



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

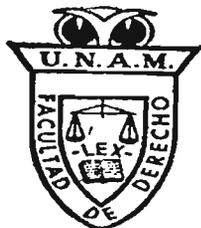
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA
POR EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL”.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
LEONARDO LINARES BRAVO

ASESOR: LIC. ROBERTO REYES VELÁZQUEZ



MÉXICO, D.F.

SEPTIEMBRE DE 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/6/9/04/55

ASUNTO: Aprobación de Tesis

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .

El alumno **LEONARDO LINARES BRAVO**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Roberto Reyes Velázquez, la tesis denominada "IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL " y que consta de 178 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

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

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F. 6 de Septiembre de 2004.

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS'egr.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM.
P R E S E N T E .

ROBERTO REYES VELÁZQUEZ, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la Asignatura "TALLER DE ELABORACIÓN DE TESIS", me dirijo a Usted, de la manera más atenta, con el fin de poner a su consideración el trabajo de investigación concluido y denominado "IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL", elaborado por el alumno LEONARDO LINARES BRAVO, con número de cuenta 8916897-0, Por lo anterior, solicito a Usted, de la manera más atenta se sirva girar sus apreciables instrucciones, a quien usted designe, para el efecto de que realice la debida revisión a dicho trabajo, y una vez, que se haya dado lo ya señalado, si usted lo considera prudente le expida el oficio al citado alumno, con el fin de que continúe los trámites inherentes a su examen recepcional.

Agradeciendo la atención, que se sirva prestar a la presente y anticipando las gracias, como siempre me es grato enviarle un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, tres de agosto del año dos mil cuatro.


LIC. ROBERTO REYES VELÁZQUEZ.

**IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA POR EL
ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

INTRODUCCIÓN	V
--------------------	---

CAPITULO 1

ANTECEDENTES DEL PROBLEMA PLANTEADO	1
1.1 EL MATRIMONIO CON RELACIÓN A LOS BIENES	4
1.1.1 EL MATRIMONIO (CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA)	11
1.1.2 LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	27
1.1.3 DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	35
1.1.4 DE LA SEPARACIÓN DE BIENES	48
1.1.5 DE LAS DONACIONES ANTENUPCIALES	56
1.1.6 DE LAS DONACIONES ENTRE CONSORTES	58
1.2 MODOS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO	59
1.2.1 DIVORCIO NECESARIO	71
1.2.2 DIVORCIO VOLUNTARIO	76
1.2.3 DIVORCIO ADMINISTRATIVO	80

CAPITULO 2

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN PARTICULAR

2.1.1 EL MATRIMONIO (NATURALEZA CONTRACTUAL)	81
2.2.2 EFECTOS DEL CONTRATO	106
2.2.3 DISOLUCIÓN DEL CONTRATO DE MATRIMONIO	116
2.2.4 INDEMNIZACIÓN A LA QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL	126

CAPITULO 3

SOLUCIÓN AL PROBLEMA SUSCITADO POR EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL

3.1 ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN A LA QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL	128
3.2 REQUISITOS	149
3.3 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL	152

CAPITULO 4

PROPUESTA PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

4.1 LA NECESIDAD DE LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL	160
4.2 JUSTIFICACIÓN Y DEMOSTRACIÓN A LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA	161
CONCLUSIONES	172
BIBLIOGRAFÍA.	

Agradezco por su invaluable apoyo y dedicación para haber alcanzado el presente paso en mi vida a:

*Universidad Nacional Autónoma de México.
Institución que con su nobleza ha formado a
nuestra conciencia. A la cuál no le terminaré
de agradecer todo lo que me ha brindado.*

*A la Facultad de Derecho.
De la cuál no dejaré de sentirme
orgulloso.*

*A mis maestros.
Que con su paciencia y dedicación
me alimentaron de sus conocimientos.*

*Al Seminario de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de la
UNAM.
Por su apoyo para la
realización de la presente tesis.*

*Al Licenciado Roberto Reyes Velázquez.
Por su invaluable asesoramiento para la
realización del presente trabajo, por sus
consejos y paciencia.*

*Un reconocimiento especial al
Doctor Iván Lagunes Pérez.
Por sus invaluable consejos
para la realización de este
trabajo.*

A Dios.

*Gran Arquitecto del Universo, que
me permite llegar a este momento.*

A mis Padres.

*Julián Linares Calderón y
Juana Bravo Nieto.*

*Por todo el apoyo y consejo que
me han dado a lo largo de mi
vida, de quienes me siento muy
orgullosa y afortunada por
tenerlos. Gracias por darme los
regalos más grandes de este
mundo: La vida y el estudio.*

A mis hermanos.

Guillermo Linares Bravo

Por su fuerza y discrepancia.

Adolfo Arturo Linares Bravo

Por su tenacidad, trabajo y orgullo.

Esmeralda Linares Bravo.

Mi amiga y confidente.

Rubí Itzel Linares Bravo +

*La ternura de la vida, bella y dulce
no te olvido.*

Queridos hermanos todos.

Gracias a ustedes por enriquecer mi vida.

A mis abuelos.

Anatolio Linares Martínez +

Micaela Calderón González

Guillermo Bravo Nieto +

Leonor Nieto Miranda

Loreto Miranda +

Quienes me dieron su cariño.

*A ti Laura quién me motivo con
tu cariño y amor, por largo
tiempo para terminar este
trabajo.*

A Celeste.

Por tu cariño y ternura.

A mis tíos.

Por su afecto y apoyo.

A mis primos.

Por su afecto y cariño.

A mis amigos.

*Por su apoyo, solidaridad
y amistad.*

Gracias por ser como son.

A mis enemigos.

Porque involuntariamente me han ayudado a forjar mi personalidad y que sin ellos no hubiere aprendido a afrontar los obstáculos que me pusieron en la vida.

Y a todas las personas que en algún momento me brindaron su ayuda.

Sé que no habrán palabras suficientes para agradecerles por todo lo dado, pero sólo existe una que encierra toda mi congratulación.

GRACIAS.

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis Profesional, investiga algunos de los aspectos fundamentales de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal de fecha 25 de mayo del año 2000, y en particular la problemática que conlleva el establecimiento de la indemnización a que hace referencia el artículo 289 bis. del Código en comento, partiendo para ello de las generalidades de la institución matrimonial, sus regímenes patrimoniales y, las causas de su disolución, para por último tratar el problema en particular, apoyándonos para ello en los criterios emitidos por la doctrina nacional e internacional, que consideramos más significativos y acertados para el fin de la presente obra.

En el primer Capítulo realizamos un breve bosquejo histórico del matrimonio; procurando poner mayor énfasis en las relaciones patrimoniales creadas entre los cónyuges.

Claro está, estudiamos de manera sucinta y sencilla temas que son importantes pero no trascendentales para el fin de la presente tesis, tales como las donaciones antenuptiales y entre consortes; así como las distintas clases de divorcio.

En el Segundo Capítulo de esta tesis profesional, analizamos con detenimiento la naturaleza contractual del matrimonio, sus consecuencias, así como los efectos de la disolución de dicho contrato.

En cuanto hace al Tercer y Cuarto Capítulo, determinamos los alcances de la indemnización a que hace referencia el artículo 289 bis. del Código Civil para el Distrito Federal, la responsabilidad civil derivada de la norma en comento, demostrando y justificando con base en criterios sólidos la necesidad de la derogación del citado artículo.

Sostenemos que, la base para el desarrollo de una nación es la certidumbre jurídica que descansa en una adecuada sistematización de las leyes, por lo que estas deben de ser lógicas, claras y congruentes entre sí a efecto de brindar seguridad jurídica al gobernado, pero ésta sistematización debe sin lugar a dudas tener su base en la igualdad, la justicia y la equidad, pues como es bien sabido que en nuestro ámbito, existen normas jurídicas apegadas a derecho, pero ello no implica que las mismas sean apegadas a los principios de justicia.

Elaboramos una serie de conclusiones tendientes a demostrar la necesidad de la derogación del artículo 289 bis. del Código Civil del Distrito Federal.

Anexamos al final del presente trabajo la bibliografía utilizada amén de que pueda ser confrontada por el lector.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES DEL PROBLEMA PLANTEADO

El matrimonio, no es una creación técnica del derecho, sino una institución natural que el Derecho positivo se limita a contemplar, reconocer y regular en cuanto a los múltiples y trascendentales aspectos jurídicos, que se manifiestan en derechos y deberes, algunos difícil y hasta dudosamente coercibles, dado lo íntimo de su naturaleza¹.

Por lo que no debe de caber la menor duda que el matrimonio por provenir de un hecho natural de perpetuación de la especie, haya sido una de las primeras figuras reglamentadas por el derecho.

Uno de los primeros intentos por regular al matrimonio, lo realizó Hammurabi, gobernante de Babilonia hacia el año 2250 a.c., quién en el Código que lleva su nombre, plasmó: “Si un varón toma una mujer y no ha hecho contrato con ella, no es mujer legítima.”²

Respecto de la evolución del matrimonio como Institución —el autor Marco Gerardo Monroy Cabra, indica—, “En Roma, la *affectio maritalis* era la voluntad continua de los cónyuges de estar unidos en el matrimonio; la convivencia constituía la base material y visible de la unión. La Iglesia impuso ciertas reglas a los esposos cristianos, pero hasta el siglo X la Iglesia no tuvo ninguna influencia sobre el régimen civil del matrimonio.

¹ AUTORES VARIOS. *Derecho de Familia Vol. 1*. José María Bosch, Editor, S.A. Tercera Edición (Reimpresión Actualizada). Barcelona, España. 1990. Pág. 87.

² IBARROLA, Antonio, DE. *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México. 1993. Pág. 159

En el siglo X la Iglesia regula toda la materia del matrimonio e impone la competencia de los tribunales eclesiásticos. El decreto GRACIANO (1140) concilia las dos tesis (la consensualista y la que exigía consumación), por cuanto se estableció que el matrimonio exigía consentimiento previo, seguido de la consumación. Luego PEDRO LOMBARDO conceptúa que el matrimonio es sacramento que los esposos se confieren por acto de voluntad. El Concilio de Letrán de 1215, sancionó con excomunión a los esposos casados clandestinamente, aunque el matrimonio continuara siendo válido. Después, el Concilio de Trento, en 1563, exigió una formalidad: el cambio de los consentimientos realizado *in facie ecclesiae*; en presencia del párroco de la feligresía de uno de los esposos. Esos ministros del sacramento son los esposos y el párroco es un simple testigo (testis qualificatus).

La doctrina anglicana intentó dividir el matrimonio en un sacramento, cuya validez depende de la Iglesia y, por otra parte, un contrato, que tiene efectos civiles, de competencia de jurisdicción laica. La reforma intenta un cambio radical. El edicto de Nantes permitió a los protestantes casarse ante sus pastores. Pero como lo advierten los tratadistas MAZEAUD, “su revocación y la expulsión de los ministros de la religión reformada tornaron la situación muy difícil para los protestantes, a los que en 1698 se obligó a casarse de nuevo ante los sacerdotes católicos. Los parlamentos, a partir del siglo XVIII, sancionaron con la nulidad los matrimonios de los protestantes celebrados en el desierto, es decir, clandestinamente. Tal situación era inocua y censurada, inclusive por el clero católico. En vísperas de la revolución (francesa), un edicto de 1787 debía ponerle fin.”

El matrimonio civil surgió en Holanda en 1580, como un medio para regular la posición de los disidentes religiosos, de las que no tenían una organización de algún modo reconocida por el Estado, en forma que se pudiera atribuir a sus ministros la facultad de celebrar uniones con efectos ante el Estado.

La introducción del matrimonio civil era una forma de tolerancia religiosa, y la participación del Estado inicialmente era formal. A mediados del siglo XVII, en un país no católico (la Inglaterra de Cromwell) se estableció el matrimonio civil obligatorio, previa afirmación del derecho del Estado a regular plenamente la institución.

En los países católicos, hacia fines del siglo XVIII, cuando se intensifica el concepto de Soberanía del Estado y la necesidad de que presencie las actividades más significativas de la vida de las personas, se insinúa el deseo de que sea el Estado el que regule íntegramente el matrimonio. Expresión de esta conciencia es la *patente matrimonial* de José II, del 16 de enero de 1783. Esta corriente laicista produjo una reacción en la Iglesia, que sostuvo la tesis de que entre bautizados no se puede dar contrato matrimonial que al mismo tiempo no sea sacramento.

La Revolución Francesa, y específicamente la Constitución de 1791, declaró que “la ley no reconoce en el matrimonio más que un contrato civil”, reafirmada por la ley 20 del 25 de septiembre de 1792. El Código de Napoleón, de 1804, no reprodujo la definición de 1791, pero, de todos modos, consideró al matrimonio como acto puramente civil.”³

³ MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de Familia y de Menores*. Editorial Librería Jurídica Wilches. Segunda Edición. Santa Fe de Bogota, Colombia. 1991. Págs. 183 y 184.

La doctrina coincide en señalar, que nuestra actual Institución matrimonial civil, tiene como base al sistema matrimonial canónico; en efecto, a partir de la Revolución Francesa, gran parte de las naciones entre ellas la nuestra, felizmente optaron por desacralizar la institución matrimonial, reconociendo únicamente como jurídicamente válido al matrimonio civil, pero sin apartarse de la estructura esencial heredada del Derecho Canónico.

1.1 EL MATRIMONIO CON RELACIÓN A LOS BIENES

El artículo 138 Ter. del Código Civil para el Distrito Federal, establece que “Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.” Precepto legal de donde se desprende el carácter público del matrimonio, pues el matrimonio se trata del acto jurídico familiar por excelencia, de donde derivan la gran parte de las relaciones jurídicas familiares, mismas que en términos de los artículos 138 Quater y Quintus del Código en comento, constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de los integrantes de la familia, que surgen entre personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Así los cónyuges tienen la obligación de observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíproco para lograr el adecuado desarrollo de las relaciones jurídicas familiares inherentes al matrimonio, empero, al contraerlo cónyuges, no sólo adquieren deberes, derechos y obligaciones personales del uno hacia el otro, sino que, de la misma manera crean un vínculo jurídico patrimonial con relación a sus bienes.

Al respecto apunta el tratadista Jorge Alfredo Domínguez Martínez, “El matrimonio origina una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges, pueden darse tanto respecto de sus personas como en relación con sus hijos, así como en relación de los bienes de su propiedad.”⁴

A decir del Carlos Vidal Taquini, “entre los efectos de las nupcias está el surgimiento de una situación patrimonial entre los cónyuges; situación patrimonial de la cual emergen, no sólo relaciones pecuniarias entre los cónyuges, sino también relaciones de éstos con los terceros, que requieren una regulación legal, y surge así lisa y llanamente el llamado régimen matrimonial”.⁵

Del matrimonio se generan estados jurídicos permanentes, por lo que éste acto jurídico familiar produce deberes conyugales o familiares y obligaciones patrimoniales económicas, es decir, del mismo se crean como objeto principal relaciones personales y como accesorio las económicas.⁶

Surge así el régimen matrimonial, conocido también por la doctrina como régimen patrimonial, régimen patrimonial-matrimonial, régimen matrimonial pecuniario, régimen patrimonial entre cónyuges, régimen de los bienes en el matrimonio o régimen patrimonial en el matrimonio.

⁴DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil, Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1993. Pág. 197.

⁵ VIDAL TAQUINI, Carlos. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Tercera Edición. Segunda Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1993. Pág. 3.

⁶ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho (Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares). Editorial Porrúa. Quinta Edición. México. 1999. Pág. 312.

Salvador Orizaba, señala que; “en tanto uno de los objetivos del matrimonio es el de que los cónyuges se ayuden mutuamente a sobrellevar las cargas de la vida, ha de suponerse que:

Desean llegar a esa unión aportando bienes, o bien que a partir de ese momento tienden a formar una base económica sólida para la seguridad de ellos y sus descendientes.

De ahí que la ley prevea el hecho de que las personas al casarse sometan la administración de sus bienes al régimen de sociedad conyugal, al de separación de sus bienes o al de régimen mixto.”⁷

Al respecto el escritor Carlos Vidal Taquini, anota que “Entre los efectos de las nupcias está el surgimiento de una situación patrimonial entre los cónyuges; situación patrimonial de la cual emergen, no sólo relaciones pecuniarias entre los cónyuges, sino también relaciones de éstos con los terceros, que requieren una regulación legal, y surge así el lisa y llanamente llamado régimen matrimonial.

Si “régimen es un orden metódico de gobernar las cosas o las personas o sus relaciones entre ellas”, definimos el régimen patrimonial-matrimonial como *el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con los terceros.*

Roguín definió: “El régimen matrimonial es un conjunto de reglas determinando las relaciones pecuniarias que resultan del matrimonio”; para Planiol, Ripert y Nast, “es el estatuto que regula los intereses pecuniarios de

⁷ ORIZABA MONROY, Salvador. Matrimonio y Divorcio Efectos Jurídicos. Editorial Pac. México. 2001. Pág. 27.

los esposos, sea en sus relaciones entre ellos, sea en sus relaciones con los terceros”; definición que comparte López del Carril; para Colin y Capitant, es el conjunto de reglas que fijan las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio, los derechos de los terceros que contraten con ellos o que, por una u otra causa, lleguen a ser sus acreedores, y finalmente, los derechos respectivos de cada esposo el día en que llegue a disolverse el matrimonio; Josserand, entiende por régimen matrimonial, el estatuto que rige los intereses pecuniarios de los esposos; Ripert y Boulanger, dicen que es el conjunto de reglas relativas a los intereses pecuniarios de los esposos durante el matrimonio; Vaz Ferreira, comprende por régimen matrimonial, el conjunto de normas que regulan los intereses pecuniarios de los cónyuges en sus relaciones entre ellos o con los terceros; Gatti, que es el estatuto jurídico que tiene por objeto regular los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí, y con respecto a los terceros; Fassi, en definición que hace suya Belluscio, dice que es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio; Cornejo, que es el conjunto de normas que organiza y fija las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y con respecto a terceros; Guaglianone, siguiendo a Josserand y Puig Peña, sostiene que los regímenes matrimoniales forman el estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos entre sí y en sus relaciones con terceros.

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges deben ser regidas por disposiciones propias, pues como afirma Rébora, en lo inmediato debe asegurarse el interés económico de ambos cónyuges, por una parte, y el de no defraudar el de los terceros, por otra; y en lo mediato, el sistema que se adopte debe concertar con la economía general.” ”.⁸

⁸ Cfr. VIDAL TAQUINI, Carlos H. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Op. cit. Págs. 3, 4 y 5.

Es preciso señalar en este punto, dos aspectos de gran relevancia para nuestro tema, en primer lugar, y parafraseando a Julio López Del Carril, consideramos que “no existen “régimenes patrimoniales matrimoniales” absolutamente independientes y con vida propia originaria. Siempre y cualquiera que sea el régimen patrimonial-matrimonial, el mismo es desencadenado y no originario y ello son así por cuanto es presupuesto previo e inexorable la existencia del matrimonio. El régimen matrimonial pertinente nace instantáneamente con la celebración del matrimonio y, como consecuencia inmediata y necesaria del mismo a esta afirmación, podría observarse que existen legislaciones como la francesa donde el contrato matrimonial –régimen patrimonial-matrimonial–, puede otorgarse antes o coetáneamente con la celebración del matrimonio, pero no hay duda que el celebrado con anterioridad tiene como condición suspensiva la celebración del matrimonio. Si éste se realiza, el contrato matrimonial adquiere vigencia automáticamente; si no se celebra, el contrato matrimonial queda sin valor y con algunos efectos.”⁹

Como segundo aspecto que queremos resaltar, se encuentra el relativo a la distinción entre régimen patrimonial-matrimonial, con el bien de familia o conocido en nuestra legislación como patrimonio de familia; respecto de esta diferenciación el jurista Elías Guastavino, nos comenta, el régimen matrimonial se encuentra ligado a la celebración del acto jurídico del matrimonio y este se disuelve con la extinción del matrimonio, mientras que, el bien de familia tiene por finalidad propia la protección de la familia con abstracción de los resultados económicos, que son favorables pero no

⁹LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Derecho de Familia. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1984. Págs. 223 y 224.

directamente perseguidos, así pues, el bien de familia puede ser constituido con independencia del matrimonio, la capacidad para constituir el bien de familia no es idéntica a la capacidad requerida para contraer el matrimonio ni para celebrar capitulaciones matrimoniales, por lo que el bien de familia puede subsistir luego de la extinción del matrimonio, por lo que, los caracteres esenciales del bien de familia (inembargabilidad, inalienabilidad, etc.) generalmente no se presentan en los regímenes matrimoniales.¹⁰

Una vez hechas las precisiones mencionadas, tomaremos únicamente como punto de partida del presente trabajo a los regímenes matrimoniales.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 178, prevé que, el matrimonio debe de celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o de separación de bienes, mismos que estudiaremos con mayor detenimiento más adelante, empero es de señalar que de la combinación de éstos dos puede surgir un tercero llamado por la doctrina régimen mixto, que a decir de la autora Sara Montero, se compone de “parte de los bienes en sociedad conyugal y la otra parte con bienes propios de cada uno de los dos esposos, o de sólo uno de ellos.”¹¹, Este régimen matrimonial encuentra su regulación en lo dispuesto por los artículos 172 y 208 del Código Civil, que a la letra rezan:

Artículo 172.- “Los cónyuges mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto

¹⁰ GUASTAVINO, Elías. Derecho de Familia Patrimonial. Tomo II. Editores Rubinzal y Culzoni S.C.C. Segunda Edición. Argentina. 1985. Págs. 38 y 40.

¹¹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México. 1984. Pág. 150.

necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.”

Artículo 208.- “La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.”

Es de precisar que, los regímenes patrimoniales del matrimonio toman el nombre en nuestro derecho de Capitulaciones matrimoniales, expresión castiza con la que se designa al contrato de matrimonio con respecto a los bienes.¹²

Como complemento a lo anterior y en palabras de los tratadistas López del Carril y Vidal Taquini, diremos que, “Es indudable que el matrimonio origina una serie de modificaciones que atañen al patrimonio de los cónyuges y al acervo común. Aunque esos cónyuges no tengan bienes, y sólo posean su propio trabajo, se presenta inmediatamente la necesidad de la regulación jurídica de los bienes, incluso el trabajo que los cónyuges aportan al matrimonio, al tiempo de contraerse éste, durante su permanencia, ante su disolución.

El régimen patrimonial-matrimonial debe contener normas sobre la propiedad de los bienes que se aportan al matrimonio y el destino de ellos después de la celebración; a quiénes pertenecen los bienes que se adquieren durante el matrimonio; su administración; su goce; su disposición; la

¹² Idem.

graduación de la responsabilidad por las cargas del hogar; cómo finaliza el régimen y el destino de los bienes. Todo con justicia en las relaciones entre los cónyuges y cuidando el interés de los hijos, de la familia, de los terceros y el público.”¹³

1.1.1 EL MATRIMONIO (CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA)

Como lo hemos comentado, el matrimonio es el acto jurídico familiar por excelencia, de dónde derivan la gran parte de las relaciones jurídicas familiares.

Un sin número de conceptos se han dado respecto del matrimonio, entre otras podemos destacar las siguientes:

Desde su aspecto etimológico, el matrimonio deriva de *matrimonium*, de las voces *matriz*, *madre* y *manium*, *carga*, *gravamen* o *cuidado* de la madre y parece expresar que las cargas más pesadas derivadas de esta unión recaen sobre la madre.¹⁴

Explica el autor Juan Fornés de la Rosa: La tradición canónica, acogió con facilidad las definiciones propias del Derecho Romano. Y así –como lo ha mostrado Salerno–, la definición que más frecuentemente aparece en las fuentes legislativas y en la literatura jurídica y teológica es la de Justiniano: <<Nuptie autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens>> (Inst., 1,9,1) [Nupcias o matrimonio es la

¹³ VIDAL TAQUINI Carlos H. *Régimen de Bienes en el Matrimonio*. Op. cit. Pág. 5.

¹⁴ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. *Derecho Civil (Parte General, Personas y Familia)*. Editorial Porrúa. México. 1998. Pág. 299.

unión del varón y de la mujer, que contiene la comunidad indivisible de vida.]. Con menos frecuencia que la de Justiniano, se usa también en los siglos XII y XIII la definición de Modestino: <<Nuptie sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio>> (D. 23, 3, 1) [Las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el derecho divino y humano].

Fue Pedro Lombardo (+1660) quién recogió las oportunas reformas de la definición de Justiniano, proporcionando una definición que sería, a la postre, la seguida de modo común por los posteriores teólogos y canonistas: <<Sunt igitur nuptiae vel matrimonium viri mulierisque coniunctio maritalis Inter legitimas personas, individuum vitae consuetudinem retinens>> [Las nupcias o el matrimonio son la unión marital de varón y mujer, entre personas legítimas, que retiene una comunidad indivisible de vida]. La anterior definición de índole Justiana-Modestina es la base de la concepción matrimonial utilizada por el Código canónico.¹⁵

Para el jurista Rafael De Pina, “el matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil. Desde el punto de vista de la Iglesia católica, es un sacramento; de acuerdo con una concepción civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que, en términos generales, puede definirse como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada

¹⁵ FORNÉS DE LA ROSA, Juan. Derecho Matrimonial Canónico. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España. 1990. Págs. 16 y 17.

por los contrayentes. La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer.”¹⁶

Por su parte la autora Sara Montero Duhalt, define al matrimonio como la “Forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.”¹⁷

Para Edgardo Peniche López, El matrimonio, “es la institución que el Estado adopta como el único medio legal de procrear la especie en el sentido de lograr generaciones física e intelectualmente aptas para la convivencia pacífica. Es un contrato civil celebrado entre personas de sexo opuesto, es decir, entre un solo hombre y una sola mujer, para ayudarse en la lucha por la existencia y reproducción.”¹⁸

El escritor Carlos H. Vidal Taquini, conceptúa el matrimonio como “el acto jurídico familiar fundamental y esencial, tiene, como todo acto jurídico, efectos propios. Unos, personales; otros, patrimoniales.”¹⁹

Por matrimonio, nos dice el jurista Julien Bonnecase, se designan: 1º la institución del matrimonio, es decir el conjunto de reglas que presiden, la organización social de la unión de los sexos; 2º el acto jurídico de una naturaleza especial, que expresa la adhesión a la institución del matrimonio,

¹⁶ PINA, Rafael, DE. Elementos De Derecho Civil Mexicano. Introducción- Personas- Familia. Volumen I. Editorial Porrúa. Decimoséptima Edición. Revisada y actualizada por Rafael De Pina Vara. México. 1992. Pág. 314.

¹⁷ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 97.

¹⁸ PENICHE LÓPEZ, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa. Decimoctava Edición. México. 1984. Pág. 105.

¹⁹ VIDAL TAQUINI, Carlos H. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Op. cit. Pág. 3.

por parte de los futuros cónyuges. Es natural que institución y acto jurídico formen un todo, ya que el acto jurídico está regido por la institución y; 3º el contrato de matrimonio, como elemento generador de los regímenes matrimoniales.²⁰

Por lo que al dar su concepto de matrimonio, el citado autor, señala: “el matrimonio es una institución constituida por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por tanto, a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todo momento irradian de la noción de derecho.”²¹

En la redacción original del artículo 130, tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, decía “El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del 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 fuerza y validez que las mismas les atribuyan.”²²

El artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, define al matrimonio, como la “Unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en dónde ambos procuran respecto, igualdad y ayuda

²⁰ BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Nociones preliminares, Personas, Familia, Bienes. (Traducción por el Licenciado José M. Cajica, jr.). Cárdenas, Editor y Distribuidor. Tijuana, Baja California. México. 1985. Pág. 505.

²¹ *Ibidem*. Pág. 542.

²² TEXTO REFORMADO EL DÍA 27 DE ENERO DE 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 28 del mismo mes y año, que reformó todo el artículo 130 Constitucional, excepto el párrafo cuarto del mismo. Decreto que entró en vigor el día siguiente al de su publicación.

mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que ésta ley exige.”

De las críticas que podemos hacer a esta definición legal es que la misma prevé como regla general una simplista “posibilidad de procrear hijos” elemento del que se desprende, que la procreación de la especie ha dejado de ser uno de los fines esenciales del matrimonio, convirtiéndose a arbitrio del legislador como un fin de carácter optativo de los cónyuges, lo cuál resulta inexplicable pues se trata precisamente de la finalidad natural del matrimonio. Así pues, a la luz del citado artículo 146 y en estrecha relación con el numeral 147 del Código Civil para el Distrito Federal, se deja a los cónyuges en aptitud incluso de pactar la no-procreación o el pago de una pena convencional en caso de que ocurra la procreación, o en caso extremo pactar la exclusión del débito conyugal, que consiste “en la obligación que tiene cada uno de los cónyuges de atender a la solicitud del otro, cuando le pida la realización del acto propio para la generación”²³, sin que ese pacto ataque a la institución del matrimonio, lo cual resulta en un equívoco legislativo.

Antes de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal de fecha 25 de mayo del año 2000, el ordenamiento en comento no definía al matrimonio, lo que a nuestro parecer resultaba adecuado, puesto que no es misión de los textos legales el definir, sino señalar los elementos esenciales de la institución que se trate, regular los derechos y obligaciones que correspondan a cada una de las partes, establecer los procedimientos

²³ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*. Editorial Porrúa. México. 1979. Pág. 54.

adecuados para la tutela de esos derechos y otras cuestiones de esta naturaleza. Dado que las Instituciones del derecho son dinámicas, de ahí que la doctrina se avocara a tal labor sin que existiera para ello un criterio unánime respecto del contenido de la misma, esto en el entendido que en una institución como el matrimonio ninguna definición será lo suficientemente precisa para explicarla.

Existen diversas tendencias para intentar determinar la naturaleza jurídica del matrimonio, entre ellas se encuentran las que lo conciben como: **1. Como un sacramento; 2. Como institución; 3. Como un estado civil; 4. Como acto jurídico; 5. Como negocio jurídico, y; 6. Como contrato con características especiales.** En opinión que compartimos con la autora Sara Montero, ninguna de estas figuras determina en forma exclusiva el carácter del matrimonio y, mucho menos, son excluyentes unas de otras; más bien se complementan. El matrimonio es indudablemente un acto jurídico bilateral, es un contrato de muy especial naturaleza; una vez realizado atribuye a los consortes un estado civil particular, misma que está regido por la institución jurídica del matrimonio. Para el derecho canónico es un sacramento²⁴, en nuestra opinión se puede considerar de igual manera al matrimonio como un negocio jurídico. Para efectos didácticos, procederemos a analizar cada una de las posturas aludidas:

1.- El matrimonio como Sacramento.- La iglesia Católica sostiene que el matrimonio es una institución de derecho natural que fue elevada a la categoría de sacramento, en otras palabras es un signo sensible y eficaz de gracia divina. De la lectura del canon 1055, que dice “1.- La alianza

²⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 111.

matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. II.- Por tanto, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por ese mismo sacramento.”²⁵

Nos dice Marco Gerardo Monroy Cabra, “Los ministros del sacramento, son los propios contrayentes. Son sujetos pasivos del sacramento del matrimonio, por cuanto reciben gracia sacramental dimanante de su administración.

La materia está representada por las manifestaciones (palabras, signos) de los contrayentes, en cuanto significan la mutua entrega de los cuerpos. La forma está representada por las mismas manifestaciones, en cuanto significan la aceptación de aquella entrega. La inseparabilidad entre sacramento y contrato, para este autor, implica que el matrimonio canónico se rige por principios teológicos y de derecho divino, por lo que la iglesia tiene la potestad para disciplinar los aspectos sustanciales del matrimonio, así como aquellos efectos que sean inherentes al mismo.”²⁶

Para los doctrinarios del Derecho Canónico, se distinguen dos elementos fundamentales del matrimonio: 1. El matrimonio-acto, denominado *in fieri*; y 2. El matrimonio-estado, denominado *in ipso esse*.

²⁵ IBARROLA, Antonio, DE. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 157.

²⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Op. cit. Pág. 190.

Al respecto, el tratadista Juan Fornés De la Rosa, nos indica que, “al hablar de <<matrimonio válido>> se hace referencia al matrimonio *in fieri*, esto es, al pacto conyugal o acuerdo de voluntades entre varón y mujer (negocio jurídico matrimonial.). Este pacto conyugal, originado en el consentimiento, da lugar a una relación jurídica, de naturaleza muy particular, que es el matrimonio mismo, es decir, da lugar al matrimonio *in ipso esse*, cuyo principio formal –en el sentido filosófico del término–, que distingue al matrimonio de otras relaciones en apariencia similares, es él <<vínculo perpetuo y exclusivo por su misma naturaleza>>.”²⁷

Así pues, el matrimonio *in ipso esse*, es la comunidad de vida que resulta del matrimonio *in fieri*, resultando de esa relación jurídica, los siguientes elementos: unos sujetos, el vínculo, el objeto y el consentimiento.

2.-El matrimonio como Institución Jurídica.- En opinión de un sector de la doctrina, el matrimonio es considerado como una Institución Jurídica, que parte del supuesto que, se encuentra regulada por un conjunto de normas de carácter imperativo que participan de la misma naturaleza y un fin común.

El jurista Rafael Rojina Villegas, señala que institución jurídica “es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad.

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado

²⁷ FORNÉS DE LA ROSA, Juan. Derecho Matrimonial Canónico. Op. cit. Pág. 171.

permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.”²⁸

Para el autor Julien Bonnecase, el matrimonio es una institución jurídica, únicamente que esta institución, como tantas otras son puestas en movimiento por medio de un acto jurídico, por lo que en su opinión, en el matrimonio interviene un acto jurídico, pero este no es sino la doble manifestación de la voluntad individual de dos personas de distinto sexo, que se produce en condiciones determinadas y se colocan bajo el imperio de la institución del matrimonio.²⁹

Consideramos que, el matrimonio como Institución, no viene a ser más que una parte del todo, en virtud que es innegable que el matrimonio sea una institución, pero esta institución, no comprende todos los elementos constitutivos del matrimonio; el derecho no es únicamente un grupo de normas, sino es una universalidad jurídica y sociológica, que no se resume en una sola tesis; de ahí que adhiriéndonos a la opinión del jurista Jorge Mario Magallón Ibarra, diremos en sus propias palabras, “que los institucionalistas confunden el matrimonio con el acto de su celebración, y además, no aclaran con certidumbre las notables diferencias que nos obligan a estimar exageradas las ideas institucionalistas, porque el matrimonio es en verdad, como una forma de vida, y como una vida en forma, una realidad social y una realidad jurídica, o sea, una entidad total, de la cual su aspecto contractual no debe excluirse por ser esencial.”³⁰

²⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Novena Edición. México. 1998. Pág. 212.

²⁹ BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil, Tomo I. Op. cit. Pág. 541.

³⁰ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México. 1998. Pág. 297.

3.- El matrimonio como un Estado Civil.- Al respecto, el tratadista Jorge Alfredo Domínguez Martínez, apunta: “como derivaciones del mismo estado civil, podemos referirnos al *status fillie* o estado de hijo y al *status conyugalis* o estado conyugal, que a su vez se traducen en situaciones jurídicas de un sujeto frente a otro; del hijo ante su progenitor en el primer caso y de un cónyuge ante el otro en el segundo.”³¹

De ahí que, éste estado es consecuencia inmediata de la celebración del matrimonio, es decir, es la prueba de la legítima vida marital entre personas de distinto sexo, con el reconocimiento de la sociedad. Por lo que, “este estado civil sólo puede cambiarse mediante las formas de extinción del matrimonio que son: la muerte, la nulidad o el divorcio.”³²

4.- El matrimonio como un Acto Jurídico.- Nos explica el escritor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, “Por acto jurídico en *stricto sensu*, en oposición al negocio jurídico se entiende todo acontecimiento voluntario al que el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias a actualizarse por su verificación. Como se desprende de este concepto, el autor de un acto se limita simplemente a realizarlo y la plena intervención de la voluntad en su verificación es suficiente para que la ley le atribuya los efectos en ella establecidos.

La conducta del sujeto se circunscribe a un sometimiento consciente a la serie de consecuencias ya fijadas en los dispositivos legales y esas nacen *ipso jure* con la realización del acto. En este caso, para la ley es secundario

³¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez. Op. cit. Pág. 194.

³² MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 113.

que la voluntad de quien otorga el acto sea también respecto de la producción de consecuencias jurídicas.

La intervención de la voluntad en la concepción del acto jurídico en sentido estricto está circunscrita únicamente a la realización de éste, sin que su autor pueda agregar modalidades, renunciaciones, liberaciones, etc., como disposiciones voluntarias derogatorias de la regulación legal al efecto.

En esas condiciones, el matrimonio debe ser considerado como un acto jurídico en sentido estricto en oposición a negocio, pues los contrayentes se limitan a aceptar la regulación contenida en la ley a propósito de sus efectos, sin tener opción alguna para auto regular su estado matrimonial mediante la adición de cláusulas con estipulaciones convencionales, como sería limitar la vigencia de ese estado a cierto tiempo, renunciar a la vida en común o liberarse de ella, etc.”³³

Algunos autores siguiendo a León Duguit, consideran al *matrimonio como un acto condición*, pues razonaba el maestro francés que: El estado de las personas casadas, es determinado y regulado por la ley, pero no nace sino después del matrimonio. No es este acto –concluía– el que da nacimiento a la situación que se aparece seguida de él; ella es creada y regulada por la ley, pero la aplicación de ésta se encuentra subordinada a la del matrimonio.³⁴

Por lo que para los defensores de ésta postura, la regulación legal, se encuentra condicionada a su actualización.

³³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil, Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez*. Op. cit. Págs. 505 y 506.

³⁴ PINA, Rafael, DE. *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción- Personas- Familia*, Volumen I. Op. cit. Pág. 320.

En clara crítica a ésta posición doctrinal, El jurista Ignacio Galindo Garfias, nos dice: “en el acto jurídico condición los efectos jurídicos del acto se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece. Sin embargo, en el matrimonio putativo que es aquél celebrado de buena fe por ambos consortes, pese a que el acto es nulo, se producen todos los efectos del mismo, a favor de los hijos o en favor del cónyuge de buena fe, como si se hubieran reunido todas las condiciones establecidas por la ley para la validez del acto.”³⁵

El matrimonio es considerado como Acto jurídico Mixto, debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Juez del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.³⁶

Esta posición se refiere únicamente al acto de celebración del matrimonio, pero es omisa a hacer referencia las consecuencias jurídicas del matrimonio.

5.-El matrimonio como Negocio Jurídico.- Como negocio jurídico, se entiende como la manifestación suprema de la autonomía de la voluntad privada de una o más partes, para producir efectos jurídicos; Después de las

³⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso, Parte General. Personas, Familia. Editorial Porrúa. Novena Edición. México. 1989. Pág. 478.

³⁶ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia. Op. cit. Pág.215.

reformas al Código Civil de fecha 25 de mayo del año 2000, es factible considerar al matrimonio como un negocio jurídico, pues con ellas se deja a los cónyuges en aptitud, como ya se dijo, de pactar incluso el pago de una pena convencional en caso de procreación, el presente enfoque parte desde el punto de vista de la doctrina jurídica, en virtud que, el Código Civil para el Distrito Federal, por provenir sus raíces de la escuela francesa, desconoce la figura del “negocio jurídico”.

Para Ramón Sánchez Medal, el matrimonio no constituye una institución jurídica de carácter uniforme, sujeta a un modelo único e inmodificable que la ley le imponga, sino que pertenece a la intimidad del individuo, y se trata de una institución flexible y que modelan los pactos de los cónyuges. Pactos que deben concertarse al momento mismo del matrimonio para poder ser obra exclusiva de la pareja y sin intervención alguna de un tercero, como lo es el Juez de lo Familiar –no obstante que una vez celebrado el matrimonio dicho tercero interviene aun de oficio en caso de desavenencia entre los consortes–, con arreglo a dichos pactos matrimoniales pueden coexistir perfectamente diversos tipos de familia, unos de carácter patriarcal, jerárquico o funcional y otros de índole igualitaria o asociativa.³⁷

No debemos olvidar que, la esencia del matrimonio se encuentra en el acuerdo de voluntades entre los cónyuges, misma que da nacimiento al matrimonio y regula las relaciones entre los cónyuges.

6. -El matrimonio como Contrato.- Existe un gran número de autores que consideran al matrimonio como un contrato de naturaleza peculiar, para

³⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Editorial Porrúa. 1979. Pág. 96.

unos es un contrato solemne, para otro sector de la doctrina lo consideran como contrato mixto, para otros, lo consideran de índole *sui genesis* y para otros como un contrato de adhesión.

Con relación al matrimonio-contrato, el jurista Ricardo Sánchez Márquez, escribe: En nuestro país tenemos como antecedente las llamadas Leyes de Reforma de 1857. Se creó el registro civil, imponiendo a los consortes la obligación de registrar el contrato de matrimonio y en 1859 emitió un Decreto que definía y concretaba en forma definitiva el matrimonio como un contrato civil.

Anteriormente el Art. 130 de la Constitución en el párrafo tercero señalaba: “El matrimonio es un contrato civil”. En la actualidad el Art. 130 fue reformado y se suprimió el párrafo ya transcrito.

La consideración de contrato que se le da al matrimonio, es sobre la base que reúne todos los elementos esenciales y de validez del contrato. Se dice que es un contrato porque existe acuerdo de voluntades destinado a reglamentar derechos, y se crítica esta postura alegando que solamente pueden los contrayentes prestar su consentimiento, y que una vez que eso ocurra, será la ley la que con prescindencia de la voluntad de las partes determinará las consecuencias legales.”³⁸

Respecto del matrimonio como contrato, –señala la autora Sara Montero–, los actos jurídicos bilaterales se llaman convenios. El matrimonio es un convenio porque es un acuerdo de voluntades. Los convenios sé

³⁸ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Derecho Civil (Parte General. Personas y Familia). Op. cit. Págs. 310 y 311.

subclasifican en convenios en sentido estricto y en contratos. Los primeros tienen por objeto modificar o extinguir derechos y obligaciones y los contratos crear o transmitir consecuencias jurídicas. En este orden de ideas, el matrimonio es forzosamente un contrato porque crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas. El matrimonio es un contrato solemne de derecho de familia y de interés público que hace surgir entre los que lo contraen el estado civil de casados con todos los derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico a través de la institución del mismo nombre.³⁹

Para el jurista Jorge Mario Magallón Ibarra, es acertada la calificación que hace el legislador de considerar al matrimonio como un contrato, pero opina que, la norma de derecho no puede identificarse en su total integridad, con la vida humana de la que es producto; por lo que concluye que, el matrimonio es un contrato de naturaleza *sui genesis*.⁴⁰

Al cuestionarse sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, Antonio De Ibarrola, juzga que, “Aun considerando el matrimonio como un contrato, habría de otorgársele características bien especiales, que son las siguientes: a) Por razón de su origen, es un contrato natural, esto es, impuesto por la misma naturaleza en bien todo del género humano; b) Por razón del consentimiento, en orden a los efectos que de él se derivan, es éste tan esencial que no hay potestad humana que pueda suplirlo, ni tiempo de prescripción que pueda suplirlo, ni tiempo de prescripción que pueda legalizar la unión sin consentimiento; c) Por razón de su objeto principal, de las obligaciones

³⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Págs. 112 y 113.

⁴⁰ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia. Op. Cit. Pág. 233.

sustanciales y del efecto primario del mismo, está determinado todo por la naturaleza, de tal suerte que ni los contrayentes ni la potestad social pueden alterar en lo más mínimo lo que es lo sustancial en este contrato; d) Por razón de su estabilidad y duración no admite rescisión por mutuo acuerdo de las partes como la admiten de regla general los demás contratos.”⁴¹, El citado escritor, expone como última cualidad, la religiosa, que en nuestra opinión constituye una apreciación de mero carácter moral de los consortes.

Ramón Sánchez Medal, nos da una característica más respecto del matrimonio como contrato, misma que clasificaremos con el inciso; e) Como contrato con estipulación a favor de terceros: Por lo que a decir del citado autor, “hay que reconocer que en el matrimonio no sólo se pactan derechos y obligaciones para los cónyuges, como en un contrato ordinario, sino que principalmente se establecen derechos a favor de terceros, que en el caso son los hijos y la sociedad en general, de tal suerte que, aún tratando de aplicar al matrimonio la teoría general de los contratos, hay que advertir que en el matrimonio se da una verdadera *estipulación a favor de terceros*, que otorga derechos irrevocables a favor de éstos y de los cuales no pueden ser privados a través de algún convenio de los cónyuges ni menos a causa del incumplimiento de uno de los dos esposos a sus respectivos deberes.”⁴²

El tratadista Ricardo Sánchez Márquez, apunta que: “las críticas que se hacen al matrimonio contrato, se centran en la carencia de objeto, —entre otras—, pero hay que señalar que el objeto en los contratos puede ser directo o indirecto. El objeto directo de los contratos es el de crear o transmitir

⁴¹ IBARROLA, Antonio, DE. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 158.

⁴² SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Op. cit. Pág. 22.

derechos y obligaciones, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. Si queremos ubicar estas ideas en torno al matrimonio diremos que si existe objeto directo que consistirá en crear un sinnúmero de derechos y de obligaciones para los contrayentes –fidelidad, alimentos, vida común, débito carnal, etc.–. El objeto indirecto sería más difícil de fundar, sin embargo, existen contratos especiales donde no necesariamente se tiene que entregar una cosa, es el caso de los contratos de organización –sociedad– donde se crea una personalidad, y sin embargo no se discute su naturaleza contractual. En el matrimonio el objeto indirecto tiene una característica especial, que consiste en la procreación de la especie, la ayuda mutua, etc.”⁴³

De lo anterior, podemos considerar al matrimonio como un contrato sui generis, bilateral, solemne, con características peculiares que derivan de la naturaleza especial del matrimonio y que no destruyen su esencia contractual; sin embargo es necesario apuntar como se ha dicho, que el matrimonio como contrato es únicamente la parte, pero no es el todo.

1.1.2 LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

“Nadie mejor que los propios interesados pueden apreciar cuál es el régimen que mejor conviene a sus intereses, afirma Borda. Mas, a pesar de que la generalidad de las legislaciones acepta el principio de la libertad de las convenciones, la mayor parte de las personas contraen matrimonio sin celebrarlas, sujetándose a los regímenes legales supletorios. Sin embargo,

⁴³ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Derecho Civil (Parte General. Personas y Familia). Op. cit. Pág. 312.

esto no debe significar que los menos queden impedidos de establecer el régimen que ellos puedan creer más conveniente.

En el derecho romano, el régimen matrimonial era legal, y algo parecido puede decirse del derecho medieval. Es en el siglo XVII cuando aparece la costumbre de convenir sobre el régimen. La clásica y castiza frase española: *capitulaciones matrimoniales*, quizá deba reservarse para los pactos que se realizan antes del matrimonio, puesto que *capitular* da la idea de concertación previa de algo, mas si el pacto puede realizarse durante el matrimonio es más propio utilizar la expresión *convenciones matrimoniales*, que es más amplia. Ambas expresiones, a su vez, equivalen a la de *contrato de matrimonio* que predomina en Francia. Pero el contrato de matrimonio es, tal vez, dice Josserand, de todos los contratos, el que menos justifica ese nombre, ya que no es necesariamente productor de obligaciones; su objeto es el de determinar el estatuto que regirá la asociación conyugal desde el punto de vista pecuniario, el de instituir la carta patrimonial de los esposos, su régimen matrimonial.”⁴⁴

Comenta el escritor Rafael Rojina Villegas, refiriéndose a la evolución de las capitulaciones matrimoniales en nuestro país: “En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se partió del siguiente principio: la ley presumía el régimen de sociedad conyugal, cuando no existían capitulaciones matrimoniales estipulando la separación de bienes o la sociedad conyugal. Por consiguiente, no era necesario al celebrar el matrimonio pactar ningún régimen, cuando los consortes querían acogerse al sistema de sociedad legal impuesto por ministerio de ley. Solo en el caso que quisieran estipular la separación de

⁴⁴ VIDAL TAQUINI, Carlos H. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Op. cit. Pág. 9.

bienes, deberían declararlo así en las capitulaciones matrimoniales que al efecto concertaren; o bien, cuando querían regular la sociedad conyugal con determinadas cláusulas especiales.”⁴⁵

Sistema que predominó hasta la Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, promulgada por Venustiano Carranza, en la que podían liquidarse las sociedades legales, si así lo pedía uno de los cónyuges, para continuar está como una simple comunidad.

Las capitulaciones matrimoniales –concibe el jurista Jorge Mario Magallón Ibarra– consisten expresamente en el convenio que celebran los pretendientes, si es antes de la celebración del matrimonio, o los cónyuges, si durante la existencia de éste, para regular el funcionamiento del régimen económico que hayan elegido, así como para normar su administración. Pueden celebrarse capitulaciones matrimoniales indistintamente para cualquiera de los regímenes legales que actualmente existen.⁴⁶

Por su parte Sara Montero Duhalt, apunta que, La naturaleza jurídica de las capitulaciones, es sin duda la de un contrato, por ser un convenio entre las partes que crea o transmite derechos y obligaciones. En razón de que deben celebrarse con anterioridad al matrimonio, se les ha considerado contrato sujeto a condición suspensiva (inician sus efectos hasta que hasta que sucede el acontecimiento del matrimonio) o también sujetas a plazo determinado cuando existe ya la fecha prevista para la boda, o como contrato

⁴⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia. Op. cit. Págs. 337 y 338.

⁴⁶ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones De Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 316.

de carácter accesorio (siguen la suerte del contrato principal que es el de matrimonio.).

Las capitulaciones deben realizarse antes de la celebración del matrimonio, por lo que durante la vigencia del mismo, únicamente se pueden modificar, mas no realizarlas por primera vez.⁴⁷

Al respecto Castán Tobeñas, citado por Vidal Taquini, nos dice que: “las convenciones –Capitulaciones Matrimoniales–, es un contrato celebrado entre los futuros cónyuges antes del matrimonio, con el fin casi exclusivo de fijar el régimen a que deben sujetarse los bienes del mismo. Vaz Ferreira, las define como las convenciones por las cuales los futuros cónyuges determinan su régimen matrimonial y; Ripert y Boulanger, como la convención por la que con anterioridad al casamiento, las partes reglamentan el régimen de sus bienes por toda la duración de su matrimonio. Surge así el primer objeto de las convenciones matrimoniales: el de elección del régimen patrimonial-matrimonial y, por ende, regulación de los intereses patrimoniales entre cónyuges por ellos mismos.”⁴⁸

Cuando las capitulaciones matrimoniales se otorgan antes de que se celebre el matrimonio, –escribe el tratadista Rafael Rojina Villegas–, quedan suspendidas supeditadas, como es evidente, a la condición suspensiva de que ese acto se realice. Es decir, si no se lleva a cabo, carecerán por completo de efectos, pues es de la naturaleza de la condición suspensiva impedir de plano el nacimiento de los derechos y obligaciones que se pacten en un contrato, si el acontecimiento futuro e incierto que constituye la condición misma, no

⁴⁷ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho De Familia. Op. cit. Pág. 151.

⁴⁸ VIDAL TAQUINI, Carlos H. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Op. cit. Pág. 10.

llegare a celebrarse. En el caso, el matrimonio implica ese acontecimiento futuro e incierto del cual dependerá que nazcan los derechos y obligaciones que se hayan pactado en las capitulaciones matrimoniales.⁴⁹

Para el escritor Vicente Torralba, Las capitulaciones las otorgan los futuros contrayentes o, en el supuesto de que se celebren después del matrimonio, los cónyuges. Respecto de los futuros cónyuges la regla es, de que el que puede casarse puede también otorgar capitulaciones, pero los menores de edad necesitan el consentimiento de los padres o del tutor, salvo que se limiten a pactar el régimen de separación de bienes o partición.⁵⁰

De lo antes visto podemos conceptuar a las capitulaciones matrimoniales, como el contrato que en el ejercicio de la autonomía de su voluntad otorgan los consortes, antes del matrimonio o, los cónyuges una vez celebrado éste, para regular casi de forma exclusiva el régimen patrimonial de sus bienes presentes y futuros, que habrá de regirlos durante el matrimonio.

Es un contrato, porque para su realización se observa que se cumplan con todos los elementos de existencia y de validez; antes de la realización del matrimonio, es un contrato de condición suspensiva, en virtud que su cumplimiento se encuentra supeditado a la realización de éste; después de celebradas las nupcias ante el Juez del Registro Civil, se convierte en un contrato accesorio, pues sigue la suerte del principal. Al igual que el dé matrimonio es un contrato de índole *sui génesis*; es oneroso, pues se refiere

⁴⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia*. Op. cit. Pág. 344.

⁵⁰ TORRALBA, Vicente. *Derecho Civil, Volumen I (para Ciencias Económicas y Empresariales)*. Editorial EUB, S.C. Barcelona, España. 1995. Pág. 200.

casi en su totalidad a la constitución del régimen matrimonial; es conmutativo, en virtud de que, transfiere derechos y obligaciones; es bilateral, porque establece derechos y obligaciones recíprocos; es formal cuando los otorgantes pacten sobre bienes inmuebles, y; nominado, por estar establecido como figura jurídica.

De acuerdo con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal de fecha 25 de mayo del año 2000, con base al artículo 146, se abre espacio para que los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, no sólo pacten en ellas sus relaciones patrimoniales, sino incluso las relaciones personales que surjan entre los consortes por la celebración del matrimonio y, en el entendido que no existe disposición en contra de ello, lo anterior se encuentra permitido, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto por el propio Código.

A la luz de lo dispuesto por los artículos 98 fracción V, 179, 180 y 181 del Código Civil para el Distrito Federal, los elementos esenciales que deben de predominar en las capitulaciones matrimoniales, son los siguientes:

1. -Las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario. <Art. 179 CC.>

El presente elemento constituye la definición legal, que parte del viejo aforismo jurídico *pacta sunt servanda, semper*, que aplicado al presente tema rezará: los pactos que realicen los cónyuges al celebrar capitulaciones matrimoniales siempre deben ser observados.

2. -Las capitulaciones matrimoniales se otorgan antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio, ante el Juez de lo Familiar o ante Notario, mediante escritura pública. <Art. 180 CC.>

Elemento que constituye la temporalidad para su celebración.

3. -El menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. <Art. 181 CC.>

El presente elemento constituye un requisito de validez, que parte de la idea que, los que son hábiles para contraer nupcias, lo son también para pactar las nupcias *–hábiles ad nuptias, hábiles ad pacta nuptialia–*.

4. -Junto con la solicitud de matrimonio, los consortes deberán presentar ante el Juez del Registro Civil, el convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. <Art. 98 fracción V CC.>

El presente elemento se refiere al objeto de las capitulaciones.

5. -Cuando los otorgantes de las capitulaciones pacten sobre bienes inmuebles, estas deberán constar en escritura pública. El presente punto constituye, el elemento formal de las capitulaciones matrimoniales.

6. -En el caso de que las capitulaciones se hayan protocolizado en escritura pública, éstas deberán ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio; por lo que todo cambio o alteración de ellas deberán hacerse en instrumento público e inscribirse en el citado Registro.

El presente elemento se refiere a la publicidad de las relaciones patrimoniales surgidas entre los cónyuges con motivo del matrimonio, para que éstas sean conocidas por terceros interesados en éstas relaciones patrimoniales –Vg. “En la presunción muciana; Los acreedores de cada uno de los cónyuges cuentan en garantía del pago de sus deudas con la integridad del patrimonio que pertenece a su deudor en términos del artículo 2964 del Código Civil. Ahora bien, cuando uno o varios acreedores pretenden hacer efectivo su crédito en los bienes de su deudor casado, deben precisar cuáles son los que verdaderamente le pertenecen en propiedad, atendiendo al régimen conyugal establecido en las capitulaciones matrimoniales.”⁵¹–.

Respecto de la publicidad de las Capitulaciones Matrimoniales, la Corte ha considerado que:

“Tomando en cuenta la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal; que la disposición sustantiva aplicable señala que los cónyuges tienen el dominio de los bienes de dicha sociedad y que cada uno en ejercicio del derecho real de que es titular, puede disponer de la parte alicuota que le corresponde, siempre y cuando el otro cónyuge otorgue su consentimiento; que el Registro Público de la Propiedad, por su propia naturaleza, sólo tiene efectos declarativos y no constitutivos de derechos; y que la falta de

⁵¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil! Primer Curso, Parte General Personas, Familia. Op. cit. Pág. 570.

inscripción registral de los bienes inmuebles de la sociedad conyugal, en los términos de la disposición aplicable, sólo produce como consecuencia que el derecho respectivo no pueda ser oponible frente a terceros titulares también de derechos reales, debe concluirse que la falta de inscripción registral de los bienes que constituyen la sociedad conyugal, adquiridos durante ella, no impide que exista legitimación para hacer valer por el cónyuge no demandado en un juicio ejecutivo mercantil, derivado del ejercicio de la acción cambiaria directa y como consecuencia de una obligación quirografaria, la tercería excluyente de dominio respecto de la parte alícuota que le corresponde del bien embargado, ya que el derecho real de que es titular le confiere esa calidad frente al derecho personal o de crédito que corresponde al embargante.”⁵²

1.1.3 DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El régimen de sociedad conyugal, aparece a la par de las primeras uniones matrimoniales primitivas, primero como un medio de supervivencia, posteriormente como una forma de alcanzar poderío económico dentro de un clan; con lo que a la postre fue adoptada por el derecho, al igual que hiciera en su momento con el matrimonio.

⁵² IUS 2002 Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-septiembre 2002. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Octava y Novena Épocas. CD-I segundo semestre 2002. Tesis de Jurisprudencia. Titulada “SOCIEDAD CONYUGAL. LA FALTA DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES, ADQUIRIDOS DURANTE ELLA, NO IMPIDE QUE EXISTA LEGITIMACIÓN PARA HACER VALER TERCERÍA EXCLUYENTE DE DOMINIO.” 8va. Época. Fuente Ira. Sala. Visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Vol. 66. Junio de 1993. Clave de publicación: 3a. /J. 7/93. Pag. 11.

La sociedad conyugal, —define el tratadista Antonio González—, es el régimen que se forma con los bienes que los consortes aportan al matrimonio o los que adquieran durante él, y se rige por las capitulaciones matrimoniales y en lo que no estuviera expresamente pactado por las disposiciones relativas al contrato de sociedad; sin embargo, en dichas capitulaciones puede establecerse que la sociedad comprenda determinados bienes o todos, o bien únicamente los productos de ellos, así como también si los bienes futuros que adquieran los cónyuges pertenecerán exclusivamente al adquirente o ambos y en que proporción.⁵³

Respecto de la sociedad conyugal, la autora Sara Montero Duhalt, nos señala: “Se entiende por tal, el régimen matrimonial mediante el cual los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal. La misma puede ser total o parcial. Será total cuando estén comprendidos dentro de la sociedad todos los bienes presentes y futuros de los consortes, así como los productos de los mismos. Será parcial cuando se establezca distinción entre las clases de bienes que entrarán a la sociedad, segregando alguno de ellos, igual con respecto de sus productos.”⁵⁴

Por su parte, el jurista Ignacio Galindo Garfias, nos explica: “El régimen denominado sociedad conyugal, establece una verdadera comunidad de vida entre los consortes, sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros de los consortes o sobre unos u otros o bien, sobre parte de ellos y sus frutos o solamente sobre éstos, según convengan las partes en las capitulaciones correspondientes. Puede además incluir la sociedad entre

⁵³ GONZÁLEZ, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. Editorial Trillas. Séptima Edición. México. 1990. Pág. 90.

⁵⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 151.

cónyuges, una coparticipación sobre los productos del trabajo de uno de los consortes o de ambos.

En efecto, la ley establece varias posibilidades, dentro de las cuales la voluntad de las partes puede moverse libremente para ajustar la estructura de la sociedad conyugal, adaptándola a los propósitos de las partes, por lo que toca al aspecto económico que va anexo al matrimonio. Pueden proponerse, formar un acervo común con la totalidad de sus bienes, de los frutos de éstos y del producto de su trabajo, al que marido y mujer llevan cuanto tienen y lo que obtenga cada uno en lo futuro (bienes, rentas, ganancias, sueldos, salarios, emolumentos, etc.) para sufragar los gastos propios de la comunidad de vida que establecen entre sí; en este caso estaremos ante la presencia de una sociedad conyugal *universal*.

Pueden si así lo quieren marido y mujer, aportar sólo a la sociedad conyugal una parte de sus bienes, reservándose la otra para sí, ya sea incluyendo en la aportación sólo una porción de sus bienes y la totalidad de sus frutos o los bienes y una porción de los productos o solamente los frutos que produzcan los bienes. Se trata entonces de una sociedad conyugal parcial. Esta variante necesariamente coexistiría con un régimen parcial de separación de bienes, y se denomina régimen mixto.

También podrán estipular los consortes, que la sociedad conyugal sólo comprenderá los bienes que adquieran en lo futuro los consortes; en este caso, si en el momento de la estipulación uno de ellos o ambos tienen bienes

propios, quedará establecido tácitamente un régimen mixto semejante al que hemos mencionado.”⁵⁵

Respecto del objeto de la sociedad conyugal, indica Rafael Rojina Villegas, “La sociedad conyugal tiene por objeto directo el de constituir la persona moral a que nos hemos referido, mediante la aportación de los bienes que constituyen el activo de la misma y las deudas que integran su pasivo.

El objeto indirecto está representado por el conjunto de bienes presentes o futuros y por las deudas u obligaciones que integran respectivamente el activo y pasivo de la sociedad.”⁵⁶

Por lo que es dable comentar que, la Corte ha sostenido que para la existencia de la sociedad conyugal no es requisito indispensable que se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, sino que únicamente basta la expresión de que el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal. Por lo que la falta de capitulaciones no puede ser motivo para que se deje de cumplir la voluntad de las partes, ni para que se considere que el matrimonio deba regirse por las disposiciones relativas a la separación de bienes, lo que sería contrario al consentimiento expresado por las partes, quienes quedan obligadas, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a ley.⁵⁷

⁵⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil Primer Curso, Parte General Personas, Familia*. Op. cit. Pags. 565 y 566.

⁵⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia*. Op. cit. Pág. 347.

⁵⁷ IUS 2002 *Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-septiembre 2002*. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Octava y Novena Épocas. CD-I segundo semestre 2002. TESIS DE JURISPRUDENCIA. Titulada “SOCIEDAD CONYUGAL. SU EXISTENCIA NO ESTA CONDICIONADA A LA CELEBRACIÓN DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.” Sexta Época. Emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fuente Apéndice de 1995. Tomo IV. Parte SCJN. Tesis 370. Página 249.

La constitución de la sociedad conyugal se realiza de acuerdo con la forma y los requisitos que narra el Código Civil para el Distrito Federal, que al efecto veremos.

La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante éste y podrá comprender, entre otros, los bienes de que sean dueños los otorgantes al formarla. <Art. 184 CC.>

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

Los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario (que conste en las capitulaciones matrimoniales). <Art. 183 CC.>

Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad conyugal, constarán en escritura pública cuando los otorgantes pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida. <Art. 185 CC.>

En este caso, la alteración que se haga de las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, haciendo la respectiva anotación en el protocolo en la que se otorgaron las primitivas capitulaciones y en la inscripción del registro público de la propiedad. Sin llenar estos requisitos, las alteraciones no producirán efecto contra tercero.

Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener lo siguiente:

- La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;

-La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;

-Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ella o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;

-La declaración expresa de sí la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o solo parte de ellos, precisando en este último caso cuales son los bienes que hayan de entrar en la sociedad;

-La declaración explícita de sí la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

-La declaración de sí el producto del trabajo de cada consorte corresponda exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;

-La declaración acerca de que si ambos cónyuges o solo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan;

-La declaración acerca de que si los bienes futuros que adquirieran los cónyuges durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción;

-La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna; y

-Las bases para liquidar la sociedad.

En clara concordancia el principio jurídico *pacta quae contra leges, constitutionesque vel bonus mores fiunt, nulam vim habere indubitati iuris est* –Sin duda no son válidos los pactos contrarios a las leyes, los decretos y las buenas costumbres–. Nuestro Ordenamiento Civil, prevé, la nulidad en los pactos celebrados por los cónyuges al momento de constituir su régimen patrimonial, al establecer:

Es nula la capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de preservar todas las utilidades, así como la que establezca que alguno de ellos sea responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades. <Art. 190 CC.>

El presente precepto, tiene por objeto prevenir la lesión que puedan causarse los cónyuges entre sí, en sus relaciones patrimoniales.

Cuando se establezca que uno de los consortes sólo debe recibir una cantidad fija, el otro consorte o sus herederos deben pagar la suma convenida, haya o no utilidad en la sociedad. <Art. 191 CC.>

No puede renunciarse anticipadamente a los gananciales que resulten de la sociedad conyugal; pero disuelto el matrimonio, modificadas las capitulaciones o establecida la separación de bienes, los cónyuges pueden renunciar a las ganancias que les correspondan. <Art. 193 CC.>

Cuando habiendo contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, falten las capitulaciones matrimoniales o haya omisión o imprecisión en ellas, se aplicarán las reglas de la sociedad conyugal, separación de bienes o régimen mixto, según corresponda al caso. <Art. 182 bis. CC.>

La administración de la sociedad conyugal, se encuentra regulada, por lo dispuesto por los artículos 172, 182 Ter., 182 Quáter, 182 Sextus, 194, 194 bis y 206 bis del Código Civil, por lo que:

Los bienes de la sociedad conyugal serán administrados por ambos cónyuges, salvo pacto en contrario en las capitulaciones matrimoniales.

Los cónyuges mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.

El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal. La administración quedará a cargo de quien los cónyuges hubiesen designado en las capitulaciones matrimoniales,

estipulación que podrá ser libremente modificada, sin necesidad de expresión de causa, y en caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente.

Mientras no se pruebe, en los términos del Código Civil, que los bienes y utilidades obtenidos por alguno de los cónyuges pertenecen sólo a uno de ellos, se presume que forman parte de la sociedad conyugal.

Ningún cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, vender, rentar y enajenar, ni en todo ni en parte los bienes comunes, salvo en los casos del cónyuge abandonado, cuando necesite de éstos por falta de suministro de alimentos para sí o para los hijos, previa autorización judicial.

Salvo pacto en contrario, que conste en las capitulaciones matrimoniales, los bienes y utilidades, corresponden por partes iguales a ambos cónyuges.

El cónyuge que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderán su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes a favor del otro cónyuge.

En caso de que los bienes dejen de formar parte de dicha sociedad de bienes, el cónyuge que haya procedido en los términos señalados, deberá pagar al otro la parte que le correspondía de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que se le ocasionen.

En la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales:

-Los bienes y derechos que le pertenezcan al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que posea antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante el matrimonio;

-Los bienes que adquiriera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna;

-Los bienes adquiridos por cualquier título propio que sea anterior al matrimonio, aunque la adjudicación se haya hecho después de la celebración de éste; siempre que todas las erogaciones que se generen para hacerlo efectivo, corran a cargo del dueño de éste;

-Los bienes que se adquirieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios;

-Objetos de uso personal;

-Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio, salvo cuando éstos integren o pertenezcan a un establecimiento o explotación de carácter común. No perderán el carácter de privativos por el hecho de haber sido adquiridos con fondos comunes, pero en este caso el otro cónyuge que los conserve, deberá pagar a otro en la proporción que corresponde; y

-Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, tendrán el carácter de privativo cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero propio del mismo cónyuge. Se exceptúan la vivienda, enseres y menaje familiares. <Art. 182 Quintus>

El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes. Se encierra aquí, el viejo aforismo jurídico *Ab omni negotio fraus abesto* –De todo negocio debe excluirse el fraude–, es decir, ésta es una forma de velar por la protección de los derechos de terceros, contra la simulación que pudieran realizar los cónyuges con la venta de sus bienes, para eludir sus obligaciones en perjuicio a terceros.

Todo pacto que importe cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge será considerado como donación.

Muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión mientras no se verifique la partición.

La sociedad conyugal podrá suspender sus efectos cuando, concurren los siguientes supuestos:

Cuando el Juez de lo Familiar, haya pronunciado sentencia que declare la ausencia de alguno de los cónyuges, modifica o suspende la sociedad conyugal en los casos señalados en el Código Civil.

El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; éstos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso. <Art. 196>

Por último nuestro Código Civil, regula en sus artículos 187, 188, 194 bis, 197, 203, 204 y 206, la forma y modalidades en que ha de terminar la sociedad conyugal.

La sociedad conyugal termina: por la disolución del matrimonio; por voluntad de los consortes; por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y; durante el matrimonio: por la mala administración por parte de uno de los cónyuges; por la cesión de los bienes de la sociedad conyugal sin el consentimiento del otro cónyuge; por quiebra o concurso y, por cualquier otra razón a juicio de órgano jurisdiccional.

Así mismo, puede terminar durante el matrimonio, si así lo convienen los cónyuges; pero si éstos son menores de edad, deben intervenir tanto en la modificación, como en la disolución de la sociedad, prestando su consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual debiera ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

Puede también terminar la sociedad durante el matrimonio, a petición de alguno de los cónyuges, por los siguientes motivos:

- Si alguno de los cónyuges por su notoria negligencia en la administración de los bienes, amenaza arruinar al otro o disminuir considerablemente los bienes comunes;

- Cuando uno de los cónyuges, sin el consentimiento expreso del otro, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal a sus acreedores;

- Si uno de los cónyuges es declarado en quiebra, o en concurso; y

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

Disuelta la sociedad, se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges, que serán de éstos o de sus herederos.

Terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los cónyuges en los términos pactados en las capitulaciones matrimoniales, y a falta u omisión de éstas, a lo dispuesto por las disposiciones generales de la sociedad conyugal. En caso de que hubiese pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada cónyuge en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno sólo llevó el capital, de éste se deducirá la pérdida total.

Todo lo relativo a la formación de inventarios y solemnidades de partición y adjudicación de los bienes, se regirá en lo que corresponda, por lo que disponga el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles; ambos en materia de sucesiones.

Por último, será nula la sociedad conyugal en cuanto lo sea el matrimonio, en la inteligencia de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal –*Accesorium sequito principale*–, empero es de señalar que entre tanto no sea declarado nulo el matrimonio por Sentencia Ejecutoriada, dictada por el Juez de lo Familiar, la sociedad conyugal producirá efectos

provisionales según dependa de la buena o mala fe con la que hubieren obrado los cónyuges al momento de la celebración del matrimonio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 198 del Código Civil.

1.1.4 DE LA SEPARACIÓN DE BIENES

El régimen de separación de bienes, se puede conceptuar, como aquel en el que los cónyuges, en ejercicio de la libre autonomía de su voluntad o por determinación judicial, pactan o se les circunscribe a que cada uno de ellos a conservar la propiedad de sus bienes, pudiendo mantener para sí la administración y disfrute de los mismos con plena independencia, no solo de los que sean dueños al celebrar el matrimonio, sino también podrá comprender los bienes futuros, alejando de ésta manera la codicia e interés en el matrimonio. Puede ser de carácter absoluto o parcial, según sea pactado por los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales.

Puede existir la separación de bienes entre los cónyuges:

1.- Cuando así lo hubiesen convenido, aún y cuando no hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, por lo que en el presente caso, ésta se regulará tomando como base la libre voluntad de los cónyuges.

2.- Cuando así lo hubieren pactado los consortes en las capitulaciones matrimoniales que al efecto hayan elaborado con el fin de regular el complejo de la titularidad de los bienes que hayan adquirido al celebrar el matrimonio o durante la vigencia de éste.

3.- Cuando se extinga la sociedad conyugal durante el matrimonio, por voluntad de los cónyuges.

4.- Cuando se extinga o suspenda la sociedad conyugal por determinación judicial.

Si en las capitulaciones matrimoniales, –comenta el jurista Ignacio Galindo Garfías–, se ha pactado que cada uno de los consortes conserve la propiedad y administración de los bienes que les pertenecen, quedará constituido el régimen de separación de bienes.

Los consortes conservan el dominio pleno de sus propios bienes y el goce y disfrute de los mismos; de los cuales queda excluido su consorte, quien tampoco participa en los frutos o rendimientos que ellos produzcan.⁵⁸

Apunta el escritor Rafael Rojina Villegas, “puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste, por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después.

La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad que deban constituir los esposos.

⁵⁸ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso, Parte General Personas, Familia. Op. cit. Pág. 569.

Durante el matrimonio la separación de bienes puede terminar para ser substituida por la sociedad conyugal; pero si los consortes son menores de edad, se observará lo dispuesto en el artículo 181.

Lo mismo se observará cuando las capitulaciones de separación se modifiquen durante la menor edad de los cónyuges.

Por virtud de dicho régimen, cada uno de los cónyuges conserva el pleno dominio y administración tanto de los bienes que haya adquirido con anterioridad al matrimonio. Cuanto de los que haya adquirido durante el mismo.”⁵⁹

Señala el autor Juan Antonio González, El régimen de separación de bienes, que puede pactarse en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio o durante éste por convenio de los cónyuges, hace conservar la propiedad y administración de los bienes que pertenezcan a éstos a la celebración del matrimonio, o de los que adquieran con posterioridad, así como de sus frutos.

Si el régimen de separación de bienes se establece antes del matrimonio, puede hacerse constar en escrito privado; pero si se pactara con posterioridad entonces deberá hacerse constar en escritura pública.⁶⁰

En opinión de Rebolledo Varela, –citado por Francisco Lledo Yagüe–, el régimen de separación de bienes responde a los siguientes criterios:

⁵⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 355.

⁶⁰ GONZÁLEZ, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. Op. cit. Pág. 91.

1.- El mantenimiento separado de la titularidad de sus bienes. En efecto, respecto a la titularidad de bienes y derechos cada cónyuge conserva el dominio de aquellos bienes que le pertenecieran en el momento de contraer matrimonio, así como de los que adquiriera después por cualquier título.

2.- Cada cónyuge tiene derecho a disfrutar sus bienes, haciendo suyos todos los frutos de los bienes que le pertenezcan, por lo que aquellos no se incorporan a un patrimonio común.

3.- El cónyuge conserva la autonomía patrimonial plena, puesto que la administración y disposición de sus bienes le pertenecen; así, no se requiere la prestación de ningún consentimiento, ni la autorización de su consorte para la administración y disposición de los bienes.

4.- El mantenimiento de una autonomía en la gestión conlleva que la responsabilidad frente a los terceros por las deudas que haya contraído personalmente se limite exclusivamente a su propio patrimonio, quedando a salvo los bienes personales del otro cónyuge.⁶¹

Por su parte García Cantero, –citado por Francisco Lledo Yagüe–, diferencia el régimen de separación de bienes por su origen, por el tiempo de su constitución y por su ámbito o extensión.

1º. Por razón de su origen o causa, puede hablarse de a) una separación voluntaria pactada, proveniente de la voluntad de los cónyuges, puede deducirse la misma de las capitulaciones matrimoniales; b) Separación de

⁶¹ Cfr. LLEDO YAGUE, Francisco; Etal. Compendio de Derecho de Familia. Editorial DYKINSON, S.C. Madrid. 2000. Pág. 248.

bienes como régimen legal supletorio de segundo; y separación de bienes judicial.

2º. Por razón del tiempo de su constitución, la separación de bienes será anterior o posterior al matrimonio, porque así puede estipularse. Con posterioridad al matrimonio también a tenor de la modificabilidad del régimen económico es posible pactar el régimen de separación de bienes, que igualmente procederá en aquellos supuestos que legalmente se establezca o cuando así se disponga mediante resolución judicial. y,

3º. Por su extensión o ámbito de aplicación, por lo que el régimen de separación de bienes puede ser absoluta o relativa.⁶²

La constitución del régimen de separación de bienes se realiza de acuerdo con la forma y los requisitos que narra el Código Civil para el Distrito Federal, que al efecto veremos.

En cuanto a éste régimen patrimonial, el artículo 207 del Código Civil para el Distrito Federal, nos dice a la letra:

“Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después.”

⁶² Ibidem. Págs. 257 y 258.

El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes. Es decir, el artículo 176 del Código Sustantivo Civil, faculta a los cónyuges que se encuentren casados bajo el régimen de separación de bienes a contratar entre sí, sin necesidad de autorización judicial.

La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.<Art. 208 CC.>

Consideramos que, al establecer el citado numeral 208 del Código Civil, que: “los bienes que adquieran los cónyuges que no estén comprendidos dentro de las capitulaciones matrimoniales, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.”: se refiere exclusivamente a los bienes que adquieran en común, es decir con el patrimonio de ambos cónyuges; esto es, partiendo del supuesto que, con los frutos que obtenga uno de los cónyuges con los bienes de su propiedad, adquiera un bien distinto, que no conste en las capitulaciones matrimoniales y aun en ausencia de éstas, no puede considerarse válidamente que éste pertenezca a ambos cónyuges por partes iguales, toda vez que parte de los frutos de los bienes de uno solo de los cónyuges y, por tanto es de considerársele como fruto de sus bienes; empero, si durante el matrimonio los cónyuges adquieren en común bienes, muebles o inmuebles, éstos válidamente entrarán a formar parte de la sociedad conyugal y con ello se constituiría un régimen mixto o parcial.

Para que exista la separación de bienes no es necesario que se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, sino basta con la expresión de que el matrimonio se contrajo bajo ese régimen. Por lo que la falta de capitulaciones matrimoniales no puede ser motivo para que se deje de cumplir la voluntad de las partes, ni para que se considere que el matrimonio deba regirse por las disposiciones relativas a la sociedad conyugal, porque tal cosa entraña una transmisión de dominio, la que por su naturaleza sólo puede existir si expresamente se convino sobre el particular. Por lo que los consortes quedan obligadas, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, y por consiguiente, todos los frutos y acciones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos.

Los bienes a que refiere el párrafo anterior, deberán ser empleados preponderantemente para la satisfacción de los alimentos de su cónyuge y de sus hijos, si los hubiere; en caso de que se les deje de proporcionar injustificadamente, éstos podrán recurrir al Juez de lo Familiar, a efecto de que se les autorice la venta, gravamen o renta, para satisfacer sus necesidades alimentarias. <Art. 212 CC.>

Serán también propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuviere por servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria. <Art. 213 CC.>

Los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado, por cualquiera otro título gratuito por don de la fortuna, entretanto se hace la división, serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en este caso, el que administre será considerado como mandatario. <Art. 215 CC.>

Durante el matrimonio, la separación de bienes puede terminar o ser modificada, si así lo convienen los cónyuges. En todo caso, tratándose de menores de edad, deben intervenir, prestando su consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

De tal suerte que únicamente los cónyuges se dividirán los bienes que haya adquirido en común siguiendo las reglas de la sociedad conyugal.

No es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes antes de la celebración del matrimonio. Si se pacta durante el matrimonio, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate. <Art. 210 CC.>

Las capitulaciones que establezcan separación de bienes siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, y nota especificada de las deudas que al casarse tenga cada consorte. <Art. 211 CC.>

En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios

personales que se presten; pero si uno de los cónyuges, por ausencia o impedimento del otro, se encarga temporalmente de la administración de los bienes del ausente o impedido, tendrán derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere. <Art. 216 CC.>

El marido y la mujer que ejerzan la patria potestad se dividirán entre sí, por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede. <Art. 217 CC.>

1.1.5 DE LAS DONACIONES ANTENUPCIALES

Las donaciones, —nos dice Rafael De Pina—, en relación con el matrimonio son de dos clases: Antenupciales y entre consortes; antenupciales, las que hace un prometido al otro antes del matrimonio y las que un extraño hace a cualquiera de ellos en consideración al casamiento. Los menores pueden hacerlas con intervención de sus padres o tutores, o con aprobación judicial, considerándose inoficiosas cuando excedan de la sexta parte de los bienes del donante, cuando éste es cualquiera de los esposos, y en los términos en que lo fueren las comunes, cuando el donante es un extraño.

Continúa el citado jurista, las donaciones antenupciales no necesitan para su validez la aceptación expresa y quedan sin efecto si el matrimonio no se efectúa. No son revocables por sobrevivir hijos al donante, ni por ingratitud, salvo en este caso, que el donante fuere un extraño, que la donación fuere hecha a ambos esposos y que los dos hayan incurrido en ella; pero lo son y se entienden revocadas por el adulterio o el abandono

injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario cuando el donante fuere el otro cónyuge.⁶³

Respecto de las donaciones antenuptiales, el escritor Ignacio Galindo Garfías, señala, “Así se designa en general a los actos de enajenación (liberalidades) que a título gratuito hace uno de los futuros consortes al otro, en consideración al matrimonio. También son donaciones antenuptiales las enajenaciones que en forma gratuita, hace un extraño a favor de uno de los futuros cónyuges o de ambos, en razón del matrimonio.”⁶⁴

Anota la autora Sara Montero Duhalt, “Se entienden por donaciones antenuptiales los regalos, obsequios, que un prometido hace al otro, o los que hacen los terceros, a uno de ellos o a ambos, antes y en razón del matrimonio.

Las donaciones antenuptiales son una especie del género contrato de donación, llamadas por el código donaciones comunes, y reguladas en los Arts. 2332 a 2383.

Las donaciones antenuptiales que hace un cónyuge a otro no podrán exceder en su conjunto de la sexta parte de los bienes del donante. El exceso se considerará inoficioso. Quiere ello decir, que si las donaciones pasan de la sexta parte que permite la ley, se reducirán hasta ese límite. Para calcular lo inoficioso de una donación y poder reducirla hasta la sexta parte, tienen la facultad tanto el esposo donatario como sus herederos de elegir la época en que se hizo la donación o la del fallecimiento del cónyuge donante.

⁶³ PINA, Rafael, DE. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción- Personas- Familia, Volumen I. Op. cit. Pág. 332.

⁶⁴ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso, Parte General Personas, Familia. Op. cit. Pág. 559.

En cambio, las donaciones que haga un extraño serán inoficiosas en los términos en que lo fueren las comunes (en cuanto perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a aquellas personas a quienes los debe conforme a la ley (Art. 2348).”⁶⁵

Las donaciones antenuptiales quedarán sin efecto si el matrimonio dejare de efectuarse. Los donantes tienen el derecho de exigir la devolución de lo que hubieren dado con motivo del matrimonio a partir del momento en que tuvo conocimiento de la no-celebración de éste.

1.1.6 DE LAS DONACIONES ENTRE LAS CONSORTES

Durante el matrimonio, –nos dice el jurista Ignacio Galindo Garfías–, cualquiera de los consortes puede hacer donaciones a su cónyuge. Estos actos de liberalidad entre los cónyuges, presentan las siguientes características: a) son revocables mientras subsista el matrimonio y haya causa justificada a juicio del juez; b) no deben ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales, y c) sólo son válidas en cuanto no perjudiquen el derecho de ascendientes o descendiente a recibir alimentos.⁶⁶

Nos explica el escritor Rafael De Pina, “Los consortes pueden hacerse donaciones –las denominadas entre consortes– pero sólo se confirman con la muerte del donante con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos.

⁶⁵ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Págs. 148 y 149.

⁶⁶ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Parte General Personas, Familia. Op. cit. Pág. 562.

Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes; no son anulables por la supervivencia de hijos, pero se reducirán cuando sean inoficiosas en los mismos términos que las comunes.

Son aplicables a las donaciones antenuptiales las reglas de las donaciones comunes, en todo lo que no fuere contrario a su ordenación particular.”⁶⁷

1.2 MODOS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO

Respecto de las causas de disolución del matrimonio, nos dice el tratadista Julien Bonnencase, que no deben confundirse las causas de disolución del matrimonio con las de nulidad. En efecto, las causas de disolución son acontecimientos posteriores al matrimonio, cuyos efectos no son retroactivos, en tanto que las causas de nulidad son acontecimientos contemporáneos del matrimonio que implican la retroactividad, con excepción principalmente del matrimonio putativo. Actualmente, sólo existen dos causas de disolución del matrimonio: la muerte de uno de los esposos y el divorcio.⁶⁸

En el presente apartado únicamente haremos un breve preámbulo, respecto del divorcio antes de entrar al estudio de sus modalidades.

Así pues, divorcio deriva de la palabra latina *divortium* que significa separar lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. Divorcio es la antítesis

⁶⁷ PINA, Rafael, DE. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción- Personas- Familia, Volumen I. Op. cit. Págs. 332 y 333.

⁶⁸ BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Nociones Preliminares, Personas, Familia. Bienes. Op. cit. Pág. 552.

del matrimonio. Matrimonio significa unión, comunidad, encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo: con- yugal.⁶⁹

Divorcio es el rompimiento del vínculo, de la unión. Seguir sendas diferentes los que antes marchaban por el mismo camino. En sentido figurado puede decirse que viven divorciados los cónyuges que ya no comparten los intereses fundamentales de la existencia. El concepto legal es otro.⁷⁰

Dicho lo anterior, es menester señalar que un sin número de conceptos se han dado respecto del divorcio, entre otros podemos destacar los siguientes:

Para Julien Bonnencase, el divorcio “es la ruptura de un matrimonio válido en la vida de los esposos, por causas determinadas y por resolución judicial.”⁷¹

Para los juristas Mazeud, el divorcio “es la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los Tribunales en la vida de los esposos, a petición de uno de ellos o de ambos.”⁷²

Nos dice el escritor Eduardo Pallares, “el divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros.”⁷³

⁶⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 196.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Nociones Preliminares, Personas, Familia, Bienes. Op. cit. Pág. 552.

⁷² MAZEUD, Henri y MAZEUD, Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volumen IV.

Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México. 1946. Pág. 13.

⁷³ PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa. Tercera Edición. México. 1981. Pág. 36.

Para el autor Rafael De Pina, “La palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación; en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso. De acuerdo con el Código Civil vigente el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. –Art. 266. –.”⁷⁴

En concepto de Sara Montero Duhalt, el divorcio “es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en la vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.”⁷⁵

Para el jurista Ignacio Galindo Garfías, el divorcio “es la ruptura de un matrimonio válido, en la vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley.”⁷⁶

Concepciones de las que desprendemos que el divorcio es la Institución de derecho civil, encaminada a disolver el vínculo matrimonial que une a los cónyuges y el contrato matrimonial, por causas determinadas y por resolución judicial.

El repudio, –señala Ricardo Sánchez Márquez–, es la manera más antigua de divorcio. El Código de Hammurabi permitía el repudio a cargo de la mujer; El Código de Manú permitía que la mujer estéril fuera reemplazada

⁷⁴ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción- Personas- Familia, Volumen I. Op. cit. Pág.338.

⁷⁵ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 196.

⁷⁶ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso, Parte General Personas, Familia. Op. cit. Pág. 577.

al cabo de ocho años de convivencia; Cuando una mujer que “bebe licores, se porta mal, se enferma o es pródiga”, dice la misma ley, o aquella a la que se le hubieran muerto todos sus hijos en la menor edad, o que no hubiera engendrado más que mujeres, estaba sometida a la repudiación.

En su caso podía originarse el derecho de repudiación en la mujer, si su cónyuge no conservase la virtud de la vida matrimonial.⁷⁷

Desde el origen de Roma, —escribe el tratadista Rafael Rojina Villegas—, la institución del divorcio fue admitida y reglamentada legalmente, a pesar de que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto. Por otra parte, en el antiguo matrimonio romano la mujer se encontraba sometida a la manus del marido y el divorcio se reducía a un derecho de repudio. El divorcio propiamente dicho se presentaba en los matrimonios sin manus y podemos afirmar que apenas existió el divorcio en los primeros siglos. Mas a finales de la República y en el Imperio, debido a la gran relajación de las costumbres y siendo cada vez más rara la manus, el divorcio fue susceptible de ser ejercido por la mujer tanto como por el marido. En la misma forma como en los primeros siglos, el divorcio era un verdadero caso de excepción, en el Imperio, condenóse la facilidad con que eran rotos los lazos del matrimonio.

El divorcio en Roma puede considerarse con dos formas distintas: a) Bonagratia.- En nuestros días es el llamado divorcio voluntario. Los jurisconsultos romanos fundaron esta institución en el siguiente razonamiento: el mutuo disenso disuelve lo que el consentimiento había

⁷⁷ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Derecho Civil (Parte General, Personas y Familia). Op. cit. Pág. 359.

unido. Para este tipo de divorcio no se requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el solo acto de voluntad. b) Repudiación.- Este divorcio puede ser intentado por uno solo de los cónyuges, aun sin expresión de causa. Para que la mujer pueda intentar este divorcio, se requiere que no se encuentre bajo la manus del marido. La ley de Julio de adulteriis, exigía que el que intentara divorciarse por medio de la repudiación notificara al otro esposo su voluntad ante siete testigos, mediante un acta, o simplemente por medio de la palabra; en el caso de una acta, se le hacía entregar al otro cónyuge, por un liberto.

Con la conversión de los emperadores romanos al cristianismo, se impusieron una serie de trabas al divorcio, ya que no era posible suprimirlo por completo por haber arraigado profundamente esta institución en el espíritu del pueblo romano.

En el matrimonio civil por confarreatio, para ser disuelto, se requerían ciertas solemnidades, las cuales se encontraban en la ley del contrarius actus. Las formas especiales para este divorcio eran creadas por los pontífices, y consistían en una ofrenda a Júpiter (–dios del matrimonio–), acompañado de certa verba. Es de suponerse que el sacerdote estaba en disponibilidad de negarse a officiar la ceremonia, en el caso de no existir ninguna de las causas de divorcio reconocidas por el derecho sacro.⁷⁸

En el Derecho Canónico, el Concilio de Trento, señala fundamentalmente la indisolubilidad del matrimonio; así en el canon 1118 del estatuto jurídico de la Iglesia señala: “El matrimonio válido rato y

⁷⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Tomo II, Derecho de Familia*. Op. cit. Págs. 387 y 388.

consumado, no puede disolverse por ninguna potestad humana, ni por ninguna otra causa que la muerte.”. Como únicas excepciones a lo anterior, consideradas en el canon 1119, son la inexistencia o nulidad del matrimonio, la no-consumación del matrimonio, por dispensa concedida por la Sede apostólica con causa justa a ruego de ambas partes, o de una de ellas; o bien, que uno de los cónyuges ingrese a una orden religiosa y profese votos solemnes.⁷⁹

En México, La desacralización del matrimonio y de la familia llevada a cabo por el Presidente Benito Juárez García, tanto en las leyes de Reforma así como en el Código Civil de 1870, –desarrollaron la organización de la familia y del matrimonio–, fueron las causas que propiciaron el surgimiento de la institución del divorcio en el México moderno.

Mediante la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil, ambas de julio de 1859, se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento para hacer de él en adelante solo un contrato civil; se encomendaron las solemnidades del mismo a los jueces del estado civil, a quienes también se encargó en libros especiales de los registros de nacimientos, matrimonios, reconocimientos, adopciones y defunciones; y se proclamó reiteradamente la indisolubilidad del matrimonio, ya que sólo la muerte de uno de los cónyuges podía disolverlo, y únicamente se permitió el divorcio-separación por las causas previstas en la ley.⁸⁰

Así el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de

⁷⁹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Op. cit. Pág. 265.

⁸⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Op. cit. Pág. 11.

la Baja California y Tepic de 1884, recogieron la idea de la indisolubilidad del matrimonio, al señalar este último en su artículo 226 “el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código.”⁸¹; circunstancia que vio su reflejo más palpable en la famosísima Epístola de Ocampo, que era leída por el Juez del Registro Civil a los consortes, en el momento de contraer matrimonio, misma que versaba sobre las obligaciones y derechos de los cónyuges, y hacía referencia a la indisolubilidad del matrimonio.⁸²

No fue sino en la Ley de Divorcio del 29 de diciembre de 1914, expedida por Venustiano Carranza en el puerto de Veracruz, en dónde se regula por primera vez el divorcio vincular voluntario y necesario, estableciéndose solamente dos causales de divorcio 1. Cuando ya no se pudieran o fuera indebido realizar los fines del matrimonio y, 2. Cuando se cometiesen faltas graves por uno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal; empero para muchos juristas, esta Ley no constituye el verdadero origen del divorcio en el México contemporáneo, en virtud que dicha Ley fue promulgada cuando el Jefe del Ejército Constitucionalista, no era más que un caudillo, por lo que ese momento no contaba con facultad alguna para promulgarla.⁸³

Venustiano Carranza, ya siendo Presidente de la República, el 09 de abril de 1917, promulga la Ley Sobre Relaciones Familiares, que vuelve a

⁸¹ El Código de 1884 siguió la misma definición que contenía el artículo 239 del Código que le precedió; Cfr. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia. Op. cit. Págs. 369 y 372.

⁸² IBARROLA, Antonio, DE. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 153.

⁸³ Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Op. cit. Págs. 17 y 18.

admitir el divorcio vincular voluntario o por mutuo consentimiento y, el divorcio necesario, aumentando el número de causales para obtenerlo.⁸⁴

El Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, expedido por Plutarco Elías Calles, estableció los siguientes tipos de divorcio: necesario; voluntario, y; administrativo.

Del anterior bosquejo histórico, hemos observado que la institución de divorcio, se ha venido arraigando en distintas épocas, como un mal necesario en muchos pueblos del mundo, que si bien es cierto, que un gran sector de la doctrina esta en desacuerdo con esta figura jurídica, –por el drama social que en ella se encierra; por la desintegración de la célula fundamental de la sociedad, que es la familia; por la desintegración patrimonial de los cónyuges frente a terceros; por los efectos nocivos que puede acarrear el divorcio de los padres, a los hijos habidos en matrimonio; etc.–. Creemos, que el divorcio al igual que encierra males, encierra remedios, para el sano desarrollo de la sociedad en su conjunto.

La doctrina a clasificado al divorcio en dos grandes sistemas: el divorcio vincular y un cuasi divorcio, de separación de cuerpos.

Respecto de ésta clasificación, el jurista Rafael De Pina, refiere: “Se conocen dos especies de divorcio: el vincular (*divortium quoad vinculum*), calificado de pleno, y el de separación de cuerpos (*separatio quoad thourum et mensam*), calificado de menos pleno.

⁸⁴ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Derecho Civil (Parte General, Personas y Familia). Op. cit. Pág. 363.

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

Realmente la llamada separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ellas se crea simplemente una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial, no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten, con exclusión de la relativa a la vida en común.”⁸⁵

En términos del artículo 266 primer párrafo, del Código Civil, el divorcio vincular, es el que disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Este divorcio, se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 del Código Civil. Previo a comentar respecto de cada uno de estos tipos de divorcio vincular, es necesario mencionar los efectos jurídicos que produce el divorcio.

⁸⁵ PINA, Rafael, DE. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción- Personas- Familia, Volumen I. Op. cit. Pág.338.

Para que proceda la demanda de divorcio, se requiere a) existencia de un matrimonio válido; b) capacidad de las partes, y c) legitimación procesal de las partes.

Así, el divorcio trae consigo una serie de efectos, algunos provisionales y otros definitivos:

a). Los efectos provisionales, comenzarán en términos del artículo 282 del Código Civil: “Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

- I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos de las causales correspondientes a la separación injustificada por más de seis meses, y la separación de los cónyuges por más de un año;

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

- III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicio en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;
- IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;
- V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.
- Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;
- VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;
- VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la

integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar;
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados; y
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente;

VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

IX. Requerirá a ambos cónyuges para que exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

X. Las demás que considere necesarias.”

El Juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los menores o incapaces. <Art. 284 CC.>

b) Efectos definitivos. En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio; en la sentencia el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad. Se resolverá la situación de los hijos, en todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. <Art. 283, 287 y 289 CC.>

1.2.1 DIVORCIO NECESARIO

Se ha conceptualizado al divorcio necesario como:

“La disolución a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada por la ley.”⁸⁶

⁸⁶ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 221.

“El divorcio contencioso necesario, que puede pedirse por el cónyuge inocente cuando el otro ha cometido uno de los hechos que enuncia el Art. 267 del Código Civil y que se consideran como causas de divorcio.”⁸⁷

El divorcio vincular pedido por uno de los cónyuges ante el Juez de lo Familiar, en base de una o más causales expresamente señaladas por la ley.

De acuerdo con el artículo 266 segundo párrafo de nuestro Código, es divorcio necesario, cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 del Código Civil.

La enunciación de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma, es decir, las causales de divorcio señaladas por el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón.

En todos los casos previstos en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, los Jueces de lo Familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, sin cambiar los hechos, acciones y excepciones o defensas. <Art. 271 primer párrafo CC.>

Las causales de divorcio vincular necesario, se encuentran previstas en términos del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal que a saber son:

⁸⁷ PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Op. cit. Pág. 37.

- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

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

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

- La incitación de un cónyuge al otro para cometer un delito;

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

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

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

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

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

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

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

-La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones alimentarias, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada dictada por el Juez de lo Familiar, tendiente a corregir sus obligaciones matrimoniales;

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

- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

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

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

- La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos.

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

- El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

- Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad lícita.

Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse en los casos de sevicias, amenazas, injurias graves, violencia familiar e incumplimiento de las determinaciones judiciales tendientes a corregir la violencia intra familiar. <Art. 271 párrafo segundo CC.>

El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en los casos de sevicias, las amenazas o las injurias graves; la conducta de violencia familiar cometida; y en caso incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales, tendientes a corregir los actos de violencia familiar; en donde el plazo de caducidad es de dos años. <Art. 278 CC.>

La reconciliación de los cónyuges o el perdón expreso del cónyuge inocente, pone fin al juicio de divorcio. <Arts. 280 y 281 CC.>

1.2.2 DIVORCIO VOLUNTARIO

El divorcio judicial voluntario es procedente cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y para ello celebran un convenio que someten a la aprobación del Juez de lo Familiar, todo en los términos que previenen el Art. 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 273 al 276 del Código Civil.⁸⁸

El divorcio voluntario procede cuando los cónyuges sean cual fuere su edad que tengan hijos, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, siempre y cuando haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

- I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;
- II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deban darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;
- III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

⁸⁸PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México, Op. cit. Pág. 61.

- IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;
- V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en términos de la fracción II;
- VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y proyecto de partición; y
- VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando el horario de comidas, descanso y estudio de los hijos. <Art. 273 CC.>

Acompañarán a la solicitud de divorcio, una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores. <Art. 674 C.P.C.>

Mientras se decrete el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a al efecto presenten los divorciantes. <Art.275 CC.>

El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento. <Art. 677 C.P.C.>

Hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente ante el Juez, que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquellos y de los que un cónyuge deba dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento. <Art.675 C.P.C.>

Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; y en ella volverá a exhortar a aquellos con el propio fin que en el anterior. Si tampoco se logrará la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial, y decidirá sobre el convenio presentado. <Art. 676 C.P.C.>

Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a de avenencia, sino que deben comparecer personalmente y, en su caso, acompañados del tutor especial. <Art. 678 C.P.C.>

En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el

tribunal lo hará saber a los cónyuges para que, dentro de los tres días, manifiesten si aceptan las modificaciones.

En caso de que no las acepten, el tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando de que, en todo caso, queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

Cuando el convenio no fuere de aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio. <Art. 680 C.P.C.>

En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente. <Art. 679 C.P.C.>

Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación. <Art. 276 CC.>

La sentencia que decrete el divorcio por mutuo consentimiento, es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niegue es apelable en ambos efectos. <Art. 681 C.P.C.>

Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el tribunal mandará remitir copia de ella al Juez del Registro Civil de su jurisdicción, al del lugar en que el matrimonio se efectuó y al de nacimiento de los divorciados para que realice la anotación respectiva. <Art. 682 C.P.C.>

1.2.3 DIVORCIO ADMINISTRATIVO

El divorcio administrativo, es el divorcio que se tramita ante el Juez del Registro Civil, cuando ha transcurrido un año o más de verificado el matrimonio, ambos cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos, convengan en divorciarse y hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. <Art. 272 CC.>

Así pues, procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

CAPÍTULO 2

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN PARTICULAR

2.1.1 EL MATRIMONIO (NATURALEZA CONTRACTUAL)

Como hemos comentado, la naturaleza jurídica del matrimonio, es entre otras, la de un contrato de índole *sui genesis*, al que no se puede aplicar en su totalidad la teoría general de los contratos, en virtud que, no se puede regular en una sola institución jurídica, todas y cada una de las relaciones humanas que por su propia y especial naturaleza son dinámicas. Por lo que en el presente punto adecuaremos en la medida de lo posible la teoría general de los contratos al dé matrimonio.

Por lo que es menester previo a entrar al estudio de la naturaleza contractual del matrimonio, realizar las siguientes precisiones, respecto del contrato.

“Contrato deriva del latín *contractus*, derivado a su vez del verbo *contrahere*, que significa reunir, lograr, concertar. Es un acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.”⁸⁹

⁸⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, Cuarto Tomo. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Novena Edición. Editorial Porrúa. México. 1996. Pág. 691.

Para los tratadistas Colín y Capitant, ambos citados por Miguel Ángel Valencia y Zamora, “El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes, pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla.”⁹⁰

El jurista Rafael Rojina Villegas, señala que el contrato es “un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, es una especie dentro del género de los convenios.”⁹¹

En efecto de acuerdo con nuestro derecho positivo, en términos del artículo 1792 del Código Civil, “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”, Por su parte el artículo 1793 establece: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”. Siendo dable a la luz de los citados preceptos legales, considerar al convenio como el género y al contrato, como la especie.

Los convenios se subclasifican en convenios en sentido estricto y en contratos. Los primeros tienen por objeto modificar o extinguir derechos y obligaciones y los contratos crear o transmitir consecuencias jurídicas. En

⁹⁰ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1994. Pág. 20.

⁹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos. Duodécima Edición. Editorial Porrúa. México. 1980. Pág. 7.

este orden de ideas, el matrimonio es forzosamente un contrato porque crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas.⁹²

El matrimonio por su propia naturaleza contractual, esta compuesto por elementos de existencia y de validez, esenciales para que como acto jurídico pueda ser concebido.

Los elementos de existencia del contrato, se encuentran plasmados en lo dispuesto por los artículos 1794, en relación con los artículos 1796 y 2224 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dicen:

“Artículo 1795. Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento;

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.”

“Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Artículo 2224. El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”

⁹² MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 112.

Así pues, los elementos esenciales de existencia del contrato de matrimonio, lo son: 1) el consentimiento de los contrayentes; 2) el objeto, y; 3) solemnidad.

En el presente punto, nos permitiremos analizar por separado cada uno de los elementos señalados.

1).-El *consentimiento*. Se traduce en la manifestación de voluntad de los consortes de contraer nupcias, debidamente sancionada por el Juez del Registro Civil.

“El consentimiento –apunta el tratadista Miguel Ángel Zamora y Valencia– es el 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 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 siempre es un acto plurisubjetivo, la unión acorde de voluntades de los contratantes en los términos de un supuesto jurídico, toma el nombre de consentimiento.

Ahora bien, esas voluntades deben estar acordes respecto de un objeto de interés jurídico y con relación a la materia contractual, ese objeto es la conducta proyectada como una prestación o como una abstención, ya sea para dar cierta cosa, prestar un servicio o realizar una abstención.

Por último, el consentimiento respecto de tal conducta, necesaria y forzosamente debe manifestarse o exteriorizarse de alguna manera para que tenga existencia social y por ende jurídico.”⁹³

El jurista Jorge Alfredo Domínguez Martínez, al respecto escribe que: “La composición de la manifestación de la voluntad como primer elemento esencial de los negocios jurídicos, comprende dos caracteres; en primer lugar, la voluntad del sujeto tendiente al otorgamiento del negocio jurídico pero mantenida en su fuero interno, es decir, el sujeto concibe la posibilidad de la realización del negocio, delibera internamente si lo realiza o no con el análisis de las consecuencias que llevarlo a cabo traerá y decide afirmativamente. La declaración de la voluntad está en segundo término; ello implica la exteriorización, es decir, la voluntad mostrada al mundo exterior para su conocimiento, interpretación y en su caso aceptación de los demás sujetos en general y particularmente los inmiscuidos.

El primero de los aspectos mencionados es calificado como la mera voluntad en el fuero interno del sujeto y el segundo como la declaración de dicha voluntad. Para una plena manifestación de voluntad, como elemento integrador del negocio jurídico es indispensable no sólo la participación de los dos aspectos señalados; se requiere una congruencia plena entre ellos, de tal manera que la voluntad en el fuero interno sea el origen de la declaración y ésta reconozca a aquélla como su fuente.”⁹⁴

⁹³ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Op. cit. Pág. 28.

⁹⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil, Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. Op. cit. Págs. 523 y 524.

En el matrimonio, la voluntad de los consortes de contraer nupcias, se exterioriza en dos momentos; el primero de ellos se realiza al momento de presentar su solicitud de matrimonio ante el Juez del Registro Civil, y; el segundo, en la cúspide misma de la celebración del matrimonio, cuando los consortes exteriorizan su voluntad de unirse en matrimonio ante el Juez del Registro Civil, y esté sanciona favorablemente esa voluntad.

Como se ha venido comentado, una de las características del matrimonio, es que el consentimiento se da de forma tripartita, es decir, para que el consentimiento pueda ser considerado jurídicamente existente, deben de existir tres manifestaciones de la voluntad, la del consorte, la de la consorte y la manifestación que al respecto realice el Juez del Registro Civil de declararlos unidos en matrimonio.

2.-El *Objeto*. En el matrimonio, el objeto es la creación y transmisión de derechos y obligaciones. Conforme a lo dispuesto por los artículos 1824, 1825 y 1827 de nuestro ordenamiento civil, el objeto debe ser:

- La cosa que el obligado debe de dar
- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer
- Debe existir en la naturaleza
- Determinado o determinable en cuanto a su especie
- Debe estar en el comercio
- Debe ser posible
- Debe ser lícito

“El objeto del contrato –anota el escritor Miguel Ángel Zamora y Valencia–, como el objeto del derecho en general, es la conducta (es

innecesario recalcar que tal conducta debe ser humana, ya que el “derecho” sólo puede concebirse referido al hombre) y dicha conducta puede manifestarse como una prestación (situación activa, móvil, dinámica) o como una abstención, puede encausarse como un hacer algo o como un 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 como un no hacer algo.

Ahora bien, el contenido de la prestación “hacer algo” debe ser posible y lícito, ya sea que se proyecte hacia un “hecho” o hacia una “cosa”.

De lo anterior se puede deducir la clasificación del objeto como elemento de existencia del contrato, en objeto directo y en objeto indirecto será objeto directo del contrato la conducta que puede manifestarse como una prestación –un dar o un hacer– o como una abstención –un no hacer–.

Será objeto indirecto del contrato: La cosa como contenido del dar (que debe ser posible y lícito), y la abstención, como contenido del no hacer (que debe ser posible y lícita).⁹⁵

Por tanto, en el matrimonio el objeto directo consistirá forzosamente en la creación de derechos y deberes que deben prestarse los cónyuges –Vg. El derecho al acto conyugal; El derecho-obligación de proporcionarse alimentos; El derecho a la ayuda mutua; El derecho de procrear hijos; El derecho-deber de educar a sus hijos; etc.–, amén de lograr una vida en común.

⁹⁵ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Op. cit. Pág. 30.

3.-La *Solemnidad*. Dentro del sistema del Código Civil vigente el matrimonio es el único acto jurídico solemne, por ello la voluntad de los consortes por sí sola no produce efecto jurídico alguno, debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades exigidas por la ley. En ausencia de este elemento el matrimonio es inexistente.

Entre las reminiscencias del pasado canónico del matrimonio, podemos contar a las solemnidades, en la antigüedad el ministro de culto era un *testis qualificatus* –testigo calificado–, en la actualidad el Juez del Registro Civil, juega un papel activo en el momento de la ceremonia de matrimonio.

Lo que implica que el Juez del Registro Civil que reciba una solicitud de matrimonio, exigirá de los pretendientes, bajo protesta de decir verdad, todas las declaraciones que estime convenientes a fin de asegurarse de su identidad y de su aptitud de contraer matrimonio, observando en todo momento el cumplimiento de las formalidades exigidas por la Ley.

En caso, de haber un impedimento dicho funcionario se encuentra constreñido a realizar la denuncia correspondiente.

Dentro de las solemnidades del acto jurídico del matrimonio, consideradas en sentido estricto, se encuentran: él otorgarse el acta respectiva en la cual se haga constar la expresa voluntad de los pretendientes de unirse en matrimonio y la necesaria intervención del Juez del Registro Civil que hará la declaratoria correspondiente, sancionando con su fe la unión, estampando su firma en el acta de matrimonio –invistiendo de esa manera al

acto de fe pública—. Por lo que, la falta de la firma de dicho funcionario en el acta de matrimonio, trae aparejada la inexistencia del acto jurídico.

Escribe al respecto el ilustre jurista Ignacio Galindo Garfías, “el Juez del Registro Civil actúa como fedatario público para cuidar de la debida celebración del acto e interviene a la vez como representante del Estado para impartir a la unión conyugal, fuerza vinculatoria, mediante la declaración solemne de que los contrayentes han quedado unidos jurídicamente con los derechos y obligaciones que corresponde a cada uno de ellos, conforme a la ley.”⁹⁶

En cuanto a los requisitos de validez del matrimonio, estos se encuentran consagrados en el artículo 1795 del Código Civil, que interpretado a *contrario sensu* mismos que a saber son: 1º) La capacidad; 2º) Ausencia de vicios en el consentimiento; 3º) Objeto, motivo o fin lícitos, y; 4º) La forma.

La falta de alguno de los elementos señalados, conlleva a que el acto jurídico adolezca de nulidad relativa o absoluta, y por ende que sea susceptible de ser invalidado.

En el presente apartado, nos permitiremos analizar por separado cada uno de los elementos señalados.

1º.-*La capacidad.* Respecto de este primer elemento de validez, nos dice el tratadista Eduardo García Máynez, “La *capacidad* suele ser definida como la aptitud que una persona tiene “de ejercitar los derechos cuyo disfrute

⁹⁶ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *Derecho Civil Primer Curso. Parte General Personas, Familia.* Op. cit. Pág. 509.

le corresponde.” Esta definición supone la distinción entre la capacidad de *goce* o de *disfrute* y la de *ejercicio de los derechos*.⁹⁷

Por consiguiente, la capacidad de *goce*: será la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones; por lo que la capacidad de *ejercicio*, se refiere a la aptitud del sujeto para ejercitar los derechos, de contraer y cumplir obligaciones.

Se considera que el individuo tiene capacidad plena, cuando en su persona concurren la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercitar esos derechos y obligaciones; por lo que al concurrir esta capacidad plena en un individuo lo faculta para que válidamente pueda realizar cualquier acto o negocio jurídico.

En el matrimonio la capacidad adquiere características especiales, en efecto, en nuestra legislación general la capacidad plena se adquiere, al haber cumplido el gobernado la edad de 18 años y no tener impedimento alguno para su ejercicio, empero, para contraer matrimonio se requiere cuando menos de la capacidad de *goce*, por lo que los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años, y esté haya sido dispensado, en términos de lo dispuesto por el artículo 148 del Código Civil.

2º.-*Ausencia de vicios en el consentimiento*. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1812 del Código Civil, “El consentimiento no es

⁹⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésimo tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1992. Pág. 412.

valido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.”

En el matrimonio dadas sus características especiales, solamente pueden darse como vicios de consentimiento: el *error* y la *violencia*.

En lo que toca al *error*, éste consiste exclusivamente en el error en la persona con quién se contrae matrimonio, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra. <Art. 235 fracción I, CC.>

La acción de nulidad que nace del error, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error dentro de los treinta días siguientes a que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule. <Art. 236 CC.>

A la luz de lo dispuesto por el artículo 235 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal, no es posible concebir el error respecto de las cualidades de la persona, de su status social, económico o cualidades morales, etc. Tal y como lo ha considerado la Corte en la Tesis titulada “MATRIMONIO. A LA NULIDAD DEL, NO SON DEL TODO APLICABLES LAS REGLAS GENERALES DE ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS.”, Visible en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo XX, Cuarta Parte, Página 158, Instancia Tercera Sala, al sustentar que:

“Aunque el matrimonio es un contrato, regula no solamente cuestiones económicas sino que constituye también la base de la familia y su fuente de derechos y de deberes morales. Por lo tanto, estando la sociedad interesada en la estabilidad y solidez del vínculo matrimonial, las reglas generales de anulabilidad de los contratos no son aplicables enteramente a él y solamente constituyen causas de nulidad del matrimonio aquéllas que taxativamente están señaladas en el artículo 235 del Código Civil. Ahora bien, el artículo 235 dice: Son causas de nulidad de un matrimonio. "I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra; II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100 y 103". Por lo que si la quejosa se refiere a la fracción I, del artículo transcrito, relativa al error sobre la persona con quien se contrae el matrimonio, el problema de la interpretación de esta fracción legal surge porque a pesar de que literalmente su significado se refiere al error en la identidad física de la persona, se sustenta también la tesis de que ese error puede referirse a la identidad "civil" de la persona, o sea, sobre la filiación y su origen, como cuando una persona lleva un nombre falso; o también se sustenta que incluye el error sobre una cualidad moral substancial de la persona. Sin embargo, en nuestro derecho las causas de nulidad del matrimonio deben entenderse en la forma limitativa o restrictiva. Por eso debe interpretarse el artículo 235 del Código Civil, fracción I, como aludiendo exclusivamente al error en la entidad física de la persona, no incluyendo el error en cuanto a las cualidades morales o intelectuales de ella. Este se deriva del texto mismo de dicha fracción legal. Aceptar el error sobre las cualidades morales o intelectuales conduciría a

establecer matices muy imprecisos, que debilitarían seguramente la estabilidad del matrimonio. Por tal virtud, si la demanda de nulidad se basó en un juicio sobre las cualidades morales del cónyuge demandado, la demanda fue correctamente declarada improcedente.”⁹⁸

Acerca del error como vicio del consentimiento, se ha dicho que es prácticamente imposible que se verifique, a no ser que se realice un matrimonio por poder.

En cuanto a la *violencia*, como vicio del consentimiento; es de señalar que en los actos jurídicos en general: “Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.” <Art. 1819 CC.>

En el matrimonio la violencia física y moral adquiere algunas características especiales que serán causa de nulidad del mismo, cuando se verifique alguna de las siguientes circunstancias:

- Que importen peligro de perder la vida, honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

-Que haya sido causada al cónyuge, a la persona o personas que la tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, a sus

⁹⁸ IUS 2002 Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-septiembre 2002. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Octava y Novena Épocas. CD-I segundo semestre 2002.

demás ascendientes, a sus descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado; y

- Que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia. <Art. 245 CC.>

3° -*Objeto, motivo o fin lícitos.* Respecto del presente punto nos comenta la autora Sara Montero Duhalt: “Significa este requisito de validez que el matrimonio debe realizarse sin que medien las prohibiciones legales señaladas en el código con la palabra “impedimentos”.

“Impedimentos” es un término no usual del derecho. Se emplea únicamente al hablar de las prohibiciones legales para contraer matrimonio y tienen su origen en el derecho canónico. Se ha expresado ya que, tanto el matrimonio como otros importantes del estado civil de las personas, fueron regulados y registrados durante largas centurias en los registros parroquiales, y que muchas legislaciones todavía en el presente, dan plena validez al matrimonio canónico. De allí que no tiene nada de extraño que aún el vocabulario relativo sea el del ritual católico.

Pero dentro de un riguroso vocabulario jurídico, debe desecharse la palabra “impedimentos” y sustituirla por la de “prohibiciones”.

Para todo conocedor del derecho, aun en los primeros grados del aprendizaje, es bien sabido que las normas, en cuanto a su contenido, son de

tres clases: imperativas, prohibitivas y permisivas. Las primeras señalan deberes manifestados como conductas activas (dar o hacer); las segundas expresan conductas negativas (no hacer o abstenerse), y las terceras no imponen ni prohíben determinada conducta, sino que implican la libertad del sujeto a quien van dirigidas, de optar por la conducta señalada en la norma, o rechazarla.

La licitud del matrimonio consiste, por lo tanto, en que el mismo se efectúe sólo entre las personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo a cabo. Estas prohibiciones para contraer matrimonio son siempre circunstancias en cuanto a algunas condiciones de los individuos, o en razón de no afectarlo con ciertas y determinadas personas.”⁹⁹

En cuanto a la licitud del matrimonio, dice el ilustre escritor Ignacio Galindo Garfías, “La falta de los elementos esenciales o de los requisitos de validez del matrimonio, impide que pueda celebrarse válidamente. Se prohíbe a los Jueces del Registro Civil la celebración de un matrimonio en estas condiciones.

A estas prohibiciones, se les denomina, *impedimentos* para el matrimonio; y son de dos especies:

A.- Impedimentos *dirimentes*. Si la violación de la prohibición produce la *nulidad* del matrimonio (o su inexistencia), y

⁹⁹ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Op. cit. Págs. 127 y 128.

B.- Impedimentos *impedientes*. La trasgresión de la prohibición establecida, *no invalida* el matrimonio, sólo produce su *ilicitud*; pero da lugar a la aplicación de sanciones de otra índole (multas, destitución del cargo) aplicables al Juez del Registro Civil que autorizó un matrimonio vedado por la ley.

Los impedimentos dirimentes (que producen la nulidad absoluta del matrimonio) en opinión de Carbonnier, se fundan:

Primero, en razones de carácter sociológico.

a. La prohibición de la poligamia (subsistencia de un primer matrimonio válido al momento de celebrar el segundo), y

b) La prohibición del incesto (relación sexual entre parientes próximos), entre los contrayentes.

Segundo, en motivos de carácter biológico:

a) La imposibilidad física para la cópula (impubertad, impotencia incurable para la cópula.

b) La preservación de la salud de los cónyuges y de los hijos (enfermedades incurables contagiosas o hereditarias, la toxicomanía o la dipsomanía y las enfermedades mentales en cualquiera de los contrayentes.

A estos impedimentos dirimentes deben agregarse: la falta de consentimiento (autorización) de quienes deben prestarlo, si los contrayentes son menores de edad; el adulterio habido entre personas que pretenden contraer matrimonio, cuando haya sido declarado judicialmente; el atentado contra la vida de uno de los casados, para contraer matrimonio con el que quede libre; el error sobre la identidad de la persona con quien se pretende contraer matrimonio y la violencia.”¹⁰⁰

Los impedimentos se encuentran consagrados en los artículos 156, 157, 159, 235 del Código Civil.

Son impedimentos para celebrar matrimonio:

– La falta de edad requerida por la ley; el matrimonio entre el hombre o la mujer menor de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando el menor hubiere llegado a los dieciocho años, y ni él ni su cónyuge hubieran intentado la nulidad.

– La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos. La nulidad por falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad, sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, y dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio.

Cesa esta causa de nulidad: a) Si han pasado los treinta días sin que se haya pedido; b) Si dentro de este término, los que ejercen la patria potestad

¹⁰⁰ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Parte General Personas. Familia. Op. cit. Págs. 491 y 492.

han consentido expresamente en el matrimonio, o tácitamente, haciendo donación a los hijos en consideración al matrimonio, recibiendo a los consortes a vivir en su casa, presentando a la descendencia como de los cónyuges en el Registro Civil, o practicando otros actos que, a juicio del Juez de lo Familiar, sean tan conducentes al efecto, como los expresados.

– El parentesco de consaguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. El presente impedimento produce la nulidad absoluta del matrimonio.

La acción de nulidad originada por este impedimento, puede ejercitarse dentro de los sesenta días contados desde la celebración del matrimonio, por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público.

– En la línea colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa; el parentesco por consaguinidad en línea colateral desigual no dispensado anula el matrimonio, pero dejará de ser causa de nulidad, si antes de declararse ejecutoriada la resolución de nulidad, se obtiene dispensa. La acción de nulidad originada por este impedimento, puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público.

– El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna. La acción que nace de esta causa de nulidad puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público.

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

La acción de nulidad derivada de este impedimento, podrá deducirse por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio; y sólo por el Ministerio Público, si este matrimonio se ha disuelto por la muerte del cónyuge ofendido.

En uno y en otro caso, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros.

El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, anula éste, aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad, puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público.

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

– La violencia física o moral para la celebración del matrimonio.

– La impotencia incurable para la cópula; y el matrimonio no haya sido dispensado, el presente impedimento es dispensable cuando la impotencia, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

– Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y está no haya sido dispensada; es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.

– Padecer algunos de los estados de incapacidad. (Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por un medio que los supla.).

Tienen derecho a pedir la nulidad el otro cónyuge, el tutor del interdicto, el curador, el Consejo Local de Tutelas o el Ministerio Público.

– El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

– El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado.

– El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, y este matrimonio no haya sido dispensado; podrá ser dispensado cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela por autoridad judicial. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

Si un matrimonio se contrae concurriendo alguno de los impedimentos legales –no dispensado o cuando no haya lugar a esa dispensa–, será ilícito y las consecuencias jurídicas serán la ilicitud, inexistencia o nulidad.

4°. - *La forma.* “En términos generales –señala Miguel Ángel Zamora y Valencia– es la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización.

Si la voluntad es la exteriorización de la intención o resolución de realizar un acontecimiento que actualice un supuesto jurídico, y las voluntades acordes de dos o más sujetos forman el consentimiento, si no existiese esa forma o manera de exteriorizarse no se podría hablar del acto contrato.

En otro sentido, es necesario e imprescindible que se emplee alguna manera de proyectar o exteriorizar la voluntad y por lo tanto el consentimiento, y si esa manera de exteriorizarse es la forma, ésta por necesidad lógica será un elemento de existencia del contrato.

Se puede considerar válidamente que la forma es una parte integrante de la voluntad, por ser la manera de exteriorizarse o socializarse la intención para formar esa voluntad, y por lo tanto, también parte integrante del consentimiento, por ser este la conjunción de voluntades. No obstante esa consideración, se prefiere conceptuar a la forma como un elemento por

separado, por la importancia práctica y didáctica que tiene su estudio en el análisis de los contratos en particular.”¹⁰¹

Así pues, en el matrimonio es indispensable que se cumplan las formalidades establecidas por los artículos 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103 y 103 bis del Código Civil, a saber son las siguientes:

Las personas que pretendan contraer matrimonio, deberán presentar un escrito ante el Juez del Registro Civil de su elección, que deberá contener:

-Los nombres, apellidos, edad, y domicilio de los pretendientes, nombre y apellidos de sus padres.

-Que no tienen impedimento legal para casarse, y;

-Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y asimismo contener su huella digital.

A esta solicitud de matrimonio, se acompañará:

-El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto sea notorio que son menores de dieciséis años;

-La constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta

¹⁰¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Op. cit. Pág. 31.

o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

-Un documento público de identificación de cada pretendiente o algún otro medio que acredite su identidad de conformidad con lo que establezca el Reglamento del Registro Civil;

-El convenio de capitulaciones matrimoniales que al efecto pacten los consortes.

Cuando constituyan en las capitulaciones matrimoniales el régimen de sociedad conyugal y, los consortes pacten hacerse coparticipes o transferirse la propiedad de bienes y fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.

En el caso de que los pretendientes, por falta de conocimiento, no puedan redactar el convenio de capitulaciones matrimoniales, tuviere obligación de redactarlo el Juez del Registro Civil, con los datos que los mismos pretendientes le suministren.

-Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente, y

-Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.

El matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes a la presentación de la solicitud de matrimonio, en el lugar, día y hora que se señale para tal efecto.

En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.

Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, les hará saber los derechos y obligaciones legales que contraen con el matrimonio, para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

Luego levantará el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

1° Si son mayores o menores de edad;

2° Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;

3° En su caso, el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, la tutela o de las autoridades que deban suplirlo;

4° Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

5° La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la Ley y de la sociedad;

6° La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

7° Que se cumplieron las formalidades exigidas en ley.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes y las demás personas que hubieren intervenido si supieran y pudieren hacerlo. Además, se imprimirán en la misma las huellas digitales de los contrayentes.

La celebración conjunta de matrimonios no exime al Juez del cumplimiento estricto de las solemnidades, y por ende debe deducirse que las formalidades.

Anota la Jurista Sara Montero Duhalt, “De todas las formalidades correspondientes del matrimonio, son solemnidades las exigidas en el segundo párrafo del artículo 102 CC, y las fracciones I, VI y párrafos finales del Art. 103. Todos los demás requisitos anotados son simplemente formalidades. Formalidades, por otro lado, cuya ausencia no invalida al matrimonio, de acuerdo con la redacción del Art. 250 CC que a la letra dice: “No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades (*sic*) en el

acto de matrimonio celebrado ante el juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.”¹⁰²

2.2.2 EFECTOS DEL CONTRATO

El matrimonio como cualquier otro acto jurídico produce diversos efectos jurídicos entre los cónyuges, unos puramente familiares o éticos y otros de carácter patrimonial.

Entre los efectos de carácter familiar o éticos surgidos entre cónyuges, podemos decir que, lo son la *vida en común*, *el débito carnal*, *la fidelidad* y *la asistencia y ayuda mutua*, son derechos y obligaciones que deben prestarse los cónyuges atendiendo a la finalidad y las características del matrimonio.

En cuanto a los efectos patrimoniales, como ya lo hemos visto, dependen de la formación del régimen patrimonial-matrimonial que los cónyuges en ejercicio de la autonomía de su voluntad han pactado.

En el presente punto trataremos únicamente a los efectos de carácter familiar producidos por el contrato de matrimonio.

Respecto de los efectos de carácter familiar o ético, apunta el escritor Ignacio Galindo Garfias, “El complejo de relaciones de derecho que surgen de la celebración del matrimonio, se caracteriza porque su regulación escapa a la voluntad de las partes: es decir las disposiciones normativas aplicables,

¹⁰² MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 132.

son irrenunciables. Los convenios que los cónyuges establezcan contrarios a los fines naturales del matrimonio, carecen de efectos jurídicos.

La conducta de los cónyuges debe conformarse a las normas jurídicas establecidas por el derecho objetivo, sin posibilidad alguna de que por la voluntad de las partes, los cónyuges puedan sustraerse al cumplimiento de los deberes que son parte integrante y forman la esencia de la institución. Los derechos correlativos, son irrenunciables. Se habla no de obligaciones propiamente dichas sino de *deberes jurídicos*, no de derechos subjetivos, sino de potestades, en la medida en que, la regla de conducta permisiva o prohibitiva que deben observar los cónyuges, deriva directamente del ordenamiento jurídico, ya para exigir una prestación del otro cónyuge, ya para interferir válidamente en la esfera de acción de este último.

Las relaciones conyugales que configuran el estado jurídico matrimonial presentan –como ocurre en la relación paterno-filial– con mucha claridad, la característica general que hallamos en todo derecho de familia: los deberes que el ordenamiento objetivo impone a los cónyuges, tiene un contenido fundamentalmente moral (y ello explica por otra parte que se hable de deberes propiamente dichos). El derecho, para dar firmeza y solidez a la institución misma, ha establecido sanciones jurídicas para lograr en su caso por medio de la coacción, cuando ella es posible, el exacto cumplimiento de los deberes, que siendo de contenido fundamentalmente ético, informan la estructura orgánica del matrimonio, desde el punto de vista jurídico.

Los tratadistas Planiol y Ripert enseñan: “El matrimonio crea para cada uno de los esposos deberes morales. Estos deberes no han sido transformados

en obligaciones legales, sino en la medida posible para asegurar su sanción. Por esta razón no se ha podido considerar el amor conyugal, como obligación legal.”

En tercer lugar las relaciones jurídicas que dan forma al estado de matrimonio, tienden todas ellas –y de allí el carácter institucional de ese estado– asegurar una comunidad de *vida permanente* entre los cónyuges (*affectio maritalis*).

Esta nota característica del estado conyugal, resume en sí misma y explica por otra parte, la naturaleza imperativa irrenunciable, de las normas jurídicas que crea el vínculo del matrimonio (*jus cogens*). Pone en relieve además, que la comunidad de vida entre los cónyuges es el elemento fundamental, constitutivo del matrimonio, en cuanto que, a través de esa vida en común, es posible la realización de los fines de la institución en forma cabal.

En nuestro derecho matrimonial, las relaciones derivadas del vínculo matrimonial son permanentes, en el sentido de que las relaciones no desaparecen ni se extinguen por su cumplimiento, son de tracto sucesivo y por lo demás, el vínculo se contrae en principio con la intención y el propósito de que se prolongue durante la existencia de los consortes. Conviene desde ahora apuntar que los conceptos indisolubilidad y permanencia no se identifican ni se excluyen. Es de la *naturaleza* del matrimonio que el estado mismo sea duradero y no fugaz o transitorio,

aunque pueda ser disuelto por muerte de los cónyuges, por nulidad del matrimonio o por divorcio, cuando proceda.”¹⁰³

Así pues, en éste apartado estudiaremos por separado cada uno de los efectos familiares desencadenados por el contrato de matrimonio.

La vida en común o derecho de cohabitación. El artículo 163 del Código Civil, consagra este derecho-deber en la frase “Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal.”, El legislador ha impuesto este deber debido a que es el medio idóneo para desencadenar el cumplimiento de la ayuda mutua, procreación, alimentos, etc. Se considera como domicilio conyugal, en términos del citado numeral, “el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.”

La doctrina ha considerado al domicilio conyugal, como un lugar donde los cónyuges puedan vivir con autoridad propia, en iguales condiciones en la dirección y administración del hogar.

Por tanto, no puede considerarse que exista domicilio conyugal, cuando los cónyuges viven en la casa de los padres, de otros parientes o de terceras personas, porque al vivir los consortes bajo el cobijo de terceros los derechos y prerrogativas que se deben los entre sí se ven restringidos por la influencia de la autoridad de éstos, a quienes indiscutiblemente les deben consideración, en claro perjuicio de la obligación que los cónyuges tienen de contribuir a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

¹⁰³ Cfr. GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso, Parte General Personas. Familia. Op. cit. Págs. 543, 544 y 555.

Del deber de cohabitación, no pueden eximirse los cónyuges, excepto cuando, el Juez de lo Familiar con conocimiento de causa, exima de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad.

El incumplimiento de este deber sin causa que lo justifique por más de seis meses, o la separación de los cónyuges por más de un año independientemente de la causa que le haya dado origen, constituye causa de divorcio en términos de lo dispuesto por las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

El débito carnal. Se trata del derecho-deber al acto sexual, que por sí mismo significaría la aptitud de los cónyuges para procrear la especie dada su naturaleza reproductiva de la relación sexual; hasta antes de las reformas de nuestro Código Civil, la generación de la prole --perpetuación de la especie--, se trataba de uno de los fines esenciales del matrimonio, como hemos dicho con anterioridad el artículo 146, con relación con su similar 147 del propio Código, deja al arbitrio de los cónyuges pactar el débito carnal y, con ello la no-procreación.

Lo anterior pone en manifiesto que el actual Código Civil, no contempla al matrimonio más que su aspecto de contrato entre varón y mujer, olvidando que el mismo, tiene una naturaleza jurídica de índole especialísima de la que deriva, entre otras, su función y finalidad institucional de perpetuar la especie. Por ello, la repercusión del factor biológico en nuestro ordenamiento civil, se reduce únicamente a prohibir el matrimonio

por bajo de los 16 años de edad de los consortes y entre determinados parientes.

Consideramos, que no obstante la última parte del artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, faculta a los cónyuges a emplear cualquier método de reproducción asistida, que de común acuerdo decidan para lograr su propia descendencia. Se puede considerar esta como la excepción a la regla, aplicada casi exclusivamente para parejas infértiles; por lo que por regla general y dada la especial naturaleza del *débito carnal* esté es el medio idóneo para la procreación.

“Por la naturaleza del deber y la correlativa facultad –Nos comenta Ricardo Sánchez Márquez–, la relación sexual no se encuentra reglamentada por el C.C., esto es, que no existe una regulación jurídica que establezca en que términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad. Ciertamente que es una función biológica, pero también una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, que como ya hemos señalado persigue la ayuda mutua y la procreación de la especie.

La coacción para el cumplimiento del deber en comentario no será posible, ya que la negativa de uno de ellos, genera una imposibilidad al juzgador para aplicar medidas tendientes a este propósito. Para Rojina, el cónyuge que se niegue a cumplir en forma injustificada y sistemática con el débito carnal, será sancionado y el afectado podrá invocar la acción de divorcio que se refiere a la injuria grave proferida de un cónyuge a otro.

Si el incumplimiento del débito carnal se debe a la impotencia de uno de los cónyuges, el otro podrá argumentar igualmente una causal de divorcio, que en la especie sería la impotencia sobrevenida en el matrimonio.”¹⁰⁴

La fidelidad. En relación con el presente efecto del contrato matrimonial, nos comenta el jurista Rafael Rojina Villegas, “El derecho a exigir fidelidad, y la obligación correlativa, implican fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio sí implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge.”¹⁰⁵

“Hasta época muy reciente la doctrina ha considerado el deber de fidelidad en un doble aspecto, positivo y negativo: en el uno, representa la recíproca disponibilidad sexual de los cónyuges, que en el primer momento se traduce, según la doctrina inglesa, en el derecho a consumir el matrimonio. En el aspecto negativo implica la exclusividad de relaciones sexuales entre los cónyuges, y por tanto la obligación de cada uno de ellos de abstenerse de tales relaciones con terceros y, en general de cualquier conducta que permita suponer que existen.”¹⁰⁶

La asistencia y ayuda mutua. El presente efecto del matrimonio, ha sido conceptualizado por la doctrina europea, como una *comunidad de vida conyugal*, por lo que ésta se concibe como, un derecho que no se limita a la simple convivencia física –débito carnal, alimentos, cohabitación–, supone una auténtica unidad de vida entre los cónyuges, una participación en el

¹⁰⁴ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Derecho Civil (Parte General, Personas y Familia). Op. cit. Pág. 344.

¹⁰⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 316.

¹⁰⁶ AUTORES VARIOS. Derecho de Familia Volumen I. Op. cit. Pág. 137.

orden personal del otro cónyuge en los aspectos conyugales y una solidaridad en el destino y objetivos, que se convierten en comunes.

La asistencia y ayuda mutua, encuentra su regulación legal en términos de lo dispuesto por los artículos 162, 164, 164 bis, 168, 169, 177, 301, 302 y 303 del Código Civil para el Distrito Federal.

Consecuentemente, los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente; por lo que los mismos se encuentran constreñidos a contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, por lo que los cónyuges optarán en la forma de distribuirse la carga del hogar –entendido en sentido amplio– en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades.

A lo que no estará obligado el cónyuge que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente los gastos.

Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre y cuando sea lícita; para este efecto el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica del sostenimiento del hogar.

Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, se resolverán de común acuerdo todo, lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos en caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

De lo anterior nace una figura jurídica de índole *sui genesis*, consistente en un matrimonio tripartita o de acuerdo a la concepción del autor Ramón Sánchez Medal, “*un cogobierno de tres para el régimen interno de la familia*”, –por lo que en idea del citado autor–, en el caso de que ante el desacuerdo entre marido y mujer en orden al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes de éstos, podrán acudir ante el Juez de lo Familiar a resolver sus desacuerdos, y esté deberá por ende, dictar una sentencia para ordenar a los consortes lo que ambos deban hacer al respecto, por lo que tendrán la obligación de acatar semejante fallo.

Esta intervención institucionalizada del Juez de lo Familiar para distribuir en forma casuística entre ambos consortes las cargas del hogar, engendra la extraña figura de un *matrimonio de tres*, porque ante la actual indefinición de la ley, al surgir la discrepancia o el conflicto de los cónyuges sobre tal distribución en concreto, el único facultado para dirimir el desempate en una singular sociedad de dos socios iguales viene a ser un extraño que es el Juez de lo Familiar.¹⁰⁷ Como complemento a lo anterior consideramos que, éste tercero carece del conocimiento de la verdad histórica de la relación de los cónyuges o el origen real de sus desavenencias.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

¹⁰⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*. Op. cit. Pág. 64.

Basándose en el principio de igualdad, los cónyuges durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro, pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio.

Así y a efecto de lograr una verdadera comunidad de vida, los cónyuges tienen entre sí, la obligación recíproca de darse alimentos, esto es, el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos. Por lo que los cónyuges estarán obligados a su vez a dar alimentos a sus hijos y, estos están obligados a dar alimentos a sus padres.

La acepción “*alimentos*”, comprende: La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto; respecto de los menores, además los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

Es de destacar que el deber que impone el matrimonio de socorro y ayuda mutua descansa siempre en la solidaridad de la pareja y tiene por objeto realizar los fines superiores de la familia. Pero este socorro y ayuda mutua no descansa únicamente en el aspecto patrimonial, sino que para el logro de ésta meta del matrimonio, requiere de la solidaridad moral o ética –*affectio maritalis*– que se brinden los cónyuges, a efecto de convertirse en una verdadera unidad de vida, con dirección y destino común.

2.2.3 DISOLUCIÓN DEL CONTRATO DE MATRIMONIO

Como se ha expresado, sólo existen dos causas de disolución del contrato de matrimonio: la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio, que ya fue debidamente analizado; por lo que en el presente apartado nos permitiremos, analizar los efectos de la sentencia de divorcio.

Previo a entrar al estudio de los efectos de la sentencia de divorcio, es necesario precisar que:

“La sentencia es el acto final de un proceso normal que se desarrolla en todos sus pasos; va proyectado, va destinado ese proceso a terminar precisamente en una sentencia. La sentencia es el acto final del proceso, acto aplicador de la ley sustantiva a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.”¹⁰⁸

Al respecto apunta Humberto Briseño Sierra, “La eficiencia de la actividad procesal queda tajantemente separada de su eficacia, no sólo porque los resultados de la última de los atinentes a la primera, sino porque la eficacia termina con la determinación que cita para la sentencia, es decir, con el acto jurisdiccional que cierra el último grado de la serie, mientras que la eficiencia trasciende hasta el pronunciamiento: es su motivación y fundamentación.

La sentencia es un acto del juzgador que tiene por objeto directo e inmediato la valoración de la eficiencia respecto de las pretensiones de las

¹⁰⁸ GÓMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Quinta Edición. Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla. México. 1991. Pág. 189.

partes, y que alcanza una resolución del debate favoreciendo una o varias de las pretensiones deducidas en el proceso.

El verbo resolver, explica Ramiro Podetti, cuya significación a veces se confunde con decidir, disponer o determinar, tiene el sentido de juzgamiento, y con mayor extensión, de acto procesal del juez.

Para suprimir la multivocidad del término sentencia, el autor creyó conveniente, utilizar con carácter general, la expresión resoluciones judiciales, como comprensiva de todas las decisiones que constan en un expediente y que emanan del juzgador o del secretario, cuando éste participa en la facultad de pronunciarlas.

Las resoluciones, vinieron a ser para Podetti, actos procesales instructorios, resolutivos y ejecutorios, del órgano judicial. En ellas, se estimó, se ejercen los característicos poderes de la jurisdicción: *imperium* y *juditium*, o sea, los poderes de mandar y decidir. Las resoluciones judiciales tienen antecedentes que las determinan y pueden requerir ejecución coactiva. Su objeto es instruir el proceso, decidir las cuestiones que se presenten en su desarrollo, resolver lo que constituye el objeto principal de la causa y de la instrucción, y ejecutar lo decidido.

Las resoluciones instructorias disponen citaciones, participaciones de conocimiento, agregación de pruebas y piezas que han de formar el expediente, cerrando y abriendo etapas de su desarrollo.

Las decisorias pueden ser sobre el proceso o sobre la materia del litigio, es decir, sobre el continente o el contenido, y en el segundo caso, pueden decidir un aspecto parcial de la cuestión debatida o ésta misma, pronunciando sobre el mérito de la causa.

Las ejecutorias comprenden todas las encaminadas a hacer efectivas las demás resoluciones pronunciadas, sea sobre el instrumento, o sobre el fondo de la cuestión.

Hay también interlocutorias, que tienen por fin y se encaminan, directa o indirectamente, a preparar o facilitar la decisión final.”¹⁰⁹

“Al dictar el juez la sentencia –comenta la autora Sara Montero–, si se hubiere probado la o las causales de divorcio en que se basó la demanda, declarará disuelto el vínculo matrimonial, dejando por lo tanto a los excónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, y determinará además, lo relativo a la situación de los hijos, de los bienes y al pago de alimentos.”¹¹⁰

Al respecto, nos comenta el escritor Eduardo Pallares, “Una de las particularidades de las sentencias que se pronuncian en los juicios de divorcio, sea en los voluntarios o en los necesarios, consiste en que únicamente alcanzan la autoridad y la fuerza de la cosa juzgada material cuando el fallo concede el divorcio, tan sólo en lo relativo a la disolución del vínculo conyugal, pérdida de la patria potestad, declaración de culpabilidad

¹⁰⁹BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal Civil. Segunda Edición. Colección Juristas Latinoamericanos, Editorial Harla. México. 1995. Págs. 1396 y 1397.

¹¹⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit. Pág. 248.

de uno de los cónyuges, etc., pero no en lo relativo al monto de la pensión alimenticia, obligación de pagarla y situación de los hijos.

En efecto, rigen respecto de ellas el Art. 94, que dice: “Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.” Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción y en la jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.”¹¹¹

Así pues, la sentencia ejecutoriada de divorcio como acto del órgano jurisdiccional dicta distintos efectos jurídicos respecto de los cónyuges divorciantes, llamados efectos definitivos del divorcio, por lo que ésta sentencia fijará la situación definitiva de la persona de los cónyuges, de los hijos y de los bienes; mismos que comentaremos de la siguiente manera:

En relación con la *persona de los cónyuges*. Por medio de la sentencia de divorcio, se disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, es decir, en virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio. <Artículos 266 primer párrafo y 289 del CC.>

Hasta antes de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, el texto anterior del citado artículo 289, establecía, una suspensión de dos años

¹¹¹ PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Op. cit. Pág. 110.

en cuanto a la capacidad del cónyuge declarado culpable para contraer nuevas nupcias, y; una suspensión de un año, para los cónyuges que se divorcien voluntariamente.

En clara crítica a la reforma del citado artículo, que deja a ambos cónyuges divorciados, adquieran plena capacidad para volver a contraer nuevas nupcias, independientemente de quién de ellos haya sido declarado culpable, el jurista Gabino Trejo, nos dice: “Esta disposición la considero incorrecta debido a que después de pasar por las difíciles circunstancias que implican un divorcio los cónyuges requieren de un tiempo considerable para tener la estabilidad emocional necesaria y poder pensar en constituir otra familia.”¹¹²

De igual manera, consideramos inapropiada la reforma del artículo en comento, en virtud que deja a la persona de los excónyuges, en un estado de incertidumbre respecto de la filiación del hijo concebido pero no nacido –*nasciturus*–, en virtud que, en el caso hipotético, que previo a que se dicte sentencia de divorcio los cónyuges pretendieran “reconciliarse”, y previo a exteriorizar su voluntad ante el Juez del conocimiento para otorgarse el perdón, surge otra causa de desavenencia y deciden esperar la sentencia, por lo que al dictarse deciden por su cuenta no interponer recurso alguno, en contra de ésta; y una vez que ha causado ejecutoria la sentencia, la cónyuge decide contraer nupcias, con persona distinta a la del excónyuge, y ocho meses después ella diera a luz a un hijo ¿Quién será el padre?; sí en el caso

¹¹² TREJO GUERRERO, Gabino. Código Civil para el Distrito Federal. Prólogo, Revisión y Comentarios, Editorial Sista. México. Agosto del 2000. Pág. 13-B.

concreto, no existe un término prudente para determinar la filiación del *nasciturus*.

Como otro de los efectos en la persona de los cónyuges, está la obligación de ambos de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos al pago *alimentos* a favor de los hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad. Este derecho de los menores de recibir alimentos es irrenunciable e inalienable, por lo que independientemente, que el cónyuge demandante hubiere omitido en su escrito inicial de demanda, el reclamo de dicha prestación a favor de los menores el Juez de lo Familiar de oficio debe resolver al respecto.

Así, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 288 de nuestro ordenamiento civil, en los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, por lo que dicha pensión alimenticia se hará, tomando en cuenta las circunstancias del caso, que entre otras, pueden ser:

- La edad y el estado de salud de los cónyuges;
- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y
- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los *daños y perjuicios* que el divorcio le haya causado.

En el caso de que el divorcio se haya demandado en base de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código civil para el Distrito Federal —es decir, por padecer el cónyuge culpable de cualquier enfermedad contagiosa e incurable, o de impotencia sexual irreversible, y; por padecer el cónyuge culpable de trastorno mental incurable—, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero en el caso, no procede la indemnización por daños y perjuicios.

Es de denotar en el presente caso, la falta de equidad o incongruencia del legislador en este respecto, en virtud que el cónyuge encontrado culpable además de padecer una enfermedad, impotencia o trastorno mental incurable, y no obstante los gastos de su tratamiento, tuvo que erogar gastos para

defenderse en juicio —si es que pudo—; y no obstante lo anterior, no tiene éste el derecho de demandar una indemnización por daños y perjuicios que le haya ocasionado el divorcio.

En el divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

En relación con los *hijos de los cónyuges*. En el juicio de divorcio voluntario por vía judicial, el Juez de lo Familiar tendrá por designada la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, a la persona que de común acuerdo hayan designado los cónyuges divorciantes en el convenio celebrado para ese efecto.

En tratándose de divorcio necesario, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en consideración la opinión del menor resolverá lo conducente.

El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visitas y convivencia con sus padres.

La sentencia de divorcio fijará por ende, en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida,

suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre. <Art. 282 fracc. V, segundo párrafo CC.> Consideramos que en el presente punto se encierra un grave equívoco legislativo, en virtud que en incontables ocasiones el grave peligro lo representa la propia madre, por lo que los hijos menores de doce años estarían en éstos casos mejor en cuidado del varón, en efecto, en nuestra realidad social encontramos un sinnúmero de casos dónde la madre utiliza a los menores para justificar sus actos frente al padre –induciendo con a los menores, una imagen negativa de la figura paterna–, además que en múltiples casos, omiten ver a los menores como personas, sino que son vistos como un ingreso extra a sus percepciones –por la pensión alimenticia que representan los menores–. Consideramos que en sentido práctico y a efecto de aminorar

los daños ocasionados a los menores con motivo del divorcio, se debe de establecer en nuestra legislación civil un sistema de visitas domiciliarias a los cónyuges, por parte de las trabajadoras sociales adscritas al DIF o a otra dependencia de gobierno; así como la obligatoriedad de la realización de exámenes periciales en psicología a ambos cónyuges, amén de que el Juez de lo Familiar se allegue de los mayores y mejores elementos para salvaguardar el interés supremo de los hijos, que constituye sin lugar a dudas en su sano desarrollo psico-social.

Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas necesarias para su protección. <Art. 283 CC.>

El Juez de lo Familiar, antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Público, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los menores o incapaces. <Art. 284 CC.>

El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos. <Art.285 CC.>

En la sentencia que decreta el divorcio y tomando en consideración, los datos recabados en el proceso, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.

De igual manera en la sentencia deberá de resolver, respecto de la indemnización a que hace referencia el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, misma que analizaremos con mayor precisión en los puntos que preceden, por ser ello el tema central de la presente Tesis.

2.2.4 INDEMNIZACIÓN A LA QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL.

Como uno de los efectos definitivos de la sentencia de divorcio, se encuentra la recién creada indemnización a que hace referencia el artículo 289 bis del Código Civil, que nace a raíz de las reformas de fecha 25 de mayo del año 2000, realizadas a nuestro ordenamiento sustantivo civil.

Ordenamiento legal en dónde se faculta al cónyuge que inicie el divorcio demandar del otro, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, siempre que:

- Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes;
- El demandante se haya dedicado en el lapso que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; y
- Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores los de la contraparte.

La indemnización a que nos referimos es uno de los efectos definitivos de la sentencia de divorcio, que requiere como presupuesto procesal, que el cónyuge que intente la acción de divorcio, reclame en su escrito de demanda como prestación accesoria una indemnización hasta por el cincuenta por ciento del valor de los bienes que hubiere adquirido el cónyuge demandado en el transcurso del matrimonio, siempre y cuando hubieren estado casados bajo el régimen de separación de bienes.

En efecto, con base al principio de congruencia de las resoluciones judiciales, éstas deben de ser congruentes con los hechos litigiosos, por lo que al ser reclamada en la demanda una determinada prestación, el Juez se encuentra constreñido a resolver sobre la misma.

Por lo que, en el caso de no haberse reclamado la prestación a que nos referimos el Juez de lo Familiar, está imposibilitado a resolver sobre el respecto, en virtud de no ser esta materia de la litis; esto porque dicha indemnización no puede ser suplida de oficio por el juzgador, ello por ser de una norma de naturaleza facultativa o permisiva, por lo que en este caso el no resolver al respecto, no quebranta derechos de terceros; como lo serían en su caso de alimentos, guarda y custodia, o, la patria potestad, etc., en los que el juzgador debe de resolver de oficio.

CAPITULO 3

SOLUCIÓN AL PROBLEMA SUSCITADO POR EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL

3.1 ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN A LA QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL.

Comencemos por precisar ¿Qué es lo que se entiende como indemnización?. Se ha conceptualado a la indemnización como:

El resarcimiento de los daños causados.

“El resarcimiento de los daños o perjuicios causados a alguien en su persona o en sus bienes.”¹¹³

“Cantidad de dinero o cosa que se entrega a alguien en concepto de daños y perjuicios que se le han ocasionado en su persona o en sus bienes (o en su persona y bienes, a la vez).”¹¹⁴

“El resarcimiento o la reparación de un daño o perjuicio causado a un tercero, la cosa con que se repara el referido daño y el hecho que representa la acción de resarcimiento, que en general es de carácter pecuniario.”¹¹⁵

¹¹³ RAMÍREZ GRONDA. Juan, D. Diccionario Jurídico. Décima Edición. Actualizada Bajo la Dirección de la Dra. Ana María Cabanallas. Editorial Claridad S.A. Argentina. 1988. Pág. 173.

¹¹⁴ PINA, Rafael, DE, y Rafael DE PINA VARA., Diccionario De Derecho. Decimotercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1985. Pág. 298.

¹¹⁵ DICCIONARIO, ENCICLOPEDIA QUILLET, Tomo VII. Doceava Edición. Editorial Cumbre S.A. México. 1983. Pág. 149.

Para efectos prácticos, conceptuaremos en términos generales a la indemnización como *El resarcimiento de los daños y/o perjuicios causados a un tercero*.

Dicho lo anterior, entraremos al estudio pormenorizado de lo dispuesto por el artículo 289 bis de Código Civil, que a la letra señala:

“Artículo 289 bis.- En la demanda de divorcio los cónyuges podrán demandar del otro, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, siempre que:

I.- Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes;

II.- El demandante se haya dedicado en el lapso que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; y

III.- Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores los de la contraparte.

El Juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio, habrá de resolver atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.”

Entre las múltiples interrogantes que debemos solucionar en el presente apartado, son las relativas a ¿Cómo nace la indemnización a que hace referencia el artículo 289 bis del Código Civil? ¿Cuál fue el espíritu del legislador para instituir dicha norma jurídica?, En cuanto hace al primer

cuestionamiento esta nace a raíz del Decreto que derogó y adicionó diversas disposiciones del Código Civil para Distrito Federal, publicado en la gaceta Oficial del Distrito Federal con fecha 25 de mayo del año 2000, el cual entró en vigor el 1° de junio del mismo año, en el que se incorpora a nuestra ley sustantiva civil, el reconocimiento mediante una remuneración económica, al trabajo doméstico, cristalizándose como una indemnización con motivo del divorcio.

En lo que respecta a la respuesta de nuestro segundo cuestionamiento, el legislador consideró que: “Las condiciones sociales de los individuos que habitamos la Ciudad de México imponen la necesidad de renovar en esta oportunidad histórica la legislación encargada de regular la convivencia armónica de los capitalinos, la transformación de la ciudad provocada por su desarrollo económico, por su crecimiento poblacional, por sus problemas sociales, por su necesidad urgente del establecimiento de un verdadero estado democrático, por los avances científicos y tecnológicos que ponen a su alcance mas y mayores expectativas para mejorar nuestras condiciones de vida, hace urgente renovar su legislación, el derecho civil que forma parte de ella no puede estar ajeno a la transformación que la sociedad capitalina esta enfrentando.

El código civil vigente es el reflejo de las necesidades económicas, jurídicas, políticas y sociales de otra época, que enmarcaban condiciones específicas de una sociedad que se desenvolvía en el año de 1928, cuyas condiciones de vida eran totalmente distintas a las de una sociedad que se desarrolla en el año 2000. El código civil vigente se ha vuelto incapaz de

regir algunas de las nuevas necesidades y problemas sociales que hoy exigen atención inmediata.

Es necesario velar por establecimiento de una ley(sic) con un verdadero sentido social que venga a rescatar a la población capitalina del estado de abandono jurídico que en materia civil se le ha dejado, es necesario velar desde el estado democrático por una distribución justa del ingreso y la riqueza, por la protección de los sectores que merecen mas atención, por el establecimiento de una vida digna basada en la ley.

...

Es preciso destacar que durante el foro de consulta se pronunciaron voces que rotundamente se opusieron al cambio que argumentaron que la ley civil en vigor sigue siendo acorde con la realidad social de esta capital, sin embargo el andar cotidiano por esta ciudad nos demuestra que la problemática que se vive requiere de atención inmediata, que es necesario combatir los diversos problemas sociales que se tienen a diario con los niños de la calle, con los ancianos abandonados, con las mujeres víctimas de la discriminación social, con los grupos que padecen algún tipo de discapacidad y el general con la familia. La realidad actual nos exige y no se obliga a actuar responsablemente, no podemos ni debemos caer en la inmovilidad legislativa que conlleva de cómo consecuencia asistencia permanente de problemas que tienen solución tanto económica como legislativa. Es necesario crear los instrumentos necesarios para construir las bases que sirvan como herramientas de lucha de los sectores más desprotegidos, que sea la estructura para que los impartido desde justicia (sic) velen por la existencia de un verdadero Estado de Derecho.

...

La presente iniciativa está orientada a rescatar muchos de los valores sociales perdidos en nuestra sociedad, es necesario reivindicarnos con sectores que han sido marginados de las oportunidades que toda sociedad moderna debe dar por igual a todos sus integrantes, no es posible negar que hoy estamos frente momento (sic) de transformación social anhelado por los que creemos en un nuevo orden de cosas más humano más justo y mas bello, en donde crece la dignidad personal a base de una verdadera igualdad y no como teóricamente ha quedado expresado en nuestra carta magna en su artículo 4°.

...

Es necesario que el hombre en la sociedad se asuma en igualdad de condiciones sin mayores privilegios y menos obligaciones que las mujeres, es necesaria la reflexión del grado de autoridad que se cree tener en el entorno social y familiar, entender que el cambio ha llegado y que hoy es necesario establecer un mismo camino para recuperar la identidad perdida de la igualdad de los seres humanos. Esta sociedad deberá asimilar y empujar el progreso permanente para la construcción de una sociedad igualitaria. El concepto de masculinidad implica resignificar fondo la masculinidad(sic) aprendiendo a cuestionar la competencia y el abuso de poder; superar la falta de contacto con las emociones dando un cauce no violento a la expresividad emotiva, fomentar el reconocimiento positivo de la vulnerabilidad, propiciar la flexibilidad de los papeles sexuales, mejorar las habilidades sociales y de solución de problemas, alejándose del recurso y justificación de la violencia, la intolerancia y el autoritarismo, es decir, podamos optar por una masculinidad constructiva. En este contexto es importante que reconocimiento de las limitaciones y fragilidad despersonalizada no se asimilen como una pérdida (sic) del sentido de valía personal.

...

En la sociedad y particularmente las mujeres, han venido dando una lucha abierta para que se reconozca el trabajo que éstas desempeñan dentro del hogar, así como el cuidado de los hijos, como un aporte económico al sostenimiento del hogar. Muchas mujeres, dedican no sólo su vida personal, sino en ocasiones hasta profesional a esta noble actividad, sin embargo la ley no la ha percibido como tal y mucho menos considerarla como un valor económico. Más aun, en muchos hogares mexicanos, la mujer desempeña una doble actividad, la que deviene del trabajo remunerado y la actividad no remunerada que se ejecuta como una obligación exclusiva derivada del matrimonio, sin embargo es el momento preciso de reivindicar dicha condición proponiendo en la presente iniciativa agregar el artículo 164 bis. reconociendo esta labor como un aporte económico...»¹¹⁶

“Se establece asimismo que en el caso de la separación, en el caso del divorcio de los cónyuges que están unidos por el régimen de separación de bienes, en ese caso también al momento de la disolución de la unión, un cónyuge que sólo realizó trabajo en el hogar, durante la duración (sic) de esta unión, puede reclamar el 50% de los bienes que se generaron durante la sociedad conyugal para no dejar en la calle al cónyuge que sólo haya tenido un trabajo al interior del hogar”.¹¹⁷

Desafortunadamente la escueta exposición de motivos no deja ver en claro la verdadera intención del legislador para adicionar en nuestro Código Civil el citado artículo 289 bis, por lo que amén de dilucidar adecuadamente

¹¹⁶Cfr. Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Núm. 15. 28 de abril del 2000. Páginas 78, 79, 80, 83 y 85.

¹¹⁷ Cfr. Ibidem. Pág. 118. Moción presentada en la sesión de debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por el entonces diputado Martí Batres Guadarrama.

cuál fue la intención correcta del legislador para añadir el artículo en estudio, se hace necesario remontarnos, por única vez, a la iniciativa de reformas del Código Civil Federal de texto idéntico a sus similares 164 bis y 289 bis del Distrito Federal, presentada en el Segundo Período Ordinario de sesiones del Tercer año de ejercicio de la LVII Legislatura, en la sesión 10ª de fecha 14 de abril del 2003, por el entonces diputado federal Martí Batres Guadarrama, principal precursor de los citados numerales tanto en el ámbito local como federal, que en ese tiempo expuso: “La mujer es el motor de la historia y, sin embargo *-de facto y de jure-*, la modernidad trajo aparejada gran marginación hacia dicho género.

En México fueron obligadas a servir a sus esposos y a sus hijos hasta hace relativamente poco tiempo, y ni siquiera se les otorgó la ciudadanía sino hasta después de la cuarta década del siglo XX.

El Código Civil de 1928 fue, entre comillas, "un gran avance para aquella época", pues permitió por primera vez a la mujer heredar, contratar y poseer bienes.

Además, se estableció en ese código el régimen de bienes mancomunados como opción de los matrimonios, con lo que se benefició a la mujer que, con su participación en el hogar, sin duda aporta a la creación de los patrimonios de las familias.

Se estableció entonces, con ese código, la facultad a la mujer de poseer un domicilio propio y facultades para poder, sin autorización marital, servir en un empleo, ejercer una profesión o industria, o dedicarse al comercio, con

la condición de "no descuidar los trabajos del hogar" (sic), así como administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos. Desapareció la incapacidad legal para que pudiera ser tutriz, fiadora, testigo en testamentos y para ejercer mandato; se consideraron efectos jurídicos al concubinato en favor de los hijos y la concubina; y se estableció como innovación el divorcio administrativo, entre otros avances de aquellas épocas.

Es evidente que las realidades de entonces y las de ahora son diferentes.

Esos cambios fueron sin duda importantes en su tiempo, pero insuficientes.

De la concesión graciosa debemos transitar al reconocimiento de una histórica lucha en favor del respeto de su integridad que han dado las mujeres a lo largo de muchos años, cuya principal guía es y ha sido considerarlas sujetos de derecho y no fundamentalmente objetos de la ley.

De aquel Código Civil de 1928 a esta época se han producido cambios legales, que corresponden ya a otra generación. Se trata ahora de establecer en leyes acciones afirmativas en favor de la equidad de géneros.

La ciudadanía de la mujer, la creación de institutos públicos de mujeres a niveles estatal y federal, los presupuestos con perspectiva de género, los porcentajes mínimos en la legislación electoral para las candidaturas y la recién aprobada en esta Cámara de Diputados Ley para Prevenir y Sancionar la Discriminación forman parte de esas acciones, que buscan combatir la marginación femenina.

Sin embargo, todavía falta mucho por hacer en este terreno.

La iniciativa que hoy presento se inscribe en ese esfuerzo de seguir avanzando en la erradicación de la desigualdad de oportunidades que todavía prevalece entre el hombre y la mujer.

Planteo adicionar dos artículos al Código Civil Federal, para que se reconozca de manera expresa el trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos como contribución económica al sostenimiento del hogar. Y para hacer eficaz esta disposición y que no sea sólo declarativa, planteo igualmente la posibilidad de que en la demanda de divorcio pueda demandar el cónyuge que se dedicó al hogar o al cuidado de los hijos y se casó por bienes separados, y no tiene bienes propios, hasta 50% de los bienes del otro.

Se trata de responder con leyes a una realidad que se vuelve tragedia cuando el que ayudó a la creación de la riqueza económica en el hogar, al cuidar a los hijos y trabajar en casa, para que el otro cónyuge saliera a la calle a trabajar, ante un divorcio o una separación se queda en absoluto abandono.

No se necesita mucho pensar para saber que esta realidad indignante se presenta muchísimo más en las mujeres que en los hombres.

Buscamos, sin cortapisas, equiparar hasta donde es posible el trabajo en el hogar con el que se hace fuera de casa, y por los que se devenga un salario y se tienen prestaciones.

En el caso de las mujeres que trabajan en el hogar -mucho, por cierto-, éstas no sólo no perciben salario, ni prestaciones, ni reconocimiento a su

ardua tarea cotidiana y sin descanso, sino que ni siquiera cuentan con la seguridad de estar construyendo un patrimonio común junto con su esposo.

Por ello planteamos que al menos tengan la seguridad de que su trabajo vale económicamente lo mismo que el que realiza su cónyuge y que no quedarán desamparadas si en algún momento se divorcian, pues lo que se construyó económicamente en el hogar también es obra suya.

En algunas entidades de la República como el Distrito Federal ya se ha avanzado en este terreno. Sin embargo, a nivel federal la legislación civil está más atrasada.

Finalmente, no escapa a nuestro conocimiento que, a la par de los cambios legales que debemos hacer, debemos poner empeño en propiciar los cambios de los patrones culturales; y ésta es una tarea de todos los días.”¹¹⁸

De todo lo anterior se colige que la verdadera intención del legislador, fue el de encontrar un mecanismo con el cuál poder darle fuerza plena al artículo 164 bis del Código Civil para el Distrito Federal que contempla al trabajo doméstico como aportación económica; pretendiendo de esta manera remunerar exclusivamente al cónyuge que se haya dedicado únicamente al cuidado del hogar o de los hijos, que se encuentre casado bajo el régimen de separación de bienes, y que no tenga bienes propios, hasta con el 50% de los bienes del otro; lo anterior pone de manifiesto que como quedó finalmente

¹¹⁸ Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 1232-I, martes 15 de abril de 2003. Que reforma diversas disposiciones del Código Civil Federal, para que en caso de divorcio quien haya realizado labores domésticas pueda reclamar hasta 50% de los bienes del otro, presentada por el diputado Martí Batres Guadarrama, del grupo parlamentario del PRD, en la sesión del lunes 14 de abril de 2003. Dirección en Internet: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/58/2003/abr/Anexo-I-15abr.html#Batres>

redactado el citado artículo 289 bis del ordenamiento jurídico en comentario, no deja ver en claro el verdadero espíritu de la norma en estudio, alejándose esta redacción diametralmente de la voluntad primaria del legislador. Circunstancia que se traduce en un grave equívoco legislativo, tal y como lo veremos en los párrafos que preceden.

Una vez dado respuesta a las dos primeras interrogantes que nos hemos planteado continuemos con nuestro análisis.

Para la procedencia de nuestra indemnización se requiere como presupuesto procesal, que sea reclamada en el escrito inicial de demanda por el cónyuge demandante del divorcio, obligando de esta manera al Juez del conocimiento a resolver al respecto, en el momento de dictar la sentencia de divorcio.

Ahora bien, de la lectura del artículo 288 párrafo cuarto del Código Civil, que a la letra dispone:

“Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

...

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se

refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.”

Se desprende que, los *daños y perjuicios*, así como la indemnización a que hace referencia el citado artículo 288, se rigen por lo dispuesto en el código para los hechos ilícitos; al respecto habrá que cuestionarnos ¿Acaso el divorcio es un hecho ilícito, y si lo es, se podrá aplicar lo dispuesto por el artículo 288 párrafo cuarto a la indemnización que consagra el artículo 289 bis del propio Código Civil? o por el contrario, ¿Nuestra indemnización puede ser objeto de convenio en los pactos que realicen los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales y, por tanto en las mismas se puede estipular su no aplicación?.

En lo que respecta a la *primera* de estas las hipótesis, aplicando la figura de la indemnización consagrada en el artículo 288 cuarto párrafo, a su similar establecida por el artículo 289 bis del propio Código Civil. Esta última, referirá forzosamente a un resarcimiento de los daños y/o perjuicios causados por el cónyuge culpable al cónyuge demandante, con motivo de haber contraído matrimonio bajo el régimen de separación de bienes; por lo que podemos aplicar válidamente al artículo 289 bis, lo dispuesto por el Código para los hechos ilícitos, lo que implica que el divorcio necesario es considerado por el derecho como un hecho ilícito.

En opinión del jurista Rafael Rojina Villegas, no es posible considerar al divorcio, como un hecho ilícito, toda vez que, la sanción establecida por el artículo 288 cuarto párrafo, va dirigida únicamente al “cónyuge culpable”, –así en opinión del citado jurista–, “Por disposición expresa del artículo 288,

toda causa de divorcio que implica culpabilidad del cónyuge, se convierte en hecho ilícito. Aquí no tenemos que aplicar estrictamente la teoría del hecho ilícito que existe en general para considerar que es fuente de obligaciones, y que obliga al que se conduzca con dolo o culpa, a indemnizar el daño causado. Bastará que exista cualquier causa de divorcio que implique delito, hecho inmoral, acto contrario al estado matrimonial, vicios o incumplimiento de obligaciones matrimoniales, para que, aunque no encaje estrictamente en el concepto de hechos ilícitos, ejecutados con dolo o con culpa, se tenga que responder de los daños que causó el divorcio, haya o no intención de causarlos; exista o no culpa en su causación. En materia de hechos ilícitos, fuera del divorcio, siempre habrá que acreditar: I. Que se ejecutó un hecho ilícito que causó daño a otro. II. Que ese hecho se ejecutó con la intención de causar el daño, es decir, con dolo; o sin esa intención, pero con imprudencia, falta de previsión, de cuidado o de reflexión, y III. Que existe una relación de causalidad entre el daño y el hecho doloso o culposo.”¹¹⁹

Al respecto nuestros Tribunales Colegiados de Circuito, se han pronunciado de la siguiente manera:

“De acuerdo con el artículo 288 del Código Civil “... cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito...”; del examen de esta disposición se desprende que el pago de la indemnización no procede necesariamente en contra del cónyuge culpable del divorcio, sino sólo cuando se dé tal supuesto, lo que hace necesario que en la demanda se señalen los hechos en que se hacen consistir la pérdida o menoscabo

¹¹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia*. Op. cit. Pág. 569.

patrimonial, o bien la privación de la ganancia lícita, en los términos de los artículos 2108 y 2109 del Código Civil, con el propósito de que formando parte de la litis, el demandado tenga oportunidad de defenderse; además, el cónyuge actor tiene la carga de probar la existencia de los daños y perjuicios.”¹²⁰

Estimamos que no obstante, que de la lectura del párrafo quinto del artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal que precisa como causas de excepción para la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios, el padecer cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible que no tenga su origen en la edad avanzada; así como el padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga del cónyuge enfermo. Estas se refieren únicamente aún sentido de tardía justicia legislativa, dada la naturaleza de las causas de excepción. Por lo que se debe considerar que en especie el artículo 288 sigue omitiendo que la separación de los cónyuges por más de un año, la declaración de ausencia o la presunción de muerte, no engendran un hecho ilícito.

En este tenor debemos observar en primer lugar que, el divorcio no puede fijar para los cónyuges mayores cargas que las expresamente pactadas al contraer matrimonio, incluyendo en estas cargas a las que tienen el carácter de irrenunciables –Alimentos, protección para los hijos, patria potestad, etc. –; Segundo: En tanto que en el artículo 288, no se realice una

¹²⁰ Tesis titulada “DIVORCIO, DAÑOS Y PERJUICIOS ORIGINADOS POR ÉL.” Visible en la Séptima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 181-186 Sexta Parte. Página: 236. IUS 2002 Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-septiembre 2002. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Octava y Novena Épocas. CD-1 segundo semestre 2002.

distinción exhaustiva de las causales de divorcio necesario, se puede estimar válidamente que éste es considerado como un hecho ilícito por la ley. Lo que implica que la indemnización a que hace referencia el artículo 289 bis del Código Civil surge como consecuencia lógica de un hecho ilícito.

De esta forma el cónyuge que demande el divorcio, se encuentra constreñido a acreditar los hechos que le causen daños y perjuicios, a efecto de ser debidamente indemnizados.

En consecuencia, el cónyuge que demande el divorcio y señale como prestación accesoria la indemnización a que hace referencia el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, debe demostrar fehacientemente en los hechos constitutivos de su acción en que consiste la pérdida o menoscabo patrimonial o privación de ganancia lícita, que deba ser resarcida. Luego entonces, la indemnización debe tener directa correspondencia con el daño causado, el Juez de lo Familiar debe bajo su más estricta responsabilidad, de condenar atendiendo al caso en particular.

En cuanto hace a la *segunda hipótesis*, partiendo de la base que, los cónyuges en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pueden pactar en las capitulaciones matrimoniales los derechos y obligaciones que les correspondan, y el régimen patrimonial que consideren adecuado a sus circunstancias particulares, es decir, cuando los cónyuges pactan convencionalmente el régimen económico que habrá de regir su matrimonio, sea separación de bienes o sociedad conyugal, lo hacen conciente y deliberadamente, con el conocimiento exacto de los alcances y limitaciones del régimen pactado, y de igual modo, en los propios pactos matrimoniales

pueden los cónyuges estipular las cláusulas que consideren adecuadas a lograr los fines de su matrimonio, siempre y cuando no sean contrarias a derecho.

No se impide por ende, que los cónyuges puedan concertar cierta prestación como pena en caso de que el matrimonio se disuelva. Esta cláusula penal o convencional, puede consistir válidamente en una indemnización de hasta un 50% de los bienes del otro, en caso de encontrarse casados bajo el régimen de separación de bienes, y establecer en la misma los requisitos de procedibilidad señalados por el artículo 289 bis del Código Civil; por lo que de acuerdo con el aforismo jurídico de *quien puede lo más, puede lo menos*, los cónyuges pueden pactar en sus convenciones matrimoniales, la renuncia a la sanción impuesta por el artículo en comento, en virtud de tratarse ésta de una norma de naturaleza permisiva, máxime que tal abdicación no afecta al interés público, ni perjudica los derechos de terceros, como lo serían los hijos habidos en matrimonio en virtud que ellos tendrían garantizados los alimentos.

Circunstancia que se traducirá a corto plazo en el nacimiento de una nueva figura en nuestro orden jurídico, misma que consistirá en negociar la separación previo al acto del matrimonio, tal y como ocurre en muchos países del orbe, es decir ambos consortes convertirán al matrimonio en un contrato mercantil.

Otro de los cuestionamientos que debemos plantearnos será el siguiente: ¿Nuestra indemnización será de aplicación retroactiva?

Al resolver la contradicción de tesis 24/2004, relativa al artículo 289 bis en análisis, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó por Unanimidad de votos que en un divorcio el cónyuge demandante puede reclamar una indemnización hasta del 50% de los bienes adquiridos por el otro durante el matrimonio, en casos aplicables sólo en el Distrito Federal.

Sólo pueden aplicarse a las demandas de divorcio presentadas con posterioridad al 1° de Junio de 2000, sin importar que el matrimonio se haya celebrado con anterioridad.

En nuestra opinión no se debió haber planteado la retroactividad la citada indemnización de conformidad con lo dispuesto por el párrafo 1° del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordena que: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". Precepto legal que encuentra reflejo en lo dispuesto por el artículo 5° del Código Civil para el Distrito Federal que establece que "A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo alguno en perjuicio de persona alguna".

Así, debido a que los cónyuges antes de la entrada en vigor del citado numeral adquirieron una serie de derechos, mismos que crean una situación jurídica concreta que no puede destruirse por una nueva ley, independientemente que esta regule circunstancias novedosas no contempladas por la ley anterior, porque aún con ello se estaría aplicando de forma retroactiva, en efecto no olvidemos que "lo que no esta prohibido esta permitido para el gobernado, más no así para la autoridad", por consiguiente

en esa situación jurídica concreta se puede hablar que el gobernado ha adquirido un derecho, no regulado hasta entonces, pero sí gozado.

De lo anterior desprendemos, que no puede hablarse que al querer aplicar esa nueva norma al gobernado no se vulnera esa situación jurídica concreta ya creada, está claro que la vulnera y por ende quererle aplicar esta nueva ley viola sus Garantías Individuales.

Se puede argumentar al respecto válidamente que el matrimonio es de orden público y por ello debe de considerarse retroactiva la aplicación del artículo 289 bis del Código Civil. Sin embargo, no debemos pasar por alto que si bien es cierto el matrimonio es una institución de orden público, no todas las normas que lo integran lo son, en efecto no debemos negar que la principal característica que distingue a las normas de interés público lo es que son taxativas, es decir, que obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad. Por consiguiente los actos violatorios de las taxativas no producen efecto jurídico alguno. Esta regla ha sido consagrada en el artículo 8° del Código Civil, con relación al 6° del mismo ordenamiento legal.¹²¹

De esta forma nos podemos percatar que, la indemnización consagrada en el artículo en análisis no se trata de orden público, por tratarse este de una norma de carácter permisivo, por ende es incorrecto considerar su aplicación de manera retroactiva, por lo que únicamente se debió aplicar a los matrimonios contraídos a partir del 1° de junio del 2000.

¹²¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Op. Cit. Páginas 94 y 95.

Empero del proyecto del ministro José Ramón Cossío Díaz, señala que el citado numeral 289 bis en comento, se trata únicamente de “una norma de liquidación de un régimen económico matrimonial” que solo se puede aplicar a las demandas de divorcio presentadas a partir de que entró en vigor la ley; por lo que no afecta derechos adquiridos por el cónyuge obligado a pagar.

Por consiguiente, de acuerdo con la citada contradicción de tesis, con sus condicionantes, el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, sí es de aplicación retroactiva.

Es imperativo preguntarnos en este momento ¿La indemnización a que hace referencia el artículo 289 bis del Código Civil, estará creando en realidad un nuevo régimen económico, que deja al arbitrio del Juez de lo Familiar suprimir el régimen de separación de bienes por otro de distinta naturaleza, sin el acuerdo previo de los cónyuges y en contra de los pactos matrimoniales?, Para dar respuesta a lo anterior, debemos observar lo dispuesto por el artículo 178 de nuestro ordenamiento civil “El matrimonio debe de celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o de separación de bienes”, Precepto legal donde se desprende que sólo existen dos regímenes matrimoniales, y que de la combinación de ellos puede dar nacimiento a un tercer régimen económico de naturaleza mixta, que si bien es cierto no se encuentra enunciado por el citado artículo 178, se encuentra debidamente regulado dentro de nuestro orden civil.

En nuestro concepto, consideramos que involuntariamente el legislador creó en esencia un nuevo régimen económico del matrimonio, efectivamente, en otras legislaciones se contempla un régimen matrimonial denominado

“*De Partición de Ganancias*”, que se traduce como una variante de los regímenes de separación de bienes, “pero con connotaciones derivadas de la comunidad, se conoce un régimen denominado de “participación en los adquiridos de cada cónyuge”. No existen estrictamente bienes comunes –o gananciales– como en la comunidad, sino que cada cónyuge es exclusivo propietario de los que adquiere durante el matrimonio. En general funciona como el régimen de separación, pero al disolverse el matrimonio por divorcio o muerte, se reconoce a cada cónyuge el derecho a participar en los adquiridos del otro hasta igualar los patrimonios de ambos. Suele traducirse en un crédito que nace en cabeza del cónyuge que hizo menores adquisiciones o cuyo patrimonio experimentó aumentos inferiores para compensar la diferencia. Es un modo de participar en las mayores o más cuantiosas adquisiciones del otro.

Como sucede en el derecho argentino, dentro del régimen de comunidad pueden aparecer rasgos del régimen de participación en las ganancias, ya que no obstante existir una categoría de bienes que son comunes, y en virtud de que está separada la responsabilidad de cada esposo frente a terceros, a la finalización del régimen matrimonial, un esposo participa en el saldo líquido de ganancias y adquisiciones realizadas por el otro esposo recién tras haberse satisfecho las deudas por él contraídas. Se participa así en las ganancias del otro esposo, ya que los activos de cada cónyuge, al disolverse la comunidad, no pasan a ser una sola masa, con un solo pasivo, sino que cada masa soporta sus pasivos y luego, los saldos líquidos activos se suman y se distribuyen por mitades.”¹²²

¹²² Efectos Patrimoniales del Matrimonio. Tipeotextos. Fuente: <http://robertexto.miarroba.com> o http://www.membersfortunecy.es/robertexto/arcivo/efec.patrim.matrim_1.htm, es de señalar que la fuente no indica de manera cierta su autoría.

Por desgracia éste nuevo régimen económico creado con motivo del artículo 289 bis, no tiene la pureza necesaria que otras legislaciones le han dado, en consecuencia no encuentra un adecuado acomodo dentro del Código Civil para el Distrito Federal, toda vez que no esta debidamente regulado ni contemplado en nuestro orden civil, convirtiéndose por ello en una figura jurídica extraña a nuestro cuerpo normativo, creando con ello serios problemas para entender su verdadero sentido, máxime si tomamos en consideración dicho ordenamiento legal se encuentra pésimamente redactado.

En lo que respecta a la segunda parte de nuestro cuestionamiento vemos que en la práctica el artículo 289 bis crea un nuevo régimen económico o modalidad del de separación de bienes, que deja al arbitrio del juzgador la modificación de las capitulaciones a petición de uno de los consortes, cuestión que nos deja sin palabras, es insostenible que la ley faculte de manera unilateral a uno de los cónyuges para optar al final de su matrimonio modificar los pactos matrimoniales porque estos ya no le resultaban adecuados para su nueva situación jurídica –la de actor en el juicio de divorcio–, y obligue al Juez de lo Familiar para resolver respecto de modificar o no el régimen de separación de bienes contraviniendo con ello la voluntad de los consortes al momento de celebrar sus nupcias, como si este conociera a ciencia cierta las circunstancias reales ocurridas en el seno del hogar. Luego entonces, ¿si los cónyuges son capaces de pactar la no procreación de la especie, no lo son para convenir sobre el régimen matrimonial que los regirá en el matrimonio?, La pretendida tutela del Estado en el matrimonio no puede llegar a estos límites irrisorios y absurdos, en teoría somos parte de un Estado democrático y no uno autoritario. Por lo que una vez más el legislador omitió tomar en consideración que, si los consortes

en ejercicio de la autonomía de su voluntad pactaron sin dolo, error o violencia el régimen matrimonial que más les arreglaba, este acuerdo sin lugar a dudas es realizado conforme a derecho y, por ello no existe causa alguna para que intervenga el Juez a variar un acuerdo legítimo por capricho de uno de los consortes, pues de este modo no tiene razón de ser la voluntad de los cónyuges contenida en las Capitulaciones, lo que deriva en un absurdo legal aun mayor.

3.2 REQUISITOS

El artículo 289 bis, requiere para su procedencia de la actualización de los siguientes requisitos:

1.-Que el cónyuge que demande el divorcio, reclame la indemnización.

El presente requisito constriñe su procedencia al reclamo que haga el cónyuge actor en su escrito inicial de demanda como prestación accesoria, que únicamente puede ser demandada en el divorcio necesario. Por lo que está negada su procedencia en los divorcios voluntario contencioso y administrativo.

2.-Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes.

De lo anterior se desprende que no procede su reclamo, cuando los cónyuges hubieran contraído nupcias bajo el régimen de sociedad conyugal.

3.-El demandante se haya dedicado en el lapso que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en

su caso, al cuidado de los hijos. El presente requisito de procedibilidad, encierra dos supuestos, el primero que, *el cónyuge demandante se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar*, y el segundo que, *se haya dedicado al cuidado de los hijos*. Así pues, el consorte que desempeñe una o ambas actividades a la vez, puede reclamar ésta indemnización.

Al respecto resulta necesario precisar ¿Qué es lo que se entiende por preponderancia y que es preponderar?, Esta es definida como “Exceso del peso, o mayor peso, de una cosa respecto de otra.- fig. Superioridad de crédito, consideración, autoridad, fuerza, etc.”¹²³ Por consecuencia, preponderar debe de entenderse como “Pesar más una cosa respecto de otra.- fig. Prevaler o hacer más fuerza una opinión u otra cosa que aquella con la cual se compara.”¹²⁴

Como podemos observar en este punto, la redacción final del artículo 289 bis de nuestro ordenamiento sustantivo civil, se aparta considerablemente de la verdadera intención del legislador que consistía, en remunerar únicamente al cónyuge que se haya dedicado exclusivamente al cuidado del hogar o de los hijos, que se encuentre casado bajo el régimen de separación de bienes, y que no tenga bienes propios, hasta con el 50% de los bienes del otro.

En efecto no se puede considerar que *exclusividad* sea lo mismo que *preponderancia*, en virtud que, la primera refiere a la realización de una

¹²³ DICCIONARIO, ENCICLOPEDIA QUILLET, Tomo X. Doceava Edición. Editorial Cumbre S.A. México. 1983. Pág. 205.

¹²⁴ *Ídem*.

única actividad; entre tanto la segunda señala la realización de dos o más actividades con un mayor peso de una de ellas.

Del análisis del presente requisito de procedencia, observamos que el mismo crea confusión e incertidumbre jurídica, toda vez que es bien sabido que en la actualidad, en mayor número ambos cónyuges, se distribuyen las cargas del hogar –cuidado de los hijos, desempeño del trabajo del hogar, etc.–, en la medida que lo permitan sus actividades,¹²⁵ por lo que en el caso no puede considerarse que la *preponderancia* al desempeño de dichas actividades sea exclusiva de alguno de los cónyuges, sin embargo ¿A quien favorecerá la indemnización en el caso de divorcio necesario? Claro ésta, le favorecerá únicamente al cónyuge que demande el divorcio y reúna los extremos de los demás requisitos señalados por el artículo en comento, aún y cuando éste haya malversado sus bienes.

Ahora bien, otra de las lagunas que presenta la redacción del artículo 289 bis en estudio, consiste en determinar qué se entiende por “cuidado de los hijos”, en apariencia resulta factible decir que es la atención alimentaria, auxilio de tareas, de aseo, de desarrollo psicológico de los menores. Sin embargo por lo amplio del término se presta a interpretaciones tales como considerar que cuidado de los hijos es observarlos en el hogar o saber a dónde van o dejarlos en su habitación jugando con los video juegos o en el internet, sin preocuparse de su sano desarrollo físico, psíquico y social.

¹²⁵ Datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), en el año 2000, en el Distrito Federal el 53.8% de los varones participaban en el trabajo doméstico; en tanto que en el año 2002, la participación del en los trabajos del hogar se elevó al 70.5% en hombres de 25 a 54 años. En dónde el varón ocupa en promedio un total 10.4 horas de su tiempo para tal actividad. Cfr. Con “Tasa de participación en el Trabajo Doméstico por Entidad Federativa según sexo y grupos de edad, 2002”. Dirección en Internet <http://www.inegi.gob.mx>

4. -Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. En cuanto al presente requisito, representa el criterio base para la procedencia de al indemnización.

Como podemos apreciar la presente condición encierra dos supuestos el primero de ellos refiere a la no-adquisición de bienes; en tanto el otro, refiere a una adquisición menor de bienes con relación a los adquiridos por su cónyuge. En caso de la primera hipótesis legislativa, no representa gran problema, toda vez que refiere a la falta de adquisición de bienes; en lo que respecta a la segunda de las hipótesis, la norma en comento, no hace precisión alguna sobre lo que se debe de entender como “*notoriamente menores*”, dejando al arbitrio del juzgador determinar sobre el respecto.

La norma en análisis, omite hacer referencia además a la falta de probidad sobre la administración de los bienes propios, por parte del cónyuge demandante, que hayan ocasionado la no-adquisición de bienes, o bien, que justifique él porque dicho bienes son menores a los de su cónyuge.

3.3 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL

Una vez que el mal se ha producido, hay una voz que interroga al sujeto: ¿Quién lo ha hecho? ¿Has sido tú? El hombre se ve precisado a responder ante su conciencia, en caso de responsabilidad moral, o ante el Derecho, si de una responsabilidad jurídica puede ser de dos especies; responsabilidad

penal, si se castiga al causante del mal infligiéndole una pena o sufrimiento, y responsabilidad civil, si el mal se repara, como si haberlo padecido tan sólo fuera una ilusión. Se define la responsabilidad como la obligación de reparar el daño causado a otra persona.¹²⁶

La obligación de indemnizar al perjudicado es la consecuencia jurídica de las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual.¹²⁷

“Responsabilidad civil, –nos dice el legista Manuel Bejarano Sánchez– es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo.

La responsabilidad civil es, pues, el nombre que se da a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado. Su contenido es la indemnización. Indemnizar es dejar sin daño.”, En cuanto a las formas de indemnizar, –nos dice el citado jurista–, “Hay dos maneras de hacerlo: la reparación en naturaleza y la reparación por un equivalente. La primera tiende a borrar los efectos del acto dañoso, restableciendo las cosas a la situación que tenían antes de él. Coloca de nuevo a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados.

Al no ser posible la reparación del daño en naturaleza, se indemniza proporcionando a la víctima un equivalente de los derechos o intereses

¹²⁶ CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Estudio Introductorio, y Traducción de la Primera Edición Francesa con Adiciones de conversión al Derecho Español por Manuel M.^a Zorrilla Ruiz. Tomo II, volumen III. Situaciones Extracontractuales y Dinámica de las Obligaciones. Casa Editorial BOSCH. Barcelona, España. S.f. Pág. 7.

¹²⁷ ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, Volumen II. Primera Edición. Editorial Civitas. España. 1995. Pág. 3517.

afectados: el dinero (se le pagan los daños y perjuicios, previa estimación legal de su valor). “La reparación con un equivalente consiste en hacer que ingrese en el patrimonio de la víctima un valor igual a aquél de que ha sido privada; no se trata ya de borrar el perjuicio, sino de compensarlo. (Mazeaud).”.

El artículo 1915 del C.C. las señala con precisión: “La reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o el pago de daños y perjuicios”.

Esa facultad de elegir el objeto de la obligación (el contenido de la reparación) que la ley concede al ofendido, convierte a la obligación en alternativa.”, En cuanto a las clases de indemnización, comenta, “La indemnización debe corresponder al daño que se habrá de reparar. Si el daño consiste en el demérito o pérdida definitiva de los bienes o derechos de la víctima, la indemnización deberá ser un sucedáneo o sustituto de aquellos que se han deteriorado o han desaparecido. Compensa su depreciación o ausencia, por lo cual se le da el nombre de indemnización *compensatoria*.

Cuando, por otra parte, el daño proviene de un retardo o mora en el cumplimiento de una obligación, se repara por esa mora y la indemnización correspondiente recibe el nombre de *moratoria*. Su cuantía será igual a las pérdidas o los perjuicios que hubiese sufrido el acreedor por el cumplimiento retardado. Ocasiones habrá en las cuales el cumplimiento demorado sea inoportuno, inútil y equivalga al cumplimiento definitivo. Tal sucede en las prestaciones de tipo personal que deben pagarse en una ocasión o evento determinados. Ellas se reparan con una indemnización *compensatoria*.

Obviamente, la indemnización moratoria se presenta con mayor frecuencia con motivo de la responsabilidad contractual, como violación de un contrato en el que las partes señalaron el momento del cumplimiento de las obligaciones.”¹²⁸

Nuestros Altos Tribunales, en la Tesis titulada “RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHOS PROPIOS, AQUILINA Y OBJETIVA. DIFERENCIAS.”, Correspondiente a la Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: IV, Noviembre de 1996; Tesis: II.1ro.C.T.85 C; Página: 512; se han pronunciado respecto de la responsabilidad civil, realizando las siguientes distinciones:

“Los hechos lícitos y los ilícitos generan obligaciones; y así, es regla que la conducta de una persona le es imputable a ella; por esto, a la responsabilidad proveniente de la conducta de una persona, sea que esa conducta sea lícita o ilícita, se le llama subjetiva porque implica el elemento culpa. Como excepción a dicha regla, se establece que la conducta de terceros también sea imputable a otras personas, a ésta se le llama responsabilidad aquiliana en razón del jurisconsulto romano que creó la fórmula; en esta figura el elemento culpa se encuentra desvanecido, porque se reconoce que la conducta que causó un daño, es ajena a quien resulta obligado, pero aun así, se estima que tiene una culpa por falta de cuidado en las personas que de él dependen y cuya conducta causara el daño, que a su vez, generara una obligación, no a quien lo cometió, sino a la persona de

¹²⁸ Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Editorial Harla. México. 1983. Págs. 258, 259 y 260.

quien dependiera. Por ello, incurren en tal responsabilidad los padres respecto de sus hijos, los mentores respecto de sus pupilos dentro del recinto educativo, los hoteleros respecto de sus empleados, los patrones respecto de sus trabajadores y el Estado respecto de sus servidores. Diversa excepción es la que resulta aun ante la ausencia de conducta, por el solo hecho de ser dueño de una cosa que por sí misma causa un daño. Aquí, no hay conducta y por lo mismo no hay culpa, por eso, a esta responsabilidad se le llama objetiva en ausencia del elemento subjetivo culpa.”¹²⁹

Atendiendo a lo dispuesto por el párrafo 4° del artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal “El cónyuge inocente tiene derecho además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rige por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos”. En especie esta constituye la única indemnización posible para la procedencia de la responsabilidad civil ocasionada por el divorcio.

Entonces, ¿Cómo es posible que el legislador instituyera dos indemnizaciones para un mismo caso?, En respuesta a lo anterior, hemos comentado que no fue la intención del legislador crear un nuevo régimen matrimonial, circunstancia que se ve reflejada en la pésima redacción del artículo 289 bis del Código en comento, que crea un estado de incertidumbre jurídica respecto de la verdadera naturaleza de la norma en estudio, que como observamos se vuelve discordante con nuestro cuerpo normativo, por lo que es

¹²⁹ IUS 2002 Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-septiembre 2002. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Octava y Novena Épocas. CD-1 segundo semestre 2002.

claro que la indemnización en referencia no puede ser aplicada a los daños y perjuicios causados con motivo del divorcio.

Cabe preguntarnos ahora ¿Acaso nuestra indemnización deriva de una relación de carácter laboral?, No pasemos por alto que la misma surge con el objeto de darle fuerza a lo dispuesto por el numeral 164 bis de nuestro ordenamiento civil, es decir, la intención de remunerar el trabajo doméstico. ¿Acaso el legislador quiso equiparar al matrimonio con un contrato de índole laboral, en dónde se contrate a una doméstica o niñera en presencia del Juez del Registro Civil?, En atención a lo anterior, veamos que en términos de lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley Federal del Trabajo, “Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado.”, Acaso ¿Puede existir subordinación en el matrimonio?, En términos del numeral 168 del Código Civil para el Distrito Federal, no existe tal subordinación; ¿Pero que ocurre en el interior del seno de la familia? En esta tesitura sí puede haberla. ¿Pero que ocurre con la remuneración al trabajo? ¿Será nuestra indemnización en realidad el pago?, Todo parece indicar que sería una especie de reparto de utilidades o una liquidación.

Independientemente de su naturaleza, la responsabilidad civil derivada del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal parte de la idea de divorcio sanción.

Por consecuencia para su procedencia es necesario acreditar previamente el nexo causal, entre la conducta realizada por el cónyuge demandado y el resultado material causado al cónyuge demandante,

derivándose aquí la obligación del actor de acreditar el quebranto económico, causado por el desempeño preponderante de los trabajos del hogar o en su caso, del cuidado de los hijos, es decir, debe demostrar necesariamente que la dedicación dada a los cuidados del hogar o el cuidado de los hijos, le hayan impedido adquirir bienes o administrarlos debidamente, y; que el quebranto económico sufrido por esa actividad sea imputable al cónyuge demandado, principalmente por haberle impedido el desempeño de alguna actividad lícita, ya sea por haberlo constreñido al desempeño de las actividades del hogar o cuidado de los hijos, o por no prestar el auxilio a su cónyuge para el cuidado del hogar o de los hijos.

En nuestra consideración, no podrá ser imputable al demandado, la impericia o falta de probidad del cónyuge actor en la administración de los bienes propios.

Para poder concluir adecuadamente el presente tema, habrá de señalar que entre los errores más graves de redacción del artículo 289 bis en estudio, esta en que el mismo no señala la base en que el juzgador debe de adecuar su razonamiento para sentenciar sobre el monto de la indemnización, es decir, si tomará en cuenta los activos y pasivos del cónyuge sentenciado o únicamente sus activos para determinar su “notoria” superioridad de bienes. En justicia juzgamos que debería ser restando de los activos los pasivos, y se parta como base de la indemnización de la ganancia resultante. Desgraciadamente esto no lo contempló el legislador, por tanto toca al prudente arbitrio del Juez de lo Familiar determinar al respecto.

De todo lo anterior se colige que, la indemnización establecida por el artículo 289 bis del Código Civil, trata de una figura extraña al matrimonio y por ende a la esencia misma del divorcio, que no obedece al orden jurídico, sino por el contrario obedece a un orden político que ignorante de nuestras instituciones jurídicas, rompe con la uniformidad de la institución matrimonial, así como la de su disolución, sin ninguna necesidad, e inclusive crea confusión y contradicción entre las normas jurídicas y el objeto de la institución.

Máxime que el legislador, omite tomar en consideración la existencia del régimen patrimonial mixto, que si bien es cierto, no se encuentra enunciado en el artículo 178 del Código Civil, se encuentra debidamente regulado por el propio Código, régimen patrimonial que produce efectos favorables para ambos cónyuges.

Por lo que desde este momento proponemos, la necesaria la derogación del artículo 289 bis, para así estar en condiciones de realizar una adecuada regulación del régimen de partición de gananciales dentro de nuestro orden civil, circunstancia que realmente traería efectos benéficos para las familias y en especial para las mujeres que habitan nuestra gran Ciudad de México, esto en la idea que, el desarrollo de una nación parte sin lugar a dudas de la legalidad, seguridad y certeza que brinden las leyes. Por lo que a la familia, como célula básica de la sociedad, le deben de ser aplicados en forma irrestricta dichos principios para poder asegurar su verdadero bienestar y desarrollo.

CAPÍTULO 4

PROPUESTA PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

4.1 LA NECESIDAD DE LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL

Alguna vez escribió Jean Carbonier *“hay gentes que están locas de derecho o a quienes el derecho vuelve locas”* por lo que *“si existen hombres que tienen delirio de legislar, hay otros que deliran y que, por añadidura, legislan”*.

Se hace indispensable la derogación del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, por ser una norma jurídica notoriamente desacertada de origen, que atenta contra la ratio legis del régimen de separación de bienes.

Más aun, si se toma en cuenta que consagra una figura extraña al aspecto patrimonial de la institución del matrimonio, que como ya fue acreditado degrada al matrimonio aun contrato de índole laboral, sólo que celebrado ante la fe del Juez del Registro Civil. Por tanto se torna discordante con las demás normas jurídicas de nuestro ordenamiento legal.

Por lo que su derogación se vuelve indispensable, para poder plantear dentro de nuestro ordenamiento legal la institución de un régimen de partición de ganancias, dónde sea connotada ante todo la libre voluntad de los cónyuges de elegirlo.

4.2 JUSTIFICACIÓN Y DEMOSTRACIÓN A LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

No escapan para nosotros, las voces de algunos sectores de nuestra doctrina que se pronuncian válidamente por la desaparición del régimen de separación de bienes, considerando que éste atenta contra la esencia misma de la familia, porque el que contrae matrimonio lo hace porque desea compartir su vida con una pareja por el resto de su existencia, por la que vale la pena luchar, por lo que existen razones más trascendentales que las económicas o patrimoniales en el matrimonio. En una pareja bien avenida, todos los bienes que se adquieren son de ambos: nuestra casa, nuestros muebles, nuestro coche, etc.; todo el esfuerzo de ambos se encamina hacia un fondo común, hacia el mejoramiento familiar, independientemente de a quién pertenezcan los bienes desde el punto de vista legal; existe absoluta confianza en que el cónyuge no abusará de la confianza del otro, que no tomará ventaja del hecho de que la casa, o el coche se ponga a nombre de uno de ellos, porque ambos saben que es de los dos.¹³⁰

No menos cierto y valedero lo es la razón de ser del régimen de separación de bienes, que vio su origen en Roma cuando empezó a decaer la antigua moral y perdió respetabilidad la institución del matrimonio, algunos romanos se dedicaron a buscar esposas con dotes importantes, con el fin de repudiarlas, después de cobrarla y preparar luego un nuevo matrimonio

¹³⁰ Ponencia titulada “Desaparición de la Separación de Bienes como Régimen Conyugal”. Presentada en el Congreso Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, celebrado en la ciudad de Querétaro, por los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Querétaro: María Luisa Rentería de González y J. Jesús Castellanos Malo. Fuente: Revista Vínculo Jurídico. Número 23, Julio-Septiembre 1995. Página de Internet: <http://www.ciu.reduaz.mx/vinculo/webrvj/rev32-4.htm>

favorable. Como reacción los padres o tutores de las novias exigieron con frecuencia la promesa de que los maridos devolverán la dote en caso de repudio, pero fue considerada de mal gusto, finalmente necesaria la intervención de las autoridades para que la esposa repudiada pudiera salvar su dote, y aquí el principal freno al divorcio fue quizás el miedo del marido a tener que devolver la dote”.¹³¹ Es innegable que en la actualidad sigue habiendo vívales que contraen nupcias bajo el régimen de sociedad conyugal con el objeto de enriquecerse con los bienes del otro, en el acto mismo de la disolución de del vínculo matrimonial.

De lo que se colige, la ratio legis de la separación de bienes, que se da como un freno para la celebración de matrimonios por interés¹³² y como medida para detener la proliferación de divorcios; toda vez que con base a este régimen los cónyuges protegen su para sí su patrimonio, sin dejar de cumplir con los fines del matrimonio haciéndolo más duradero.

Como es sabido, la separación de bienes se trata de un régimen de naturaleza egoísta, toda vez que en ejercicio de la autonomía de la voluntad los cónyuges pactan conservar para sí en lo individual, la propiedad de los bienes con sus frutos y acciones, tanto los de los que sean dueños en el acto del matrimonio, como los que adquieran durante el matrimonio, siempre y cuando no formen parte de una masa patrimonial común. Por lo que estimamos que el legislador al establecer la norma en comento omite tomar en cuenta la existencia de un régimen de separación de bienes parcial,

¹³¹ RENDÓN HERRERA, Sesilú. Tipos de Divorcio. Universidad Abierta. Pág. 3. Página en Internet: <http://www.universidadabierta.edu.mx>

¹³² Entiéndase este de manera pecuniaria, es decir, la intención de una persona de apoderarse o enriquecerse con los bienes del otro con motivo del matrimonio.

evitando hacer distinción alguna al respecto, concretándose a imponer la indemnización en estudio, circunstancia que deriva en un grave error, porque en la Sociedad Conyugal parcial los cónyuges guardan para sí la propiedad de determinados bienes, en muchos casos superiores en cuantía a los aportados por ellos a la sociedad.

Del tal modo sostenemos que no tiene razón de ser la indemnización en disertación, toda vez que la misma tiende a destruir la esencia misma del régimen de separación de bienes, pues es visto que no busca equilibrar las relaciones entre los cónyuges.

En estrecha relación con lo anterior, juzgamos que debe valorarse como improcedente el reclamo de la indemnización en disertación, si se tiene en cuenta: primero, la libre voluntad de las partes que impera en las capitulaciones matrimoniales y, segundo: la posibilidad de defensa de los cónyuges en caso de lesión. Por lo que toca al primer punto, se estima que al pactar los cónyuges el régimen de separación de bienes en las capitulaciones, tanto el varón como la mujer emiten su voluntad en forma libre y espontánea; acceden a disponer por separado el uso y goce, la administración de sus bienes, en este contexto, los artículos 179, 180, 182 Ter., 182 Quáter, 182 Quintus, 207, 209, 210 y 211 del Código Civil para el Distrito Federal, se circunscriben a reconocer la existencia de ese acuerdo de voluntades y permiten ejecutar lo ya pactado entre ellos, siempre y cuando los pactos celebrados por ellos sean permitidos por la ley.

Por tanto el matrimonio es un pacto de libertad, en dónde los cónyuges en pleno ejercicio de su libre albedrío manifiestan en tres momentos distintos su voluntad de formalizarlo, el primero cuando ambos están de común acuerdo para contraer nupcias, momento en el cual optan de común arreglo sobre el régimen matrimonial que habrá de regirlos; el segundo, es cuando llenan el formato de solicitud de matrimonio; y el tercero, cuando manifiestan esa voluntad ante el Juez del Registro Civil. Luego entonces, los consortes tienen tiempo suficiente para meditar adecuadamente las consecuencias y alcances de sus actos.

Reconozcamos que nadie mejor que las partes conocen sus verdaderos deseos y sus verdaderas necesidades.

En consecuencia, no puede sostenerse que el cónyuge actor, tenga derecho a la indemnización a que hace referencia el artículo 289 bis del propio Código Civil, si se tiene en cuenta que: 1°. El mismo cónyuge acordó pactar el régimen de separación de bienes en términos de las capitulaciones matrimoniales. 2°. Que él aceptó otorgar dichas capitulaciones matrimoniales. 3°. Que el cónyuge demandante del divorcio, seleccionó voluntariamente el régimen patrimonial sobre la cual se constituyó el matrimonio. 4°. Que ambos consortes se sujetaron a los alcances jurídicos del régimen de separación de bienes, previendo con ello mantener la propiedad, uso, goce y administración de los bienes propios de cada uno de ellos. Luego entonces, si el régimen de separación de bienes se ajusta a la voluntad de las partes manifestada en las capitulaciones matrimoniales celebradas con motivo del matrimonio y, dada la naturaleza contractual de estos pactos,

resulta claro que el régimen de separación, no acarrea renuncia personal a derechos subjetivos públicos, sino simplemente constituye la norma reguladora de un acuerdo de voluntades, por lo que en nuestro concepto se hace improcedente la indemnización en estudio, por lo cual no existe causa suficiente que justifique su existencia. Resultando posible por ende pedir la derogación del artículo en comento.

Por lo que corresponde al segundo aspecto, se advierte que, en el caso, de haber cláusulas contrarias a los fines del matrimonio o lascivas a los intereses de los cónyuges –Vg. Cuando uno de los cónyuges haya de percibir todas las utilidades de los bienes comunes, o, en la que el otro sea responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades; o, en el impedimento de un cónyuge a otro de desempeñar alguna actividad lícita, como la es la libre administración y disposición de los bienes propios.–, pueden recurrir ante el órgano jurisdiccional para nulificarlas.

Por lo que sí los cónyuges gozan con la posibilidad de defensa en caso de lesión que le causaren los pactos matrimoniales, debemos concluir, la notoria improcedencia de nuestra indemnización, por lo tanto, se torna innecesaria en nuestro ámbito jurídico.

Luego entonces, nuestra indemnización se hace incongruente con las demás normas jurídicas que regulan el aspecto patrimonial del matrimonio, máxime si tomamos en cuenta que de la lectura del Código Civil, se desprende que:

– Que la separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después.

– Que son propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuviere por servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria.

– Que en el régimen de separación de bienes absoluto, los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, y por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos.

Estos bienes, por consiguiente, deberán ser empleados preponderantemente para la satisfacción de los alimentos de su cónyuge y de sus hijos, si los hubiere; en caso de que se les deje de proporcionar injustificadamente, éstos podrán recurrir al Juez de lo Familiar, a efecto de que se les autorice la venta, gravamen o renta, para satisfacer sus necesidades alimentarias.

Por lo que ninguno de los cónyuges puede interferir en la administración de los bienes del otro, sin que medie autorización previa del titular de los bienes, por lo que de ninguna manera se podrá prohibir entre

ellos, que cada cónyuge administre sus bienes de acuerdo a sus intereses personales, salvo en la administración de bienes comunes.

– Que mientras no se demuestre que los bienes o utilidades adquiridos por alguno de los cónyuges pertenezcan sólo a uno de ellos, se presume que forman parte de un patrimonio común, dando de esta forma nacimiento a un régimen de separación de bienes parcial o mixto, dónde los cónyuges acceden a los beneficios de la sociedad conyugal.

Circunstancia que se ve reafirmada en términos del artículo 182 Quáter de nuestro orden civil, que interpretado *contrario sensu*, indica que, *los bienes y utilidades adquiridos por uno de los cónyuges pertenecen a este, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales.*

En el régimen de separación de bienes parcial o régimen mixto, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.

Denotándose de lo anterior lo banal de la indemnización en estudio.

Por otra parte, la filosofía jurídica ha venido consagrando el principio de igualdad de derechos entre la mujer y el hombre, suscitando con ello importantes cambios en nuestra legislación civil. Cambios que vienen a poner bajo el mismo pie de igualdad al hombre y a la mujer mayores de edad, en lo que se refiere a la libre administración de sus bienes.

Consecuentemente, si conforme a las disposiciones consagradas en nuestro Código Civil, la mujer casada puede sin necesidad de licencia marital celebrar toda clase de contratos con relación a sus bienes y viceversa, es indudable que la ley considere que ambos cónyuges tengan la capacidad para administrar sus bienes como consideren prudente, esto implica que, si en el contrato de matrimonio ambos cónyuges pactan celebrarlo bajo el régimen de separación de bienes, éste obliga a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias propias de su estado, es decir, la solidaridad, la ayuda mutua, la distribución de las cargas del hogar, los gastos de manutención y auxilio de los consortes y los hijos si los hubiere, no hay razón suficiente que justifique la indemnización objeto del presente trabajo. Máxime que nuestro propio ordenamiento Civil, establece que los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita, sin perjuicio de sus obligaciones en el hogar.

Ahora bien observemos que, sí en términos de lo dispuesto por los artículos 164 bis y 216 del Código Civil, el desempeño de las cargas del hogar se considera contribución económica y, en ninguno de los regímenes del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario por los servicios personales que se presten; nuestra indemnización se torna en notoriamente improcedente.

Aunado a que, en términos del artículo 288, en el caso de divorcio el cónyuge inocente tiene derecho a recibir alimentos, que en la especie constituye una verdadera indemnización derivada del matrimonio, que se suma a la de reparación de daños y perjuicios que el juicio le cause. Es de concluir, la innecesidad de nuestra indemnización en el ámbito legal.

Estamos en condiciones de señalar fehacientemente que, el impedimento de un cónyuge a otro, de desempeñar una actividad lícita, constituye la única causa! de divorcio necesario dónde se puede aplicar válidamente la indemnización establecida por el artículo 289 bis del Código Civil, más no así en las demás causas de divorcio vincular necesario, empero no olvidemos que esta causa no fue tomada en cuenta dentro de la exposición de motivos como razón legislativa para el nacimiento de nuestra indemnización.

Por tanto, no existe causa suficiente para sostener la procedencia de la indemnización a que hace referencia el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, por carecer ésta de vínculo directo con las demás normas propias de la institución del matrimonio, motivo por el cual consideramos como única solución al problema que acarrea el citado numeral del Código Civil para el Distrito Federal, es su necesaria derogación, a efecto de garantizar equidad, seguridad y legalidad jurídica al gobernado.

Por último es de señalar que, sí en verdad queremos una sociedad igualitaria en dónde la mujer y hombre tengan las mismas oportunidades de desarrollo, en la que no exista discriminación de ninguna especie, esta meta no la alcanzaremos con leyes que regulen todos los estados del hombre, en efecto, en ninguno de nuestros ordenamientos legales vigentes antes del 25 de mayo del 2000, no existía precepto legal alguno que dispusiera que la mujer estaría vedada para realizar determinada tarea, actividad que le pareciera o que le prohibiera ocupar cargos públicos, estudiar la carrera que mas le pareciera, razonar, etc.; La desigualdad no se erradica regalando puestos, cúrules o cargos públicos a las mujeres, esto las denigra porque si la mujer es capaz de dar vida esta capacitada para alcanzar todas sus metas.

La única manera de lograr la añorada igualdad, es una adecuada educación para nuestros hijos tanto dentro del seno del hogar como en las aulas, pero tengamos en consideración que las tribus caníbales fueron erradicadas hasta la cuarta década del siglo XX, por lo que educar a una sociedad como la nuestra no será tarea fácil, pero vale la pena intentarlo.

Pero no pretendamos darle a nuestros hijos una educación como la que erróneamente fomentan nuestros políticos y medios de comunicación, deshagamos de frases como: ¡Arriba las mujeres!, ¡Arriba los hombres!, ¡Abajo ellos o ellas!, De las distinciones bizantinas entre Juez y Jueza; Médico o Médica, etc; no pasemos por alto existen palabras en nuestra lengua que no tienen sexo por lo que es incorrecto decir Jueza o Médica; evitemos restringir derechos a los varones e incrementar los femeninos; de los movimientos feministas o del machismo. Por que aceptar este tipo de prácticas hace que se acentúe aun más la discriminación entre sexos.

No debemos de apartarnos de los motivos que dieron nacimiento a la igualdad entre hombre y mujer, su significación dada por las precursoras de este principio Constitucional que desde Sor Juana Inés de la Cruz hasta Frida Kahlo; lucharon no por restarle derechos a los varones, ni por adquirir mayores prerrogativas que su contrasexo, ellas lucharon por tener los mismos privilegios, las mismas oportunidades e idénticas obligaciones.

Partamos de una educación correcta sin distinciones, somos un sólo género el humano, el problema es de fondo y no de forma, veamos por una educación con valores éticos, no de sexenio o moda.

Con base a todo lo señalado, proponemos:

1° Debe de escrutarse la autonomía de la voluntad en el ámbito del acto jurídico familiar, limitada por la moral, las buenas costumbres, el abuso del derecho y el interés familiar. Habida cuenta que estos límites no autorizan a suprimir la libertad entre los cónyuges para pactar el régimen matrimonial que regirá su matrimonio.

2° Se debe de revalorizar la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de derecho, toda vez que ni el mejor legislador, ni la mejor sentencia podrán dar a las partes mejor respuesta que la que ellos mismos se puedan dar.

3° La necesaria derogación del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal.

4° Instituir y regular adecuadamente dentro de nuestro marco civil, al Régimen de Partición de Gananciales como un régimen de carácter optativo a los cónyuges, tal y como ocurre con el de Sociedad Conyugal y Separación de Bienes.

5° Que se realice una verdadera reforma educativa, con valores éticos, sin distinciones de sexo, clase social, color etc.; con el objeto de acabar con la desigualdad en el hogar.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es necesaria la derogación del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, habida cuenta que arruina la esencia del régimen de separación de bienes, que como es sabido es de naturaleza egoísta, dónde los consortes pactan para sí conservar la propiedad de sus bienes presentes y futuros, evitando con ello la celebración de matrimonios por interés.

SEGUNDA.- Se trata de una figura jurídica extraña que rompe con el orden civil, altera a la Institución del matrimonio y contraviene la voluntad de los cónyuges manifestada en las capitulaciones matrimoniales.

TERCERA.- El artículo 289 bis degrada al cónyuge que la reclama a la calidad de doméstico.

CUARTA.- Las normas jurídicas deben de ser claras y congruentes, para que las partes firmantes del contrato de matrimonio, conozcan los alcances y limitaciones de sus pactos, amén de ofrecer seguridad jurídica al gobernado.

QUINTA.- La redacción del artículo 289 bis, no corresponde al sentido real que quiso el legislador, creando con ello una nueva modalidad patrimonial del matrimonio.

SEXTA.- Debe de derogarse el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, a efecto de estar en condiciones de Instituir en

nuestro orden civil, un nuevo régimen matrimonial denominado “de partición de ganancias”, bajo las siguientes directrices:

- Bajo el régimen de partición de ganancias, los cónyuges podrán participar al disolverse el vínculo matrimonial hasta del 50% de las mayores o más cuantiosas adquisiciones de bienes que hayan ganado.
- Durante el matrimonio los cónyuges administrarán y dispondrán de sus bienes en términos del Capítulo VI del Código Civil.

Por consiguiente durante el matrimonio funcionará como el régimen de separación, pero al disolverse éste por divorcio o muerte, se reconocerá a cada cónyuge el derecho a participar en los bienes adquiridos por el otro, en el lapso que duró el matrimonio, hasta igualar los patrimonios de ambos.

- Está separada la responsabilidad de cada esposo frente a terceros, a la finalización del régimen matrimonial.
- Para su liquidación sólo se tomarán en cuenta los saldos líquidos activos de los bienes adquiridos por cada cónyuge, sumándose y distribuyéndose por mitades.
- La negligencia o falta de probidad imputable a uno de los cónyuges, respecto de la administración de bienes propios, que ocasionen que el saldo líquido de sus adquisiciones sea inferior al 15% en relación con los adquiridos por su consorte reducirá hasta en 20% en su contra, el porcentaje a repartir de los bienes que le correspondan del otro que hubiere

adquirido mayores ganancias. El Juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio o ad intestato, habrá de resolver atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

- En caso que se demuestre que alguno de los cónyuges haya ocultado parcial o totalmente bienes de su propiedad, perderá éste todo derecho respecto de los bienes del otro. Quedando a salvo los derechos del cónyuge inocente de participar de los bienes del culpable.

SÉPTIMA.- Debe de reformarse el artículo 178 de nuestro ordenamiento civil para quedar de la siguiente manera: El matrimonio debe de celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal, de separación de bienes o partición de ganancias.

OCTAVA.- Se debe de revalorizar la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de derecho, toda vez que ni el mejor legislador, ni la mejor sentencia podrán dar a las partes mejor respuesta que la que ellos mismos se puedan dar, por lo que el Estado debe de velar por el cumplimiento de la voluntad de las partes al plasmada en las convenciones matrimoniales, debiéndose además de abstenerse de intervenir en los conflictos matrimoniales relativos al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos.

NOVENA.- La desigualdad entre hombre y mujer no la erradicaremos con leyes que regulen todos los actos del hombre. La discriminación derivada por la nula paridad de género, racial, de clase, étnica, etc. la lograremos suprimir únicamente con una adecuada educación con valores éticos y culturales.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

DOCTRINA

1. Autores Varios. Derecho de Familia, Volumen I. José María Bosch, Editor, S.A.; Tercera Edición (Reimpresión Actualizada). Barcelona, España. 1990.
2. Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Editorial Harla. México. 1983.
3. Bonnecase, Julien. Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Nociones preliminares, Personas, Familia, Bienes (Traducción por el Licenciado José M. Cajica, jr.). Cárdenas, Editor y Distribuidor. Tijuana, Baja California, México. 1985.
4. Briseño Sierra, Humberto. Derecho Procesal Civil. Segunda Edición. Colección Juristas Latinoamericanos, Editorial Harla. México. 1995.
5. Carbonnier, Jean. Derecho Civil. Estudio Introductorio, y Traducción de la Primera Edición Francesa con adiciones de conversión al Derecho Español por Manuel M.^a Zorrilla Ruiz. Tomo II, volumen III, Situaciones Extracontractuales y Dinámica de las Obligaciones. Casa Editorial BOSCH. Barcelona, España. S.f.
6. Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho (Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas familiares). Editorial Porrúa. Quinta Edición. México. 1999.
7. De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México. 1993.
8. De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción- Personas-Familia. Volumen I. Editorial Porrúa. Decimoséptima Edición, Revisada y actualizada por Rafael De Pina Vara. México. 1992.
9. Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Núm. 15. 28 de abril del 2000. S.E.
10. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez.; Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1993.
11. Fornés de la Rosa, Juan. Derecho Matrimonial Canónico. Editorial Tecnos, S.A.; Primera Edición. Madrid, España. 1990.
12. Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso, parte general personas, familia. Editorial Porrúa. Novena Edición. México. 1989.

13. García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésimo tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1992.
14. Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Quinta Edición. Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla. México. 1991.
15. González, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. Editorial Trillas. Séptima Edición. México. 1990.
16. Guastavino, Elías P. Derecho de Familia Patrimonial, Tomo II. Editores Rubinzal y Culzoni S.C.C.; Segunda Edición. Argentina. 1985.
17. Lledo Yagüe, Francisco y otros. Compendio de Derecho de Familia. Editorial DYKINSON, S.C.; Madrid. 2000.
18. López Del Carril, Julio J. Derecho de Familia. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1984.
19. Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México. 1998.
20. Mazeud, Henri y Mazeud, Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volumen IV. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Editorial José M. Cajica Jr.; Puebla, México. 1946.
21. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Editorial Librería Jurídica Wilches. Segunda Edición. Santa Fe de Bogota, Colombia. 1991.
22. Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1984.
23. Orizaba Monroy, Salvador. Matrimonio y Divorcio Efectos Jurídicos. Editorial Pac. Primera Edición. México. 2001.
24. Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa. Tercera Edición. México. 1981.
25. Peniche López, Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa. Decimoctava Edición. México. 1984.
26. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos. Duodécima Edición. Editorial Porrúa. México. 1980.
27. Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Novena Edición. México. 1998.

28. Sánchez Márquez, Ricardo. Derecho Civil (Parte General, Personas y Familia). Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1998.
29. Sánchez Medal, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1979.
30. Torralba, Vicente. Derecho Civil, Volumen I (Para Ciencias Económicas y Empresariales). Editorial EUB, S.C.; Barcelona, España. 1995.
31. Trejo Guerrero, Gabino. Código Civil para el Distrito Federal. Prólogo, Revisión y Comentarios. Editorial Sista. México. Agosto del 2000.
32. Vidal Taquín, Carlos H. Régimen de Bienes en el matrimonio. Tercera Edición. Segunda Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1993.
33. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1994.

LEGISLACIÓN

34. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México. 1992.
35. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México. 2003.
36. Código Civil para el Distrito Federal. Agenda Civil del D.F.; Ediciones Fiscales Isef. México. 2004.
37. Código Civil para el Distrito Federal. Agenda Civil del D.F, Ediciones Fiscales Isef, México, 1998.
38. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Ediciones Fiscales Isef. México. 2004.

JURISPRUDENCIA

39. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Octava y Novena Épocas. Apéndices de 1917-1954 a 1917-1995. "IUS 2002", CD-1, Jurisprudencia y Tesis Aisladas. México. Segundo Semestre 2002.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

40. De Pina, Rafael, y Rafael De Pina Vara. Diccionario de Derecho. Décimo Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1985.
41. Diccionario Enciclopédico Quillet, Tomos VII y X. Doceava Edición. Editorial Cumbre S.A.; México. 1983.
42. Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen II. Primera Edición. Editorial Civitas. España. 1995.
43. Ramírez Gronda Juan D. Diccionario Jurídico. Décima Edición Actualizada, Bajo la Dirección de la Dra. Ana María Cabanallas. Editorial Claridad S.A., Argentina. 1988.
44. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Cuarto Tomo. Novena Edición. Editorial Porrúa. México. 1996.

INTERNET

45. Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 1232-I, martes 15 de abril de 2003. Que reforma diversas disposiciones del Código Civil Federal, para que en caso de divorcio quien haya realizado labores domésticas pueda reclamar hasta 50% de los bienes del otro. Página Internet: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/58/2003/abr/Anexo-I-15abr.html#Batres>.
46. Efectos Patrimoniales del Matrimonio. Tipeotextos. Fuente: <http://robertexto.miarroba.com>. O en la siguiente Dirección: http://www.membersfortunecy.es/robertexto/archivo/efec.patrim.matrim_1.htm
47. "Tasa de participación en el Trabajo Doméstico por Entidad Federativa según sexo y grupos de edad, 2002". Dirección en Internet: <http://www.inegi.gob.mx>
48. Ponencia titulada "Desaparición de la Separación de Bienes como Régimen Conyugal". Presentada en el Congreso Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, celebrado en la ciudad de Querétaro, por los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Querétaro: María Luisa Rentería de González y J. Jesús Castellanos Malo. Fuente: Revista Vínculo Jurídico. Número 23, Julio-Septiembre 1995. Página de Internet: <http://www.ciu.reduaz.mx/vinculo/webvjrj/rev32-4.htm,,>
49. RENDÓN HERRERA, Sesilú. Tipos de Divorcio. Universidad Abierta. Pág. 3. Página en Internet: <http://www.universidadabierta.edu.mx>