

40721
419



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGON

**LA NECESIDAD DE TIPIFICAR
PENALMENTE LA VIOLACION DE LOS
CONVENIOS CELEBRADOS POR CAUSA DE
DIVORCIO**

T E S I S

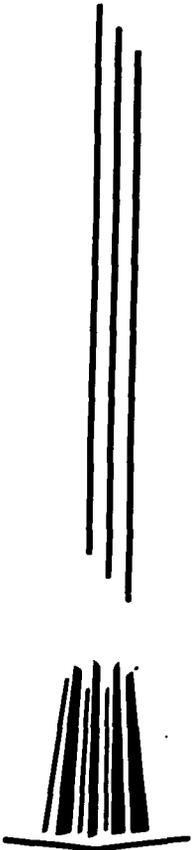
**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:
ROSA RUIZ PILON**

**ASESOR:
LIC. EDUARDO TEPALT CERVANTES**

SAN JUAN DE ARAGON, MEXICO, MARZO 2003

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**





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.

**TESIS CON FALLA
DE
ORIGEN**

AGRADECIMIENTOS

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

Germen de conocimiento, por haberme dado la
oportunidad de superarme como ser humano

**A MI SEÑORA MADRE IN MEMORIAM
BONFILIA PILON ZACATE**

Con profundo amor y gratitud por asumir la
difícil tarea de proporcionarme los medios para
mi superación

**A MI ESPOSO
LIC. MIGUEL ANGEL CASTILLO
HERNANDEZ**

Con amor y respeto por el apoyo incondicional
en la elaboración de este trabajo.

AL LIC. ENRIQUE MACIAS FELIX
Con gratitud por todas sus enseñanzas
adquiridas y transmitidas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DEDICATORIAS

A MIS HERMANOS:

**JOEL (+), HILDA Y MARCOS RUIZ
PILON.**

A MIS QUERIDOS HIJOS

**MIGUEL ANGEL Y ROSA LUZ CASTILLO
RUIZ**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INDICE

PAGS.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

EL MATRIMONIO Y SUS GENERALIDADES

1. 1.	Concepto, Génesis y Desarrollo de la familia.....	1
1.2.	Antecedentes del Matrimonio.....	20
1.3.	Evolución del Matrimonio.....	26
1.4.	Fines del Matrimonio.....	29
1.5.	Situación Social y Jurídica de la Familia y el Matrimonio en México en la actualidad.....	30

CAPITULO II

FORMAS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO

2.1.	Muerte.....	32
2.2.	Nulidad.....	33
2.2.1	La Mala Fe de uno de los Cónyuges en la Nulidad del Matrimonio.....	38
2.2.2	La Buena Fe de uno de los Cónyuges en la Nulidad del Matrimonio.....	39
2.2.3	La Mala Fe de ambos Cónyuges en la Nulidad del Matrimonio.....	40

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.3	Divorcio.....	42
2.3.1	Divorcio Voluntario Administrativo.....	43
2.3.2	Divorcio Voluntario Judicial.....	46
2.3.3	Divorcio Necesario.....	49

CAPITULO III

DE LOS CONVENIOS EN GENERAL

3.1.	Concepto.....	53
3.2.	El Convenio como Fuente de Obligaciones.....	58
3.3.	El Convenio como Acto Jurídico.....	61
3.4.	Elementos de Existencia del Acto Jurídico.....	64
3.5.	Requisitos de Validez del Acto Jurídico.....	69

CAPITULO IV

ANÁLISIS JURIDICO DE LOS CONVENIOS REGULADORES DE RELACIONES CONYUGALES Y FAMILIARES

4.1	Convenios en Relación al Hogar.....	84
4.2	Convenios sobre Aspectos Económicos.....	88
4.3	Convenios en Relación a los Bienes.....	94
4.4	Convenios Familiares.....	101
4.5	Convenios Conyugales y Familiares celebrados ante Juzgados de lo Familiar.....	103

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

4.6	Convenios Conyugales y Familiares celebrados ante Autoridades distintas a la Judicial.....	104
4.7	Nuestra Propuesta Personal.....	106
	CONCLUSIONES.....	110
	BIBLIOGRAFÍA.....	
	LEGISLACIÓN.....	
	OTRAS FUENTES.....	

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INTRODUCCION

En relación con el matrimonio y el divorcio se ha escrito mucho. Sin embargo, no por esa razón es preciso de insistir sobre el mismo tema, ya que la familia sigue siendo la base de la estructura social, toda actividad ya sea jurídica, académica o institucional, acerca de su mejor forma constitutiva, por modesta que sea, consideramos, siempre será benéfica para nuestra sociedad mexicana.

El siguiente trabajo de investigación, está estructurado en cuatro capítulos; en el primero de ellos analizamos el matrimonio, con sus antecedentes, evolución y regulación actual en la legislación civil del Estado de México.

En el siguiente capítulo, estudiamos la extinción del matrimonio, en sus distintas formas y modalidades: desde la muerte, la anulación y finalmente el divorcio con sus tres distintas clasificaciones.

Para el capítulo tercero, enfocamos el análisis de los convenios en general, incluyendo el estudio de las obligaciones y la teoría del contrato, así como su diferencia con el convenio.

Finalmente en el cuarto capítulo, establecemos de una manera breve, los diferentes convenios que existen y que regulan las relaciones conyugales y familiares, estableciendo el porque es necesario que la violación de tales convenios tengan una sanción de tipo penal, que obligue al incumplimiento de las partes celebrantes; sobre todo en tratándose de convenios con motivo o causa de divorcio.

Esperamos que esta modesta tesis merezca a atención de los sinodales y

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

sea para nosotros el inicio de mayores indagaciones en el campo del Derecho de Familia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO 1

EL MATRIMONIO Y SUS GENERALIDADES

1. 1 Concepto, Génesis y Desarrollo de la Familia

En la actualidad, el matrimonio es la forma ideal de constituir a la familia en la sociedad contemporánea, sin embargo, antiguamente no fue siempre así; la conformación de la Familia a través de la institución del matrimonio ha sufrido grandes cambios y profundas diferencias; las grandes etapas de la evolución del mismo serán materia de estudio del presente capítulo.

Desde los orígenes más remotos de la humanidad, el hombre había tenido la imperiosa necesidad de asociarse y vivir con sus semejantes, en consecuencia, resulta inherente a toda persona la tendencia a buscar otros individuos que le sean afines.

Es probable que la necesidad de asociación existente en el hombre sea producto de otras necesidades básicas que le son propias como ser humano, tales como la protección, ayuda, procreación y economía entre otras.

Como consecuencia de las mencionadas necesidades, surgió la Familia.

Al referirse a la misma el Tratadista Antonio de Ibarrola señala: "Etimológicamente la palabra familia proviene de los "Famuli" que significa hambre, fámulos son los que moran con el señor de la casa, por otra parte "Famat"

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

significa hábitat, que en sánscrito significa hogar, habitación. Señalando a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, a los esclavos domésticos".¹

Ahora bien, otra definición de familia se refiere a la vida constituida por un conjunto de parientes y allegados que viven en la misma casa, aún cuando este concepto es más sociológico que jurídico, ya que el término familia, en un sentido restringido o limitado abarcaría sólo a las personas que viven en un mismo hogar y tienen relaciones de parentesco; empero en el sentido amplio podemos abarcar con tal término al conjunto de personas que se encuentran vinculadas por el matrimonio, la filiación o la adopción.

En este segundo concepto los Tratadistas en Derecho Familiar han tenido una participación muy amplia y decisiva en la formulación de ideas y definiciones.

Indudablemente que la familia es la institución natural que constituye la base y fundamento de la sociedad. De ahí su extrema importancia de las condiciones de su desenvolvimiento a nivel social, de las economías; de su nivel moral podemos derivar el nivel de las sociedades que las mismas integran. Estudiando los valores de cada familia de las que se agrupan dentro de una sociedad, se pueden inferir los valores de una misma sociedad. Por ello se ha prestado atención a procurar el mejoramiento y bienestar de las mismas y los gobiernos se han preocupado por procurar ambos por cuantos medios han tenido a su alcance.

El Tratadista Jorge Mario Magallón al referirse a la familia lo hace en los siguientes términos "La familia es una institución social de carácter universal y

¹ DE IBARROLA, Antonio Derecho de Familia. 4ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993. p. 452

permanente que ha estado presente a través del desenvolvimiento histórico de la humanidad. Diríase que la familia, como grupo primario, es la célula básica de la sociedad y como tal recibe el impacto de todo cambio profundo que se da en la convivencia colectiva".²

Por lo anterior se puede establecer que la prosperidad o deterioro social, se gesta en el ámbito de la familia.

Ahora bien, la familia a través de la historia ha sufrido varios cambios, no siempre ha estado constituida como en este tiempo, sino que ha estado sujeta a la evolución; de la misma manera que el hombre en forma individual; para establecer una mejor comprensión del tema, nos referiremos específicamente a la evolución que se ha dado en nuestro ámbito histórico y geográfico, omitiendo por ende la historicidad de la evolución de la familia a nivel universal, lo anterior en pos de una mejor y más concreta labor de investigación.

a) Etapa Indígena

Respecto a este punto, estamos convencidos que la gran diversidad de culturas hacen que nuestro trabajo, respecto a la familia prehispánica se concrete en los aztecas por dos motivos, el 1° porque fue la cultura que epilogó en nuestra nación la más pura Cultura Indígena. Y en 2° porque ésta representó la cultura, que fue doblegada y conquistada por los españoles a su llegada, iniciando la época del coloniaje. Punto siguiente de nuestra exposición.

² MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. Editorial Porrúa, S.A. México 1988. P.XVII. Prólogo

La organización familiar entre los aztecas era una especie de situación intermedia entre la monogamia y la poligamia. El varón sólo podía tener una esposa, la legítima, llamada "cihuatlantli", con quien se casaba con todo el ritual correspondiente, pero tenía tantas concubinas que convivían con él y con aquélla, como pudiese sostener, aunque con dichas concubinas no se efectuaba la ceremonia nupcial.

A este respecto se dice que Moctezuma tenía 150 concubinas. Y de Netzahualpilli se llegó a afirmar que tuvo dos mil. "Todos estaban con las mujeres que querían y había alguno que tenía doscientas mujeres y de allí abajo cada uno tenía las que quería y para esto los señores y principales robaban todas las mujeres, de manera que cuando un indio común se quería casar, apenas hallaba mujer".³ Tal poligamia creó después, a raíz de la Conquista, más de un conflicto legal y religioso cuando las leyes españolas establecieron la monogamia.

La edad ordinaria para contraer matrimonio era la de 20 a 22 años más o menos. No podían casarse padres e hijos, ni padrastros y entenados, ni hermanos entre sí.

"Para casarse, el joven necesitaba el consentimiento de sus maestros del Calmecac o del Telpochcalli, consentimiento que se obtenía después de que la familia de él les ofrecía un banquete de acuerdo con sus recursos. Más tarde, los padres del novio se dirigían a los padres de la presunta novia a través de unas ancianas, quienes llevaban la petición. Era costumbre que en la primera vez, los padres de ella dijeran siempre que no, y sólo más tarde se contestaba lo que en realidad se quería: la aceptación, o la negativa formal.

³ ALVEAR ACEVEDO Carlos. Historia de México, 7 ª edición. Editorial Jus. México 1977. P. 73



Entre los plebeyos, sin embargo, era muy frecuente la convivencia en unión libre, y sólo después, reunidos algunos recursos, se efectuaba la ceremonia.⁴

En la solemnidad nupcial, los contrayentes eran situados cerca del fuego, sentados uno frente al otro, se intercambiaban vestidos y se daban de comer entre sí, como símbolo de su futura ayuda mutua.

Asimismo hubo una costumbre de casarse con la viuda del hermano, que recuerda el levirato hebreo. La celebración del matrimonio era un acto formal, desde luego con infiltraciones religiosas; en algunas partes hubo matrimonios por raptó o por venta. Los matrimonios podían celebrarse bajo condición resolutoria o por tiempo indefinido. Los condicionales duraban hasta el nacimiento del primer hijo, en cuyo momento la mujer podía optar por la transformación del matrimonio en una relación por tiempo indefinido; si el marido se negaba, empero, ahí terminaba el matrimonio.

El divorcio era posible, con intervención de autoridades, que en caso de comprobarse una de las múltiples causas (incompatibilidad, sevicia, incumplimiento económico, esterilidad, pereza de la mujer, etcétera) solían autorizar de mala gana la disolución del vínculo, perdiendo el culpable la mitad de sus bienes. Los hijos se quedaban con el padre, y las hijas con la madre. La mujer divorciada o la viuda tenía que observar un plazo de espera antes de volverse a casar.

Predominaba el sistema de separación de bienes, combinado en ocasiones con la necesidad de pagar un precio por la novia y, a veces, en cambio, recibir la

⁴ Idem.

dote que la esposa traía al nuevo hogar.

El hijo pasaba por dos consagraciones, en las que el agua jugaba tal papel que los conquistadores las comparaban con bautismos; en la segunda recibía su nombre. La patria potestad (que implicaba el derecho de vender como esclavo, pero quizá no el de matar) terminaba con el matrimonio del hijo o de la hija, para el cual, empero, el consentimiento de los padres era necesario. Como había una fuerte presión social en contra del celibato de hijos mayores de veintidós o hijas mayores de dieciocho años, es de suponerse que este consentimiento no podía negarse arbitrariamente.

"En materia de sucesiones, la línea masculina excluía la femenina. La vía legítima se podía modificar por decisión del de cujus, basada en la conducta irrespetuosa, cobarde, pródiga, etcétera, de los perjudicados por tal decisión, entre la nobleza existía un sistema sucesorio especial al estilo del mayorazgo europeo".⁵

b) Etapa Colonial

En la etapa colonial y dentro de la familia. "El matrimonio, a más de las disposiciones generales en el derecho canónico y en la legislación de Castilla, había motivado disposiciones particulares en las Indias por las condiciones particulares que allí se presentaban".⁶

⁵ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. 10 ª edición, Editorial Esfinge, México 1993. p. 32.

⁶ ESQUIVEL OBREGON, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. T. III Editorial Porrúa. México 1987.p. 50.

"Particularidad de la obra española en América, toda ella basaba en el propósito de levantar a la raza autóctona al nivel de la colonizadora y en el sentido ecuménico del Derecho, fue que éste no pusiera trabas a los matrimonios entre españoles e individuos de otras razas ya fueran indios, negros, o castas, y antes bien expresamente se autorizaba por Células del 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556, los matrimonios entre españoles e indias, y en cuanto a los que aquellos celebraran con negras y mulatas, no existió prohibición alguna, a pesar de haberse quejado las autoridades de Santo Domingo de la irregularidad que resultaba de que los jefes militares se casaban con negras que habían sido esclavas de otras familias, y que después del matrimonio se encontraban de mayores categorías que sus antiguos amos".⁷

Las reglas del Derecho Civil acerca del matrimonio en Indias se encuentran contenidas en la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, que recogió los diversos preceptos que la experiencia había dictado. Según ella, aquí, como en España, los menores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre, en su defecto la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, faltando todos éstos, de los tutores, debiendo en estos últimos casos obtenerse la aprobación judicial; exceptuados en Indias, a los negros, mulatos y castas, que no fueran oficiales de milicias y los indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarla, en cuyo caso se debería impetrarla de sus caras y doctrineros. Los españoles cuyos padres o tutores vivieran en España o en otro reino de Indias, podían solicitar directamente licencia de la autoridad judicial.

El matrimonio contraído sin licencia no producía efectos civiles ni relación a los cónyuges ni tocante a los hijos, así es que no podían en ellos tratarse de dote

⁷ Ibidem. P. 52.

legítima, mayorazgos ni otros derechos de familia. Con el objeto de evitar que se originaran los matrimonios ya en la coacción que ejercían las autoridades coloniales sobre las personas de los lugares sujetos a su jurisdicción o ya por los padres sobre los hijos o hijas para obtener un matrimonio económico y políticamente ventajoso, y también y principalmente para evitar vínculos de familia entre los funcionarios públicos naturales de los lugares en que ejercían mando con perjuicio del servicio público y la recta administración de justicia, Felipe II, el 10 de febrero de 1575, dispuso: 'Prohibimos y defendemos, que sin nuestra licencia particular, como en nuestros reinos se hacen, los virreyes, presidentes y oidores, alcaldes del crimen y fiscales de nuestra audiencia de las Indias se puedan casar, ni casen en sus distritos; y lo mismo prohibimos a sus hijos e hijas durante el tiempo que los padres nos sirven en los dichos cargos, bajo pena de que por el mismo caso queden sus plazas vacantes, y desde luego los declaremos por tales, para proveerlas en otras personas que fueren en nuestra voluntad'.⁸

c) Etapa Independiente

En el México independiente, hasta las leyes de reforma, el matrimonio fue de competencia exclusiva de la Iglesia.

“La Jurisdicción de la Iglesia, sobre el matrimonio fue definida por el Concilio de Trento al condenar varias proposiciones que negaban dicha jurisdicción bien en lo que se refiere a la regulación del ius connubii (establecer impedimento) bien lo que atañe a la función judicial (causas matrimoniales). De modo explícito el Concilio definió: a) la potestad de la Iglesia para constituir

⁸ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. El Matrimonio. 5ª edición. Editorial Editora Mexicana. México 1965. p.



impedimentos dirimentes y dispensar de ellos; b) la competencia para juzgar causas matrimoniales. De modo implícito quedó definido -entre otras cosas- que la Iglesia posee jurisdicción por derecho propio, no por concesión de las autoridades civiles".⁹

Por lo tanto, la Iglesia reclama jurisdicción sobre el matrimonio de los bautizados, tanto si están bautizados ambos como si lo está uno de ellos.

Respecto a los matrimonios de personas no bautizadas, la Iglesia no tiene poder de jurisdicción, salvo la potestad del romano Pontífice de disolverlos en razón del privilegio de la fe.

La lucha por asumir por parte del Estado lo relativo al matrimonio, hizo que se elaborara la teoría del matrimonio como contrato y como tal aparece hasta el siglo XVII, "como un medio de justificar en él la intervención del Estado implicando que su esencia está constituida por la libertad de los contrayentes. La voluntad de éstos se traducía en existencia del contrato mismo y por ello, sometido al poder secular. En el matrimonio civil, como dice Glasson su éxito consistió en significar la afirmación y respeto de la libertad de conciencia.

Los esfuerzos del poder civil triunfaron definitivamente en la Revolución Francesa. En la primera Constitución que de ella emana en 1791, en su artículo 7, se concibe al matrimonio como un contrato civil. En efecto, dicho dispositivo consagra: "La ley sólo considera al matrimonio como un contrato civil"

⁹ HERVADA, Javier, citado por CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. 2ª edición. Editorial Porrúa, México. 1990. p. 57.

México no escapó de las ideas liberales y desacralizadoras que consideraron al matrimonio como un contrato civil. Cuando Ignacio Comonfort renuncia a la Presidencia de la República, Benito Juárez, que en ese tiempo era Presidente de la Suprema Corte, lo sustituyó por ministerio de ley, y, posteriormente, dio las Leyes de Reforma.

De las ideas de la reforma en nuestro país surgieron las siguientes leyes:

a) Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de enero de 1857. Días antes de la promulgación de la Constitución Política de ese año, se publicó la ley indicada, cuyos puntos relativos, en lo conducente, disponían:

"Artículo 1.- Se establece en toda la República el Registro del Estado Civil"

Y esta misma ley señalaba en el Artículo 65 "Celebrado el sacramento ante el párroco y previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el oficial del Estado Civil a registrar el contrato del matrimonio".

El Artículo 66 prevenía los elementos que debían contenerse en el Registro, como son: el nombre de los padres, abuelos, curadores, etc., la partida de la parroquia, el consentimiento de los consortes, etc. y "la solemne declaración que hará el oficial del estado civil que está registrando legalmente el contrato".

"Artículo 71.- El matrimonio será registrable entre cuarenta y ocho - horas después de celebrar el Sacramento".

"Artículo 72.- El matrimonio que no está registrado no producirá efectos

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

civiles".

"Artículo 73.- Son efectos civiles para el caso: la legitimidad de los hijos, la patria potestad, el derecho hereditario, las ganancias, la dote, las arras y demás acciones que competen a la mujer, la administración de la sociedad conyugal que corresponde al marido, y la obligación de vivir en uno".

"Artículo 78.- Los curas darán parte a la autoridad civil de todos los matrimonios que se celebren, dentro de las veinticuatro horas siguientes, con expresión de los nombres de los consortes y de su domicilio, así como si precedieron las publicaciones o fueron dispensadas bajo pena de veinte o cien pesos de multa. En caso de reincidencia se dará parte a la autoridad eclesiástica para que se obre como sea justo".

Se observa, de lo anterior, que en esta ley se conserva aún la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio, y lo que previene es que deben inscribirse en el Registro del Estado Civil.

b) Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859. En esta ley ya se excluye a la Iglesia de la competencia del matrimonio a establecer el artículo primero, que "el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Los que contraigan matrimonio "de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados".

c) Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de julio de 1859.- Esta ley en su artículo primero disponía el establecimiento en toda la República de funcionarios

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

llamados jueces del Estado Civil, y que tendrían a su cargo "la averiguación y modo de hacer constar el estado civil de todos los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional, por cuanto concierne a su nacimiento, adopción, arrogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento".

Trata lo relativo a la forma de llevar los libros de actas de nacimiento, actas de matrimonio, actas de fallecimiento. El artículo 25 prevenía que "las personas que pretendan contraer matrimonio se presentarán ante el Juez del Estado Civil, quién tomará sobre el Registro, nota de esta pretensión levantando de ella acta en la que consten nombres o apellidos, profesiones, conforme a los requisitos que para poder contraer exige la ley del 23 de julio de 1859. A continuación los artículos siguientes fijaban todos los elementos para el matrimonio.

d) Decreto No. 5124. Ley sobre libertad de Cultos. El gobierno de Juárez, como medida adicional, expidió el 4 de diciembre de 1860 y se publicó en México el 5 de enero de 1861, el decreto sobre la tolerancia de cultos en la República Mexicana, que en lo conducente decía:

"Artículo 1.- Las leyes protegen el ejercicio del culto católico y de los demás que se establezcan en el país, como la expresión y efecto de la libertad religiosa que siendo un derecho natural del hombre, no tiene ni puede tener más límite que el derecho de tercero y la exigencia del orden público". Trataba después, sobre la Iglesia o sociedades religiosas señalando "que se forma de los hombres que voluntariamente hayan querido ser miembros de ella manifestando esta resolución por sí mismos o por medio de sus padres o tutores de quienes dependan". Señalaba que la autoridad de la Iglesia era pura y absolutamente espiritual, sin coacción alguna de otra clase y, como consecuencia, en el orden civil

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

no podría haber obligación, pena ni coacción de ninguna especie con respecto a los asuntos, faltas y delitos simplemente religiosos.

e) Decreto sobre impedimentos, dispensas y juicio por lo relativo al matrimonio civil. Este decreto del 2 de mayo de 1861 contiene cinco artículos y busca completar la ley del 23 de julio de 1859 que "no explica en cuáles impedimentos para contraer matrimonio civil cabe dispensa, ni la autoridad que debe otorgarla". Además adiciona la ley de 1859 con el impedimento de afinidad, y en su artículo primero previene que "es impedimento para celebrar el contrato de matrimonio civil la relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna".¹⁰

Refiriéndose a la ley del 23 de julio de 1859, el artículo segundo previene que cabe la dispensa del impedimento que se establecía por consanguinidad entre consanguíneos del tercer grado de la línea colateral desigual.

f) Decreto sobre matrimonios celebrados en artículo de muerte No. 5674 del 5 de julio de 1867. Este decreto previene en el artículo primero que en estos casos "no es necesario el requisito de las publicaciones que establecía el artículo 9 de la ley del 23 de julio de 1859 y que no son impedimentos el parentesco en línea colateral desigual ni los esponsales legítimos".

g) Decretos en la época del Imperio. "Durante la intervención francesa y el efímero imperio aceptado por Maximiliano en Miramar, el 10 de abril de 1864, se promulgaron algunas disposiciones que tuvieron por objeto contrarrestar la eficacia de las leyes de Reforma en materia de matrimonio y a tal respecto, el gobierno imperial, el 3 de noviembre de 1864 dispuso en su decreto número 180, que

¹⁰ Ibidem. P. 61.

mientras pudiera procederse de manera definitiva a formar con regularidad y exactitud la estadística del Imperio.

Toda la legislación mencionada anteriormente se subsume en el Código Civil de 1870 y que la deroga".¹¹ Siguiendo las ideas del Código Civil de Napoleón, el artículo 159 define al matrimonio como "la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

h) Ley Constitucional del 25 de septiembre de 1873. Por decreto 7200 se adiciona y reforma la Constitución Federal de 1857. Principia señalando el artículo primero que "el Estado y la Iglesia son independientes entre sí. El que el Congreso no puede dictar leyes, estableciendo o prohibiendo religión alguna".

El artículo 2 prevenía que "el matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos de estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas leyes atribuyan".

Finalmente en relación con el tema de la Familia en la época independiente tenemos el Código de 1824, que contiene una definición del matrimonio en su artículo 155 igual a la ya referida al Código Civil de 1870. Contrasta la definición en ambos códigos como sociedad civil, con el decreto No. 7329, del 14 de diciembre de 1874, que consideró al matrimonio como un contrato civil.

d) Época Contemporánea

¹¹ Ibidem. P. 62

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En México, donde podemos referirnos a la familia rural, a la familia urbana y dentro de esta última a la clase baja, clase media o clase acomodada. Cada uno de los tipos de familia muestra características muy peculiares. Se ha mencionado que la familia se ha ido transformando en una familia conyugal restringida; ésto es, en la que padres e hijos son propia y exclusivamente quienes tienden a integrar este grupo social, se han mantenido una serie de funciones que le son esenciales, como la legitimación de las relaciones sexuales entre los padres, el vínculo generacional que permite el proceso de crecimiento y educación de los hijos y la coparticipación de los cónyuges en el hogar; asimismo, la competencia económica permanente, la aspiración de obtener en forma creciente mejores niveles de vida, la gran movilidad social, el acentuado individualismo, etc., han hecho que el ser humano tienda a tener al grupo familiar como el centro primario de satisfacciones de sus necesidades emocionales".¹²

Hay una gran inquietud de padres, maestros, políticos y público en general, de comprender el malestar tan manifiesto de la juventud, el aumento creciente de divorcios, de delincuencia juvenil, etc., una gama amplísima de problemas sociales están afectando muy sensiblemente a nuestra sociedad y tienen un denominador común, la familia; si ésta no cumple con las funciones físicas, psíquicas y sociales que históricamente le corresponden, se convierte en el principal agente motivador de conductas antisociales.

La familia debe proveer a la satisfacción de las necesidades integrales del hombre. Podemos, concretando, mencionar como características de la familia moderna las siguientes: "a) Una institución sociojurídica que conocemos por matrimonio; b) Una relación sexual legítima y permanente; c) Un conjunto de

¹² SANCHEZ AZCONA, Jorge. Familia y Sociedad. Editorial Joaquín Mortiz. México 1974. p. 98.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

normas que regulan la relación entre los padres y entre los hijos, normas que pueden ser jurídicas, religiosas y morales; d) Un sistema de nomenclatura que define el parentesco; c) Una regulación de las actividades económicas y f) Un lugar físico para vivir".¹³

Generalmente nuestra familia mexicana, atraviesa por diferentes etapas en su proceso de desarrollo que brevemente expondré cuales son: a) La prenupcial; b) La nupcial; y c) La de formación y educación de los hijos.

ETAPA PRENUPCIAL.- En el tipo de sociedad que estamos viviendo, la etapa llamada prenupcial se caracteriza por el galanteo y la selección del futuro cónyuge.

Se da como presupuesto la libre selección. En nuestra cultura está en vigor una idea que es muy peligrosa, la del amor romántico, ya que todos los jóvenes tienen como expectativa el llegar a conocer lo que nosotros conocemos como la media naranja. No hay una formación previa de la personalidad dentro de los medios institucionales que nos informe sobre la selección del futuro cónyuge, sino que es una idea meramente subjetiva e idealista".¹⁴ Es en el noviazgo donde se presupone el conocimiento real de los futuros esposos, por desgracia, el rigorismo y el formulismo que nos impone el actuar, el tipo de sociedad en que vivimos limita en alto grado la libre y espontánea expresión de las manifestaciones emocionales de las personas, impidiendo que en sus relaciones se logre un vínculo real y efectivo. Desafortunadamente los jóvenes al entablar una relación de noviazgo, en muchos aspectos están condicionados desde su inicio por los

¹³ Idem.

¹⁴ Ibidem. p. 26.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

prejuicios que la sociedad, a través de la clase social a que pertenecen, les va imponiendo. Muchas veces son aspectos externos como el nivel económico, la atracción física, el status social, los que en un momento dado vienen a ser los factores determinantes en la aceptación o no de una relación de noviazgo.

"Algunos autores han tratado de señalar cuáles deberían ser los principales antecedentes a tomarse en cuenta para aquellas personas que van a formar un nuevo hogar, y éstos son: a) haber alcanzado un grado de madurez física, psíquica y social; b) tener aptitudes e intereses semejantes; c) reconocer creencias afines; d) tener antecedentes educativos y culturales semejantes; e) contemplar expectativas económicas semejantes; f) disponer una actitud semejante con respecto a la vida sexual; g) situar la relación con la familia política".¹⁵

"En la sociedad urbana mexicana los estudios hechos señalan que un setenta y cinco por ciento de las familias pueden ser catalogadas como familias tradicionales".¹⁶

Por las modificaciones tan rápidas que la sociedad está sufriendo, vale la pena mencionar como estos cambios han afectado o pueden llegar a influir en la estructura interna de la familia, sobre todo la transformación de la mujer, con una nueva serie de expectativas que le permiten ampliar su campo fuera de los angostos límites del área tradicional. En una sociedad donde es devaluada por prejuicios, sin haber logrado que su trabajo doméstico sea apreciado, la mujer ha iniciado a buscar un área en donde pueda trascender y tener una valoración personal, un

¹⁵ Ibidem. p. 32.

¹⁶ LEÑERO OTERO, Luis. Investigaciones de Familia en México. 1ª edición. Editorial Instituto Nacional de Investigaciones Sociales, A.C. México 1982. p. 247.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mundo donde realmente tenga un reconocimiento en lo jurídico, en lo político, en lo cultural y sobre todo en el momento actual, en lo económico. Es difícil poder describir los diferentes papeles que la mujer de clase media urbana desempeña, sin embargo trataré de hacerlo: En primer lugar está el rol esposa-madre, un segundo papel es el de la esposa-compañera, y por último la mujer colaboradora".¹⁷

ETAPA NUPCIAL.- Esta época de la vida se caracteriza, por la vida conjunta de los cónyuges, desde el matrimonio hasta el nacimiento de los hijos. En esta etapa se crean los cimientos de lo que la familia llegará a ser en el futuro. Una mujer puede en un momento dado, si los hijos están encarrilados, no quedarse limitada dentro del hogar, si no buscar y realizar una serie de labores culturales, sociales, etc., que le permitan dar un sentido más útil a su existencia, siempre y cuando esto no redunde en falta de atención para la familia. El problema de la familia urbana no es la supervivencia física, sino la espiritual, si no se da cuenta de esto, como se verá al final de este ensayo, se estarán reformando las causas de desintegración familiar y por tanto la enajenación del hombre. Uno de los principales problemas que se presentan en esta etapa de la familia es la educación sexual. "En nuestra cultura como ya dijimos falta una correcta educación sexual; ya que los jóvenes llegan al matrimonio con una deformación de lo que es la sexualidad".¹⁸

ETAPA DE FORMACION DE LOS HIJOS.- Una de las principales expectativas de todo matrimonio es la de tener hijos. Se dijo al inicio que son características de la familia la legitimación de la vida sexual entre los cónyuges y la procreación de acuerdo con los conceptos morales, tradicionales y religiosos, se

¹⁷ SANCHEZ AZCONA, Jorge, Op.Cit. p. 136.

¹⁸ Ibidem. P. 139.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

presupone que la vida sexual dentro del matrimonio tiene como finalidad crear nueva vida.

Nunca será demasiado enfatizar en que la paternidad y la maternidad son actos eminentemente culturales y que tener - hijos debe ser fruto de una profunda meditación, de un conocimiento real y de una absoluta responsabilidad. Es necesario que los hijos sean amados, que vengan a un hogar en donde el papel que van a desempeñar haya sido valorado con toda objetividad, pero que no lleguen a un hogar como fruto de prejuicios y convencionalismos sociales. Los padres deben hacer un acto de valorización y de autocrítica antes de encargar un hijo. Hay que insistir en que también se den entre los cónyuges estos prerrequisitos antes de decidir sobre la procreación para que a través de su proceso de crecimiento y desarrollo, lleguen a ser lo que se considera un adulto sano.

En México, como en todo el mundo la familia, y por ende el matrimonio atraviesa por una crisis grave, y esto lleva a una desintegración familiar y que esta desintegración familiar supone la pérdida del equilibrio de la estructura dinámica que mantiene unidos a los miembros de una familia. El esposo ya no es esposo, la esposa ya no es esposa, y consiguientemente los hijos tampoco tienen marco inmediato de referencia. Para hablar de esto "tenemos como base los siguientes indicadores: Divorcio, matrimonio temporal o amor libre, aborto, pérdida de funciones, falta de comunicación, crisis de autoridad y paternidad irresponsable".¹⁹

Hasta cierto punto la familia ha perdido la función de instruir a sus hijos. La instrucción actual tan basta, ha hecho imposible que los padres estén

¹⁹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. 181.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

capacitados para educar a sus propios hijos, independientemente de sus múltiples ocupaciones y trabajos.

La importancia verdadera de la familia está hoy por hoy en lo que podemos llamar su función emocional que, como es sabido es tan importante como cualquier otra en orden a la subsistencia y bienestar del hombre.

Güitrón Fuentevilla, afirma que "la familia está en crisis porque ha disminuido su importancia en la educación de los hijos y al perder los lazos espirituales de acercamiento entre los miembros de la misma, y así pierden su fuerza los vínculos que unen entre si a los miembros de un grupo familiar".²⁰ Nosotros agregamos que también desasocia a la familia, la aparición cada vez más fuerte de separaciones entre sí de los miembros de un grupo familiar. Y también desasocia a la familia, la aparición cada vez más fuerte de separaciones entre esposos, que dan lugar a otras familias y concluimos que contra estos factores de disolución debemos alertar para evitar la desaparición próxima de la misma.

1.2 Antecedentes del Matrimonio

Indudablemente en las primeras letras de este Trabajo de Investigación, en lo referente al génesis y desarrollo de la familia, han quedado implícitos los antecedentes del Matrimonio como actualmente se conoce; al respecto vale la pena señalar al Jurista Jorge Mario Magallón que establece "La historia es Maestra de la Vida. Esa maestra nos revela que la historia del matrimonio es la historia de la humanidad. Sea que a ésta se le atribuya un origen teológico -mediante la creación de Adán y Eva en el paraíso-, o que se le explique en forma materialista, mediante

²⁰ GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. Derecho de Familia, 2ª edición. Editorial Panorama. México 1989. p. 57.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la selección natural y la evolución de las especies, en ambas concepciones - el vértice fundamental de la vida humana, es la unión de los dos sexos".²¹

En la alborada del género humano, el hombre vivió en un estado salvaje y nómada, en ocasiones permaneció en los bosques tropicales alimentándose de frutas, caza y pesca. Fue creando sus instrumentos de trabajo en la medida que fue diversificando sus actividades como la recolección de frutos, la pesca y la cacería, poco a poco fue asentándose en un solo lugar por el descubrimiento de la agricultura, esto y el trabajo colectivo, lo obligaron a desarrollar su lenguaje, primero en forma de sonidos guturales y después en forma articulada, lo que posteriormente dio origen a la pintura y escritura alfabética.

El hombre en su lucha por la sobrevivencia descubrió el fuego, la alfarería, la domesticación y crianza de animales, la fundición del hierro y con el cultivo de plantas descubre la agricultura y se vuelve sedentario, dejando atrás su sexualidad siguió desarrollándose en un estado poco propicio para una integridad familiar.

"Se desconoce cuándo apareció la pareja como primer núcleo familiar....La institución de la pareja humana, como matrimonio se debe, quizás, a reglas de convivencia que aparecieron en sociedades más avanzadas, dentro de un contexto social que requería la permanencia de la pareja."²²

Para continuar con el tema, se hace necesario definir o comentar tres conceptos que se encuentran inmersos en la historia del matrimonio; los cuales son: la poligamia, la poliandria y la monogamia.

²¹ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. Op. Cit. P. 103

²² CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 2 º, edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990. p. 3.

a) Poligamia; del grupo de matrimonios que comparten maridos entre varias mujeres y por otra parte varios hombres que comparten mujeres comunes, nace la poligamia. Esta poligamia asume dos formas: la poliandria y la poligenia.

Poliandria; es la que una sola mujer cohabita con varios hombres, las razones que motivaron la poliandria son diversas, sin existir acuerdo entre los historiadores de cuáles serian las determinantes. Por otra parte la poliandria es un tipo de familia que implica o lleva al matriarcado; la mujer ejerce la autoridad y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros, sobre todo de los descendientes.

Sobre la poligenia es la de que varias mujeres son esposas comunes de un solo hombre, las causas determinantes de esta relación sexual son varias entre las cuales destacan la reducción de varones adultos frente al número de mujeres; la tolerancia del grupo sobre la promiscuidad del varón. La poligenia existió en casi todos los pueblos de la antigüedad y existió hasta principios del siglo XX en los mormones y en los pueblos mahometanos, en que el matrimonio poligénico es legal ante las leyes del hombre y las leyes religiosas pues se haya previsto en el Corán, en las cuales se permite tener hasta cuatro esposas legítimas y un gran sin número de concubinas.

b) Monogamia. La monogamia encuentra su antecedente en un sistema llamado familia sindiásmica, ya que es en esta familia donde los consortes se buscan un compañero favorito para llevar a cabo relaciones sexuales en forma exclusiva y por tiempo prolongado; además, se castigaba la infidelidad de la mujer, no obstante que se siguió permitiendo que el marido practicara la poligamia.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En la familia sindiásmica se empezó a excluir del matrimonio a los hermanos consanguíneos, luego a los parientes cercanos y finalmente a los más lejanos, dando origen a la familia monogámica, la cual es, según Gúitrón, "El origen de toda organización familiar, social, estatal y actual".²³

Dentro de la monogamia se establecen lazos conyugales mucho más duraderos y el matrimonio no puede ser disuelto por el simple deseo de los cónyuges, sólo se permite que el hombre repudie a la mujer por infidelidad o por alguna otra causa grave.

Como podemos deducir, la monogamia se define como la unión de un solo hombre con una sola mujer con las características de tiempo, fidelidad y exclusividad.

Para concluir el punto en comento, se hace necesario establecer los diferentes conceptos que sobre el matrimonio han vertido los distintos Tratadistas de la materia familiar, mismos que han cobrado influencia en su legislación respectiva.

"En el Derecho Romano los jurisconsultos Modestino, Ulpiano y Justiniano compartieron el concepto de matrimonio como la unión del hombre con la mujer con el propósito de vivir en comunidad".²⁴

En tanto, Galindo Garfias define el matrimonio "como la unión del varón y la mujer, hecho natural que el derecho eleva a la categoría jurídica con el fin de —

²³ GÚITRON FUENTEVILLA, Julián. OP. Cit. P. 136.

²⁴ PACHECO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil. 2ª edición. Editorial Panorama. México 1985. p. 59.

organizarlo y sancionarlo".²⁵

En el mismo sentido "El Código Civil Napoleónico, comentado por Galindo Garfias, define el matrimonio como la sociedad del hombre y la mujer, que se unen con el propósito de perpetuar la especie, prestarse ayuda mutua y compartir un destino común".²⁶

Para Antonio de Ibarrola, "El matrimonio es un acto jurídico celebrado por un hombre y una mujer ante el oficial del Registro Civil con el fin de formar una familia".²⁷

Para Juan Carlos Loza, citado por Manuel Chávez Asencio, "El matrimonio es una institución jurídica de orden público, fundada sobre el consentimiento mutuo entre dos personas de sexo opuesto que unen permanentemente sus destinos para la procreación y ayuda mutua de acuerdo a la legislación que regula sus relaciones".²⁸

Por su parte Sara Montero Duhalt, señala "Que el matrimonio es la constitución legal de la familia mediante el vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas determinados por la propia ley".²⁹

²⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 6ª edición. Editorial Porrúa. México 1983. p. 471.

²⁶ *Ibidem*. P. 473.

²⁷ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 3ª edición. Editorial Porrúa. México 1983. p. 256.

²⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. T. II. 1ª edición. Editorial Porrúa. México 1985. p.

42.

²⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 3ª edición. Editorial Porrúa. México 1990. p. 97

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cuanto el Derecho Canónico éste considera "Que el matrimonio es un sacramento, cuyo vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial ante la Iglesia, elevándose a la categoría de sacramento y como el sacramento es instituido por Dios, es Dios quien sanciona la unión, y por tanto, ésta es indisoluble".³⁰

Nuestro Código Civil de 1870 en su artículo 159, disponía expresamente: El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. Esta definición se reprodujo textualmente después en el Código de 1884.

Asimismo, el artículo 130 de la Constitución promulgada por el Constituyente de 1917 se afirmaba que el matrimonio es un contrato civil, cuya competencia es exclusiva de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos previstos por las leyes.

Por su parte, la Ley sobre Relaciones Familiares, en su Artículo 13 disponía que "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".³¹

En general concordamos con las definiciones expuestas por los distintos tratadistas mencionados sobre el matrimonio; sin embargo, conjugándolos a todos,

³⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. I. 18ª edición. Editorial Porrúa. México 1984. p. 276.

³¹ LEY DE RELACIONES FAMILIARES. Ediciones Andrade. 1943. p. 193.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ofrecemos nuestro propio concepto:

El matrimonio es una forma de constitución legal de la familia mediante el vínculo jurídico, establecido entre un hombre y una mujer ante el Juez del Registro Civil, para compartir una vida en común, originándose derechos y obligaciones recíprocas determinados por la propia ley.

1.3 Evolución del Matrimonio

A través del análisis del inciso que se refiere al concepto, génesis y desarrollo de la familia, hemos planteado también implícitamente el antecedente del matrimonio, hemos de estudiar entonces, en este punto, la evolución del mismo, a la luz de los Tratadistas de la materia, haciendo hincapié en que lo realizaremos de una forma más o menos breve; estableciendo la etapa y el tipo de matrimonio que fue aconteciendo. Nosotros hemos considerado que el proceso evolutivo del matrimonio propuesto por el Jurista Ortiz Urquidi cumple satisfactoria y ampliamente con nuestro análisis, así él llama las etapas evolutivas de esta forma:

- a) Promiscuidad Primitiva**
- b) Matrimonio por grupos**
- c) Matrimonio por raptó**
- d) Matrimonio por compra**
- e) Matrimonio consensual**
- f) Matrimonio como sacramento**
- g) Matrimonio civil solemne**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

a) **Promiscuidad Primitiva**, "esta fue la forma rudimentaria de la organización social de la familia en las primeras comunidades, con la natural consecuencia de que dicha organización se estableció en relación con la madre, dado que así las cosas, era imposible determinar la paternidad".³²

En este matrimonio primitivo, la madre se convirtió en el núcleo de los hijos, ya que es la madre la que sufre desde que nacen los hijos y tiene que cuidar su crianza.

b) **Matrimonio por Grupos**. Este tipo de matrimonio "Tuvo su origen en la creencia mítica derivada del totemismo, según la cual los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí por descender de un solo tronco común, que era el "totem", y en tal virtud estimaban que no podían contraer matrimonio con mujeres del propio clan, surgiendo así la necesidad de buscar la unión sexual con otras mujeres de otra tribu".³³

En este tipo de matrimonio, también se desconoce la paternidad ya que son varios hombres los que cohabitan con las mujeres, predominando el régimen matriarcal y la filiación de los hijos corresponde a la madre.

c) **Matrimonio por raptó**. Este matrimonio se deriva, principalmente, de guerras entre tribus o distintos grupos humanos, donde la mujer es considerada como parte del botín de guerra, y por tanto, "los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que capturaban al enemigo, de la misma manera que se apropiaban de los bienes y animales. Es aquí donde la paternidad se define por la

³² ORTIZ URQUIDI, Raúl. Matrimonio por comportamiento. Tesis Doctoral. México 1955. p. 94.

³³ *Ibidem*. p. 95.

unión monogámica, pues el marido es entonces el Jefe de la Familia y como tal somete a su autoridad tanto a la esposa como a los hijos".³⁴

d) Matrimonio por compra. En este tipo de matrimonio, el marido adquiere un derecho de propiedad sobre la mujer y ésta se encuentra totalmente sometida a su poder; la característica distintiva en este matrimonio es que se desplaza al matriarcado y se reconoce la paternidad, por consecuencia, toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez; asimismo, se reconoce la patria potestad al estilo romano, es decir se admite un poder absoluto e ilimitado del pater familias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

e) Matrimonio Consensual. Este se deriva de la manifestación libre de la voluntad entre el hombre y la mujer, de unirse para constituir un estado permanente y perpetuar la especie; por tanto, su característica es la manifestación del consentimiento mutuo de los consortes.

f) Matrimonio como Sacramento. "Tomando como fundamento esa libre manifestación de voluntades -(consentimiento)- del hombre y de la mujer para constituir un estado permanente de vida... los padres de la iglesia exigen que la unión de los esposos sea bendecida por un sacerdote".³⁵

g) Matrimonio Civil Solemne. Algo que se puede agregar a todo lo anterior, quedó delimitado en el análisis anterior de como se reglamentó lo eclesiástico y lo laico del matrimonio.

³⁴ Idem.
³⁵ Ibidem. p. 96

1.4 Fines del Matrimonio

Al referirse a los fines del matrimonio el Tratadista Alberto Pacheco Escobedo, establece de los mismos como primarios y secundarios, en relación a los primeros señala: "los dos fines primarios o principales del, matrimonio; la procreación de la prole y la educación de la prole."³⁶

La afirmación del Tratadista en comentario, encuentra fundamento en el Derecho Canónico que en el canon 1013 señala los fines primarios y secundarios del matrimonio, entre los primeros están la procreación, la educación de la familia y entre los segundos la ayuda mutua.

"Está claro para todo hombre después de la pubertad, que la finalidad más importante del matrimonio es la procreación de hijos y como consecuencia necesaria y exigencia de la naturaleza humana, la educación de los mismos, pues los hijos no nacen educados y es lo natural que sean los padres que les trajeron al mundo los que se encarguen y queden obligados a llevar a cabo su educación".³⁷

Respecto a los fines del matrimonio secundarios, el tratadista ya señalado, menciona: "El matrimonio tiene también unos fines secundarios que son la ayuda mutua y el remedio de las pasiones sexuales de los cónyuges".³⁸

Concluye el Tratadista haciendo una seria advertencia diciendo: "Los fines del matrimonio tienen entre si una jerarquía que no puede ser desconocida. Los fines primarios son más importantes que los secundarios, y como tales deben ser

³⁶ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. Op. Cit. p. 67.

³⁷ Idem.

³⁸ Ibidem.p.68.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

perseguidos prioritariamente a éstos si se invirtieran los términos, se pervertiría el matrimonio y no se lograrían ni siquiera los fines secundarios.³⁹

Nosotros consideramos que la relación afectiva como fin del matrimonio, es necesaria ya que tanto el hombre como la mujer requieren de afecto, de cariño, de amor, de estímulo, de ser valorados y esto es susceptible de lograrse en la pareja conyugal; de la relación afectiva depende la cohesión espiritual que, además de reafirmar la convivencia, consolida la unidad; el respeto mutuo; la solidaridad; la asistencia recíproca y la igualdad.

1.5 Situación Social y Jurídica de la Familia y el Matrimonio en México en la actualidad

Indudablemente, las graves crisis económicas que ha sufrido nuestro país, han impactado fuertemente, la institución de la familia. Los abogados más que nadie saben por experiencia que todo conflicto matrimonial contiene un núcleo problemático. En la mayoría de los casos tal núcleo problemático -llámese conflictivo- no es el divorcio mismo. Los esposos están resueltos a divorciarse. Si, pero... aquí viene a su encuentro el verdadero problema: puede consistir en una controversia feroz de contenido económico tendiente a obtener las mayores ventajas de orden alimentario, o en la liquidación de los bienes ante un cónyuge que está resuelto a no asistir al otro, a mantener ocultos los bienes de la sociedad conyugal; incluso puede darse el caso que uno de los esposos haya resuelto castigar al otro impidiéndole mantener comunicación con los hijos menores, a quienes desde luego adora, o le dispute lisa y llanamente la tenencia acusándolo de no cumplir las expectativas para educar, para conservar la guarda.

³⁹ Idem.

Hace ya tiempo que el ámbito jurídico familiar ha aprendido que los conflictos familiares llegan a los tribunales pero que, en mínima parte, tienen contenido jurídico sino por el contrario, tienen un fondo eminentemente económico. Esto obliga a pensar a los que por su actividad profesional tienen la obligación de velar, proteger y guiar a la institución que es la familia; en la caducidad e ineficiencia del modelo económico imperante en nuestra sociedad tradicional, en la necesidad de un cambio estructuralmente económico que permita la superación y estabilidad de la familia en México.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO II

FORMAS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO

2.1 MUERTE

Independiente a la muerte, como hecho jurídico que causa la extinción del matrimonio, estas provienen de distintos factores determinantes en la conducta del ser humano y a su vez éstos se ven moldeados por el medio ambiente. Si el individuo no tiene bien definidos sus valores morales, de educación, y se ha desenvuelto en un ambiente opuesto a su buen desarrollo físico y mental, manifestará ineptitud a superar conflictos que en su vida conyugal se le presenten. A este respecto, nosotros sugerimos que exista una preparación previa al matrimonio, para que se allanen los defectos a base de educación y orientación, para lo cual se hagan diversas proposiciones. Así mismo que los futuros matrimonios sean capaces y aptos de llevar un hogar y no el matrimonio prematuro de jóvenes inexpertos que se casan por deseo, o de personas adultas que se casan por interés o ambición. El matrimonio no debe considerarse como un negocio, es más bien una carrera, la carrera de la formación del hogar, en el cual se cimentará la familia y con ello la base de la sociedad.

Para la extinción del matrimonio existen dos tipos de causas, las naturales y las civiles, dentro de las primeras encontramos la muerte de cualquiera de los cónyuges y en las segundas tenemos la nulidad y el divorcio, entonces el vínculo matrimonial se disuelve por la muerte y esta es causa natural.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Con la muerte de alguno de los cónyuges, el cónyuge superviviente queda automáticamente en libertad para contraer nuevo matrimonio, si así lo desea; la ley correspondiente no exige ningún otro trámite administrativo.

En cuanto a las consecuencias que devienen con la muerte en materia familiar, Rojina Villegas, señala las siguientes: "La terminación de la relación del parentesco por consanguinidad, afinidad y de adopción; la extinción del vínculo conyugal con todas sus consecuencias a causa de la muerte de uno de los cónyuges o de ambos; pone el fin al juicio de divorcio que se esté tramitando, sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los herederos del cónyuge muerto; para el caso de donaciones entre cónyuges, la donación se vuelve revocable, en los términos previstos del artículo 4.56 del Código Civil del Estado de México; asimismo, se extingue la patria potestad por la muerte del ascendiente que la ejerza, según lo prevé la fracción I del artículo 4.223 del ordenamiento citado; en el mismo sentido, con la muerte del tutor, se extingue su personalidad respecto del pupilo".⁴⁰

2.2 Nulidad

La nulidad en materia de matrimonio viene a producir consecuencias semejantes a las de divorcio, por que también da término al vínculo matrimonial, pero respecto a los bienes y a los hijos se producen efectos distintos.

El artículo 4.61 del Código Civil actual reformado declara que son causas de nulidad de matrimonio:

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

⁴⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 248.

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

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

En relación con la fracción segunda del citado artículo, los impedimentos que señala el artículo 4.7 del mismo ordenamiento son:

I. La falta de edad requerida por la Ley, cuando no haya sido dispensada.

II. La falta de consentimiento de quienes legalmente deban otorgarlo.

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

IV. El parentesco de afinidad que hubiere existido en línea recta, sin limitación alguna.

V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio cuando haya sido judicialmente comprobado.

VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados judicialmente comprobado para contraer matrimonio con el que quede libre.

VII. La violencia para obtener el consentimiento para celebrar el matrimonio. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre los sujetos activo y

pasivo, mientras éste no sea restituido a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.

VIII. La embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere y produzca dependencia.

IX. La impotencia incurable para la cópula, la bisexualidad; las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias. No serán impedimentos cuando sean aceptadas por el otro contrayente.

X. Trastornos mentales, aunque haya espacios de lucidez

IX. El matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes.

En cuanto a las formalidades que se deben seguir, las mismas son esenciales para la existencia del matrimonio, sólo se requieren para validarlo. En el matrimonio aún cuando el Código Civil no lo mencione de manera expresa, debemos distinguir verdaderas solemnidades, cuya inobservancia originaría la inexistencia del mismo y simples formalidades que solo afectan su validez.

Consideramos que son esenciales para la existencia del acto jurídico las solemnidades siguientes:

- a) Que se otorgue el acta matrimonial.
- b) Que conste en la misma, la voluntad de los consortes por unirse en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

matrimonio, como la declaración que hace el oficial del Registro Civil, considerándolos unidos en el nombre de la ley y la sociedad.

c) Que se determinen nombres y apellidos de los contrayentes.

Las formalidades serán las que enumera el artículo 3.26 del Código Civil vigente para el Estado de México que dice:

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

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

II. Si son mayores o menores de edad.

III. Los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres.

IV. El consentimiento de quienes deban suplirlo, tratándose de menores de edad.

V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó.

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

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

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

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

IX. La firma del Oficial del Registro Civil, de los contrayentes y de las demás Personas que hubieren intervenido si supieren o pudieren hacerlo o en su caso, imprimirán sus huellas digitales.

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

Ahora bien, como sabemos las razones que justifican los requisitos que deben satisfacer los pretendidos para poder contraer matrimonio, son de tipo eugenésico, de higiene social, morales, económicos y aún de seguridad jurídica, reputándose que su cumplimiento permite que se cumplan de modo adecuado, los altos fines naturales y sociales propios de la institución, tales como la ayuda mutua y la perpetuación de la especie.

El incumplimiento de las formalidades aludidas, da lugar a una nulidad relativa, toda vez que nada impide que la exigencia omitida se satisfaga posteriormente, convalidándose así el vicio, excepto en lo que se refiere a la declaración que debe hacer el Oficial del Registro Civil, la que según expusimos con anterioridad constituye una solemnidad, cuya omisión determinará la inexistencia del matrimonio.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

2.2.1 La Mala Fe de uno de los Cónyuges en la Nulidad del Matrimonio

Bonncase Julián, distinguido jurista francés, asevera que "El dolo y mala fe, tienen los mismos efectos jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por decirlo así activo, y la mala fe pasiva. Procede con dolo el que procura persuadir al comprador que el objeto es de oro cuando es de cobre, y con mala fe, el vendedor a quien el comprador ofrece un precio como si el objeto fuese de oro y no lo desengaña de que el objeto no es de oro".⁴¹

"El dolo y la mala fe importan siempre premeditación, y propósito de engañar o de no desengañar, cuando el error ha nacido naturalmente".⁴²

Recogiendo estas ideas, nuestro ordenamiento positivo en el artículo 7.56, expresa que: Es dolo el artificio o maquinación fraudulenta que se emplee para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes. Mala fe es la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

En cuanto a los efectos del dolo y de la mala fe, nuestro Código Civil del Estado de México dispone que: El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante, artículo 7.57.

Así pues, "una sola condición será exigida pero inexorablemente para que el dolo obre como vicio del consentimiento; se requiere que haya influido

⁴¹ BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho Civil. T. I. Editorial Cajica Puebla, México. 1977. P. 259.

⁴² *Ibidem*. p. 260.

verdaderamente sobre la voluntad de la víctima, que la haya engañado, que su papel haya sido seductor".⁴³

A la luz del referido artículo 7.57 de nuestra Ley Civil, el Jurista Borja Soriano señala en el sentido de que: "Cuando haya dolo o mala fe, el contratante que ha incurrido en error puede pedir la nulidad, aunque al celebrarse el contrato no haya declarado el motivo determinante de su voluntad, ni ese motivo se pruebe, precisamente por las circunstancias del mismo contrato, requisitos que se requieren cuando el error es fortuito o casual".⁴⁴

Tal opinión era exacta dentro de la vigencia de los Códigos Civiles de los años 1870 y 1884, en los cuales si se estimaba el dolo como un vicio del consentimiento, o al menos que siempre generaba un error que debería invalidar el contrato, aunque el mismo no fuese determinante de la voluntad, dado que los artículos 1296 fracción III y 1413 fracción III, respectivamente, disponían: El error de hecho anula el contrato: III. Si procede de dolo o mala fe de uno de los contrayentes.

En suma, lo que vicia la voluntad y de ahí que se invalide el acto, no son las maniobras en sí mismas, sino el error que provocan o disimulan, el dolo o la mala fe, respectivamente.

2.2.2 La Buena Fe de uno de los Cónyuges en la Nulidad del Matrimonio

⁴³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T. II. Editorial Cajica. Puebla, México 1979. p. 216.

⁴⁴ BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 10a. edición. Editorial Porrúa. 1985. p. 329

La buena fe en el matrimonio puede existir en uno de los cónyuges o en los dos. Si se ignoran las circunstancias legales que lo hagan ilícito o nulo como el impedimento legal que se oponía a la celebración del matrimonio, o el que hizo insuficientes las formalidades de su celebración.

El matrimonio debe contraerse de buena fe, por lo menos así se supone, y adquiere la presunción de ser válido, requiriéndose, para destruir esta presunción, prueba plena. En tal virtud, mientras no se demuestre la mala fe de uno de los cónyuges, se presume que este fue contraído de buena fe y así lo establece el artículo 4.81 del Código Civil para el Estado de México.

En consecuencia es de suponerse que los efectos del matrimonio no solamente tienen repercusiones sobre los cónyuges, sino también y muy principalmente, sobre los hijos y los bienes.

Así los "matrimonios contraídos de buena fe y que son declarados nulos producirán todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure el vínculo y en todo tiempo, en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad si no se hubieran separado los consortes, o desde su separación, en caso contrario". Artículo 4.78 del Código Civil para el Estado de México.

2.2.3 La Mala Fe de ambos Cónyuges en la Nulidad del Matrimonio

En el caso de que la mala fe haya sido de ambos cónyuges, el matrimonio solamente producirá efectos civiles respecto de los hijos.

De acuerdo con lo expuesto y con fundamento en los artículos 4.78 y 4.79 del Código Civil, los hijos no sufren las consecuencias de la nulidad del matrimonio de sus padres, pues, se considera que aquél existió válidamente. En tal virtud los hijos tendrán la calidad de legitimados a legítimos respectivamente y con los derechos de heredar o percibir alimentos. Dice la ley:

"Artículo 4.78.- El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos de ambos nacidos antes y durante el matrimonio y trescientos días después de la declaración de nulidad, o desde la separación de los cónyuges, en su caso."

"Artículo 4.79.- Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos".

"Artículo 4.80.- Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.

Respecto de las donaciones ante nupciales, deberán observarse las siguientes reglas, según el artículo 4.85 del Código Civil del Estado de México.

Declarada la nulidad del matrimonio, se observarán respecto de las donaciones antenuptiales, las reglas siguientes:

Fracción IV. Si los cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se haya hecho quedarán en favor de sus hijos. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reclamación alguna.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.3 Divorcio

Numerosos argumentos se han expuesto para combatir la autorización legal para disolver el matrimonio en vida de los cónyuges, mediante el Divorcio, nosotros creemos que la razón práctica del establecimiento de esta Institución deviene de la necesidad de poner fin a la falta de concordia y paz que ha dejado de reinar en el hogar, que se ve convertido de pronto en un foco de escándalo; en una causa permanente de disgustos. Es un mal que resulta de las pasiones y debilidades humanas, no es ya la unión legal una garantía de moralidad que permite realizar los fines para los que el derecho lo ha creado, sin que por otra parte estemos de acuerdo con la generosidad con que en algunas legislaciones lo autorizan.

Ahora bien, las objeciones han partido primordialmente de las creencias religiosas, fundamentalmente el Cristianismo, los adversarios del divorcio lo condenan por desobedecer las enseñanzas de la Iglesia que señalaba "El verdadero motivo por que las leyes civiles están obligadas a admitir el divorcio es la libertad de los cultos; hay cultos que autorizan el divorcio, otros que lo prohíben; por tanto, la ley debe permitirlo, a fin de que puedan recurrir a él, aquellas personas cuya creencia se los permite." ⁴⁵

Atendiendo al interés de los hijos, se ha dicho que el divorcio los sacrifica sin atender a las graves consecuencias que produce la separación absoluta de sus padres, y no mira sino el interés de éstos. "No desconocemos que son sin duda los hijos los más afectados, pero no es todo lo fundado que parece la objeción que lo combate en razón de ella, ya que no es la ruptura legal del matrimonio la que los

⁴⁵ KNECHT, Augusto. Derecho Matrimonial Católico. 1a. Edición Editorial Reus. Madrid 1954. p. 59.

afecta, sino la ruptura de hecho que se produce entre los padres y que origina, odios, rencores y sentimientos de animadversión entre los esposos, y que cada uno tratará de inculcar a los menores, dando por resultado un daño mayor e irreparable para los hijos, que no obstante separados de sus padres lograrán recibir una educación adecuada." ⁴⁶

No es desde luego lo debido, que el vínculo matrimonial sea frágil, es peligroso incluso, porque de ser así las personas se casarían a la ligera, ya que se tiene una frágil salida de las obligaciones matrimoniales. La familia base de la estructura de una sociedad opinan otros, se ve amenazada por el divorcio que atenta en contra de su estabilidad y durabilidad, socavándose entonces, el más firme puntal con el que cuenta una sociedad organizada.

2.3.1. Divorcio Voluntario Administrativo

Nuestro Código contempla dos especie de Divorcio: el que se ha denominado Divorcio Necesario y el que se conoce como Divorcio Voluntario; para éste último se han establecido dos formas a saber: el Administrativo y el Judicial, siendo la distinción con motivo de la autoridad ante la cual se practica.

Respecto al Divorcio Administrativo "este carece de antecedentes en nuestra legislación mexicana; ni los anteriores código de 70 y 84, ni la Ley sobre Relaciones Familiares, hacen referencia alguna sobre este tipo de disolución matrimonial. Toca al legislador del Código de 1928, en su intensa búsqueda de figuras jurídicas nuevas por las diversas legislaciones de los países más avanzados,

⁴⁶ FERNANDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. 3a. edición Editorial UTEHA. México 1963. p. 135.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hacer encajar esta institución que nos ocupa dentro del Derecho Positivo mexicano.⁴⁷

"La tendencia social del régimen del general don Plutarco Elías calles, cuyo espíritu revolucionario iba sinceramente acorde con las ideas que motivaron el movimiento de 1910; aunada a la inclinación siempre atractiva de todo lo nuevo que en este caso era la naciente Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, con su moderna legislación apoyada en un sistema doctrinario totalmente distinto al que había inspirado los anteriores códigos de naciones que tradicionalmente se han considerado como avanzadas; motivó que el legislador sintiera especial inclinación por determinadas instituciones de estos Países, que, a la vez que significando un progresista avance jurídico y social, no fueran contrarias al espíritu de nuestra organización administrativa".⁴⁸

Es así como entra a formar parte de la tradición jurídica mexicana el divorcio administrativo, que es reglamentado en nuestro actual Código Civil en sus artículos 4.105, 4.106, 4.107, 4.108.

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

⁴⁷ GARCIA TELLEZ, Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. 1ª edición. Editorial Porrúa. México 1932. p.223.

⁴⁸ Ibidem. p. 226.

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

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

Artículo 4.108.- El divorcio administrativo no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela o no han liquidado la sociedad conyugal, en este caso se hará la denuncia penal correspondiente.

Nosotros creemos que el divorcio administrativo en nuestra legislación mexicana es un ejemplo de Institución extranjera emanada de circunstancias de regímenes jurídicos de concepciones diferentes acerca de las situaciones avanzadas totalmente distintas de las nuestras. Son valores vitales, por lo que una adaptación de figuras jurídicas entre ambos Estados debe ser una verdadera asimilación a la comunidad social donde va a regir. "El divorcio administrativo no es una figura que en los actuales momentos sirva para resolver situaciones, como lo fue en la Unión Soviética; quizá más adelante y cuando ya nuestro pueblo esté debidamente preparado sea posible su aplicación sin que entrañe ningún peligro.

Con este tipo de divorcio la institución del matrimonio, se relaja y deja de ser la tradicional forma de vida familiar de recios lazos, para convertirse en una —

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

peligrosa bomba de tiempo".⁴⁹

2.3.2. Divorcio Voluntario Judicial

"Esta clase de divorcio tiene como antecedente remoto, el establecido en el Derecho Romano bajo la denominación de Bona Gratia donde sin existir formalidad alguna para su aplicación, era suficiente el consentimiento de los esposos".⁵⁰ Sin embargo su antecedente inmediato y directo dentro de su regulación jurídica actual lo encontramos en las leyes emanadas de la Revolución Francesa.

La Ley de 1792, lo reglamenta por vez primera aunque en forma somera, al argumentar que "Como los esposos están de acuerdo para separarse, se había considerado inútil la intervención del tribunal, limitándose el legislador a rodear este divorcio, de algunas precauciones, destinadas a impedir la ruptura, demasiado fácil del matrimonio; las principales consistían en plazos sucesivos impuestos a los esposos y en su comparecencia ante una asamblea compuesta de seis parientes o amigos".⁵¹

Posteriormente el Código de Napoleón lo regula más severamente rodeándolo de suficientes garantías que impidieran su abuso. En aquél entonces se alegó a su favor que la existencia del mutuo consentimiento evidenciaba ya la presencia de causas reales ocultas, que los esposos preferían guardar en secreto, en

⁴⁹ PEREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. La Obligación Alimentaria. 2a. Edición Porrúa México 1989. p. 147.

⁵⁰ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 10a. edición. Porrúa México 1983. p. 321.

⁵¹ PLANIOL, Marcel, Op. Cit. p. 324.

vez de exhibir la vergüenza de su fracaso ante el escándalo social, por lo que debería dispensárseles no revelar los motivos de su separación.

En la legislación mexicana nuestros códigos de 1870 y 1884 lo admiten, aunque no solamente para el efecto de suspender determinadas obligaciones matrimoniales y no como divorcio vincular.

El Código Civil del Estado de México actual basado en la Ley Sobre Relaciones Familiares, lo admite en su artículo 4.102. El divorcio por mutuo consentimiento procede cuando los esposos de común acuerdo acuden ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio conyugal, solicitando la disolución del vínculo que los une, sin necesidad de fundarse en ninguna de las causales que la ley enumera.

Para este tipo de divorcio el legislador concedió en el Código de Procedimientos Civiles, un capítulo completo que encierra el procedimiento especial a que lo sometió. Señala en su artículo 2.275, Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, presentarán su solicitud escrita al Juez acompañando:

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

Realmente más que un convenio lo que se acompaña en este juicio es un proyecto que está sujeto a las objeciones que de él haga el Ministerio Público en función de representante social. La finalidad primordial de este proyecto de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

convenio es garantizar los derechos de los menores o incapacitados, secundariamente los intereses de los cónyuges y la administración y liquidación de la sociedad conyugal. Su total contenido versa sobre los cinco puntos siguientes:

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

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

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

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

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

"El procedimiento para obtener esta clase de divorcio es bastante sencillo y muy rápido; tal parece que nuestros legisladores corrieron prisa en la aprobación de esta parte del proyecto del Código. Fue suficiente que consideraran garantizados los intereses monetarios de los hijos habidos en el matrimonio, para crecer cumplida su misión."⁵²

⁵² PENICHE LOPEZ, Edgardo. Introducción al Derecho Civil. Lecciones de Derecho Civil 18ª. edición Porrúa. México 1984. p. 317.

Una junta de avenencia y la aprobación de un convenio bastaron para considerar innecesario el matrimonio y decretar su disolución. Llamaron más el interés las normas del procedimiento que la institución misma que iba a disolverse. Debieron tomar en cuenta que los derechos de los hijos no se satisfacen con sólo el aseguramiento de alimentos y con base en ello hacer más difícil y prolongado el divorcio, que los cónyuges viendo obstáculos por esta vía seguramente procurarán resolver las complicaciones de su vida matrimonial en forma menos radical.

Así vemos que la ley requiere una sola junta de avenencia que debe celebrarse dentro de los quince días siguientes de presentada la solicitud, en la misma se analizará el convenio, indicándoles los puntos que no se ajustan a derecho y proponiéndoles que lo corrijan y en un plazo mínimo de cinco días el juez dictará resolución y si se aprueba el convenio, declara disuelto el vínculo matrimonial.

2.3.3 Divorcio Necesario

Este es, el que se tramita ante un Juez de Primera Instancia del domicilio conyugal, mediante demanda presentada por uno de los esposos y apoyada en cualquiera de las fracciones del artículo 4.90 del Código Civil del Estado de México que señala:

Artículo 4.90.- Son causas, de divorcio necesario:

I. El adulterio de uno de los cónyuges.

II. Que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

celebrarse el mismo con persona distinta al cónyuge.

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

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

V. La incitación • la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.

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

VII. Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria.

VIII. Padecer enajenación mental incurable.

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

X. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

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

XII. La negativa de los cónyuges de darse alimentos.

XIII. La acusación calumniosa por un delito, hecha por un cónyuge contra el otro.

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

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

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

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

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

XIX. La separación de los cónyuges por más de dos años —

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

Asimismo el procedimiento a seguir en esta clase de divorcio se haya sujeto a las reglas establecidas para el juicio ordinario civil, que a nuestro parecer es inadecuado para regular el tema que nos ocupa. Pues si el matrimonio cuya naturaleza como institución de interés público es indiscutible, viene a ser el fundamento creador de la familia y ésta la base de la sociedad; su disolución no debiera conseguirse por medio de un procedimiento que la Ley ha establecido para resolver el común de las controversias surgidas con motivo de las fricciones en las relaciones diarias de la vida social, sino procurar un procedimiento especial que el mismo interés social del matrimonio exige.

Aunque admitimos que las reglas procesales en el juicio ordinario civil; se encuentran adecuadas a garantizar una fría imparcialidad y seguridad en cualquier controversia; sin embargo un juicio de divorcio no es precisamente una controversia donde la oscuridad del mejor derecho lo motive. No es una simple situación abstracta de dar a cada quien lo suyo, lo que va a dilucidarse; sino es el fundamento social creador de la familia y realización de las tendencias más naturales y trascendentes de nuestro ser. Es el matrimonio, la familia, la sociedad misma que se enjuicia.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPITULO III

DE LOS CONVENIOS EN GENERAL

3.1 Concepto

Para iniciar el desarrollo del presente capítulo, se hace necesario establecer algunos principios, que fundamenten el trabajo de investigación que estamos realizando.

El Jurista León Duguit, en su obra "Las Transformaciones del Derecho" señala: "En el sistema civilista clásico sólo el Contrato puede en principio dar nacimiento a una situación de Derecho. Es la consecuencia lógica de la concepción individualista, fundamento del Sistema Civilista".⁵³

A este principio le sigue lo mencionado por el Tratadista Mexicano Miguel Ángel Zamora y Valencia que en su obra "Contratos Civiles", establece "Los dos principios básicos que fundamentan el actual sistema político-jurídico de los Estados Unidos Mexicanos son la libertad individual y la propiedad privada...

Los Contratos Civiles son la actualización y la puesta en práctica vigorizante, y efectiva de los principios de la libertad individual y de la propiedad privada. El ejercicio efectivo de esos dos principios que la Constitución

⁵³ DUGUIT, León. Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado), Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1975 P. 222

Política consagra en sus primeros veintinueve artículos como garantías individuales o derechos públicos subjetivos, se hace cotidianamente a través - de la utilización de los Contratos Civiles. El Contrato es el medio más ágil y efectivo para constatar la existencia de esos valores de libertad y propiedad; y además es el medio más seguro, serio, y usual para lograr la satisfacción de la mayor parte de las necesidades domesticas cotidianas".⁵⁴

Dentro del ámbito de la "satisfacción de la mayor parte de las necesidades domésticas cotidianas" encontramos los Convenios Conyugales, los cuales encuentran fundamento legal en el llamado Derecho de Familia, del cual el Tratadista Chávez Asencio hace la siguiente referencia "El Derecho de Familia es peculiar y dentro del Civil se le coloca como una especie del género Derecho Privado".⁵⁵

Lo anteriormente mencionado es de suma importancia ya que "La familia no es una institución jurídica en sí misma; los vínculos familiares trascienden de la mera relación jurídica. Ni siquiera tiene la familia personalidad jurídica y podríamos decir que no la tiene porque no la necesita. Según el viejo aforismo "Cuando empieza el derecho, la familia termina".⁵⁶

No obstante lo señalado, el Tratadista Rafael Rojina Villegas, en su obra Compendio de Derecho Civil (Introducción, Personas y Familia), señala: "Desde luego y dentro de la vieja clasificación que distingue el derecho

⁵⁴ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles. 2ª edición. Editorial Porrúa S.A. México 1985. (Prológo).

⁵⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. 2a. edición Editorial Porrúa, S.A. México 1993. p. 15

⁵⁶ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Op. Cit. p. 22.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

público y el derecho privado, podemos considerar que el derecho de familia, no obstante las características que después señalaremos, pertenece por entero al derecho privado... Partiendo de este criterio podemos considerar que el derecho de familia pertenece por entero al derecho privado, no obstante que tutele intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables".⁵⁷

Establecido el fundamento doctrinario respecto a los Convenios Conyugales, los cuales encuentran respaldo en el Derecho Familiar, el cual a la vez se encuentra inmerso en la rama del derecho privado, que es también una parte de la división clásica del derecho en nuestro país o sea, Derecho Público y Derecho Privado.

Ahora entraremos de plano al término Concepto de Convenio y para ello estableceremos lo que señala Chávez Asencio al respecto "En nuestra Legislación existe la posibilidad de que los cónyuges celebren algunos convenios que se refieran a ellos en lo personal, a sus bienes o también en relación a sus hijos. Algunos convenios están previstos en la ley, sin que signifique que son los únicos que se puedan celebrar. La pareja conyugal y los progenitores podrán celebrar otros siempre dentro de los límites que impone el Derecho de Familia".⁵⁸

Gramaticalmente el convenio significa "Ajuste, Convención, Pacto, Acuerdo".⁵⁹ Para los Tradadistas Rafael de Pina y Pina Vara en su obra "Diccionario de Derecho", el convenio lo definen tal y como lo establece el

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. (Introducción, Personas Familia). 21a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1986. Pp. 202, 203.

⁵⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. Op. Cit. p. 24

⁵⁹ Diccionario Enciclopédico Universal. T. II. Editorial Océano Color, S.A. Barcelona, España 1993.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Código Civil vigente para el Estado de México que el artículo 7.30, regula así:

"Artículo 7.30.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

Y el artículo siguiente establece una diferencia al establecer:

"Artículo 7.31.- Los Convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de Contratos".

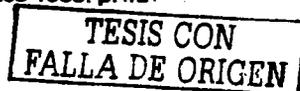
Tras lo anteriormente mencionado, podemos establecer que el convenio es el género y el contrato la especie.

Otro Tratadista que hace mención al convenio es Arturo Díaz Bravo, que señala "Cabe recordar que, conforme a los indicados preceptos, el contrato es una especie del género convenio, y que el primero de tales vocablos sólo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; cuando se modifiquen o extingan obligaciones, será menester el empleo de la palabra Convenio".⁶⁰

Lo anteriormente manifestado, por el Tratadista en análisis, fundamenta doctrinariamente lo que legalmente sustenta la codificación civil vigente para el Estado de México.

Ahora bien, dentro del anchuroso ámbito de los convenios, existen, en -

⁶⁰ DIAZ BRAVO, Arturo Contratos Mercantiles. 3a. Edición. Editorial Harla. México 1989. p. 12.



la moderna vida familiar, acuerdos de voluntades que, por una u otra razón, ofrecen algunas dificultades para encuadrarlos como convenio y, en ocasiones por una injustificable resistencia de los otorgantes a emplear el término: convenio; en otras, por razón de que una de las partes, o ambas no disponen de libertad para convenir los términos del convenio y en algunos casos, ni siquiera para decidir libremente si lo celebran o no.

Ahora bien, el convenio tiene diversos sentidos, y cuando menos, dos revisten una capital importancia, y a saber, son: el convenio *Lato Sensu*, el convenio *Estricto Sensu*. El convenio entendido *lato sensu* va a tener cuatro funciones, constituyendo dos de ellas, funciones Positivas que son la creación o transmisión de derechos y obligaciones, las otras dos funciones son negativas y consisten en la modificación o extinción de derechos y obligaciones. Por convenio *lato sensu* se entiende el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones. El contrato es una especie del Convenio *lato sensu*, ya que se encuadra dentro de éste, abarcando lo que se ha venido llamando función positiva que como se dijo anteriormente consiste en la creación y transmisión de derechos y obligaciones.

De lo mencionado se deriva una tercera acepción que abarca la función negativa a que hemos hecho referencia y es la de "Convenio *Estricto Sensu*" que va a tener por objeto la modificación o extinción de derechos y obligaciones.

Asimismo, el Código Civil para el Estado de México, establece de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

manera categórica la indisolubilidad de los convenios y de los contratos al señalar en el artículo 7.103, lo siguiente:

Artículo 7.103. "La disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".

3.2 El Convenio como Fuente de Obligaciones

La codificación sustantiva en materia civil para el Estado de México, establece como fuentes de las obligaciones las figuras siguientes:

- a) Los contratos
- b) La declaración unilateral de la voluntad
- c) En enriquecimiento ilegítimo
- d) La gestión de negocios
- e) Los actos ilícitos
- f) El riesgo profesional

Por la naturaleza de nuestro trabajo de investigación, sólo analizaremos la obligación que emana por la fuente, que para nuestro estudio seria el género, y el convenio; la especie como ya lo fundamentamos páginas atrás.

La figura del contrato permite satisfacer toda clase de necesidades, no es posible comprender ni imaginar una sociedad moderna que no viva dentro

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de un gran marco contractual. Si un día, no se cumpliera ninguna obligación emanada de los Contratos Civiles, el daño social sería peor que la explosión de una bomba de neutrones".⁶¹

Ahora bien, uno de los aspectos "Sine qua non" para la existencia de los contratos, sin lugar a dudas, lo constituye la obligación; para una mejor comprensión de nuestro tema realizaremos un estudio pormenorizado de la obligación, en su sentido más amplio.

El Tratadista Ernesto Gutiérrez y González en su obra "Derecho de las Obligaciones" establece lo siguiente: "La Obligación *Lato Sensu* es definida como la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligada-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, denominada acreedor que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial (pecunaria o moral)".⁶² Este concepto vertido por el Tratadista en comentario menciona tres elementos dentro de la estructura conceptual.

- a) Los sujetos (obligado-deudor, el acreedor).
- b) Una relación jurídica que los vincula.
- c) El objeto, que es la prestación que se debe.

La prestación que se debe, puede consistir en dar, hacer o no hacer.

Analizando cada uno de los elementos que constituyen la obligación

⁶¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel. Op. Cit. p. 12

⁶² GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 6a. edición. Editorial Cajica Puebla, México 1987. p. 101

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

lato sensu, nos encontramos que el elemento sujeto, debe ser siempre determinado, forzosamente determinado, esta tesis tradicional, forma Parte del contenido de la obra del Jurista Gutiérrez y González. "Sin embargo, casos de obligaciones en la que cualquiera de los sujetos esté indeterminado hasta antes del cumplimiento de las mismas, no se dan en el campo del Derecho Civil, sino sólo en el Mercantil".⁶³

En relación al siguiente elemento "relación jurídica" esta se reduce a la "facultad que tiene el acreedor de "poder exigir" a su deudor que cumpla, y la situación del deudor de "deber cumplir".⁶⁴

Finalmente en relación al tercer elemento de la obligación, la prestación u objeto; contiene dos acepciones que son las siguientes:

1. La conducta que debe observar o realizar el obligado.
2. La "cosa" material que en la conducta de "dar" debe precisamente dar el obligado.

En la primera acepción, la conducta puede ser de tres diferentes tipos:

- a) Una conducta en que el obligado debe "Dar",
- b) Una conducta en que el obligado debe de "Hacer", y
- c) Una conducta en donde el obligado debe "No hacer".⁶⁵

⁶³ Ibidem. p. 108

⁶⁴ Ibidem. P. 111

⁶⁵ Ibidem. P. 114

En relación a la cosa material, la codificación sustantiva para el Estado de México, en el artículo 7.65 habla del objeto y de manera poco ortodoxa en su fracción primera habla de "la cosa que el obligado debe dar"; y en la segunda fracción habla de el hecho que el obligado debe hacer o no hacer, haciendo caso omiso de la conducta de "dar". Finalmente en el capítulo V del Título séptimo de las modalidades de las obligaciones en los artículos del 7.256 al 7.271, hablan de las obligaciones de dar y en los artículos 7.272 y 7.273, hablan de las obligaciones de hacer y de no hacer.

3.3 El Convenio como Acto Jurídico

Para iniciar el estudio del siguiente punto, es necesario establecer un principio "se puede sentar como principio, el que todas las obligaciones tienen su fuente en los hechos jurídicos en su doble división: actos jurídicos y hechos jurídicos stricto sensu".⁶⁶

El Tratadista Eduardo García Maynez en su consultada obra "Introducción al Estudio del Derecho", establece un sinnúmero de clasificaciones de los hechos jurídicos en general; los cuales no mencionaremos por ser ociosos para nuestro trabajo de investigación. Sin embargo rescataremos para analizar la clasificación que García Maynez atribuye a Francesco Carnelutti en relación a los hechos jurídicos, y, señala: "Los hechos jurídicos pueden ser clasificados desde dos puntos de vista:

- a) Atendiendo a su naturaleza.

⁶⁶ Ibidem. p. 151.

b) De acuerdo con los efectos que producen".⁶⁷

Examinados atendiendo a su naturaleza los hechos jurídicos aparecen divididos en dos grupos: naturales o causales y humanos o voluntarios; estos últimos son también conocidos con el nombre de actos jurídicos.

"Estos forman el grupo más numeroso e importante de hechos jurídicos. Puede dividirse en tres clases, atendiendo a las relaciones entre el fin práctico y el efecto jurídico del acto. Tales relaciones son de tres tipos: a) De indiferencia; b) De coincidencia; c) De oposición".⁶⁸

Ahora bien, la Doctrina francesa en relación a la clasificación de los hechos jurídicos en materia civil, establecen lo siguiente: "Las acciones del hombre, en tanto que el derecho subjetivo las considera como hechos jurídicos, dividen en lícitas e ilícitas... Cuando las de un sujeto son lícitas y su finalidad es la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de obligaciones y derechos, llámense actos jurídicos. Estos pueden ser unilaterales o bilaterales. Los bilaterales reciben la denominación de convenios. Subdividen en convenios sensu stricto y contratos".⁶⁹

Es necesario en este momento, señalar que nuestro Derecho positivo distingue al contrato del convenio y de los preceptos respectivos puede obtenerse la distinción entre convenio en un sentido amplio y convenio en un sentido restringido, aún cuando como especies de un mismo género, que es el

⁶⁷ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Op. Cit. Pp. 180. 181.

⁶⁸ Idém.

⁶⁹ Ibidem. P. 183

de acto jurídico, todas las disposiciones jurídicas aplicables a los contratos también lo serán a los convenios.

Ahora bien, como consecuencia del desprendimiento del contrato de su género, el convenio en sentido restringido, queda reducido al acuerdo de dos o más personas para modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Asimismo, a partir de este momento vamos a utilizar el término convenio por ser esta figura la analizada, en nuestro trabajo, independientemente a que se asimile al contrato, y, así tenemos que la expresión convenio tiene en la práctica jurídica mexicana diversas significaciones: como acto jurídico, como norma individualizada y como documento en el cual se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes, que crean o transmiten derechos y obligaciones.

En lo referente al convenio como acto jurídico, sabemos que cualquier transformación en el ámbito de lo jurídico, o sea cualquier situación que produzca una consecuencia a la que se califique como "jurídica", necesariamente debe ser el resultado de una motivación a un "supuesto jurídico" y toda activación de un supuesto jurídico, forzosamente debe de obedecer a la actualización de un hecho jurídico.

"Estos términos de "supuesto jurídico", consecuencia del derecho", sujetos de derecho" que son las personas a quienes se les imputan las consecuencias y objetos de derecho" y que es el elemento material y objetivo que maneja la ciencia jurídica, reciben el nombre de "conceptos jurídicos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fundamentales" sin los cuales, por lo tanto, no podría hablarse en situación o relación con la calificación de jurídica".⁷⁰

Por lo tanto, los supuestos Jurídicos, son las hipótesis normativas de cuya excitación depende el que se produzcan consecuencias de derecho y las consecuencias de derecho, son las situaciones o relaciones que se originan como consecuencia de haberse activado uno o varios supuestos jurídicos.

En un desenvolvimiento lógico de ideas, debemos concluir que, para que se produzcan consecuencias de derecho, se necesita actualizar un supuesto. Ahora bien, el motor, el impulso, el activador del supuesto recibe el nombre de hecho jurídico.

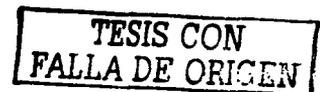
Además existen acontecimientos que no producen consecuencias jurídicas por no activar ningún supuesto, pero en cambio existen otros que si las producen y a estos últimos son a los que se les denomina hechos jurídicos.

3.4 Elementos de Existencia del Acto Jurídico

Hemos establecido doctrinaria y legalmente, el origen y fundamentación del convenio en *stricto sensu*; entonces es necesario ahora, abordar los elementos esenciales y de validez del acto jurídico llamado convenio.

"Para la doctrina mexicana son elementos de esencia o esenciales; el -

⁷⁰ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. Cit. Pp. 19, 20.



consentimiento y el objeto y en algunos casos la forma solemne; y de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la norma". ⁷¹

Al referirse a los elementos esenciales, el Tratadista Gutiérrez y González señala:

"No resulta imprudente recordar que si falta un elemento de existencia (consentimiento, objeto y en ciertos casos la forma solemne) no existe contrato; por otra parte, una vez que se dan esos elementos, el contrato precisa de los requisitos determinados por la ley, para alcanzar la plenitud de sus consecuencias jurídicas, y si faltan, no se producirá la inexistencia del acto, sino sólo la nulidad". ⁷²

CONSENTIMIENTO

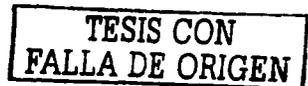
El consentimiento se define como "el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción de efectos de Derecho y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior, o en una forma más amplia, que sirve para el contrato y el convenio: es el acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir efectos de derecho, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior". ⁷³

Al respecto, Zamora y Valencia establece: "El consentimiento es el

⁷¹ Ibidem. P. 25

⁷² GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Op. Cit. PP. 259, 260, 261.

⁷³ Ibidem. p. 263



acuerdo de dos o más voluntades en los términos de una norma para la producción de las consecuencias previstas en la misma.

Como la voluntad es un elemento indispensable del acto jurídico y los – contratos son una especie del género actos jurídicos, necesariamente se requerirá de esa voluntad en el contrato, pero como éste siempre es un acto plurisubjetivo, la unión acorde de las voluntades de los contratantes en los términos de un supuesto jurídico, toma el nombre de Consentimiento".⁷⁴

Señalando lo anterior, encontramos, entonces que el consentimiento, no es un elemento unitario, sino un elemento compuesto, porque se constituye de dos o más voluntades.

La unión de esas dos o más voluntades reciben el nombre de una parte de propuesta, oferta o policitud y la otra de aceptación. Es necesario establecer que se entiende de cada uno de estos conceptos.

El concepto policitud recibe críticas en el ámbito jurídico por su origen etimológico, que significa "múltiples ofertas" o "múltiples licitaciones" y que para integrar el consentimiento se requiere sólo una y por lo mismo, se debe emplear el término de "licitación" ... el vocablo "licitar", significa en lo gramatical "ofrecer precio en una subasta" y en cambio "policitar", era en Roma una promesa unilateral hecha a un municipio o al Estado".⁷⁵

⁷⁴ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 26

⁷⁵ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Op. Cit. p. 265.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que creemos que el Tratadista Gutiérrez y González tiene razón en utilizar el término policitación en lugar de licitación, aún cuando sabemos que innumerables autores civilistas utilizan "licitar".

Con respecto a la aceptación, esta se conceptúa como "una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, sería lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, y se reduce a un "si".⁷⁶

Nosotros consideramos que la aceptación es una declaración de la voluntad que se une a la oferta y se adhiere de manera general a los elementos de la primera.

EL OBJETO

El segundo elemento de existencia del contrato lo conforma el llamado objeto. El cual a decir del Tratadista Gutiérrez y González, se considera tiene dos acepciones.

La primera acepción contiene tres posibilidades; la primera es una conducta que debe realizar el obligado; o sea debe dar, hacer o no hacer. A este respecto, Zamora y Valencia señala: "Si tal conducta se manifiesta o exterioriza como una prestación, puede encausarse como un hacer algo o como dar cierta cosa, que al final no sería sino una modalidad de un hacer algo; y si la conducta se manifiesta o exterioriza como una abstención, puede encausarse

⁷⁶ Ibidem. P. 271

como un no hacer algo".⁷⁷

La segunda acepción del concepto objeto es la cosa material que se debe dar.

De todo lo anterior, se puede entonces deducir la clasificación del objeto como elemento de existencia del contrato, en objeto directo y en objeto indirecto.

En relación al primero, el objeto directo será la conducta, que se manifiesta en un dar o hacer, o un no hacer.

Por otra parte, el objeto indirecto será la cosa como contenido del dar; el hecho como contenido del hacer y finalmente la abstención como contenido del no hacer.

Algunos Tratadistas como Gutiérrez y González, señalan como objeto directo del contrato lo establecido por el artículo 7.30 del Código civil para el Estado de México, ya transcrito con anterioridad, sin embargo, otros Tratadistas como Miguel Ángel Zamora y Valencia, no se muestra partidario de tal hipótesis al señalar: "La creación y la transmisión (y en algunas legislaciones la modificación y la extinción) de derechos y obligaciones, no es, ni puede ser objeto del contrato, sino que esas situaciones son la consecuencia o resultado del propio contrato como acto jurídico que motivó o actualizó un

⁷⁷ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, Op. Cit. p. 28.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

supuesto de derecho".⁷⁸

El tercer elemento de existencia del contrato, es la 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".⁷⁹

La verdad existen pocos casos en donde la ley exige este elemento de existencia.

El ejemplo típico para la existencia de este contrato por medio de la solemnidad lo constituye el matrimonio, al cual el Tratadista Chávez Asencio se refiere de la manera siguiente: "En todo tiempo al matrimonio se le ha rodeado de solemnidades y formalidades especiales, al considerarlo uno de los actos familiares muy importantes en la comunidad".⁸⁰

En relación a la solemnidad del matrimonio, Magallón Ibarra señala con claridad la diferencia que existe entre la forma de los contratos y la solemnidad exigida para el matrimonio y la necesaria participación del Juez del Registro Civil quien deberá hacer la declaratoria, y que en caso de omisión haría inexistente el matrimonio, aún cuando hubiese habido consentimiento de las partes.

3.5 Requisitos de Validez del Acto Jurídico

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Op. Cit. p. 313.

⁸⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. F. La Familia en el Derecho. Op. Cit. P. 101.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Una vez que hemos establecido los elementos de existencia o esenciales del acto jurídico, nos corresponde hablar de los requisitos de validez para que la tenga y produzca sus efectos plenamente.

Estos requisitos se deducen de una interpretación positiva del artículo 7.8 del Código Civil vigente para el estado de México, resumiéndose dichos requisitos en:

- a) Capacidad de las partes que celebran el contrato.**
- b) Ausencia de Vicios del Consentimiento.**
- c) Licitud en el objeto, motivo o fin.**
- d) Observancia de la forma.**

a) Capacidad de las partes contratantes.

En forma genérica la capacidad es la Aptitud Legal para ser Sujeto de Derechos y de Obligaciones y hacerlos valer, la capacidad va a ser la regla general y la incapacidad la excepción, por lo que en principio todas las personas son capaces, exceptuando aquellas que así lo determine la ley, por lo que cualquier persona puede contratar si no es declarada incapaz por la ley.

Cabe hacer mención que la capacidad tiene dos acepciones básicas:

Primero.- Capacidad de goce

Segundo.- Capacidad de ejercicio.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En relación a la primera de ellas, la capacidad de goce, el Código Civil para el Estado de México señala en el artículo 2.1 primer párrafo, lo siguiente.

"Artículo 2.1. Persona física es el ser humano desde que nace y es viable, hasta que muere; a quien se le atribuye capacidad de goce y de ejercicio; y que desde que es concebido se le tiene por persona para los efectos declarados por la ley.

La misma codificación establece las restricciones a esa capacidad jurídica de las personas físicas tratándose de los menores de edad, diciendo:

"Artículo 2.2. La minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes".

En relación a la capacidad de ejercicio, la tienen todas aquellas personas que llenan ciertos requisitos determinados por la Ley, y consiste en la aptitud jurídica para ejercitar los derechos que se tengan y para asumir obligaciones jurídicas.

El Código Civil en comento señala en el artículo 4.340, lo siguiente:

"Artículo 4.340. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley".

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La capacidad concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona. En realidad la noción de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas: "La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio".

"La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce, y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derechos para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma".⁸¹

En nuestro país la capacidad de ejercicio se adquiere a los 18 años, antes de los dieciocho años hay capacidad de goce, pero no de ejercicio.

Ahora bien la capacidad de ejercicio se puede adquirir por dos vías, en forma natural a la mayoría de edad y en forma anticipada por medio de la Emancipación.

La Emancipación puede tener lugar por dos sistemas, puede tratarse de Emancipación otorgada, o bien de Emancipación adquirida.

La Emancipación otorgada es cuando quien ejerce la Patria potestad la concede, mediante un procedimiento judicial en el que se acredita que el menor está en pleno uso de sus facultades y en aptitud de ejercer derechos y asumir obligaciones.

⁸¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. V. Vol. I Op. Cit. p. 444.

La Emancipación adquirida únicamente se presenta al momento en que un menor contrae matrimonio.

La capacidad de ejercicio puede perderse por las siguientes causas, que a su vez constituyen los impedimentos para adquirirla, ocasionando una incapacidad natural y legal y se encuentran previstos por el artículo 4.230. del Código Civil para el Estado de México y son:

I. Los menores de edad.

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia por trastornos mentales, aunque tengan intervalos lúcidos.

III. Los sordomudos que no sepan leer ni escribir.

IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inadecuado de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia.

V. Las personas que por cualquier causa física o mental no puedan manifestar su voluntad por algún medio.

Además de las incapacidades generales mencionadas existen incapacidades de tipo especial, como la que señala el artículo 4.22 del Código en comentario.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

"Artículo 4.22. El contrato de Compraventa, sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio está sujeto al régimen de separación de bienes".

El problema de la incapacidad en los contratos trae consigo la figura de la Representación, la cual va a dar solución al mismo, en este sentido, Rojina Villegas afirma que "Toda incapacidad de ejercicio origina la necesidad de una representación legal, por que si se admite la capacidad de goce; pero si se niega la de ejercicio y no se busca un medio legal para que se ejerciten los derechos que el titular no puede hacer valer directamente, se negaría prácticamente también la capacidad de goce".⁸²

b) Ausencia de Vicios del Consentimiento

En páginas anteriores de este trabajo de investigación, establecimos que el acuerdo de voluntades era un elemento esencial para la celebración de un convenio o un contrato, constituyendo tal acuerdo el consentimiento. Ahora bien, es necesario señalar que las voluntades que concurren a la formación del Consentimiento se encuentren libres de vicios, esto es, que no estén viciadas, que al momento en que se manifiestan las voluntades no se haga de forma incompleta o defectuosa.

La codificación civil para el Estado de México, establece como vicios de la voluntad el error, la violencia y el dolo.

⁸² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 449

"Artículo 7.52. El consentimiento no es válido si se sufre lesión, si se da por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo o mala fe.

Doctrinariamente se han establecido como vicios del consentimiento los siguientes:

- 1. Error**
- 2. Violencia**
- 3. Dolo**
- 4. Mala fe**

Incluso algunos Tratadistas incluyen dentro de estos a la Lesión, prevista por el artículo 7.55 del Código Civil en comento, la cual trae como consecuencia la nulidad del contrato o la reducción de la obligación del que se ve afectado.

Para una mejor comprensión, vamos a realizar un desglose de cada uno de los elementos que se contemplan como vicios del Consentimiento.

1. Error

"Artículo 7.53. del Código civil dice: 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, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Ernesto Gutiérrez y González, afirma:

"En términos generales es una creencia sobre algo del mundo exterior - que esta en discrepancia con la realidad o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad".⁸³

Nosotros consideramos, que el error es un falso concepto de la realidad; en forma concreta el error es la incongruencia de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas.

Del análisis de los artículos 7.53 y 7.54 del Código Civil para el Estado de México. Se desprende y se colige que existen tres tipos de error:

- a) Error de Derecho**
- b) Error de Hecho**
- c) Error de Cálculo**

En relación al error de derecho, el mismo tiene lugar cuando se desconoce el alcance o interpretación de una norma jurídica originando, la invalidez del contrato, siempre y cuando recaiga sobre el motivo que lo determinó a contratar.

Ahora bien, en relación al error de hecho, este se subdivide en varios rubros, a saber; error obstáculo, error nulidad y error indiferente.

⁸³ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Op. Cit. p. 273.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

El error obstáculo, puede ser no tan amplio que impida que el consentimiento se integre, ya que en realidad no existe en ningún momento acuerdo de voluntades entre las partes, ya sea porque cada una de las partes cree celebrar un contrato diverso (error in-negotio), o bien porque existe un error respecto de la identidad del objeto que va a ser materia del contrato (error in-rem).

Por su parte el error nulidad, no impide que el consentimiento se configure sin embargo la parte que resulte afectada podrá solicitar la anulación del contrato, sea porque el contrato se celebró en atención a que la cosa reunía determinadas cualidades consideradas por las partes como requisitos para la celebración del contrato y en realidad no cubrirá esas características, conocido como (error sobre la sustancia), o bien porque el motivo que determinó a contratar a las partes atendiera a las cualidades de una determinada persona (error sobre la persona). Este tipo de error de Hecho que puede recaer sobre la substancia de la cosa, o bien sobre las cualidades de una persona, origina la nulidad del contrato en términos del artículo 7.53 del Código Civil para el estado de México.

En cuanto al error indiferente, como su nombre lo indica carece de interés jurídico para la validez del contrato, ya que versa sobre circunstancias incidentales que no tienen trascendencia para la vida del mismo, por lo que en presencia o no del error, el contrato se hubiere celebrado, ya que el motivo que determinó a las partes a contratar es correcto.

Finalmente y en relación al error de Cálculo, que también es conocido como error de aritmética, carece de relevancia para la validez del contrato,

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

dando lugar simplemente a una operación de rectificación y nunca a la nulidad, al respecto el artículo 7.54 del Código Civil del Estado de México, establece que "El error de Cálculo sólo da lugar a que se rectifique".

2.- Violencia

El siguiente vicio del Consentimiento que vamos a analizar es la violencia.

La violencia o intimidación consiste en una presión física o moral que se ejerce sobre una persona para decidirla a realizar un acto, que en otras circunstancias no lo realizaría.

Por su parte el artículo 7.60 del Código Civil para el Estado de México, nos dice que: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o moral con amenaza de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, concubino, ascendientes, descendientes y parientes colaterales dentro del segundo grado y por afinidad en primer grado.

De lo anterior se desprende que la violencia puede ser Física: que se traduce en presiones a nivel orgánico; o Moral: refiriéndose a posibles amenazas o amagos en contra de las personas antes mencionadas que importen peligro de perder la vida, la honra, la salud o parte de su patrimonio.

A este respecto existe una excepción conocida con el nombre de "Temor

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Reverencial" prevista por el artículo 7.61 del Código en cita, que consiste básicamente en el temor que puede tener uno de los contratantes en desagradar a alguien si no realiza determinado acto, sin que para esto haya mediado presión de algún tipo.

3.- Dolo

Gramaticalmente el dolo significa lo siguiente: "Engaño, fraude, malicia, doblez, maquinación insidiosa para lesionar o perjudicar un derecho ajeno".⁸⁴

Jurídicamente el dolo consiste en una conducta falta de probidad seguida por una de las partes o por un tercero con conocimiento de ésta para engañar a su contraparte.

Desde la época del derecho romano, se distinguían dos clases de dolo; - el bueno y el malo. "El tercer vicio posible en relación con el consentimiento el dolo malo. El nombre sorprende, pero es que los romanos reconocían, en determinadas circunstancias, la existencia del dolo bueno, la astucia comercial, los trucos acertados mercantiles, que para los mediterráneos son más bien actos de inteligencia e inclusive humorísticos, que actos inmorales".⁸⁵

Al respecto el artículo 7.62 dispone: Las consideraciones generales o vagas que los contratantes expusieron sobre los provechos y perjuicios que

⁸⁴ DICCIONARIO PORRUA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 32ª. edición Editorial Porrúa, S.A. México 1991. p. 261.

⁸⁵ FLORIS MARGADANT, Guillermo F. Derecho Romano. 11a. edición. Editorial Esfinge. México 1982. p. 338.

naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza a alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia.

En relación al llamado dolo malo, y el cual es propiamente lo que la Ley establece como "Dolo" consistente en las maquinaciones utilizadas para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que celebre un contrato, en este sentido y de conformidad con el artículo 7.57, del Código Civil en comento, se producirá la anulación del contrato, salvo que ambas partes se hayan conducido con dolo al contratar, situación en la que ninguna podrá hacer valer la acción de nulidad.

4. - Mala Fe

Esta consiste en evitar que una de las partes se percate de que se encuentra en un error, como establece la parte final del artículo 7.56 de la Ley de la Materia, se entiende por Mala Fe " ... La disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido"..

c) Licitud en el Objeto, Motivo o Fin

Otro elemento de validez de los contratos lo constituye el objeto o fin que deben ser lícitos.

"El objeto del contrato es la prestación a la cual se compromete el deudor para con su acreedor y a la que éste tiene y sin la cual no sería

concebible la obligación".⁸⁶

Ahora bien, la licitud en el objeto, motivo o fin se refiere a que ninguno de ellos sea contrario a las leyes del orden público, ni a las buenas costumbres.

El hecho positivo o negativo que constituye el objeto de la obligación debe ser lícito, debe ser posible, que presente un interés para el acreedor y que esté determinado.

Al respecto la codificación civil, sustantiva del estado de México los señala en sus artículos 7.65, 7.66, 7.68, y recoge de manera amplia la propuesta del contenido del objeto que reglamentaba el derecho romano.

Así mismo el objeto deber ser lícito, ya que el derecho prohíbe los actos ilícitos, y no puede sancionar el cumplimiento de un convenio o contrato cuyo objeto sea ilícito, como consumir un robo.

Debe ser posible, indudablemente, pues la máxima romana de que "nadie está obligado a lo imposible" cobra toda su fuerza en este requisito. Aún cuando la imposibilidad puede ser física o legal. Pero si es válida la obligación que tenga como objeto una cosa futura, (Verbi gracia) una cosecha.

El objeto del convenio debe presentar interés, ya que el interés es la medida de las acciones procesales, si este no existe no habrá acción.

⁸⁶ BRAVO VALDES, Beatriz y BRAVO GONZALEZ, Agustín. Derecho Romano. 2o. Curso. 5ª. Reimpresión de la 10ª. Edición. Editorial Pax. México 1984. P. 53.

Finalmente el objeto debe estar suficientemente determinado, en su individualidad, como en su peso y cantidad si se trata de cosas genéricas.

d) Observancia de la Forma

Hemos de concluir el análisis del convenio en general, con el estudio de la observancia de la forma, como elemento de los requisitos de validez del convenio.

Este requisito encuentra fundamento como todos los demás en el derecho romano del cual se dice lo siguiente: "En el antiguo Derecho Romano donde no había más que contratos formales, el contrato eran en su validez independiente de su causa, en virtud de su mismo principio".⁸⁷

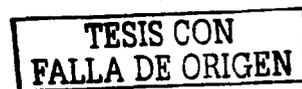
Actualmente la forma "se le puede entender como la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley".⁸⁸

Esto significa que actualmente la forma es considerada desde otro punto de vista, en que se exige una forma determinada para ciertos contratos o convenios, debido al interés público en evitar litigios, para que las obligaciones contraídas por las partes queden perfectamente precisadas.

Respecto de los contratos o convenios, la forma va a consistir en

⁸⁷ *ibidem*. p. 61

⁸⁸ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Op. Cit. p. 319



aquellos requisitos que debe revestir la voluntad manifestada por las partes. En este sentido serán contratos formales todos aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, y serán consensuales los contratos o actos jurídicos que valen y existen por el mero acuerdo de las voluntades, sin necesitar que éstas se plasmen en documento alguno; por razones de nuestro tema de tesis, consideramos ocioso el señalar que el convenio que los divorciantes realicen con motivo de un divorcio, tendrá que ser necesariamente formal, expreso e indubitable ya que en el contrato formal, "la voluntad de las partes por exigencia de la ley, debe externarse bajo cierta forma escrita que ella dispone so pena de nulidad del acto"⁸⁹

En conclusión cabe decir que en los contratos o convenios formales debe expresarse siempre la voluntad por medio de la escritura (pública o privada), no aceptándose la validez de los mismos formalmente si el consentimiento se manifestó verbalmente, por medio del lenguaje mímico, o hacer forma tácita por hechos que lo supongan.

⁸⁹ *Ibidem.* p. 325

CAPITULO IV

ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS CONVENIOS REGULADORES DE RELACIONES CONYUGALES Y FAMILIARES

4.1 Convenios en Relación al Hogar

La institución social más respetable, es sin duda alguna, la familia, base y fundamento de la sociedad y piedra angular de la grandeza de los pueblos.

Las leyes de nuestro país han contribuido a la estabilidad y engrandecimiento de la familia, procurando con ello el propio engrandecimiento y estabilidad de la propia nación, empero, es evidente que asistimos a la conmoción interna de la institución llamada familia; los últimos años las graves crisis económicas que ha sufrido el país, han removido los más profundos cimientos de la sociedad que en su núcleo más importante lo conforma la familia.

El fenómeno se ha hecho sentir en todos los niveles socio económicos del país; sufriendo grandes transformaciones al interior de la familia mexicana.

Para comprender bien estas ideas, se requiere explicar lo que nosotros entendemos por sociedad. La sociedad en general, es la unión moral y estable entre dos o más personas que se proponen un bien común, con recíproca cooperación. La llamamos unión, porque toda unión constituye un vínculo y la llamamos unión moral, porque el vínculo que la misma constituye, está radicado en la libre voluntad de los que lo forman.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

El matrimonio es la unión moral y estable del hombre con la mujer, con aptitud bastante para la generación y la educación de la prole, voluntariamente dispuestos y mutuamente obligados a la vida común, a la ayuda y auxilio recíprocos, para lograr mayor perfección, progreso y bienestar. Estas ideas quedaron plasmadas en el primer capítulo de nuestro trabajo de investigación, sin embargo, no es ocioso recordarlas.

La base del matrimonio está constituida no solamente por la simple voluntad o mutuo consentimiento de unirse, sino también y muy particularmente, por la capacidad física, moral y jurídica de ejercitar los derechos, de cumplir los deberes y de llenar los fines naturales, sociales e individuales de la unión conyugal.

Ahora bien, es común doctrinariamente que la ley para ser justa y útil, debe corresponder a una necesidad pública e interpretar los usos y costumbres de la totalidad o por lo menos de la mayoría de los ciudadanos; por lo tanto, la ley establece la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio, el cual responde a las necesidades de las clases sociales mexicanas.

El divorcio en nuestra legislación tiene su antecedente más reciente en 1859, cuando Benito Juárez expide la Ley del Matrimonio Civil en la cual se secularizaban los actos civiles como el matrimonio, quitándoles su carácter sacramental, dando con ello la posibilidad de establecer el divorcio vincular el cual se convirtió en una realidad hasta 1914 con la expedición de la Ley del Divorcio Vincular promulgada en Veracruz por Venustiano Carranza. En 1917 el mismo Carranza expide la Ley sobre Relaciones Familiares que regula el divorcio

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

vincular en sus artículos que van del 75 al 106. Dicha ley establece doce causas de divorcio semejantes a las existentes en el Código Civil vigente en el Estado de México, en sus 19 fracciones del artículo 4.90 y admite también el mutuo consentimiento.

En nuestro derecho familiar, la fuente de los convenios reguladores de las relaciones conyugales y familiares, lo constituye sin duda alguna, el divorcio, sea este voluntario o necesario. La separación es un momento traumático que comporta una ruptura de muchas cosas, lazos afectivos, emocionales, familiares y normalmente unas medidas económicas que pueden tener mucha trascendencia para la familia.

Los temas que pueden ser materia de convenio conyugal y familiar, más generales, a nuestra manera de ver son los siguientes:

- a) La Convivencia.
- b) El uso del domicilio familiar.
- c) La custodia de los menores (si los hay).
- d) El régimen de visitas para los menores.
- e) La pensión alimenticia.
- f) La pensión para la pareja.
- g) La división del Patrimonio Familiar.

Para desarrollar el punto, es necesario hacer unas precisiones; los convenios en relación al hogar se pueden generar no solamente cuando exista un divorcio, sino también cuando los cónyuges determinan como será el manejo del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hogar, según establece el artículo 4.19 de Código Civil en el primer párrafo, para el Estado de México que a la letra señala:

"Artículo 4.19.- Los cónyuges de común acuerdo decidirán lo relativo a la educación y formación de los hijos y a la administración de los bienes que sean comunes a los cónyuges o que pertenezcan a los hijos sujetos a su patria potestad."

Evidentemente en este caso no existe presunción de separación o divorcio, el legislador sólo establece y reglamenta el derecho de ambos cónyuges a ponerse de acuerdo para elegir el establecimiento del hogar; el manejo del mismo, el cambio de domicilio; el proyecto de vida conyugal y las relaciones de parentesco y sociales.

En cuanto exista una separación o divorcio; el convenio en relación al hogar asume otro aspecto. Manuel Chávez Asencio menciona al respecto "Durante la vida matrimonial existió un solo domicilio, que se estableció de común acuerdo por ambos, en donde disfrutaron de autoridad propia y consideraciones iguales. Con la crisis conyugal y el divorcio decretado por la autoridad judicial, los cónyuges no podrán vivir juntos y no les es aplicable el artículo 4.17 del Código Civil".⁹⁰

En el proceso de divorcio existen fases que se van articulando y si la cuestión del hogar ha tenido una determinada solución durante el juicio, este desenlace indudablemente tendrá incidencia en las decisiones que se adopten

⁹⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. Op. Cit. P. 151.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

después de la sentencia. Ahora bien, la protección del hogar, después del cese de la convivencia matrimonial, se inserta dentro de una política de intervención social tendiente a fortalecer el principio de solidaridad familiar que sufre un natural debilitamiento cuando los esposos se separan.

El aislamiento de la familia nuclear conlleva la necesidad de garantizar su supervivencia, ya sea mediante la ayuda dada por los servicios públicos o a través del apoyo recíproco que deben prestarse los integrantes de la familia no obstante la ruptura conyugal.

Se aspira a reparar, dentro de lo posible, los resultados de la ruptura a través de la búsqueda de un nuevo equilibrio que permita el desenvolvimiento futuro de los cónyuges y la socialización de los hijos (si los hay); al mismo tiempo.

No debemos olvidar que el Código Civil vigente para el Estado de México equipara en cuanto es posible las causas de divorcio en lo que se refiere al hombre y a la mujer. Procurando que estén debidamente garantizados los intereses de los hijos que casi siempre resultan víctimas de la disolución de la familia.

4.2 Convenios sobre Aspectos Económicos

El efecto principal del divorcio es disolver el vínculo matrimonial, en consecuencia, se extingue la obligación de los consortes de hacer vida común, desaparece el deber de asistencia en caso de enfermedad, y en cuanto al de ayuda mutua generalmente se transforma en derecho alimentario a favor de un cónyuge y

de lo hijos si los hay, es sobre este derecho en que se fundamentan los convenios sobre aspectos económicos que el Tradadista Manuel Chávez Asencio, clasifica de la forma siguiente:

- a) Sostenimiento del hogar
- b) Trabajo de los cónyuges
- c) Contratos
- d) Alimentos
- e) Transacción

El divorcio, en nuestra sociedad actual, ha llegado a entenderse como algo común y corriente, natural, aquí encontramos lo más riesgoso; ha llegado a ser una verdadera "idea-fuerza" que se encuentra en la mente de muchos matrimonios y aún de muchos de los que piensan casarse.

Esta "idea-fuerza" tiende a realizarse a la primera dificultad a la primera prueba, como si una contrariedad se pudiera remediar con otra mayor. Pero el divorcio trae un problema: el de los hijos. Conforme a su reglamentación legal, la situación de la esposa y de los hijos queda substancialmente sujeta a la voluntad del esposo mediante la celebración de un convenio, con una intervención más formal que real del Ministerio Público. Esta situación de los hijos y la propia esposa, queda sujeta a los acuerdos que en materia económica celebren los promoventes, la cual por cierto se da en los momentos menos oportunos, cuando las emociones hacen transigir en cuestiones económicas que de otra manera no se transigiría.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ante estos problemas, que en forma incompleta y resumida hemos expuesto, los tratadistas tales como el mencionado Chávez Asencio han establecido los puntos a discusión en un convenio con motivo de un divorcio, para evitar que alguno de los promoventes resulte perjudicado y sobre todo para disminuir las discusiones agrias y agresivas que sobre este tema tan espinoso de las cargas económicas se pudieran dar. Respecto a la clasificación, vamos a realizar un breve análisis de algunos de los incisos, resaltando algunos por la importancia que tienen. Por ejemplo el inciso "d" que se refiere a los alimentos.

Por alimentos se entiende: la comida, el vestido, la habitación y atención médica y hospitalaria; cuando se trate de un menor o tutelado, en los alimentos se comprenden, además, los gastos necesarios para su educación primaria y secundaria y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales. (Artículo 4.135 del Código civil para el Estado de México).

"En derecho los alimentos se entienden como: las sumas de dinero necesarias para hacer subsistir a una persona que se encuentra en la necesidad, o bien la obligación impuesta a una persona, de suministrar a otra los socorros necesarios para vivir".⁹¹

Bajo este criterio es que la ley establece en el artículo 4.136, del Código en cita, que el obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión suficiente al acreedor alimentario, o incorporándole a la familia. Si el

⁹¹ LA SITUACION JURIDICA DE LA MUJER MEXICANA. Editorial Alianza de Mujeres de México. Serie Estudios Jurídicos. México 1989. p. 70.

acreedor se opone a ser incorporado compete al juez según las circunstancias, fijar la manera de ministrar los alimentos.

En relación a nuestro tema de investigación y respecto al punto, el legislador en el siguiente artículo deja bastante clara la posición de la mujer u hombre divorciado en cuanto a los alimentos al mencionar:

"El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir los alimentos, cuando se trata de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro, y cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación".

En la práctica los divorciantes que tienen derecho de exigir las pensiones alimenticias encontraban dificultades de orden económico por lo costoso de los abogados y lo tardado del procedimiento, actualmente eso se ha erradicado poco a poco en nuestros Tribunales Familiares.

Aún cuando observamos que más que la ley es la sociedad la que ve con cierta condescendencia estas situaciones; ya que existen casos de empleados de toda categoría que se ponen de acuerdo con jefes poco escrupulosos y simulan una disminución de sus sueldos o inclusive un despido, igualmente simulado, para burlar la obligación, que para ellos debería ser respetable, de dar alimentos a sus hijos.

Estrechamente ligado al punto de los alimentos se encuentra el sostenimiento del hogar, y en relación al mismo el legislador fue equitativo al

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

señalar:

"Artículo 4.18. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a sus alimentos y a los de sus hijos, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden.

No tiene esta obligación el cónyuge que carezca de bienes propios y esté imposibilitado para trabajar; ni el que por convenio tácito o expreso, se ocupe de las labores del hogar o de la atención de los hijos. En estos casos, el otro cónyuge solventará íntegramente esos gastos".

Al referirse a lo anterior el Tratadista en comentario, Chávez Asencio señala:

"Este es otro de los convenios posibles que debe hacerse en los términos que la ley establece, en la cual se prevé que ambos contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, y que de común acuerdo se distribuirán las cargas razón por la cual no se requiere autorización judicial, pues la misma ley los faculta para celebrarlo. Debe entenderse que también no necesariamente ambos deben trabajar fuera del hogar familiar, pues también es carga el trabajo dentro del mismo, que normalmente en nuestro país corresponde a la mujer".⁹²

Respecto al trabajo de la mujer en el hogar, el Código Civil impone especialmente a la esposa la obligación de educar a los hijos, y atender el hogar. Aquí tenemos una base estrictamente jurídica para que, si tiene esos deberes, si tiene las responsabilidades consiguientes a la educación de los hijos y la

⁹² CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. Op. Cit. P. 58.



dirección del hogar asuma en ese aspecto la preferencia en el convenio que por esa razón se celebrará.

En cuanto la transacción, inicialmente es importante definir lo que se entiende por ella; así tenemos que la transacción deriva de la voz latina "Transactio" Transactionis, que quiere decir la acción y efecto de transigir, por extensión, trato, convenio, negocio. Es consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero a fin de llegar a un ajuste o concordia.

En materia civil la transacción se encuentra reglamentada por el Código Civil para el Estado de México, quien le dedica al título décimo sexto de la Segunda Parte del Libro séptimo, y en especial los artículos 7.1148 y 7.1165.

En relación a nuestro tema de investigación la transacción contiene prohibiciones y autorizaciones.

Así tenemos lo que señala el artículo 7.1153 en sus fracciones VI y VII, "no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio".

Empero se puede transigir por las cantidades que ya sean debidas por alimentos, como señala el artículo 7.1154 del Código en comento.

Ahora bien, si queremos encontrar un convenio verdaderamente, la transacción es la figura perfecta de él, si tomamos en consideración que la transacción no es un contrato, sino un convenio, ya que el contrato crea o

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

transfiere derechos y obligaciones, y la transacción tiene como función extinguir, materia ésta que no corresponde al contrato sino al convenio.

4.3 Convenios en Relación a Bienes

Uno de los temas más espinosos, en relación a los convenios conyugales derivados de un divorcio, sin lugar a dudas lo conforma el patrimonio de la familia.

Al establecer las disposiciones relativas al régimen de los bienes pertenecientes a los cónyuges, haciendo obligatorio determinar, al contraer matrimonio. Si se adopta el de separación de bienes o el de sociedad conyugal, el propósito del legislador mexicano fue otorgar protección a los intereses de la mujer. Así en la Exposición de Motivos del Código Civil para el Distrito Federal vigente dice textualmente:

"Se obligó a que, al contraerse matrimonio forzosamente pactara el cónyuge acerca de si establecía comunidad o separación de bienes, procurándose por este medio garantizar debidamente los intereses de la esposa en el momento más propicio, cuando el hombre desea hacerla la compañera de su vida. De esta manera, se combaten prejuicios muy arraigados que impiden, por falsa vergüenza o mal entendida dignidad, tratar de asuntos pecuniarios cuando se funda una familia, que imperiosamente exige muchos y continuados gastos".⁹⁴

⁹⁴ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES 1928, Editorial Ediciones Andrade, S.A. México 1975.

Sin embargo, ha sido necesario analizar las disposiciones del citado ordenamiento relativas al régimen económico del matrimonio para determinar si las mismas, en su aplicación, han logrado cumplidamente el fin que persiguieron sus autores, o sea la protección de los intereses de la mujer, o si por el contrario, tienen deficiencias que deben subsanarse mediante las reformas correspondientes, a fin de que los preceptos legales en esta materia se ajusten a la realidad de nuestro medio familiar y social.

En cuanto a los Convenios en relación a los bienes y considerando lo que el legislador buscaba en la exposición de motivos ya señalados, encontramos que los mismos tienen varios puntos a analizar, tal como señala el Jurista Rafael Rojina Villegas, que al respecto dice : "Ahora estudiaremos las consecuencias de tipo patrimonial que origina la disolución del matrimonio. Estas consecuencias las analizaremos en tres aspectos: I- En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal. II.- Respecto a la devolución de las donaciones, y III.- Relativamente a la indemnización de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable cause al inocente, por virtud del divorcio.

El Código Civil de 1884, concedía a los cónyuges el derecho a pactar mediante capitulaciones matrimoniales la separación de bienes, o la sociedad llamada "voluntaria", pero a falta de esos pactos, se establecía como régimen supletorio el de la "sociedad legal". Por tanto, no era obligatorio para los esposos estipular expresamente a qué régimen deberían sujetarse sus bienes, puesto que, en defecto de la expresión de su voluntad, la ley presumía el régimen de sociedad conyugal, que se regulaba muy detalladamente en el capítulo relativo de dicho Código, entre cuyas disposiciones se consignaba también la presunción de que

todos los bienes que se encontraran en poder de los consortes al hacerse la separación de ellos, se consideraban gananciales, en tanto no se probara lo contrario. Tal mencionaba el artículo 2019 de dicho ordenamiento.

Este sistema rigió hasta el año de 1917, en que entró en vigor la Ley de Relaciones Familiares, la cual en sus artículos 4° y 9° transitorios derogó la sociedad legal del matrimonio y ordenó que "se liquidara dicha sociedad, si alguno de los consortes así lo pidiere, pues de lo contrario, seguiría dicha sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia Ley de Relaciones Familiares".⁹⁴

Como ya lo mencionamos el Código Civil de 1928 creó un sistema distinto: establece como obligatorio para los cónyuges convenir explícitamente en el régimen a que estarán sujetos sus bienes, y solamente se proveen dos, el de separación de bienes y el de sociedad conyugal. La legislación sustantiva para el Estado de México fundamenta lo anterior en el artículo 4.24 Señalando:

"Artículo 4.24. El matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes. En el caso de omisión o imprecisión, se entenderá celebrado bajo el régimen de separación de bienes.

Así mismo el legislador establece en el artículo 3.26 fracción VII los requisitos que conformará el acta de matrimonio.

"Fracción VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen

⁹⁴ REINOSO, Salvador I. El Divorcio, Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. México, 1954. p. 54.

matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.

Para la disolución de la sociedad conyugal será necesario tomar en consideración las capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones matrimoniales en que se constituye la sociedad conyugal, deben contener los siguientes datos:

Artículo 4.32. Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

I El inventario de los bienes muebles e inmuebles que cada cónyuge aporte a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten.

II La relación de deudas que tenga cada cónyuge al celebrar las capitulaciones y si el patrimonio común responde de ellas.

III La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes presentes o futuros de cada cónyuge o sólo parte de ellos, precisando cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad.

IV La declaración de si el producto del trabajo de cada cónyuge formará o no parte del patrimonio común.

V La designación del administrador del patrimonio común, expresándose las facultades que se le conceden, que en ningún caso podrán ser de dominio.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

VI Las bases para liquidar la sociedad.

Hasta aquí las disposiciones de nuestro Ordenamiento Civil. Hagamos ahora un breve examen de la realidad social en que esas disposiciones se han aplicado.

Ha sido una tradición constante y muy arraigada hasta la fecha en nuestras costumbres, contraer el matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal.

El arraigo de esta forma social y legal ha sido tan grande que, a pesar de la derogación de la sociedad legal hecha por la Ley de Relaciones Familiares, subsiste en la conciencia individual y en la costumbre social, como el régimen más normal y obligado.

Por otra parte, aún en las condiciones actuales y pese al considerable adelanto de la mujer mexicana en todos los campos, especialmente en las actividades culturales y profesionales, todavía la gran mayoría de las mujeres casadas se dedican exclusivamente a la dirección y cuidado del hogar, sin ejercer una profesión, industria o comercio, o desempeñar alguna actividad remunerada que les permita hacerse de un patrimonio propio. En esos casos, si la familia tiene bienes, en especial inmuebles, es por adquisición que hace el marido a su propio nombre, con el producto de su trabajo o de su peculio. Sin embargo, es fácil advertir que en tales bienes debe tener participación la esposa, puesto que ella contribuye a la formación del patrimonio familiar mediante su trabajo en el hogar, así como con la administración cuidadosa y aún abnegada de los recursos suministrados por el marido, haciendo posible el ahorro que se traduce en la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

adquisición de bienes que realiza el varón, por lo que la participación en ellos es una justa retribución al trabajo de la mujer.

Al referirse a las capitulaciones matrimoniales como objeto de Convenio, Chávez Asencio establece: "Se trata de un contrato accesorio porque es efecto del matrimonio en relación a los bienes de los cónyuges. Las capitulaciones pueden formalizarse antes de la celebración del matrimonio, a la celebración de éste, o posteriormente. Por lo tanto, como contrato accesorio sigue la suerte del principal, bien sea en cuanto a la celebración del matrimonio para que produzca sus efectos, o bien por la disolución del mismo para su liquidación.

En esta materia existe una amplia libertad y sólo se tienen los límites generales de no contravenir el orden público, las buenas costumbres ni ir contra los fines del matrimonio".⁹⁵

Otro de los efectos del divorcio; y en el cual se puede llegar a un convenio, es el relativo a las donaciones.

Este es un contrato que encuentra fundamento en el artículo, 4.52 del Código Civil para el Estado de México.

La donación en el derecho romano, "Se trataba de un acto por el cual una persona, el donante, se empobrecía voluntariamente y con espíritu de generosidad (*cum animo donandi*) a favor de otro (el donatario), que

⁹⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. Op. Cit. p. 81

enriquecía".⁹⁶ En cuanto a la donación entre cónyuges en el derecho romano "Los cónyuges no pueden hacerse mutuamente donaciones "para que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor", de acuerdo con la curiosa formulación de D. 24.1.1 *La cause celebre* de mecenas, en tiempos de Augusto, demuestra que el temor respectivo del legislador romano no era infundado... Justiniano permitía que tales donaciones se efectuaran durante el matrimonio, en cuyo caso recibían el nombre de *donatio propter nuptias*... Una Lex cincias, de dos siglos antes de Jesucristo, había restringido las donaciones en general; pero había previsto un tratamiento privilegiado, precisamente para donaciones entre cónyuges... Luego Augusto estimó necesario declararlas nulas, con el fin de purificar el ambiente matrimonial... por tanto, mientras el derecho romano trata con benevolencia las donaciones prematrimoniales y la dote sólo a regañadientes acepta la figura de la donación entre cónyuges. Esta diferencia, a través del Código de Napoleón, pasa luego a muchos sistemas modernos, entre otros al mexicano".⁹⁷

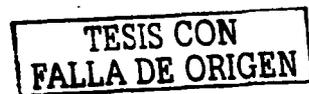
Actualmente, "La mayoría de los códigos civiles hacen perder al cónyuge culpable las donaciones que recibiere del inocente; pero no las donaciones que les hiciera un tercero en consideración al matrimonio".⁹⁸

Tal afirmación encuentra sustento jurídico en el artículo 4.97 del Código en cita que señala lo siguiente:

⁹⁶ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. Op. Cit. p. 428

⁹⁷ Ibidem. p. 210, 217 y 218.

⁹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. 1. Op. Cit. p. 437



“Artículo 4.97.- Por el divorcio se revocan las donaciones hechas al cónyuge culpable. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho”.

A este respecto opina el Tratadista Rafael Rojina Villegas lo siguiente: **“En nuestro sistema, aunque pretendiésemos defender un principio indiscutible de justicia que existe para sancionar al cónyuge culpable y que no obtenga más utilidades que aquellas que en rigor le correspondan, en función de su aportación, así como para que no perciba más bienes que los que realmente hubiese llevado a la sociedad, no sería posible aplicar, ni aun dentro de ese espíritu, la sanción prevista por el artículo 4.97 que sólo se refiere a que el culpable pierda las donaciones que hubiese recibido del otro cónyuge o de un tercero. Más aún, no hay una excepción prevista en el capítulo relativo a la sociedad conyugal que altere esta forma de distribuir los bienes y las utilidades, según el convenio de los consortes, como evidentemente la hubiere estatuido el legislador, si ese hubiera sido su pensamiento”.**⁹⁹

Nosotrós, finalmente consideramos que la mutua y libre voluntad para celebrar un convenio, tiene como alcance la convergencia común de dos voluntades a los fines del mismo matrimonio, según hemos dicho, necesitará para cumplirse, y para no defraudar a la sociedad un largo periodo que comprende la vida entera. El matrimonio es un contrato de mutua donación, y como en toda donación la cosa fenece para el dador.

4.4 Convenios Familiares

⁹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. 1. Op. Cit. p. 439, 440.



"El Derecho de Familia es peculiar y dentro del civil se le coloca como una especie del género Derecho Privado".¹⁰⁰ En la actualidad se observa a favor de la reivindicación de la familia un movimiento de tipo jurídico para enfrentarse a un ambiente de franca lucha con arraigados prejuicios e inveterados convencionalísimos sociales; donde la mujer sobre todo por su propia condición ha sido tradicionalmente mal vista por el sector de la sociedad que asimila a la clase masculina.

México, país generoso, abierto y propicio a toda demanda de justicia, va superando ese proceso evolutivo y en la actualidad presenta un clima adecuado para impartir justicia plena a la familia y por ende también a la mujer.

Los Tratadistas del Derecho de Familia han ubicado el ámbito de aplicación de los convenios familiares en dos grandes esferas o campos. "Una primera toca al matrimonio y a la familia en su normal convivencia y desarrollo, dentro del conjunto de relaciones interpersonales y jurídicas propias de cada institución... Otra parte se refiere a las situaciones resultantes de crisis conyugales que originan una "nueva familia", en la cual estará ausente alguno de los progenitores por el divorcio"¹⁰¹

Desafortunadamente la materia de los convenios en el derecho de familia, ha cedido constantemente a intereses oscuros y bastardos o egoístas, dando origen a la norma irracional, que no busca el bien común, si no que se doblega ante intereses creados, presiones de modas o actualidad casi siempre injustos para

¹⁰⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. OP. Cit. P. 15.

¹⁰¹ Ibidem. P. 28.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

los más débiles o desprotegidos como lo son los hijos o la esposa en una familia.

4.5 Convenios Conyugales y Familiares Celebrados ante Juzgados de lo Familiar

El Divorcio en nuestra sociedad produce una serie de efectos al interior de la familia, es un hecho social que a todos nos consta, que se generaliza cada día más, que entra dentro de las costumbres de todos los niveles de la sociedad de nuestro país.

Estos son los hechos actuales que plantean una severa interrogante ¿qué ha hecho el legislador ante el problema? Su tarea, sería la de evitar la promoción de divorcios poco meditados, impedir que la pasión gobierne decisiones tan trascendentales, sin embargo para el divorcio voluntario, el legislador concedió en el Código de Procedimientos Civiles, un título completo que encierra el procedimiento especial a que lo sometió. Señala en su artículo 2.275 que los cónyuges que voluntariamente deseen divorciarse deberán acudir al tribunal competente, acompañando a su solicitud convenio a que se refiere el artículo 4.102 del Código Civil, copia certificada del acta de su matrimonio, así como las de nacimiento de los hijos habidos.

Una junta de avenencia y la aprobación de un convenio bastaron para considerar innecesario el matrimonio y decretar su disolución. Llamaron más el interés las normas del procedimiento que la institución misma que iba a disolverse con ese procedimiento. Nosotros consideramos que se debieron tomar en cuenta que los derechos de los hijos no se satisfacen con sólo el

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

aseguramiento de alimentos y con base en ello hacer más difícil y prolongado el divorcio, que los cónyuges viendo obstáculos por esta vía seguramente procurarán resolver las complicaciones de su vida matrimonial en forma menos radical.

Tradicionalmente los convenios que se ventilan ante los Juzgados de lo Familiar son los relacionados primordialmente a alimentos; guarda y custodia; convivencia de los padres con los hijos en el divorcio; bienes patrimoniales; administración de los bienes, estos tienen que ser celebrados ante los Juzgados de lo Familiar, para que contengan indudablemente la característica de la coercibilidad; tales como los que surgen en el divorcio contencioso que supone la imposibilidad habida entre cónyuges para resolver su crisis conyugal mediante convenio, sin embargo éstos son posibles durante la tramitación del juicio, y también para concluirlo antes de sentencia. Estos posibles convenios los dividimos en: convenios previstos en la ley, y aquellos que tienen como finalidad concluir el juicio.

Los primeros encuadran lo relativo a los hijos a fin de que los divorciantes se pongan de común acuerdo qué persona los tendrá bajo su cuidado, pudiendo ser alguno de los cónyuges y también es posible, sobre la sociedad conyugal, que los divorciantes se pongan de acuerdo sobre la administración de los bienes de la misma, disolución, inventario, división y adjudicación de los bienes de la sociedad. Esto puede realizarse antes, durante el juicio o después de dictada la sentencia.

4.6 Convenios Conyugales y Familiares Celebrados ante Autoridades

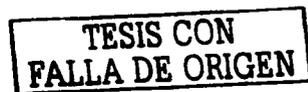
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

distintas a la Judicial

Los Convenios Conyugales y Familiares que se celebran ante la autoridad distinta a la Judicial, son los que se realizan ante las autoridades ya sean administrativas o religiosas; en lo que refiere a las primeras, sabemos que en lo referente al divorcio, en nuestro país, se reconoce el divorcio administrativo como una de las dos especies del mismo, ya que la otra especie lo conforma el contencioso judicial, en relación a las condiciones para lograr un divorcio administrativo en los artículos 4.105, 4.106, 4.107 del Código Civil para el Estado de México señala la obligación por parte de los divorciantes de ser mayores de edad, no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a tutela y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron, lo que se interpreta a contrario *sensu* que llegaron al convenio de liquidar su sociedad conyugal para presentarla al Oficial del Registro Civil. Al referirse a este divorcio Alberto Pacheco Escobedo señala "sería difícil imaginar un divorcio más fácil de obtener que este, orienta a los cónyuges para que si no se encuentran en ninguno de los casos previstos en éste, no pierdan la esperanza del divorcio sino que acudan ante el poder judicial".¹⁰²

En relación al otro tipo de convenios que se celebran ante autoridad distinta a la judicial, tenemos los convenios conyugales y familiares que se realizan ante autoridades religiosas. "Se dice que el fenómeno religioso es algo immanente del ser humano. y, por lo tanto, está fuera del campo del Derecho. Que se refiere a los sentimientos y a las relaciones internas de la persona con la divinidad. A diferencia, el ámbito del Derecho es externo, regula conflictos de

¹⁰² PACHECO ESCOBEDO, Alberto. Op. Cit. P. 159.



intereses y su carácter es eminentemente social"¹⁰³.

El Derecho Canónico es el Derecho, de la Iglesia, es la regulación religiosa para reglamentar a las personas físicas a condición de que sean bautizados, tal como la nacionalidad hace aplicable la ley de un país a un sujeto determinado. De la misma manera que el derecho nacional regula conceptos respecto a las personas, tales como la edad, el domicilio, etc. En relación a los efectos del matrimonio y la disolución del vínculo, existen los cánones siguientes: de 1134 al 1140, del capítulo VII y en relación a la disolución del vínculo matrimonial, se regula por los cánones 1141 al 1150 del capítulo IX.

"La Iglesia sostiene que tiene poder propio y exclusivo para dictar leyes sobre sus súbditos, en relación al matrimonio, sobre impedimentos y para publicar leyes o normas para juzgar causas matrimoniales, para anular y disolver el vínculo, por haberlo recibido de su fundador; lo tiene de El y no por delegación o concesión de autoridad civil".¹⁰⁴

4.7 Nuestra Propuesta Personal

Nosotros consideramos que la violación del convenio celebrado por causa de divorcio debe ser tipificada como delito, porque es fundamentalmente un delito contra la familia y la familia debe merecer la protección de la ley. Esta ley protege el hogar, incluso de manera constitucional, al establecer en el artículo 16. "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio...". Sin embargo en

¹⁰³ CHAVEZ ESCOBEDO, Alberto. Op. Cit. P. 159.

¹⁰⁴ Ibidem. P. 25.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

infinidad de ocasiones después de sentenciado y ejecutoriado un divorcio voluntario o necesario, el cónyuge que tiene que dejar el domicilio conyugal se siente con el "derecho" de penetrar el hogar al cual ya no tiene derecho, e incluso violentar a la ex esposa para entrar aún cuando haya habido un convenio de por medio que le permita realizar visitas periódicas a los hijos. Esta situación es pan de cada día en los hogares en donde la familia se encuentra disuelta por un divorcio y tras el cual se da un convenio, el ^{vistoso} cual es total y absolutamente violentado por no existir una sanción penal que le permita a la víctima de tal conducta hacer valer su derecho.

Otra de las cláusulas del convenio que con motivo o causa de divorcio se viola de manera más frecuente, sin lugar a dudas es en relación a la pensión alimenticia que el obligado debe proporcionar a la familia para su subsistencia, es claro que los padres tienen obligación de dar alimentos a los hijos mientras lleguen a la mayoría de edad, así mismo el Código Civil vigente equipara en cuanto es posible las causales de divorcio en lo que se refiere al hombre y a la mujer, procurando que quedaran debidamente garantizados los intereses de los hijos que casi siempre resultan víctimas de la disolución de la familia; empero la realidad es otra, existe una verdad nítida y transparente como el sol del mediodía que en el divorcio, el cónyuge obligado a proporcionar alimentos trata por todos los medios legales o ilegales de sustraerse a tal obligación. (Claro está con sus honrosas excepciones) e inventa una serie de artificios para no cumplir con el convenio; argucias que van desde buscar la disminución de la pensión alimenticia hasta el abandono no sólo del trabajo, sino del domicilio e incluso de la ciudad de residencia, hasta el abandono del país.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Nosotros consideramos que si la violación del convenio en materia de alimentos en un divorcio se tipificará penalmente, independientemente del delito de abandono de familiares que el capítulo IV del Código Penal establece confirmaría los tipos propuestos y fundamentaría legalmente la acción que intente el ofendido a nombre propio y el de los hijos que tengan derecho a esos alimentos. Actualmente la intervención del Ministerio Público, como representante social en el convenio sobre alimentos queda sometido a examinar que el mismo sea equitativo y proporcional fundamentándose en lo dispuesto en la codificación civil vigente para el Estado de México, además de que tal convenio no se celebre en fraude de acreedores y, que finalmente que los alimentos materia del convenio queden debidamente garantizados, por lo que la intervención del Ministerio Público, responde más a la forma que a la realidad de su responsabilidad constitucional que le corresponde.

Nosotros consideramos que la vida diaria, nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar en alto grado la convivencia familiar, se deben sancionar con una pena, los Códigos o la Ley, los definirían, los concretarían para poder sancionarlos.

Indudablemente a lo largo de este trabajo de investigación hemos hecho hincapié en los ataques que como institución está recibiendo la familia, la intromisión y exaltación de valores morales faltos de ética, los medios masivos de comunicación juegan un papel preponderante en el relajamiento de la institución llamada familia, fomentando la sexualidad, la ingesta de bebidas alcohólicas, el consumo de marcas de toda índole de productos; el Estado parece impasible ante esta serie de ataques, el legislador promulga reformas procesales que hagan más

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

rápido y expedito el trámite de divorcio, los Tribunales Familiares se encuentran atiborrados de juicios de controversia de índole familiar, llámense pensiones alimenticias, guardas y custodias, pérdidas de patria potestad, y claro está de divorcios por lo que consideramos que el ideal sería que las abstracciones, obligadas de los códigos civiles se adecuaran a las variedades de la vida, a través del arbitrio judicial. Reconocemos su crisis, pero la justicia puede recuperar su crédito. Bastará con que el juez no sea un mero redactor de sentencias y con que el tratamiento vigilado por él, no archive a los hombres, sino que los reeduce.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El matrimonio es la unión moral y estable del varón y la mujer, con aptitud suficiente para la generación y la educación de los hijos, dispuestos voluntariamente y con obligación recíproca de vivir en común para lograr mayor perfección, progreso y bienestar.

SEGUNDA.- La convivencia matrimonial, tiene su fundamento natural en la constitución psicológica del hombre y de la mujer, cuyas cualidades y tendencias se desarrollan y evolucionan de una manera prodigiosa para combinarse y completarse mutuamente.

TERCERA.- La Familia es la fuente perdurable de la comunidad humana; por lo tanto, consideramos afortunado el alto interés social por su debida reglamentación jurídica, desde el acto inicial del matrimonio, hasta su disolución por muerte o divorcio.

CUARTA.- Las instituciones del derecho familiar moderno, tienden a proteger legal y moralmente la unión legítima conyugal, sus bienes y descendencia.

QUINTA.- La regulación jurídica del derecho de alimentos en la familia, tomando como base proporcional las necesidades del acreedor alimentista y las posibilidades del deudor alimentario, representan un fundamento de la estabilidad familiar, aun cuando esta se haya disuelto por un divorcio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SEXTA.- El divorcio es consecuencia del caudal de desavenencias, incomprendimientos, intereses, egoísmos, inadaptaciones psicológicas y biológicas de los cónyuges, la comisión de graves faltas de orden moral. Por lo que concluimos que el divorcio sólo pone término a un matrimonio infeliz y auspicia la reconstrucción de un nuevo hogar.

SÉPTIMA.- Los convenios celebrados por causa de un divorcio, cumplen una función importantísima la de resguardar la seguridad vital, la educación y porvenir de los hijos fruto del matrimonio disuelto.

OCTAVA.- En la protección de la familia, el Estado tiene un papel preponderante aun cuando hay que reconocer, que en la actualidad no basta con promulgar y reformar la legislación respectiva de la familia para garantizar su estabilidad y permanencia sino que es necesario ir más al fondo como lo es en el caso del divorcio.

NOVENA.- La constante violación por los cónyuges obligados en un convenio que por causa de un divorcio hayan celebrado, se ha convertido en un mal hábito, por lo que proponemos que tal violación sea contemplada como un delito de índole de los que regula el título Tercero del Código Penal para el Estado de México.

DECIMA.- Las leyes y costumbres que han contribuido a la estabilidad y engrandecimiento de la familia, han realizado a no dudar, la estabilidad y engrandecimiento de nuestro país.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

BIBLIOGRAFÍA

ALVEAR ACEVEDO, Carlos. Historia de México. 7ª edición. Editorial Jus. México 1977.

BRAVO VALDES, Beatriz. BRAVO GONZALEZ, Agustín. Derecho Romano 2º Curso. 10ª edición. Editorial Pax. México 1984.

BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho Civil. T. I. Editorial Cajica. Puebla, México 1977.

BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 10ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. 2ª edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1990.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 2ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 4ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993.

DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. T. I. 15ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1986.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DIAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles. 3ª edición. Editorial Harla. México 1989.

DUGUIT, León. Las Transformaciones del Derecho Público y Privado. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1975.

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. T. III. Editorial Porrúa, S.A. México 1987.

FERNANDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. 3ª edición. Editorial U.T.E.H.A. México 1963.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 6ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1983.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 37ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985.

GARCIA TÉLLEZ, Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México 1962.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián. Derecho de Familia. 2ª edición. Editorial Panorama. México 1989.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 6ª edición. Editorial Cajica. Puebla, México 1987.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

KNECHT, Augusto. Derecho Matrimonial Católico. Editorial Reus. Madrid, España 1954.

LEÑERO OTERO, Luis. Investigaciones de Familia en México. Editorial I.N.I.S., A.C. México 1982.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. II. Editorial Porrúa, S.A. México 1988.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. El Matrimonio. 5ª edición. Editorial Editora Mexicana. México 1965.

MARGADANT S., Guillermo F. Derecho Romano. 11ª edición. Editorial Esfinge. México 1982.

MARGADANT S., Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. 10ª edición. Editorial Esfinge. México 1993.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 3ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990.

ORTIZ URQUIDI Raúl. Matrimonio por Comportamiento. Tesis Doctoral. México 1955.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil. 2ª edición. Editorial Panorama. México 1985.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T. II. Editorial Cajica. Puebla, México 1979.

PENICHE LOPEZ.- Edgardo. Introducción al Derecho Civil. Lecciones de Derecho Civil. 18ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1984.

PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. La Obligación Alimentaria. 2ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1989.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 10ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1983.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T.I. 21ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1986.

SÁNCHEZ AZCONA, Jorge. Familia y Sociedad. Editorial Joaquín Mortiz. México 1974.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles. 2ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LEGISLACION

CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 140a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México 2002.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO, Editorial Sista. México 2002.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MEXICO. Editorial Sista. México 2002.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, editorial Sista. México 2002.

LEGISLACION PENAL PROCESAL, PARA EL ESTADO DE MEXICO, Editorial Sista, México 2000.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928. Editorial Ediciones Andrade. México 1975.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES. Ediciones Andrade. México 1943.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

OTRAS FUENTES

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 17ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1991.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO UNIVERSAL. T. II. Editorial Océano Color, S.A. Barcelona, España 1993.

DICCIONARIO PORRUA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 32ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1991.

LA SITUACION JURÍDICA DE LA MUJER MEXICANA. Editorial Alianza de Mujeres de México. Serie Estudios Jurídicos. México 1989.

EL DIVORCIO. Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. México 1954.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**