieren ser otorgados por escrito, ya sea en escrito privado o por escritura ante notario público, de tal manera que la forma verbal no es admisible para su validez y con ello se suprime la posibilidad de una manifestación tácita de voluntad.

El artículo 1834 del citado ordenamiento jurídico señala, que cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Y si alguna no sabe firmar o no puede hacerlo, lo podrá hacer otra a su ruego, pero se estampará en el documento la huella digital del interesado que no firmó.

Cuando se habla de un escrito privado que contiene un contrato o acto jurídico que requiere de dicha formalidad, queda satisfecho con la mera forma escrita, sin

necesidad legal de su redacción y autorización en su caso por notario, con la salvedad de que si bien, en ocasiones con el mero escrito queda satisfecho el requisito formal, hay otras en las que se necesita de intervención de testigos y en otras más, sin dejar de ser escrito privado, los interesados en particular, deberán ratificar el contenido del documento ante dicho fedatario.

En el caso del matrimonio, éste debe revestir la forma escrita y llevarse a cabo ante el Juez del Registro Civil, lo mismo sucede para el caso del divorcio administrativo.

Existen negocios que por ser de mayor importancia, sobre todo patrimonial, la ley exige se haga en escritura ante notario público como medio para satisfacer la forma. La mayoría de los negocios sobre bienes inmuebles se realizan en escritura pública.

El notario público no se limita a autenticar documentos, es el responsable de la redacción y del contenido de la escritura para que la misma satisfaga los requisitos legales necesarios. Así mismo debe asegurarse de la identidad y de la capacidad de los otorgantes, todo ello con la finalidad de la celebración correcta del acto jurídico.

Mediante el otorgamiento de una escritura pública se busca una seguridad jurídica apoyada en la perfección del documento notarial y en la preservación del mismo, la cual corre a cargo del Notario público por el tiempo que la ley lo obliga a resguardar los libros, posteriormente correrá a cargo del Archivo General de notarias donde se confían definitivamente los libros. Así el sistema notarial garantiza que no se extravíe el documento donde consta el acto jurídico celebrado, ya que si los interesado lo llegaran a perder, pueden acudir ante el notario a solicitar la expedición del documento.

La perfección del documento no se refiere únicamente a los aspectos ortográficos o de presentación del documento, si no que se da mayor importancia a los aspectos jurídicos vertidos en el mismo, por ello, es necesario una alta preparación especializada para desempeñar la función notarial.

4.- Licitud en el objeto.

Para que un contrato o acto jurídico sea válido, es indispensable que su objeto sea lícito, es decir, que no sea contrario a lo dispuesto por la ley. Por lo tanto el contenido de las cláusulas contractuales debe respetar las normas legales.

Cuando una persona crea un contrato o cualquier acto jurídico que se oponga a lo ordenado por una norma, dicho acto no surtirá efectos porque no podrá prevalecer sobre la ley y estará afectado de nulidad.

5.- Solemnidad.

La solemnidad "Es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto. La solemnidad es una formalidad que la técnica jurídica ha elevado a la categoría de un elemento esencial"⁷⁴

La importancia social o económica de ciertos actos impone la necesidad de que su exteriorización se ejecute con determinados ritos que son condición de su existencia.

Algunas de las formalidades de los actos jurídicos deben manifestarse de manera solemne, la presencia de ésta es exigida para la estructura del acto en algunos casos.

⁷⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Cajica, México, 1978, p.313

Algunos autores consideran como un tercer elemento esencial del acto jurídico el reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto :“Si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento. Si todas las manifestaciones fueran amparadas por el ordenamiento jurídico, el derecho estaría al servicio de los caprichos de los particulares”⁷⁵

Otros autores como Manuel Bejarano y Galindo Garfias, reconocen como tercer elemento de existencia del acto jurídico, la solemnidad.

“La importancia social o económica de ciertos actos impone la necesidad de que su exteriorización se realice con determinados ritos que son condición de su existencia. Adviértase que la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo, si esa forma ritual de celebración falta, el acto no llega a existir; es inexistente. Es así, una verdadera solemnidad que complementa al acto, es un elemento necesario para su creación”⁷⁶

En el caso del matrimonio como acto jurídico existe una manifestación de voluntad y se forma un consentimiento, ya que como lo comenté, es necesario que ambos contrayentes deseen realizar dicho acto con la finalidad de establecer entre ellos un vínculo matrimonial, por lo que ambos deben exteriorizar su voluntad y así formar el consentimiento, también existe un objeto jurídicamente posible que es llevar una vida en común y procurarse ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos.

Así mismo en el Divorcio Voluntario como acto jurídico existe una manifestación de voluntad por parte de ambos cónyuges, de querer divorciarse y se forma,

⁷⁵ idem

⁷⁶ Bejarano Sánchez, Manuel. Ob.cit. p.79

asimismo, un consentimiento, también existe un objeto jurídicamente posible que es la disolución del vínculo conyugal.

El matrimonio y el divorcio son ejemplos claros de actos jurídicos solemnes ya que no basta la sola manifestación de voluntad y el objeto física y jurídicamente posible, si no, que es necesario manifestar ésta voluntad ante un funcionario público y por escrito para que pueda existir en el mundo legal, ya que se encuentra establecido en nuestro Código Civil que esa voluntad tanto de contraer matrimonio como de disolver el vínculo conyugal, debe manifestarse ante el Juez u Oficial del Registro Civil, en el caso del matrimonio o del divorcio administrativo, y ante un Juez de lo familiar en el caso del divorcio voluntario por vía judicial y el divorcio necesario.

CAPITULO IV

EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DISTRITO FEDERAL Y LA NUEVA TENDENCIA DEL DIVORCIO VOLUNTARIO.

I.-Procedimiento de Divorcio Voluntario en el Distrito Federal

Cuando no se cumplen los requisitos para llevar a cabo un divorcio voluntario de tipo administrativo y se tiene la voluntad de disolver el matrimonio, existe el divorcio de tipo judicial, que se decreta por sentencia, y disuelve el vínculo matrimonial, así como la sociedad conyugal en caso de existir.

1.- Requisitos de procedibilidad.

El Código Civil establece que es procedente el Divorcio Voluntario por la vía Judicial cuando los consortes que no se encuentren en el caso previsto en el artículo 273 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo familiar, es decir, no se encuentren en el supuesto establecido para el divorcio administrativo.

De la misma forma estipula que debe apegarse a lo que ordena el Código de Procedimientos Civiles, el cual establece que debe haber transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio, esto implica que tienen el tiempo necesario para conocerse y adaptarse a la vida en común.

También, es necesario que acompañen un convenio en el que se establecerán las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la separación de los cónyuges, en cuanto a los mismos, los hijos que tengan en común y los bienes que hasta el momento posean.

Por lo tanto, pueden divorciarse por mutuo acuerdo aquellas personas que:

a).- Tengan un año o más de casados.

b).- Tengan hijos menores de edad o que requieran alimentos

c).- Posean bienes en común

A).- El consentimiento de las partes

Es preciso que los cónyuges manifiesten su voluntad de querer divorciarse, ya que como se comentó en el tercer capítulo, es necesario que se exteriorice la voluntad a fin de que se forme el consentimiento y como acto jurídico pueda tener efectos en la esfera legal.

Considero importante puntualizar que previo a la tramitación de un divorcio voluntario, por lo general ya ocurrió una reflexión y un análisis por parte de los cónyuges, ya que, en este tipo de divorcio no se da pie con facilidad al arrebató, dado que ambos cónyuges debieron llegar a un acuerdo para poder presentar la solicitud ante el Juez correspondiente, así como para elaborar el convenio que solicita la ley para que pueda proceder el mismo.

B).- Documentos de presentación

a).- Escrito inicial

A éste escrito inicial se le da el nombre de solicitud de divorcio, y a decir de Arellano García no es posible llamarle demanda, "Al escrito inicial por el que se promueve el divorcio por mutuo consentimiento no podemos llamarle demanda en atención a que no se suscita controversia entre partes. Por tanto, ese escrito inicial no satisfará los requisitos que exige el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles par el Distrito Federal. El nombre legalmente atribuido al escrito inicial es el de solicitud, tal y como se desprende del artículo 675 del código procesal citado"⁷⁷

⁷⁷ Arellano García Carlos. Ob. Cit. p. 344,

Ya comente que es cierto que no existe controversia alguna en el divorcio por mutuo consentimiento, sin embargo, si estamos hablando de un procedimiento, e independientemente de que sea llamada solicitud o demanda, corresponde dirigirse al Juez de lo Familiar en turno, mencionando el nombre de ambos cónyuges debido a que promueven de manera conjunta su divorcio.

Debe presentarse ante el Juez competente, según la fracción XII del artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles, es juez competente en los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y según la fracción VIII en los actos de jurisdicción voluntaria, el del domicilio del que promueve. Sin embargo, el Código mencionado no establece al divorcio voluntario dentro de la jurisdicción voluntaria, por lo que entonces será competente el juez del domicilio conyugal.

Así mismo, debe señalarse el domicilio para oír notificaciones, de acuerdo a lo establecido por el artículo 112 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual señala: Todos los litigantes, en el primer escrito o en la primera diligencia judicial, deberán fijar la casa ubicada en el lugar del juicio para que se les hagan las notificaciones y se practiquen las diligencias que sean necesarias, y advierte que cuando un litigante no cumpla con este requisito, las notificaciones, aun las que, deban hacerse personalmente, se le harán por el Boletín Judicial.

El domicilio es un atributo de la persona y el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 29, lo define como el lugar en el que una persona reside habitualmente, señalando que a falta de éste el domicilio será el lugar del centro principal de sus negocios, pero si no existieran éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren, puntualiza finalmente que, se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

Según Emmerly, en la exposición de motivos del Código Civil Francés, se especifica que el domicilio es "El lugar en donde una persona que tiene el goce de sus derechos civiles, ha establecido su morada, el centro de sus negocios, el asiento de su fortuna; el lugar de donde esta persona no se aleja, si no con el deseo o la esperanza de volver a él tan pronto como cese la causa que motivó la ausencia"⁷⁸

Por su parte, el artículo 30 del citado ordenamiento legal determina que el domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.

Y el artículo 31 estipula en su fracción IV que en el caso de los cónyuges se reputa domicilio legal, aquél en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 29.

Domicilio conyugal según el artículo 163 del Código Civil vigente para el Distrito Federal se considera, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, donde ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Podemos decir entonces, que el domicilio, es el lugar donde está legalmente ubicada una persona para cualquier efecto, y los cónyuges deben señalar la dirección en la cual se pueden practicar las notificaciones necesarias.

En el escrito o solicitud los cónyuges pueden autorizar profesionistas que escuchen notificaciones o recojan documentos en su nombre.

También deberán manifestar su voluntad de querer divorciarse, es decir, solicitar la disolución del vínculo matrimonial en virtud de su mutuo consentimiento.

⁷⁸ Citado por Couto, Ricardo. Derecho Civil personas, vol.3, editorial Jurídica universitaria, México, 2002, p.57

En un apartado de hechos, deberán precisar

- La fecha en que contrajeron matrimonio
- Bajo que régimen patrimonial se celebró el mismo.
- Cuantos hijos procrearon o en su defecto, que no los procrearon.
- Si poseen o no bienes.
- Que se anexa el convenio previsto por el artículo 273 del Código Civil.
- Si agrega o no un inventario de bienes adquiridos en sociedad conyugal durante el matrimonio.

En otra sección de la mencionada solicitud, se pueden señalar las disposiciones legales aplicables al fondo, y las aplicables al procedimiento.

De igual forma, habrá un capítulo de puntos petitorios, en la cual se instará a que el Juez los tenga por presentados, solicitando el divorcio por mutuo consentimiento, es decir, la disolución del vínculo conyugal que los une.

También, debe pedirse que el Juez señale el día y la hora en que se llevará a cabo la primera junta de avenencia, señalada por el Código de Procedimientos Civiles. Así mismo se pedirá, se dé vista al Ministerio Público, a fin de que intervenga de acuerdo a la ley para velar por los intereses de los menores. Finalmente se requerirá, se declare disuelto el matrimonio y se apruebe el convenio presentado, juntamente con el escrito inicial del procedimiento.

b).- Convenio

El convenio puede considerarse como un contrato de derecho público, por lo tanto el Estado como la sociedad están interesados en que se otorgue de acuerdo a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio.

La ley obliga a los consortes a incluir en el diversas condiciones sin las cuales carece de validez y eficacia jurídica, en otras palabras, los consortes no tienen plena libertad para otorgarlo fuera de las disposiciones legales.

El citado Código Civil, establece en su artículo 273 que los cónyuges que llevan a cabo un divorcio voluntario por la vía judicial, deben presentar al juzgado un convenio en el que se fijen los siguientes puntos:

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

De acuerdo al artículo 282 del Código Civil, salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre.

Se busca con ello la seguridad, tanto física como emocional de los menores, es decir, deberán estar con alguien que pueda hacerse cargo de ellos, que pueda proporcionarles el cuidado necesario y el beneficio emocional que requieren.

II.- El modo de asistir las necesidades de los hijos a quienes corresponda recibir alimentos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.

Uno de los principales aspectos que debe ser muy claro en el convenio es el punto mencionado ya que debe siempre en primer término, asegurar el bienestar de los menores o incapaces.

III.-Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del hogar conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio.

Debe, en consecuencia, existir un acuerdo respecto de quién de los dos cónyuges será el que habitará el hogar conyugal y por supuesto tendrá el uso de los enseres familiares, durante el procedimiento y se debe además presentar un proyecto de partición de bienes.

IV.- La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a

comunicar los cambios de domicilio, aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias.

Anteriormente la ley establecía, que se debía determinar la casa en donde habitaria la esposa durante la tramitación del juicio, sin embargo, actualmente se toma en cuenta la igualdad del marido y de la mujer ante la ley tal y como lo señala el artículo 4º. Constitucional, por lo que debe determinarse en donde vivirá cada cónyuge, además del compromiso de avisar si se cambiara de domicilio ya que subsisten el deber de proporcionar alimentos.

V.- La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II.

Es decir debe señalarse el modo de asistir las necesidades del cónyuge acreedor, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.

El artículo 273 en comento no señala quien de los cónyuges es el acreedor y cuál de ellos el deudor, sin embargo, el artículo 288 en su último párrafo, señala que en el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato, sin embargo, también el hombre podría ser el cónyuge acreedor, en el caso que se encontrara incapacitado para trabajar.

Es necesario que se garantice el pago de dicha obligación, tal y como lo solicita el mencionado artículo 273 por lo que, en el convenio debe especificarse claramente como se cumplirá con dicho compromiso.

Cabe citar el siguiente criterio jurisprudencial al respecto.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XIII, Mayo de 2001
Tesis: XX.1o.182 C
Página: 1130

DIVORCIO VOLUNTARIO, CUÁNDO PROCEDE EL PAGO DE ALIMENTOS EN EL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Es principio general de la hermenéutica jurídica el que las normas integrantes del sistema legal mexicano deban interpretarse en forma tal que, sin excluirse, se complementen unas con otras; de esta forma, si el artículo 269, fracción IV, del Código Civil del Estado de Chiapas establece: "Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los puntos siguientes: ... IV. La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo.", en tanto que el ordinal 284 del mismo cuerpo de leyes en consulta dispone: "En los casos de divorcio necesario, el Juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, resolverá acerca del pago de alimentos en favor del inocente.-Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.-En el divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimentaria, ni a la indemnización que concede este artículo, salvo pacto en contrario.", no cabe sino concluir en base a la interpretación sistemática de ambos preceptos que en realidad la intención del legislador es obligar a los cónyuges a pactar el pago de alimentos que habrá de sufragar uno de ellos durante el procedimiento, empero, tal pago se extinguirá una vez disuelto el vínculo matrimonial, salvo pacto en contrario; lo que se colige de la redacción íntegra del segundo de los numerales antes mencionados, dado que el mismo hace hincapié respecto de las hipótesis en que persiste la obligación alimentaria después de decretado el divorcio. Por ende, interpretar dicho numeral tomando en cuenta únicamente su último párrafo, es no ir más allá de su sentido pretendidamente gramatical; y con semejante interpretación se llegaría incluso al fraude de la ley, aceptándose que queda a juicio de los consortes pactar el pago de alimentos durante el procedimiento de divorcio voluntario, cuando el artículo 269 referido impone categóricamente esa obligación.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 583/2000. Ignacio Marín Ruiz. 26 de enero de 2001.
Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hinostroza Rojas. Secretario: Leopoldo de Jesús Cortés Esponda.

VI.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide , así como la forma de liquidarla, exhibiendo

para ese efecto, en su caso las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición.

Los bienes son objetos, que por sus cualidades reales o supuestas, tienen la posibilidad de satisfacer directamente o indirectamente una necesidad.

“En el ámbito jurídico patrimonial por bien entendemos todo objeto susceptible de propiedad particular, es decir, lo que por su naturaleza y por no haber una disposición legal que se oponga en su caso puede pertenecer a una persona en exclusiva, sea ésta de derecho privado o de derecho público, el Estado mismo inclusive”⁷⁹

En atención a las características físicas de una cosa, se distinguen los bienes muebles e inmuebles.

Según el artículo 753 del Código Civil para el Distrito Federal, son muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de alguna fuerza exterior.

En el convenio debe establecerse, quien administrará los bienes que ambos cónyuges tienen en común, así como la forma en que se liquidará la sociedad conyugal y la forma en que se distribuirán, tanto los bienes muebles como los inmuebles, aunque en la mayoría de los casos, no se presenta un inventario como tal, únicamente se mencionan los bienes de mayor valor, económicamente hablando, y en consecuencia tampoco se presenta un avalúo ni proyecto de partición, sin embargo, al respecto la siguiente Jurisprudencia señala:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Enero de 2003

Tesis: XX.2o.16 C

Página: 1771

⁷⁹ Domínguez Martínez. Ob. cit. p 301

DIVORCIO VOLUNTARIO. BASTA QUE AL CONVENIO JUDICIAL SE ANEXE UN LISTADO DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE EL MATRIMONIO Y QUE EN ÉSTE LOS CÓNYUGES DETERMINEN SU VALOR, SIN NECESIDAD DE UN DICTAMEN PERICIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). La última parte de la fracción V del artículo 269 del Código Civil para el Estado de Chiapas establece, como requisitos para la aprobación del convenio judicial, que se formule con motivo del divorcio voluntario, que a éste se acompañe un inventario y avalúo de los bienes de la sociedad conyugal, adquiridos durante el matrimonio; ahora bien, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, por "inventario" debe entenderse: "Asiento de los bienes y demás cosas pertenecientes a una persona o comunidad, hecho con orden y precisión.", y tomando en consideración que en tratándose de la formulación de inventarios y avalúos en el caso de divorcio, no existe disposición legal alguna que señale qué formalidades deban reunir, como acontece, por ejemplo, en relación con los que se realizan en el caso de los juicios sucesorios, entonces, para tener por colmados dichos requisitos, basta que los consortes acompañen al convenio de que se trata, una lista formulada por éstos, en la que detallen los bienes adquiridos durante su unión matrimonial, y como avalúo es suficiente el valor que les asignen en el mismo, sin necesidad de su elaboración por un perito en la materia o por una persona con conocimientos especiales; lo anterior, toda vez que al ser el divorcio un acto voluntario de los cónyuges, éstos se encuentran en libertad de celebrar las convenciones que más convengan a sus intereses, con la única limitación de que no sean contrarias al derecho o a la moral. Así, cuando conforme a las constancias que integran el expediente principal se advierta que los consortes, a su solicitud de divorcio acompañaron sendos convenios, y en uno de ellos listaron los bienes adquiridos durante su matrimonio, señalaron las características de éstos para su identificación, el valor que les atribuían y la forma de distribución, es evidente que se colmaron los requisitos a que se refieren la fracción y numeral antes citados.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 287/2002. Arcenia García Gómez y otro. 25 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Alma Rosa Díaz Mora. Secretario: Humberto Barrientos Molina.

VII.-Las modalidades bajo las cuales, el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Comúnmente los menores se encuentran al lado de la madre y quien ejerce el derecho de visitas es el padre, cabe mencionar que es frecuente que en el convenio se establezcan períodos en los cuales los menores estarán al lado del

padre o de la madre según sea el caso de quien de ellos es el que posee la custodia de los menores

c).- Garantía

"El término garantía, según la Real Academia de la lengua Española se deriva de la palabra garante, que a su vez tiene su origen en la palabra werento, del antiguo alto alemán. Significa cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad."⁸⁰

Lo más importante en el convenio, que no debe omitirse, es lo relativo a los alimentos, tanto de los hijos como de los cónyuges y la garantía concerniente a su pago.

Los contratos de garantía nacen por la inseguridad del acreedor ante el riesgo de que el deudor no cumpla con sus obligaciones adquiridas, sin embargo en el divorcio por mutuo consentimiento y dado que se realiza un convenio, se supone que ambos cónyuges están de acuerdo, uno en proporcionar periódicamente una cantidad por concepto de pensión alimenticia, y otro en aceptar la cantidad señalada en el convenio, sin embargo, tanto la ley como el Ministerio Público en su función de velar por los intereses de los menores o incapaces, exigen se garantice la forma de asistir las necesidades de los mismos.

Por lo tanto, es indispensable garantizar el pago de la pensión alimenticia ya sea mediante fianza, prenda o hipoteca.

.Fianza.- El contrato de fianza es aquel en el que una persona llamada fiador, se obliga frente al acreedor, a pagar por el deudor el importe de su adeudo, si éste no lo hace, así lo señala el artículo 2794 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Dicho contrato está sujeto a la preexistencia de una obligación, y tiene

⁸⁰ Diccionario Jurídico. Ob. Cit. p. 96

como fin garantizar al acreedor el cumplimiento de la misma, ya se trate de una obligación de dar, de hacer o no hacer.

"El contrato de fianza crea un derecho personal entre el fiador y el acreedor constituyendo una asunción de deuda sujeta a una condición suspensiva para el caso de que el deudor principal no cumpla con el pago"⁸¹

El fiador es el sujeto que se obliga a pagar por el deudor, cuando éste incumple con su obligación, por lo tanto, de ninguna manera quedarían desamparados los menores en cuanto al pago de sus necesidades económicas.

Prenda.- En el contrato de prenda una persona constituye a favor del acreedor, un derecho real sobre un bien mueble de su propiedad, el cual es enajenable, y que entrega al acreedor para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, tal y como lo establece el artículo 2856 del citado Código Civil.

Hipoteca.- De acuerdo al artículo 2893 del citado ordenamiento, es la garantía real constituida sobre bienes propiedad del deudor que no se entregan al acreedor, y que le dan derecho en el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecida por la ley. La hipoteca puede recaer sobre bienes especialmente determinados.

d).- Demás documentos

Debe acompañarse a la demanda de divorcio, una copia certificada del acta de matrimonio, dicho documento es indispensable ya que el divorcio presupone la existencia de un matrimonio válido y el acta constituye la prueba del mismo.

⁸¹ Chirino Castillo, Joel. Derecho Civil III, Segunda edición, McGRAW-HILL, México, 1996, p. 181

Copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos procreados en el matrimonio, son también necesarias, porque el juicio de divorcio voluntario también presupone que los divorciantes han procreado hijos, de otro modo el procedimiento podría llevarse por la vía administrativa.

Inventario y avalúo de los bienes de la sociedad conyugal que va a liquidarse en virtud del divorcio.

En el foro de nuestros tribunales, se incluye el convenio en el escrito inicial o solicitud, y con excesiva frecuencia no se presenta el inventario ni el avalúo, pero esta omisión es notoriamente violatoria de la ley, excepto en el caso de que no haya bienes de la sociedad, sin embargo, aún así, es necesario que dicha circunstancia se manifieste en el convenio.

En el divorcio por mutuo acuerdo en la vía judicial, no hay controversia sobre la voluntad de los cónyuges en el sentido de poner término al matrimonio, sin embargo, el Juez debe resolver sobre la validez y conveniencia del pacto o convenio concertado por los mismos, es decir, el acuerdo que sirve de base a la separación.

2.- Admisibilidad de la demanda

Es indispensable que al escrito inicial de divorcio se acompañen los documentos ya mencionados por lo que, faltando alguno de ellos, el juez no debería darle entrada a la misma, o prevenirla.

Si la solicitud inicial del divorcio voluntario se presentara incompleta en cuanto a su contenido, fuese oscura o en ella se manifestara cualquier irregularidad, el Juez deberá prevenir a los promoventes para que la aclaren, corrijan o completen, señalando en concreto sus defectos de acuerdo a lo que señala el artículo 257 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal que a la letra dice: Si la demanda fuere oscura o irregular, o no cumpliera con algunos de los

requisitos de los artículos 95 y 255, el Juez dentro del término de tres días señalará con toda precisión en qué consisten los defectos de la misma, en el proveído que al efecto se dicte. El actor deberá cumplir con la prevención que haga el Juez en un plazo máximo de cinco días, contados a partir del día siguiente a aquel en que haya surtido efectos la notificación por Boletín Judicial de dicha prevención, y de no hacerlo, transcurrido el término, el Juez la desechará y devolverá al interesado todos los documentos originales y copias simples que se hayan exhibido, con excepción de la demanda, con la que se haya formado el expediente.

Si los solicitantes subsanan los puntos señalados en la prevención, el Juez dará curso a la solicitud.

a).-Requisitos del auto admisorio.

En el auto admisorio, si no existiera motivo de prevención o de rechazo de la solicitud inicial de divorcio, el Juez debe, en el mismo, tener por presentados a los cónyuges, promoviendo su divorcio por mutuo acuerdo y por hecha la solicitud.

En el mismo auto deberá tener por exhibidos los documentos y copias que acompañan a la solicitud y por último fijará día y hora para que tenga lugar la primera junta de avenencia, la cual deberá llevarse a cabo antes de los quince días posteriores a la presentación de la solicitud, citando a los cónyuges y al representante del Ministerio Público, de acuerdo a lo señalado por el artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles referido.

b).-Vista al Ministerio Público

El Ministerio Público es el órgano del Estado que interviene para velar por los derechos e intereses morales y patrimoniales de los hijos menores de edad o incapaces.

Los aún cónyuges, deben acompañar una copia de la solicitud inicial, una copia del convenio y copias de las actas, tanto de matrimonio de ellos como de nacimiento de los menores o incapaces, para que se corra traslado al Ministerio Público y éste quede debidamente enterado.

El Ministerio Público es citado por el Juez para la primera junta de avenencia, aunque no acuda, normalmente formula un escrito, en donde hace las manifestaciones que convienen a su representación social, ya sea para oponerse o para presentar su aprobación del convenio.

Posteriormente es convocado para la segunda junta de avenencia y nuevamente emite un escrito en el cual determina, si en su concepto quedan bien garantizados los derechos de los menores o incapacitados.

De lo que establece el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles, se infiere que el Ministerio Público puede oponerse a la aprobación del convenio cuando éste contenga condiciones contrarias a los derechos, necesidades, o al bienestar de los hijos menores de edad o incapaces, de ser así, propondrá las modificaciones que estime procedentes.

A dicha oposición debe recaer un auto, del cual se dará vista a los cónyuges para que dentro del término de tres días manifiesten si aceptan o no las correcciones y modifiquen el convenio de acuerdo a lo solicitado por el Ministerio Público, aunque el Juez no está obligado a someterse a los requerimientos de dicho órgano, si debe resolver lo conducente, tomando en cuenta que los derechos de los hijos no sean violados, ya que el mismo artículo mencionado, establece en su segunda parte que, en caso de que los divorciantes no acepten las modificaciones sugeridas, el tribunal debe resolver en la sentencia lo que proceda con arreglo a la Ley, cuidando de que en todo caso, queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

Sin embargo, en la última parte del artículo mencionado, se establece que cuando el convenio no fuere de aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.

c).-Verificación de la garantía

En el caso del divorcio ya sea voluntario o necesario uno de los puntos más elementales que debe resolver el Juez es la seguridad de los menores o de los incapacitados por lo que es primordial que verifique, que, efectivamente los intereses de los mismos resultan bien resguardados, incluso es usual, que se gire oficio a la empresa o institución en la que labora el deudor alimentario, que generalmente es el padre, a fin de que se lleve a cabo el descuento correspondiente al monto de la pensión alimenticia y se entregue directamente a la madre de los menores, que como ya señalé, es ella quien de acuerdo a la ley conserva la custodia de los mismos, salvo que afecte su normal desarrollo.

3.-Primera Junta de Avenencia

Una vez que se ha presentado la solicitud de divorcio, el tribunal debe citar a los cónyuges y al Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente ante el Juez, según lo establece el artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la primera junta de avenencia debería llevarse a cabo después de ocho días de hecha la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo y hasta antes de los quince días, sin embargo, en la realidad y dada la carga de trabajo que en general tienen los tribunales, la referida junta se lleva a cabo hasta un mes posterior incluso.

Si asistieran los interesados, es decir, los cónyuges, el Juez los exhortará e incitará para buscar, se proponga una reconciliación.

Si no logra averarlos, aprobará provisionalmente, oyendo al Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquellos y de los que un

cónyuge deba dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento.

Es importante comentar, que las leyes procesales son de orden público, así como las tareas que establecen, de lo que se infiere que no deben ser violadas, y, sin embargo, es notoria la violación en que incurren los tribunales, al fijar la primera junta de avenencia posteriormente al término establecido por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y más aún al no llevar a cabo lo que establece los artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles en los cuales se señala que el Juez debe procurar la reconciliación de los cónyuges.

a).- La función del Juez

La intervención del Juez en las juntas de avenencia, tiene por objeto influir en el ánimo de los esposos, a fin de que desistan de su propósito de divorciarse, lo que significa, que debe buscar la reconciliación de los cónyuges para tratar de conservar unida a la familia. En muchos juzgados existe un conciliador que es quien trata de avenir a la pareja, pero no siempre se lleva a cabo una verdadera labor de convencimiento.

b).- La realidad en la práctica forense.

En la práctica algunos tribunales no siempre llevan al pie de la letra las juntas de avenencia, es decir, no buscan la reconciliación de los cónyuges, aún cuando en los Juzgados existe una persona específicamente para ello, llamada conciliador, no siempre se lleva a cabo la conciliación tal cual la establece el Código de Procedimientos Civiles ya que únicamente se les pregunta a los cónyuges si efectivamente se quieren divorciar y se les hace firmar lo actuado durante la junta de avenencia.

4.- Segunda junta de Avenencia

La segunda junta de avenencia deberá realizarse después de los ocho, antes de los quince días de solicitada, conforme lo señala el artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal aunque con mucha frecuencia se señala fecha hasta dos o tres meses posteriores a la solicitud y en ella se volverá a exhortar a la reconciliación de los cónyuges, pero si tampoco se logra y en el convenio resultan bien asegurados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del Ministerio Público sobre el propio convenio. decidirá sobre el mismo y dictará sentencia en la que quedará disuelto el matrimonio.

Muchos de los divorcios voluntarios, que se promueven no se concluyen, por diferentes circunstancias, aunque la causa de mayor incidencia, es por que se abandona el juicio, lo cual no asegura que haya sido por reconciliación de los cónyuges, aunque sí podría darse el caso, sin embargo, existen muchas parejas que no concluyen el trámite de divorcio, pero tampoco se reconcilian y terminan viviendo relaciones ilícitas fuera del matrimonio, por lo tanto existen numerosos matrimonios disueltos de hecho pero no de Derecho

Los tribunales no tienen la infraestructura, ni los recursos humanos necesarios para atender a las miles de personas que acuden diariamente a promover diferentes asuntos y dada la carga de trabajo, la justicia no es, ni pronta ni expedita.

Según uno de los Jueces entrevistados, y cuyo nombre se omite por así convenir a sus intereses, manifiesta que: "En siete años de servicio no se ha logrado ninguna reconciliación, es decir, ninguno de los cónyuges se arrepiente de querer divorciarse, incluso llegan a arrepentirse en cuanto a los términos del convenio, por lo que se da pie a un trámite de divorcio necesario, pero no en cuanto a su decisión de divorciarse.

Al eliminarse por lo menos una junta de avenencia, aunque yo eliminaría ambas, se evitaría la corrupción por que los abogados de los cónyuges buscan la manera de no celebrar las juntas, asimismo, se evitaría que la gente mintiera al respecto, ya que, cuando es necesario demostrar una causal, la gente comienza a mentir y se inventan muchas cuestiones, el Estado se ahorraría millones de pesos, aunque si el propio Estado se interesa en que sobreviva el matrimonio, debería prever los medios para evitarlo, apoyando económicamente a la cónyuge y a los hijos⁸²

Considerando que la pareja ya pasó por un proceso, respecto a la conveniencia o inconveniencia del divorcio, ya se dio el tiempo para analizarlo y comentarlo entre sí, y partiendo de que el divorcio por mutuo consentimiento es un acto jurídico que requiere la voluntad de ambos cónyuges para llevarse a cabo, y si ambos están manifestando dicha voluntad formando un consentimiento, considero inútil la segunda junta de avenencia ya que solo lleva a una mayor pérdida de tiempo, más gastos vanos, mayor carga de trabajo para los tribunales y también porque no decirlo a dañar más a los menores, quizá podría en un momento dado, cambiarse por una ratificación escrita.

A decir de algunos autores, las facilidades proporcionadas a los cónyuges para llevar a cabo el divorcio genera una mayor incidencia de los mismos, sin embargo, difiero de esa opinión, señalando que, actualmente se da el divorcio con mayor frecuencia por diversas razones.

En los hogares se ha brindado mayor apertura y soporte para la superación de la mujer en diferentes aspectos.

En la actualidad la mujer se encuentra más preparada por lo que defiende sus derechos, ha tomado más conciencia de la existencia de los mismos y de que los puede ejercitar, circunstancia que anteriormente no tenía clara, ya que incluso la ley la hacía depender del marido para poder ejercitarlos, según lo indicaba el artículo 4º Constitucional.

⁸² Entrevista a Juez del TSJDF, Juzgado Décimo Familiar, Abril de 2005

Laboralmente hablando, ha logrado incursionar en áreas anteriormente exclusivas de los hombres, por lo que económicamente ha llegado a ser autosuficiente y puede no depender de ellos en este aspecto.

Legalmente existe mayor apoyo hacia la mujer lo que genera seguridad en ella, para evitar ser objeto de maltrato por parte del esposo.

Por otro lado, un número considerable de divorcios voluntarios buscan ocultar las verdaderas razones que originan tal decisión, que en ocasiones son graves, y evitar así el escándalo de un divorcio necesario, asimismo evadir la carga de la prueba, razones que son señaladas en la siguiente Tesis:

Quinta Epoca
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LXXXIII
Página: 2847

DIVORCIOS VOLUNTARIO Y NECESARIO, DIFERENCIA ENTRE LOS.
Existe una gran diferencia entre el divorcio necesario y el divorcio por mutuo consentimiento: en aquel, se trata de probar quién dio causa al divorcio, y uno de los principales efectos de la sentencia, es la pérdida por el cónyuge culpable de la patria potestad sobre sus hijos; el divorcio voluntario, en cambio, fue instituido por el legislador, entre otros motivos, para proporcionar a los cónyuges un procedimiento en el que puedan ocultar causas graves de divorcio, que en la mayor parte de los casos constituyen un oprobio para los hijos.

Amparo civil directo 8688/44. Carral Francisco J. 19 de febrero de 1945.
Unanimidad de cuatro votos. Disidente: Emilio Pardo Aspe. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

La separación es una necesidad en el matrimonio cuando la vida en común se hace imposible, considero absurdo pretender que el matrimonio subsista a pesar de las desavenencias de los esposos.

Al respecto Couto señala: "Mucho se habla de que el divorcio es contrario a la dignidad del matrimonio, nosotros preguntamos ¿No es más indigno para el matrimonio y mas contrario al respeto que se merece esta institución el pretender que se mantenga por la fuerza?, además, ¿no es una tiranía, una violencia incompatible con la dignidad humana el querer que dos individuos sigan

llamándose esposos y teniéndose las consideraciones de tales, cuando han mediado entre ellos ofensas gravísimas contra la persona o contra el honor?... En cuanto a los hijos señala ...lo que hace la desgracia de los hijos no es la ruptura legal del matrimonio, es la discordia, el odio, el crimen, de que ellos son los testigos y las víctimas"⁸³

5.-Sentencia

La resolución que dicta el Juez de lo familiar, al concluir el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, presenta las siguientes características:

El código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente le da el carácter de sentencia a la resolución última que se dicta en el procedimiento de divorcio voluntario, así la denominan los artículos 676, 680, 681 y 682 del Código de Procedimientos Civiles vigente. La resolución que emite el Juez de lo familiar podría ser una verdadera sentencia, ya que debe resolver alrededor de las posiciones antagónicas en el caso de que el Ministerio Público manifieste su oposición al convenio.

Cuando en la sentencia se concede el divorcio, se disuelve el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges, pero también se debe resolver sobre el convenio presentado, y aún cuando algunos autores consideran que se trata de una sentencia meramente declarativa, la sentencia dictada en el divorcio voluntario realmente es una sentencia constitutiva, en atención a que se altera la situación jurídica de ambos cónyuges en relación a su estado civil.

Al dictarse sentencia en el divorcio voluntario y disponerse que se disuelva el matrimonio causará efectos en cuanto a los cónyuges ya que ambos adquieren la libertad de contraer un nuevo matrimonio, actualmente no se establece en la ley ninguna limitante al respecto.

⁸³ Couto, Ricardo. ob. cit. p. 174 y sig.

a).-Medio de impugnación

La sentencia de divorcio voluntario es impugnable a través del recurso de apelación, el artículo 681 del mencionado Código de Procedimientos Civiles señala que la sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento, es apelable en el efecto devolutivo y la que lo niegue es apelable en ambos efectos, es decir, en el primer caso continúa el procedimiento ante el Juez de primera instancia, y en el segundo caso suspende el procedimiento y la jurisdicción del Juez de primera instancia.

II.- Procedimiento en el Estado de México, la nueva tendencia.

1.- Requisitos de Procedibilidad.

El artículo 4.101. del Código Civil del Estado de México señala que el divorcio voluntario judicial o administrativo no podrá pedirse si no pasado un año de la celebración del matrimonio.

a).-El consentimiento de las partes

En la legislación del Estado de México es muy importante la voluntad de las partes, en éste caso el consentimiento de los cónyuges, situación que podemos observar incluso en el procedimiento de divorcio voluntario al decretarse una sola junta de avenencia, incluso se suprimió en el Código Civil vigente de dicho Estado la disposición relacionada con el plazo para contraer nuevo matrimonio en los casos de divorcio voluntario para posibilitar a las personas divorciadas a contraer nuevas nupcias de acuerdo a sus intereses, justificándola en razón de no existir contienda, si no un acuerdo de voluntades por lo que no es atendible la aplicación de sanción alguna. De igual manera puede ser aplicable al procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento, ya que al no existir una contienda, los divorciantes manifiestan su voluntad para disolver el vínculo que los une.

b).- Documentos de presentación

De acuerdo a lo que señala el artículo 2.275 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México vigente cuando ambos esposos acuerden divorciarse, deben presentar su solicitud escrita al Juez anexando:

- a).- El convenio a que se refiere el código civil.
- b).-Copia certificada del acta de matrimonio
- c).-Copia certificada del acta de nacimiento de sus menores hijos

Respecto al convenio, el artículo 4.102 del Código Civil del Estado de México, vigente, señala que los cónyuges pueden divorciarse voluntariamente acudiendo al Juez competente, y deben presentar un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

a).- El domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento, no se establece que cada cónyuge deba designar un domicilio distinto al del otro, únicamente requiere se señale una residencia, sin embargo, el artículo 4.103. del Código Civil mencionado establece en su primera parte que antes de que se decrete el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, de lo que se infiere que pueden señalar domicilios distintos durante el procedimiento.

b).- 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. Lo anterior queda al libre arbitrio de los cónyuges ya que el artículo 4.109. establece que en el divorcio voluntario, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, lo cual es apoyado por las siguientes Tesis Jurisprudenciales:

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Abril de 1999
Tesis: II.1o.C.177 C

Página: 490

ALIMENTOS EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). De conformidad con el artículo 271 del Código Civil del Estado, en el divorcio voluntario, los cónyuges no tienen derecho a percibir alimentos, salvo pacto en contrario, por lo que los alimentos estipulados por convenio entre los cónyuges no se rigen por las disposiciones relativas a los alimentos legales, sino por la voluntad de las partes.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 832/98. Héctor Iván Hernández Ramírez. 12 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Romero Vázquez. Secretaria: Adriana de los Ángeles Castillo Arceo.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen CXXIII, Cuarta Parte, página 29, tesis de rubro: "DIVORCIO VOLUNTARIO. ALIMENTOS CONVENCIONALES ENTRE LOS CÓNYUGES."

ALIMENTOS. SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS A LA EXCÓNYUGE EN EL JUICIO DE DIVORCIO VOLUNTARIO, CUANDO AQUELLOS SE ESTABLEZCAN EN CONVENIO JUDICIAL ELEVADO A LA CATEGORÍA DE COSA JUZGADA, CON EL CUAL CULMINARA UNA ANTERIOR CONTROVERSIÁ SOBRE EL NECESARIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). De conformidad con el artículo 271 del anterior Código Civil para el Estado de México, similar a lo dispuesto por el numeral 4.109 del actual ordenamiento sustantivo, en el divorcio voluntario los cónyuges carecen de derecho a percibir alimentos, salvo pacto en contrario; por consiguiente, cuando exista de antemano un convenio elevado a la categoría de cosa juzgada donde las partes por recíprocas concesiones acordaren terminar una previa controversia sobre divorcio necesario y pactaren alimentos en favor de la consorte, y luego deciden resolver voluntariamente su matrimonio, deben prevalecer dichos alimentos sin que haya lugar a excluirsele, puesto que tal circunstancia constituye sin duda un pacto expreso que se encuentra juzgado en definitiva, precisamente porque esa prestación y sus particularidades formó parte de la contienda anterior y, por tanto, influye en ese aspecto en orden al divorcio voluntario posterior.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 115/2003. 25 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Faustino García Astudillo.

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

El Código Civil vigente del Estado de México determina en su artículo 4.228. que cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba asumir provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, los que la ejercen acordarán quién de ellos se hará cargo del menor, pero, si no llegan a ningún acuerdo, los que aún no cumplan los diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para ellos, respecto de los mayores de diez pero menores de catorce, el Juez, después de oír a los interesados, decidirá quién se hará cargo de ellos y los mayores de catorce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, sin embargo, si éstos no eligen el Juez lo decidirá.

El Código Civil mencionado establece en su artículo 4.203 que la patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección, respecto a éste señala que quien tiene la patria potestad o tiene menores bajo su custodia, tiene la facultad de corregirlos mesuradamente, educarlos convenientemente y la obligación de observar una conducta que les sirva de buen ejemplo.

Por su parte el artículo 4.204 del mismo ordenamiento legal indica que la patria potestad se ejerce en primer término por el padre y la madre, a falta de ellos la ejercerán los abuelos maternos y por último los abuelos paternos.

d).-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, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.

El derecho de recibir alimentos es irrenunciable, imprescriptible e intransigible de acuerdo a lo señalado por el propio código.

Los alimentos, señala el artículo 4.135, comprenden todo lo que sea necesario para el sustento, habitación, vestido y atención médica y hospitalaria pero tratándose de menores y tutelados comprenden además los gastos necesarios

para la educación primaria y secundaria del alimentista. Acerca de los descendientes los alimentos incluyen además facilitarle algún oficio, arte o profesión apropiados a sus circunstancias personales.

El mismo Código Civil en su artículo 4.103. ordena que el Juez decrete las disposiciones necesarias para proteger la subsistencia de los hijos a quienes haya obligación de dar alimentos, el aseguramiento de estos pueden garantizarse mediante fianza, hipoteca, depósito u orden de pago al lugar de trabajo del deudor alimentario, según lo establece el artículo 2.282 del citado ordenamiento, que a juicio del Juez sea bastante para cubrir los alimentos.

e).- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.

2.- Admisibilidad de la Demanda

a).- Requisitos del auto admisorio

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

b).- Vista al Ministerio Público

La intervención del Ministerio Público se justifica en razón de que le corresponde velar por el bienestar de los menores de edad o incapacitados.

Incluso el artículo 3.3 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México vigente indica que el Ministerio Público será oído cuando la solicitud promovida afecte intereses públicos, a su vez el artículo 4.1 del Código Civil del Estado de México vigente apunta que el matrimonio es una institución de carácter público e

interés social por lo que es necesario dar vista al Ministerio Público cuando se gestiona un divorcio voluntario.

3.- Única junta de avenencia

Una vez presentada la solicitud de divorcio, el Juez convocará, a los cónyuges a una junta, dentro de los quince días siguientes, en la que intentará averirlos, los cónyuges se presentarán personalmente a la junta de avenencia.

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

En el Estado de México únicamente existe una junta de avenencia para el procedimiento de divorcio voluntario, en la misma se busca evitar el divorcio a través de la reconciliación de los cónyuges, sin embargo si no se logra, el Juez analiza el convenio para verificar que se garantiza el bienestar de los menores o incapacitados.

a).- Beneficios de la única junta de avenencia

El hecho de que exista una única junta de avenencia beneficia tanto a los cónyuges como a los menores y por supuesto a los tribunales.

En el caso de los cónyuges evita la pérdida de tiempo y dinero, si bien es cierto el matrimonio es una institución de carácter e interés social, también es cierto que no se debe obligar a los cónyuges a perpetuar el matrimonio cuando las circunstancias se han modificado, cuando se ha agotado la voluntad de amarse.

En la familia se reúnen elementos afectivos muy fuertes que no pueden ser considerados exclusivamente desde el deber ser moral o religioso, aunque la separación de los cónyuges sea socialmente considerada como algo malo, ellos mismos y los hijos resultan afectivamente beneficiados con tal separación, el divorcio debe ser calificado en términos de utilidad, es, indudablemente, útil en la

relaciones familiares, pues aporta una solución a un conflicto, que en este caso es la desaparición o agotamiento de los sentimientos que llevaron al matrimonio a la pareja, es decir, de la affectio maritalis.

En cuanto a los menores la ruptura no afecta gravemente a los hijos como suele afirmarse desde posturas moralizantes, al contrario frente a las desavenencias cotidianas y severos conflictos que llevan a la ruptura, circunstancias que realmente los dañan, la separación logra cierto alivio.

“Si realmente queremos fortalecer a la familia es necesario poner más atención a los sentimientos de los involucrados en el núcleo familiar que en las formas externas de la relación. Se afirma que el derecho civil debe dar mayor importancia a la comunidad de vida entre los cónyuges que al acto que la genera. En este contexto el divorcio no es más que una alternativa funcional que la sociedad pone al servicio de la pareja cuando su relación ha dejado de ser satisfactoria o ha dejado de cumplir sus fines o se ha vuelto tan conflictiva que deja de tener sentido real, el mantener la unión externa. Desde mi punto de vista el divorcio es un estabilizador de las relaciones familiares en casos de conflicto, pues señala las bases de la organización entre los divorciantes y los hijos. El divorcio voluntario tiene enorme ventaja de permitir que los divorciantes resuelvan sin litigio su conflicto afectivo, es una verdadera alternativa en la búsqueda de soluciones reales, adultas y civilizadas a la relación dañada, soluciones que atañen a la pareja como a los hijos, soluciones en las que los propios afectados sean quienes aporten las bases de organización para la relación, una vez roto el vínculo matrimonial, pues aunque jurídicamente éste vínculo ya esté disuelto, cuando haya hijos es imposible dar por concluido todo contacto entre los divorciados.”⁸⁴

En cuanto a los tribunales, el hecho de que exista una sola junta de avenencia reduce la carga de trabajo de los mismos, originando una mayor economía, tanto de recursos humanos como materiales e influyendo a su vez en una mejor

⁸⁴ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. Derecho de familia, Porrúa, México 1990, p. 20

administración de justicia verdaderamente pronta, completa e imparcial, impartíendola en los plazos y términos que fija la ley tal y como lo señala el artículo 17 Constitucional.

Considero que podría manejarse en el lugar de la segunda junta de avenencia una ratificación por escrito, la cual podría presentarse en un plazo de quince días, considerando este tiempo como suficiente para que después de la primera junta los cónyuges analicen la posibilidad de continuar unidos en matrimonio. Esto por supuesto repercutiría en una menor carga de trabajo para los tribunales.

b).- Perjuicios o inconvenientes de la única junta de avenencia

Reconociendo que el ideal que se pretende en el matrimonio es la permanencia del vínculo, no podemos dejar de reconocer también la existencia de ciertas desventajas o inconvenientes de la única junta de avenencia.

Quizá la sociedad mexicana no se encuentre suficientemente preparada para hacer del divorcio voluntario un buen uso, es decir de llegar a él solo en los casos en que la vida en común es imposible independientemente de las circunstancias que llevan a él.

Desde el punto de vista de algunos Jueces entrevistados para la elaboración de la presente tesis, es necesario siempre luchar hasta el final para preservar el vínculo matrimonial, y según ellos, la reducción a una sola junta de avenencia no lo permitiría, sin embargo no dejan de reconocer sus ventajas en la práctica.

c).- La función del Juez

En el caso del divorcio voluntario, si bien es cierto, el Juez tiene una función de conciliador, pacificador, también es cierto que, debe considerar la voluntad de los cónyuges, especialmente si no se manifiesta conflicto alguno, es decir, no es necesario que se realicen dos juntas de avenencia cuando previo a la

presentación de la solicitud de divorcio, ha existido tanto el tiempo como la disposición por parte de ambos cónyuges para acordar las bases de la separación.

4.- Sentencia.

Después de la junta de avenencia, y de haber señalado las correcciones necesarias en el convenio de divorcio, el Juez dentro del plazo de cinco días debe dictar una resolución, en la que decidirá sobre el convenio, si lo aprueba, declarará la disolución del vínculo matrimonial.

En el Código Civil vigente del Estado de México se suprimió la disposición relacionada con el plazo para contraer nuevo matrimonio en los casos de divorcio voluntario, para posibilitar a las personas divorciadas a contraer nuevas nupcias de acuerdo a sus intereses, señalándose en la exposición de motivos, que esto se justifica en razón de no existir contienda, si no un acuerdo de voluntades por lo que no es atendible la aplicación de sanción alguna.

a).- Limitación a los recursos de impugnación

El artículo 2.283. del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México apunta que la sentencia que decreta el divorcio, en el caso del voluntario es irrecurrible y la que lo niegue es apelable con efecto suspensivo.

Es comprensible que el Legislador determine que la sentencia que decreta el divorcio voluntario es irrecurrible, ya no existe litigio y los cónyuges determinaron las bases para disolver el matrimonio en el convenio presentado con la solicitud de divorcio, por lo que no existiría motivo para apelar la sentencia que decreta el divorcio.

Una vez que la sentencia haya causado ejecutoria, el Juez de Primera Instancia remitirá copia certificada de ella al Oficial del Registro civil de su jurisdicción y ante

quien se celebró el matrimonio, para que a costa de los interesados se realicen las anotaciones necesarias.

b).- La economía y la eficacia procesal en el Estado de México

Estos dos principios procesales se encuentran fundamentados, tanto en el artículo 17 constitucional que señala que los tribunales estarán expeditos para impartir justicia de manera pronta completa e imparcial, como en el artículo 1.134 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México el cual expresa que 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.

En el Estado de México, particularmente, el procedimiento de divorcio voluntario se apega al principio de economía procesal al instaurarse una sola junta de avenencia, ya que, dicho principio atiende a la abreviación y simplificación del proceso y establece que se debe tratar de lograr los mayores resultados posibles, con el menor empleo de actividades, recursos y tiempos, busca que se simplifiquen los procedimientos, se deben disminuir los actos procesales y acortar los plazos en la realización de éstos a fin de obtener el máximo resultado en el proceso con el menor empleo posible de la actividad jurisdiccional.

Cuando los procesos se hacen demasiado largos, específicamente en el caso del divorcio, los cónyuges dejan de darle el impulso procesal necesario para finiquitarlo, en muchos casos por falta de tiempo, concluyendo en matrimonios separados de hecho pero no de derecho, en el caso del Estado de México, quizá no sea tan factible que se dé tal situación dado que existe solo una junta de avenencia en el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, es decir, existe una economía procesal en comparación al procedimiento que se lleva a cabo en el Distrito Federal, y que de acuerdo al dicho de varios Jueces

entrevistados por la autora de la presente tesis solo en un 1% de los divorcios voluntarios que se promueven se logra avenir a las partes, es decir, se logra evitar el divorcio en las juntas de avenencia.

En cuanto a la eficacia procesal, se puede decir que al no darse la impugnación de la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento, desde mi punto de vista innecesaria, se da el efecto deseado por los cónyuges al solicitar la disolución del vínculo que los une, se considera y respeta la voluntad de los cónyuges, además de beneficiar indirectamente a los menores.

Es importante poner atención a los sentimientos de los involucrados en un divorcio, ya que si bien es cierto podría dañarse a los menores con la separación, también es cierto que de alargarse el procedimiento de divorcio se dañaría tanto a los cónyuges como a los menores puesto que los primeros manifestarían su frustración hacia los segundos quienes resultarían afectados.

Podría establecerse como requisito previo a la solicitud de divorcio voluntario, que ambos cónyuges hubieran acudido ya sea al Centro de Justicia Alternativa, siempre y cuando se les de la oportunidad de proponer soluciones concretas y no ser únicamente mediadores, o por lo menos a una terapia de pareja en la que se busque la reconciliación y que el comprobante de la misma se presente anexo a la solicitud de divorcio como requisito indispensable.

CONCLUSIONES

1.-El matrimonio es determinado como una institución, pero puede ser considerado como un contrato, analicemos lo anterior en base a que reúne todos los elementos esenciales y de validez del contrato, concurre un acuerdo de voluntades, un objeto directo que consiste en crear derechos y obligaciones como son los alimentos, el contribuir al sostenimiento del hogar y de los hijos y el objeto indirecto que consiste en el hecho, la vida en común, la fidelidad, etc. Si el matrimonio no es un contrato, es posible por lo tanto exponer las siguientes interrogantes, ¿De donde se engendran los derechos y obligaciones? ¿por que es susceptible de nulidad? considero que el matrimonio es un acto jurídico voluntario semejante al contrato, que si bien no ha querido denominársele como tal, si genera derechos y obligaciones para ambos cónyuges, así mismo es susceptible de nulidad ya que contiene tanto los requisitos de existencia como los elementos de validez de un contrato.

2.- La religión ha fortalecido el ideal de la indisolubilidad del matrimonio, situación que ha influido sobre los estudiosos del derechos, sin embargo, el legislador no puede quedarse a contemplar las solicitudes ideales, debe entender la realidad y adecuar la ley a los requerimientos de la vida, revisando atentamente las leyes de la materia.

3.- El divorcio voluntario a pesar de no ser un proceso si no un procedimiento, es susceptible de la aplicación de los principios procesales, ya que la ley no lo considera dentro de la jurisdicción voluntaria. El divorcio voluntario tiene la importante ventaja de habilitar a los divorciantes para que resuelvan sin litigio su conflicto afectivo, es una alternativa en la búsqueda de soluciones reales, adultas y civilizadas de la relación dañada, soluciones que afectan a la pareja y a los hijos, en las que los propios cónyuges son los que establecen las bases de la organización de la relación cuando se ha disuelto el vínculo matrimonial.

4.- Aun cuando se determina por algunos autores que la función que realiza el Juez en el divorcio por mutuo consentimiento es una función administrativa, considero que es una función procesal, lo anterior en base a que el Juez debe revisar y resolver sobre el convenio presentado por los cónyuges y velar por los intereses de los menores, por lo que si administra justicia.

5.- Los actos jurídicos como expresión de voluntad de los individuos, deben encontrarse libres de vicios, para que puedan surtir sus efectos, tanto el matrimonio como el divorcio son actos jurídicos voluntario y solemnes ya que es necesaria la intervención de un representante del Estado para que tengan legalidad y es necesario que posean los elementos de existencia y de validez.

6.- La ley orgánica del tribunal superior de justicia del Distrito Federal, establece en su artículo 1º. los siguientes principios: la expeditéz, el impulso procesal oficioso, la imparcialidad, la legalidad, la calidad total en sus procesos operativos, administrativos, la excelencia en recursos humanos, la vanguardia en sistemas tecnológicos, la carrera judicial, la eficiencia y la eficacia, como principios que regulan la función judicial, tanto en su aspecto de impartición de justicia, como en su aspecto administrativo, por lo que es necesario que se aproxime a ellos, que realmente busque dar solución pronta, completa e imparcial a los asuntos planteados al Juez.

7.- Se dice que el divorcio voluntario facilita la disolución del vínculo conyugal y pone en peligro la estabilidad de la familia, pero si se obstaculiza la tramitación del mismo se obliga a los esposos a acudir al procedimiento de simular un juicio de divorcio necesario donde uno de ellos declara ser el culpable por haber cometido una falta que la ley considera como causal de divorcio, es una forma de simulación judicial que permite burlar la ley y que se utiliza con mucha frecuencia para evitar la intervención del Ministerio Público que es imprescindible en el divorcio voluntario.

8.- Un amplio porcentaje de los divorcios voluntarios que se inician, no se concluye por que las juntas de avenencia, dada la carga de trabajo de los tribunales, son señaladas incluso hasta tres meses posteriores a la presentación de la solicitud, lo cual no indica que exista una reconciliación de la pareja, si no que incluso se generan relaciones ilícitas, es decir, sin haber disuelto el vínculo matrimonial, uno o ambos cónyuges tiene una nueva pareja, y esto es un nefasto ejemplo para los menores.

9.- En la familia se conjugan elementos afectivos muy fuertes y se pretende que no haya quiebra en los matrimonios, pero si realmente queremos fortalecer a la familia es necesario poner más atención a los sentimientos de los implicados en el núcleo familiar, la ruptura llana no afecta gravemente a los hijos como suele afirmarse desde posiciones moralizantes, al contrario frente a los conflictos cotidianos graves, hechos que realmente los dañan, la separación franca y honesta les producirá ciertos beneficios, como una estabilidad emocional.

10.- Considerando que la pareja ya pasó por un proceso, respecto a la conveniencia o inconveniencia del divorcio, ya se dio el tiempo para analizarlo y comentarlo entre sí, y partiendo de que el divorcio por mutuo consentimiento es un acto jurídico que requiere la voluntad de ambos cónyuges para llevarse a cabo, y si ambos están manifestando dicha voluntad formando un consentimiento, considero inútil la segunda junta de avenencia ya que solo lleva a una mayor pérdida de tiempo, más gastos vanos, mayor y excesiva carga de trabajo para los tribunales, mayor desgaste emocional de la pareja y también por que no decirlo a dañar más a los menores.

PROPUESTAS

Es importante poner atención a los sentimientos de los involucrados en un matrimonio, si bien es cierto que podría dañarse a los menores con la separación, también es cierto que de no permitirse el divorcio podría dañarse a los cónyuges quienes finalmente manifestarían su frustración hacia sus hijos quienes finalmente también resultarían afectados.

Considero que puede llevarse a cabo el procedimiento de divorcio voluntario a través de una sola junta de avenencia, ya que ambos cónyuges han tenido el tiempo necesario para analizar la conveniencia o inconveniencia del divorcio, así como sus consecuencias.

Podría manejarse una ratificación por escrito sin necesidad de acudir nuevamente ante el tribunal a la cual se le puede señalar un plazo de quince días, tiempo suficiente para que después de la primera junta de avenencia los cónyuges analicen la posibilidad de continuar unidos en matrimonio o divorciarse. Esto por supuesto repercutiría en una menor carga de trabajo para los tribunales.

Otra opción posible sería que como requisito previo a la solicitud de divorcio voluntario, los cónyuges hubieran acudido ya sea al centro de justicia alternativa o por lo menos a una terapia de pareja en la que se busque la reconciliación y que por supuesto exista un comprobante de la misma. Esperando que no exista corrupción al respecto, es decir, que se simule haber acudido a ellas.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. Cuestiones de Terminología Procesal, UNAM, México, 1972.
- Alsina, Hugo. Fundamentos de Derecho Procesal, Serie clásicos de la teoría general del proceso, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001.
- Arellano García, Carlos. Segundo curso de Derecho Procesal Civil, Procedimientos Especiales, Porrúa, México, 1997.
- Baqueri Rojas, Edgard. Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos, Vol. 1, Derecho Civil, Harla, México, 1997.
- Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles, Harla, México, 1984.
- Constantino Rivera, Camilo. Investigador asistente del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Análisis de la Mediación Familiar.
- Couto, Ricardo. Derecho Civil, personas, vol. 3, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.
- Couture, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, IB de F, Buenos Aires, 2002.
- Chirino Castillo, Joel. Derecho Civil III, Segunda edición, Mc GRAW-HILL interamericana de México, 1996.
- De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Porrúa, México, 1968.
- Devis Echandía, Hernando, Teoría General del Proceso, tomo I, Universidad, Buenos Aires, 1984.
- Diccionario Enciclopédico Larousse. Vol. I, Planeta internacional, Barcelona, 2003.
- Diccionarios Jurídicos Temáticos. Vol.4, Derecho Procesal, Colegio de Profesores de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la UNAM, Harla, México, 1997
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Porrúa, México, 1996.
- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIX, Driskill, Buenos Aires, 1991
- Floris Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano, Esfinge, México, 2002.
- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Octava edición, Porrúa, México, 1987.

García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1980.

Garibotto, Juan Carlos. Teoría General del Acto Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1991.

Gomez Lara, Cipriano. Teoría General del proceso, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987.

Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Cajica, México, 1978.

Lara Peinado, Federico. Código de Hammurabi, Estudio preliminar, traducción y notas, Tecnos, España, 1997

León Hurtado, Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso, Harla, México, 1991.

Perez Duarte y Noroña, Alicia Elena. Derecho de familia, Porrúa, México, 1990.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Porrúa, México, 1991.

Sandoval Pardo, Fernando R. Historia Crítica del Estado Mexicano, Porrúa, México, 2001.

Sánchez Márquez, Ricardo. Derecho Civil, Porrúa, México, 1998.

Leyes y Códigos

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Civil del Estado de México.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal .

Ley orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Jus 2003, Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2003.