



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

LA DESNATURALIZACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL
DE SEPARACIÓN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CARLOS ENRIQUE ARENAS HERNÁNDEZ

ASESOR:

LIC. EDUARDO TEPALT CERVANTES



SAN JUAN DE ARAGÓN

ABRIL 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A G R A D E C I M I E N T O S

- A DIOS:* Quiero agradecerle al todo poderoso por permitirme llegar al momento mas importante de mi vida en compañía de todos mis seres queridos, porque siempre me ha dado salud a través de toda mi vida de estudiante y porque sin su ayuda nunca hubiera podido llegar a este momento.
- A LA UNAM:* Quiero agradecerle y dedicarle esta tesis a mi Universidad, porque en sus aulas he vivido los mejores momentos de mi vida, por darme la oportunidad, el orgullo y la satisfacción de pertenecer a esta la *MAXIMA CASA DE ESTUDIOS* y por formarme como lo que soy ahora un profesionista.
- A MIS PADRES:* Esta tesis va dedicada con todo mi amor, respeto y cariño a ustedes, las dos personas mas importantes en mi vida Lilia y Fernando por todo el apoyo que me han brindado a lo largo de toda mi vida de estudiante, porque sin su apoyo y consejo nunca hubiera podido llegar a este momento y porque me han dado la mejor herencia que pueda recibir una carrera profesional de todo corazón *GRACIAS PAPAS.*
- A MIS HERMANOS.* Por todo el apoyo, consejo y motivación que he recibido por parte de ustedes en las buenas y en las malas, porque gracias a los consejos que me han dado he llegado a cumplir la mas grande de mis metas ser Licenciado en Derecho de antemano Gracias Berenice y Fernando.
- A MI ASESOR:* Por la ayuda, consejo y asesoramiento que recibí de parte usted en la realización de esta tesis y porque gracias a usted pude culminar mi vida de estudiante, con admiración y respeto Gracias Lic. Eduardo Tepalt Cervantes.

*A LA LIC. MARIA
DEL CARMEN:*

Por todo el apoyo que he recibido de usted en mi vida personal y profesional de manera incondicional y desinteresada, porque gracias a su ayuda he culminado una etapa de mi vida y porque siempre ha estado conmigo en las buenas y en las malas, con cariño y respeto Gracias Lic. MariCarmen.

A MIS AMIGOS:

A ustedes va dedicada esta tesis amigos de la Facultad, porque a su lado he pasado los momentos mas bonitos de mi vida, porque siempre nos apoyamos como Universitarios y por todos los momentos inolvidables que hemos vivido, por eso y mas va por ustedes banda.

LA DESNATURALIZACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

Introducción.....	I
CAPÍTULO 1	
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL	
1.1 Derecho Romano.....	1
1.2 Derecho Francés.....	2
1.3 Derecho Español.....	7
1.4 Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870..	11
1.5 Código Civil de 1884.....	17
1.6 Ley de Relaciones Familiares de 1917.....	18
1.7 Código civil para el Distrito Federal de 1928.....	23
CAPÍTULO 2	
MARCO CONCEPTUAL DEL MATRIMONIO	
2.1 Naturaleza jurídica y concepto de matrimonio.....	29
2.1.1 Matrimonio-Contrato.....	31
2.1.2 Matrimonio-Institución.....	33
2.1.3 Matrimonio-Acto de Poder Estatal.....	35
2.1.4 Matrimonio-Estado Jurídico.....	36
2.1.5 Matrimonio-Acto Jurídico.....	37
2.2 El Régimen Patrimonial en el Matrimonio.....	38
2.3 Clasificación de los Regimenes Patrimoniales del Matrimonio.....	39
2.4 Las Cargas del Matrimonio.....	41
2.4.1 ¿Cuáles son las cargas familiares?.....	42
a) La vivienda familiar.....	42
b) Alimentos.....	43
c) Educación y formación de los hijos.....	44
d) Administración de los bienes de los hijos.....	44
e) Manejo del hogar.....	45

f) Unidad de las cargas.....	45
2.4.2 ¿Como se distribuyen la cargas familiares?.....	46

CAPÍTULO 3

EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

3.1 Naturaleza del Régimen de Separación de Bienes.....	48
3.2 Características del Régimen Patrimonial de Separación de Bienes en el Matrimonio.....	49
3.2.1 Atendiendo a su fuente.....	49
a) Régimen legal alternativo.....	49
b) Régimen legal sancionador.....	49
c) Judicial.....	51
d) Consensual.....	53
3.2.2 Atendiendo a su momento de creación.....	56
3.2.3 Atendiendo a su duración.....	57
3.2.4 Atendiendo a su mutabilidad.....	57
3.2.5 Atendiendo a su publicidad.....	60
a) Registro Civil.....	60
b) Registro Público de la Propiedad.....	61
c) Registro Público de Comercio.....	61
3.3 Clasificación del Régimen de Separación de Bienes en México.....	62
3.4 Diferencia entre Régimen de Separación Absoluta y Parcial según el Código Civil para el Distrito Federal.....	64
3.5 Terminación y Liquidación del Régimen de Separación de Bienes.....	67

CAPÍTULO 4

CONTRADICCIÓN DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN RELACIÓN AL CONCEPTO DE SEPARACIÓN DE BIENES.

4.1 Aproximación teórica al régimen de separación de bienes.....	72
4.1.1 Autonomía patrimonial.....	72

4.1.2 La exclusividad en la gestión, disfrute y disposición.....	73
4.1.3 La responsabilidad independiente por deudas.....	74
4.2 Separación de Bienes. Razones para una elección.....	75
4.2.1 Ventajas.....	76
4.2.2 Inconvenientes.....	77
4.2.3 Supuestos de posible conveniencia.....	78
4.3 Decreto por el que se reformó el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de fecha veinticinco de mayo del año dos mil.....	83
4.4 La creación del artículo 289-bis y las dificultades de su aplicación en la Legislación Civil del Distrito Federal.....	86
4.5 Propuesta.....	103
Conclusiones.....	106
Bibliografía.....	110

Introducción

Para poder establecer normas jurídicas que tutelén apropiadamente la institución del matrimonio, es necesario atender, en el momento de crear o modificar cualquier norma relacionada con ésta, diferentes aspectos que van más allá de lo meramente jurídico o legal, ya que en ningún momento debemos perder de vista, que la legislación sobre Derecho familiar tutela intereses que van más allá de los económicos o patrimoniales.

Ahora bien, partiendo de esta óptica, es necesario señalar que quienes acuden a la institución matrimonial, lo hacen por razones mucho más trascendentales que meramente firmar un contrato. Quien contrae matrimonio lo hace porque desea compartir con una pareja el resto de su vida, esto no implica solo vivir en la misma casa, sino establecer una comunidad de bienes, de afectos, formar una familia procreando hijos que sean de los dos, y unir esfuerzos para conseguir una vida mejor, tanto para la pareja como para los hijos. Los que se unen en matrimonio, por lo general son parejas que luchan juntos, y trabajan para un fin común; asimismo, sobrellevan juntos las cargas de la vida, se ayudan mutuamente, y educan a sus hijos de la mejor manera.

En muchos casos, el esfuerzo común de los cónyuges, produce y mejora su situación económica, ya que adquieren bienes materiales que van desde el menaje de la casa (a veces modesto, a veces no tanto), adquisición de un inmueble que va a ser el hogar conyugal, y en algunos casos, llegan a obtener mayores bienes de fortuna. Todo esto se logra a través de la labor de ambos cónyuges, ya sea que aporten bienes valorables en dinero, trabajen fuera del hogar, o porque solamente uno de ellos se dedique a las labores domésticas y al cuidado de los hijos; lo cual de ninguna manera debe desdeñarse, puesto que a pesar de que no rinda frutos aparentes tal función, desde el punto de vista económico o pecuniario, no debe soslayarse, toda vez que esta actividad permite dar estabilidad a la familia, dado que el cónyuge que trabaje puede

dedicarse a su labor con la seguridad de que los hijos están bien cuidados y atendidos por su consorte, y que al regresar al hogar, después de una jornada de trabajo, serán atendidas todas sus necesidades de afecto, alimentación cuidado personal, etc; sin que sea óbice mencionar, que el dinero que aporte para la manutención de la familia será administrado por la esposa, quién en la mayoría de los casos asumirá la tarea de cuidar del gasto familiar, para que alcancen los recursos de todas las necesidades. No hay que olvidar que el hecho de que el hombre pone casa pero normalmente es la mujer quien forma el hogar.

El análisis realizado en la presente investigación, pretende abordar con las lógicas limitaciones derivadas de un trabajo, un problema jurídico originado con las reformas que sufrió el Código Civil para el Distrito Federal el veinticinco de mayo del dos mil, específicamente con la creación del artículo 289-bis, en virtud de que consideramos, alteran la naturaleza jurídica del régimen patrimonial de separación de bienes, ya que establecen básicamente que el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos será considerado como una aportación económica, y que aquél cónyuge que durante el matrimonio no realizó actividad remunerada y se dedicó al hogar y a los hijos y por consiguiente, no obtuvo bienes propios o los que alcanzó son notoriamente inferiores a los del otro cónyuge, podrá demandar de este, junto con el divorcio, hasta el cincuenta por ciento de sus bienes por concepto de **indemnización**.

Y es precisamente bajo este contexto, lo que pretendemos alcanzar con el contenido de esta tesis, es destacar, que si bien las modificaciones que se hicieron fueron pensadas con buena intención para reconocer el trabajo en el hogar, no puede pasar inadvertido, la problemática que implica usar el término **indemnización** de un cónyuge para el otro, ya que no comprendemos en que puede consistir la conducta dañosa de un cónyuge para el otro, ya que la indemnización procede cuando una persona ha sufrido un daño en cualquiera

de sus dos aspectos pecuniario o moral, y en este caso no hay daño que reparar.

De igual manera, se pretenderá analizar, la compensación económica, en donde el fin es lograr evitar una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos cónyuges que implique un enriquecimiento injusto, lo que comprende esta figura jurídica es el equilibrio entre ambos patrimonios.

Este trabajo consiste, principalmente, en una crítica a la inclusión del artículo 289 bis en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, que se llevó a cabo por decreto publicado el 25 de mayo del año 2000 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y que tiene por objeto establecer una **indemnización** en caso de divorcio, siempre que se actualicen los supuestos en él consignados.

Con la inserción de este dispositivo legal se puede apreciar cómo el legislador cambia el concepto y la naturaleza del régimen patrimonial del matrimonio de separación de bienes en su totalidad. Puede apreciarse que la intención de la reforma, es evitar un problema social muy común en nuestro país, consistente en que un cónyuge se aproveche del otro que se ha dedicado a la atención del hogar, que por lo general son las mujeres, dejándolas desprotegidas. Sin embargo, no se tomó en cuenta que provocan incertidumbre jurídica para aquél cónyuge que realiza actividad remunerada o desempeña algún oficio o profesión, ya que al dedicarse a su actividad y dejar a su cónyuge en el hogar (de acuerdo al término) le produce un **daño**, mismo que deberá ser reparado si el matrimonio llegase a disolverse, en virtud de que la **indemnización** es reparar el daño o regresar las cosas al estado que se encontraban antes.

En ese orden de ideas, con nuestra propuesta, consideramos que no se desnaturaliza la separación de bienes, puesto que con la **compensación** trataremos de equilibrar el patrimonio de ambos cónyuges, para que en la

eventualidad de que el matrimonio llegase a disolverse puedan enfrentar el futuro de manera decorosa sin la dependencia económica de su exconyuge, sobre todo quien se ha dedicado al cuidado del hogar y de los hijos.

Partiendo de esta óptica, para que opere tal prestación en la demanda de divorcio el juez deberá tomar en cuenta que, solo entraran los bienes que han adquirido los cónyuges durante el matrimonio y lo mas importante aún el tiempo de duración del mismo para determinar hasta que porcentaje de bienes le corresponde por concepto de **compensación**, es por eso que consideramos que con la **compensación** se da una mayor claridad a la prestación que se podrá demandar y por lo tanto no se desnaturaliza el régimen de separación de bienes.

La presente investigación tiene como objetivo por un lado hacer un análisis de cómo los Códigos Civiles del Distrito Federal han regulado el régimen patrimonial de separación de bienes, y las razones por las que ha surgido dichas reformas, lo cual es importante para justificar el desarrollo que se ha tenido, en especial, al genero femenino, pues en la actualidad se ha desarrollado y ha crecido en distintos ámbitos, por lo que resulta necesario adecuar las normas para que atiendan las circunstancias vigentes; y por otro lado la problemática surgida con la inserción del artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal en cuanto a los alcances que tiene la llamada indemnización, y ¿por qué se debe cambiar el término por el de **compensación**?

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL

1.1 Derecho Romano

El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer que llevan como principal propósito el integrar una comunidad conyugal de vida; pero como toda comunidad requiere de bienes, dentro de la legislación se ha tomado como consideración el régimen matrimonial de bienes para reglamentarlo, según época y lugar.

“En Roma encontramos el matrimonio *“cum manu”* en el cual la mujer ingresaba a la familia del marido y todos los bienes eran adquiridos por éste. Este matrimonio fue sustituido por el *“sine manu”* por el cual la mujer conservaba todo su patrimonio y el marido no tenía derecho alguno sobre él; en este régimen la mujer no ingresaba en la familia del marido sino que continuaba sometida a la potestad paterna.”¹

Si el matrimonio se celebraba *cum manu*, la mujer dependía absolutamente del marido en virtud de potestad legal y carecía de acervo propio. Salía de su familia y entraba en la del marido y si éste no era *sui iuris*, quedaba sujeta a la potestad del *pater familias* como si fuera una *filia familias*. No obstante, si tenía bases, éstos pasaban a propiedad del marido *dotis nomine*.

Si el matrimonio era *sine manu*, la mujer tenía patrimonio independiente. De tal forma, teniendo cada cónyuge sus bienes, rara vez confiaba la administración de sus bienes al marido. Pero para que hubiere contribución de la mujer a los gastos del hogar se estableció la obligación por parte del padre o de algunos parientes de la mujer o de ella misma, de donar al marido un

¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho, 5ed, Porrúa, México, 1999, p. 180.

conjunto de bienes para solventar las necesidades de la familia, lo que originó el régimen dotal. Por lo tanto, existían tres clases de bienes. Unos que pertenecían en exclusiva al marido; otros a la mujer que los administraba; y los terceros, los dotales, que pertenecía a la familia para solventar los gastos que administraba el marido.

Gradualmente la dote terminó por ser considerada como bien de la mujer, por lo cual el marido tenía en realidad el usufructo.

“La mujer podía tener otros bienes: los parafernales. En el derecho postclásico surgió la *donatio ante nuptias*, o donación que el esposo hacía a la esposa en vista del matrimonio. Justiniano permitió que esa donación fuese aumentada o hecha durante el matrimonio; así apareció la *donatio propier nuptias*.”²

1.2 Derecho Francés.

Nos referimos ahora, pues, al derecho civil francés anterior al código de 1084, es decir, el que se elaboró durante la Edad Media en primitivas leyes escritas y costumbres orales, para luego alcanzar una organización sistemática de mayor jerarquía en las costumbres redactadas, en las ordenanzas reales, en la jurisprudencia de los parlamentos y en la doctrina de los autores, a partir del luminoso siglo XIII y hasta la Revolución.

El régimen de comunidad, sobre cuyo origen no hay aún completo acuerdo en los historiadores del derecho, empieza a caracterizarse en Francia como institución jurídica de perfiles netos, según algunos, durante la sociedad federal y como un corolario de las *compañías de siervos*, en las cuales había indivisión entre todos los miembros de una familia que vivían bajo el mismo techo sujetos a la autoridad de uno de los miembros del grupo. De la

² VIDAL TAQUIN, Carlos, Régimen de Bienes en el Matrimonio, 3ed, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 26

costumbre de considerar a los individuos de una familia como integrantes de una asociación o compañía, se habría pasado, al producirse la liberación de los siervos, a juzgar que el marido y la mujer eran algo así como condóminos de los bienes.

A este respecto es interesante recordar y se lo cita a menudo un texto del *Grand Coutumier de France*, donde se dice: “Si dos cónyuges permanecen juntos durante un año y un día sin efectuar división ni protesta, adquieren ambos comunidad sobre muebles y ganancias; y si tienen un hijo y luego uno de ellos pasa a mejor vida y el hijo permanece con el sobreviviente sin hacer inventario, partición ni división, todo lo que el sobreviviente haya ganado entra en comunidad con el hijo. Pero supongamos que el sobreviviente se vuelve a casar en tal estado, statim matrimonio contracto, los tres estarán en comunidad respecto de los bienes, de modo que si falleciere el sobreviviente que se volvió a casar, su hijo tendrá dos partes, y una el último cónyuge supérstite.”³

De acuerdo con esa opinión doctrinaria, el régimen comunitario parece más bien ser una consecuencia de la cohabitación y no del matrimonio, y ello vincula su creación original con la clase plebeya y no con la noble.

El régimen de comunidad encuentra su primer expositor en Beaumanoir, el gran jurista del siglo XIII.

“En la Edad Media correspondía a la mujer calidad de asociada, para lo cual habría que reconocer como causa principal la influencia del cristianismo, fuertemente contradicha por otros autores.

Ya en esa época, pues, se comienza a cambiar el oscuro régimen de la comunidad familiar por el de la comunidad conyugal, Para expresarlo en pocas

³ GUGLIEMONE HORACIO, Aquiles, Régimen Patrimonial del Matrimonio, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 71.

palabras, el sistema se presentaba así: a) Se reconocía la existencia de tres patrimonios, uno propio de cada cónyuge (los inmuebles que ya poseía al casarse y los que después recibiría por sucesión o donación, y los muebles de uso personal o reservados por convención) y un tercero común, integrado por todos los demás bienes, incluyendo los muebles no personales ni reservados, y sobre el que recaían todas las deudas mobiliarias; b) El marido era el *mainburnisseur* de la comunidad, el administrador; tenía también similares poderes sobre los propios de la mujer; porque la comunidad era usufructuaria de todos los propios; c) Tenía facultades de disposición sobre los muebles de forma muy amplia, pero no sobre los inmuebles gananciales, respecto de los cuales la mujer tenía idénticos poderes, según regla respetada rigurosamente; ello determinaba que ambos cónyuges debieran actuar juntos en los contratos a título oneroso y gratuito, donde la mujer entonces realmente como una *socia mariti*. La comunidad de bienes, que por lo menos rigió en algunas regiones de Francia según el testimonio de Beaumanoir, tuvo al parecer una rápida decadencia, pues Bouteiller, que escribía en el siglo XIV, no se refería a ella sino para informarnos que la mujer gozaba de la facultad de sustraerse a las deudas mediante su renuncia a los muebles.”⁴

De ese modo, el marido adquiere sobre los bienes de la familia una propiedad cada vez más plena, y las figuras nuevas del derecho a renunciar a los gananciales, la facultad de obtener la separación de bienes, el beneficio de competencia, la hipoteca legal, la teoría de las recompensas, son en realidad otras tantas atenuaciones que sufre la comunidad primitiva, donde los patrimonios de los cónyuges no estaban separados, donde cada uno carecía de partes determinadas en la masa común, donde los esposos tenían iguales poderes y responsabilidades.

“Meynial, entre esos autores, señala la importancia que sobre el punto cabe adjudicar a dos acontecimientos jurídicos. Uno de ellos ha sido la facultad

⁴ Ibidem, p. 82

reconocida a los acreedores de embargar los inmuebles de sus deudores, pues antes sólo podías obtener esa medida sobre los muebles. Esa reforma produjo un impacto lógico en la condición patrimonial de los cónyuges, ya que si cada uno de éstos sólo arriesgaba anteriormente los bienes de menor valor (los muebles), en adelante veía comprometidos sus recursos fundamentales, que entonces eran los inmuebles. La mera posibilidad de que un cónyuge genere una obligación en el otro y, consiguientemente, ponga en peligro su patrimonio sustancial, mueve la desconfianza y conduce al individualismo. Por ello, para proteger al marido contra las obligaciones asumidas por la mujer, sometiéndose a ésta a una incapacidad y tutela que en algo hacía recordar al *mundium* germánico. Y para proteger a ella de la mala administración del marido, se sancionaron normas que garantizaban el *donaire*- al que nos referimos enseguida-, estableciendo, por ejemplo, que si la mujer renunciaba a la comunidad, podía obtener su *donaire* íntegro sobre los inmuebles del marido, con privilegio frente a los acreedores de éste.⁵

El otro acontecimiento jurídico trascendental fue que las mujeres comenzaron a tener capacidad de derecho para adquirir inmuebles por sucesión, los cuales aportaban luego en dote al casarse.

Como acabamos de decir, en esa evolución del régimen francés de comunidad no debe olvidarse otro instituto que desarrollase paralelamente e influyó por cierto en aquél. Nos referimos al *donaire*, que consistía en el derecho de la esposa a recibir, cuando el fallecimiento del marido, el goce de una parte de los bienes propios de éste, salvo que el matrimonio no se hubiera consumado.

Al redactarse las costumbres por escrito, el régimen francés de comunidad se hallaba asentado sobre bases muy semejantes a las que después se inscribieron en el código Napoleón. El marido era el administrador

⁵ Cfr. Ibidem, p. 76.

de los bienes comunes y también de los bienes propios de la mujer. “La comunidad comprendía todos los muebles y las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio, y esos bienes se dividían entre los cónyuges o sus sucesores al disolverse la unión. Respecto de ellos regía el adagio *Le mari est seigneur et maître de la communauté*, y se le reconocía el derecho de enajenarlos a su sólo arbitrio por actos entre vivos a título oneroso.

A partir del siglo XVI, la transformación operada en el régimen de los bienes, quizás por conjunción de la incapacidad de la mujer (que determinaba la representación de ella por el marido) y la administración del hogar reconocida al marido desde antiguo, dio lugar a que la mayoría de las costumbres redactadas sentasen los siguientes principios, demostrativos del fortalecimiento del derecho del hombre: 1º) el marido posee sobre los gananciales un poder de disposición igual al que ya le correspondía sobre los muebles; puede gravarlos y enajenarlos sin el concurso de la mujer, y ese acervo responde por cualquier deuda que él contraiga (o sea, que las deudas del marido son obligaciones de la comunidad). 2º) Por otra parte, toda obligación de la comunidad es deuda del marido, aún cuando haya sido contraída por la mujer, entonces, pues, cobra renovado vigor la vieja idea del mandato tácito, ya conocida por los romanos y que permitía a la mujer obligar a la comunidad y al marido por las obligaciones originadas en el gobierno del hogar, sin que con ello afectara sus propios bienes.”⁶

Finalmente con la desaparición de la incapacidad de la mujer casada cabe preguntarse si esa ficción forzada, dirigida a sostener el concepto de comunidad a ultranza, debe mantenerse, no obstante la realidad luminosa de que los bienes adquiridos durante el matrimonio son exclusivos de cada cónyuge a cuyo nombre figuran en el título, con una propiedad plena si los actos gratuitos le son autorizados, o imperfecta a menos plena si no lo son. De todos modos en la práctica de la institución se observa a alguien que administra

⁶ Idem.

y dispone sin obligación de rendir cuentas y a otra persona que carece de toda facultad completa sobre los bienes.

1.3 Derecho Español

En el Derecho español antiguo no hay datos seguros sobre el régimen de bienes del matrimonio. La costumbre indígena de España al tiempo de la invasión romana, era que los hombres llevaban la dote a sus mujeres, y no éstas a sus maridos, representando un vestigio de la antigua compra de la mujer. Así ocurría, al parecer, entre los celtíberos.

“En la época visigótica sobreviven con gran arraigo las arras (dote) del varón. La forma más común y de mayor antigüedad fue la comunidad de ganancias regulada por una ley atribuida a Recesvinto e incorporada al *Fuero Juzgo*.”⁷

En todas las fuentes del derecho hispano –*Fuero Real, Participadas, Ordenanzas Reales de Castilla, Nueva y Novísima Recopilación* –, encontramos el régimen de comunidad de gananciales. Se consideraba al matrimonio, desde en punto de vista patrimonial, como una sociedad integrada por los cónyuges en la que se distinguían los bienes propios de cada esposo y los bienes gananciales, que pertenecían a ambos cónyuges, los que, a la disolución del matrimonio, se distribuían por mitades entre los cónyuges, o entre el supérstite y los herederos del difunto.

Se consideraban propios los bienes que eran de propiedad de los cónyuges antes de contraer matrimonio; los que adquirían por herencia, legado o donación durante el matrimonio; los subrogados; las donaciones

⁷ PEREZ GONZALEZ, Blas, et. al, Enneccerus – Kipp – Wolf, Tratado, nota al párr. 4º, p. 285 y ss.; Rébora, Instituciones, t. III, p. 34, advierte que en el Fuero Juzgo no se encuentra ninguna idea sobre sociedad entre cónyuges.

remuneratorias que se hicieren a los cónyuges por sus méritos particulares; los comprados con dinero dotal con consentimiento de la mujer; el derecho real de usufructo y los derechos personales de alguno de los cónyuges; los bienes vendidos con pacto de retroventa y que en virtud de él recupera el cónyuge después de casado; los que adquiría el marido por medio de servicios militares o los que le daba el gobierno en recompensa de ellos; las mejoras realizadas con elementos extraídos de los bienes o las que se realizaron por la acción del tiempo o de la naturaleza.

Eran gananciales los bienes que los esposos adquirían en común durante el matrimonio mientras vivían juntos; los propios que se encontraban mezclados y confundidos sin poder establecer su carácter de tales; los frutos de los usufructos que tuviere alguno de los esposos; los que adquiría el marido por servicios militares o castrenses y las recompensas del gobierno, siempre que sirviere sin sueldo.

“Se admitió la institución de la dote, reputada bien propio de la mujer y que las *Partidas* (ley I, tít. XI, Part. 4) definían: “El algo que da la mujer al marido por razón del casamiento.”⁸

“Para regular la cantidad de la dote se tomaba en cuenta la importancia de los bienes del donante, el número de hijos que tenía, la dignidad de las personas y las costumbres del país. La dote no podía ser superior a la legítima que correspondía a la hija, y si excedía de ella se reputaba inoficiosa; nadie podía dar ni prometer por vía de dote ni de casamiento de hija el tercio ni el quinto de sus bienes.”⁹

Se distinguía entre dote adventicia y profecticia. La primera era aquella que daba la mujer por sí de sus bienes, o su madre o pariente que no fuere de

⁸ VIDAL TAQUIN, Carlos, op. cit. p. 70

⁹ Diccionario Razonado de Legislación, Escriche, España, 1990, p. 577.

la línea derecha o algún extraño; la segunda era la que salía del padre de la contrayente, o del abuelo, o de otras personas que como éstos pertenecían a línea derecha. También se clasificaba la dote en estimada e inestimada; en necesaria y voluntaria.

Cuando el matrimonio se disolvía, ya fuera por muerte de alguno de los cónyuges o por cualquier otra causa legal, la dote debía restituirse a la mujer o a su representante, o al donante o a la persona designada en caso de haberse constituido con pacto de reversión. El marido, o sus herederos, debía restituir la dote, fuese adventicia o profecticia, siempre que no hubiere pacto en contrario. La mujer tenía una hipoteca tácita sobre los bienes del marido para la devolución de la dote, gozando además del privilegio.

“Según la ley XXV, título XI, Part. 4, estableció que la administración de la comunidad correspondía al marido, quien podía enajenar sin consentimiento de la mujer los bienes gananciales; efectuar donaciones moderadas, siempre que no fueran maliciosas con el objeto de defraudar a la mujer.”¹⁰

En cuanto a la disolución, “la *Novísima Recopilación* establecía que los gananciales de la comunidad se dividían por mitades y en partes iguales entre los esposos o sus herederos, sin consideración del capital propio de los cónyuges y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bien alguno o hubiere llevado menos bienes que el otro.”¹¹

Por otra parte, es oportuno dar a conocer los principales lineamientos del Código de 1884, ya que con el artículo 1965’ se autorizó a que se celebrara el matrimonio, bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. La sociedad conyugal podía ser voluntaria o legal (art. 1967’); la primera se regía por las *capitulaciones matrimoniales* respectivas. Siempre que faltaban

¹⁰ Idem

¹¹ VIDAL TAQUIN, Carlos, op. cit. p. 75.

capitulaciones expresas se entendía, en los términos del artículo 1996' "celebrado el matrimonio bajo la condición de sociedad legal". Se admitía separación de bienes absoluta o parcial y se estableció (art. 1978') que "se llaman *capitulaciones matrimoniales* los pactos que los esposos celebran para constituir, ya sociedad voluntaria, ya separación de bienes, y para administrar éstos en uno y en otro caso."¹²El capítulo tercero estableció todos los pactos que debía contener una *sociedad voluntaria* (art. 1986'). Los artículos 1977' y ss., cómo funcionaba una *sociedad legal*. El capítulo quinto cómo se administra la misma, y el sexto las reglas a seguir en caso de liquidación. Hablamos del séptimo de la separación de bienes, el octavo de las donaciones antenuptiales, el noveno de las donaciones entre consortes y los capítulos del X al XIII formularon toda una teoría de la dote, definida por el artículo 2119' como "cualquier cosa o cantidad que la mujer u otro en su nombre, da al marido con el objeto expreso de ayudarle a sostener las cargas del matrimonio".Es indispensable tener en cuenta lo siguiente:

a) Aun dentro de la sociedad estipulada por las partes, podían existir uno o más bienes propios. Las ganancias podía estipular también que eran propias de alguno de los esposos.

b) Seguían siendo propios de cada cónyuge los bienes de que era dueño al tiempo de celebrarse el matrimonio "y los que poseía antes de este, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante la sociedad" (art. 1999').

c) Se llamaron *bienes gananciales* (de ganancia) los que constituían el activo de la sociedad del mismo nombre y estaban formados por los frutos de los bienes privativos de los cónyuges y, en general, por las ganancias y beneficios obtenidos por cualquiera de ellos durante el matrimonio.

d) Conforme al artículo 2023': "El dominio y posesión de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsiste la sociedad."

¹² DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 4 ed, Porrúa, México, 1977, p. 285.

Era pues, la sociedad conyugal, una simple comunidad de bienes, nunca una sociedad en el sentido técnico que tiene la palabra. Consecuencia de todo lo anterior era la de que (art.2029'): Los cónyuges no pueden disponer por testamento sino de su mitad de gananciales.

e) La división de los gananciales se hacía por mitad entre los consortes o sus herederos (art. 2061').

f) A pesar de la existencia de la sociedad conyugal, eran reputados bienes propios (art. 2000') cuanto adquiría a cada cónyuge por don de la fortuna, por donación de cualquiera especie, por herencia o por legado, constituidos a favor de uno solo de ellos".

g) En cuanto los *bienes parafernales* eran, conforme a la doctrina, los que pertenecen a la mujer casada que no los haya aportado en dote al contraer matrimonio, y los que hubiera adquirido durante éste sin involucrarlos en la sociedad. La palabra *parafernales*, por su propia etimología, significa *extradítales*".¹³

"El régimen patrimonial-matrimonial en el derecho civil es: normalmente el de la sociedad de gananciales; en casos especiales el régimen dotal; como excepcional y forzoso el de absoluta separación de bienes. El régimen es meramente dispositivo, pues los cónyuges tienen libertad para reglar sus relaciones por medio de capitulaciones matrimoniales."¹⁴

1.4 Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870

El primer Código Federal que tomo como referencia el modelo Napoleónico, fue el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja-California del 8 de diciembre de 1870 promulgado por el entonces Presidente

¹³ Ibidem, p. 286

¹⁴ VIDAL TAQUIN, Carlos, op. cit. p. 78

Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Benito Juárez, y que entró en vigor el 1 de marzo de 1871.

“Este primer Código Civil Mexicano de carácter federal regulo como regímenes patrimoniales del matrimonio, la sociedad legal, la conyugal y la separación de bienes, y en estos dos últimos se contemplaba la constitución de la dote, el primer régimen mencionado, es de carácter supletorio, de tal forma que para constituir los restantes era necesario capitular.

La sociedad legal contenida en este Código, tuvo su origen en los preceptos del Fuero Juzgo, del Fuero Real y de la Novísima Recopilación, que no hicieron más que dar el prestigio y la autoridad a la institución creada ya por la costumbre, que a su vez, tuvo por origen la consideración de que si el hombre por su actitud y su trabajo adquiere un patrimonio, la mujer le ayuda con su economía y con su celo a formarlo y conservarlo.

La legislación se dividía en cuatro libros el libro tercero reguló los contratos, y fue en el título décimo, donde se estableció al contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes.

En la parte de la exposición de motivos relativa al título décimo, del libro tercero, el legislador manifestó, en lo que aquí importa, lo siguiente: Mejorada la situación de la mujer conforme al espíritu de la sociedad moderna...la comisión...ha establecido un sistema que si no llena todas las exigencias de la vida doméstica, da a ésta, nuevos elementos y puede...cerrar la puerta a las desagradables y perniciosas cuestiones de familia. Conforme al artículo primero, el contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes; quedando así los

esposos en plena libertad para arreglar su situación personal en el matrimonio...”¹⁵

“Así, el régimen de separación de bienes del matrimonio quedó legislado del artículo 2205 al 2230, conforme a lo establecido en el numeral 2099, el contrato de matrimonio podía celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. En este código se regulaba la institución matrimonial en el artículo 159 el cual establecía:

Artículo 159.- El matrimonio es una sociedad legítima de un hombre y de una sola mujer, que se unen con un vínculo insoluble para perpetuar su especie y llevar el peso de la vida.”¹⁶

En este ordenamiento jurídico, era preciso que se pactara la separación de bienes en la capitulación que debía otorgarse pues, de lo contrario, operaba por disposición legal la sociedad de gananciales, ya que así lo establecía el artículo 2205.

Los regímenes patrimoniales derivados del matrimonio, eran los convenios celebrados entre dos personas que iban a contraer matrimonio por los cuales arreglaban sus respectivos intereses pecuniarios, por lo que quedaba al arbitrio de éstos determinar las condiciones que los debían regir, y la ley nada más establecía algunos preceptos restrictivos de observancia inexcusable y otros que sólo regían para suplir las faltas y omisiones en que incurrieren los contrayentes. Así, se estableció que este contrato era accesorio del matrimonio, que sólo subsistía y producía sus efectos jurídicos si éste llegaba a celebrarse.

Esta ley, definía a las capitulaciones matrimoniales como los “*pactos* que los esposos celebraban para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y la administración de los mismos.”¹⁷

¹⁵ MATEOS ALARCON, Manuel, Lecciones de Derecho Civil, Tomo IV, Valdez y Cueva, México, 1995, p. 179

¹⁶ Cfr. Idem.

¹⁷ VIDAL TAQUIN, Carlos, op. cit. p. 85

A la luz de lo establecido en los artículos 2208 y 2209, de este cuerpo de leyes, el régimen de separación de bienes consistía en que cada consorte conservaba la propiedad y administración de sus bienes muebles e inmuebles y el goce de sus productos; pero con la obligación de contribuir para los alimentos y educación de los hijos, y las cargas del matrimonio, al igual que el código civil actual.

Lo anterior era porque el matrimonio, tenía entre otros fines, el auxilio mutuo de los cónyuges para llevar el peso de la vida, y por lo mismo ambos estaban obligados a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio, entre los cuales se encuentra la alimentación y educación de los hijos; es evidente que cuando por una de las causas que permita la ley, había separación de bienes, ambos tenían que contribuir con las cantidades proporcionales a sus rentas para cubrir el importe de los gastos que demandaba el cumplimiento de esos deberes.

El código no hacía ninguna declaración respecto del caso en que el marido se hallara en la indigencia, es decir, cuando careciera por completo de bienes y de los medios de contribuir con las cantidades necesarias para educar y alimentar a los hijos. En el caso aludido la mujer estaba obligada a ministrarle alimentos, como lo prevenían los artículos 202 y 217 del referido Código, y por lo tanto la mujer sería la encargada de proporcionar los alimentos a los hijos.

No obstante lo anterior, existían limitaciones para la mujer, ya que el artículo 2210 le prohibía enajenar los bienes inmuebles o los derechos reales sin consentimiento expreso de su marido o del juez si la oposición es infundada; y el numeral 2211, calificaba de nulo cualquier pacto que contraviniera lo anterior. Esta prohibición tenía por objeto, según dice la exposición de motivos, evitar el grave peligro de que una enajenación indiscreta, acabara con el fondo peculiar de la mujer con perjuicio del marido, que en tal caso tendría por necesidad soportar las cargas matrimoniales.

Por su parte, el artículo 2217, se refería al supuesto de que la mujer por los cuidados propios del hogar y de la educación de los hijos, encargaría a su marido la gerencia de sus negocios y le dejará el goce de sus bienes, si lo hacía a través de un mandato, los derechos del marido estaban determinados por la suma de facultades que la esposa le otorgaba, pero si la mujer sólo le abandonaba la administración y goce de sus bienes, su consorte no respondía de los frutos consumidos, y en cuanto a los existentes al momento de la disolución del matrimonio, pertenecía a la mujer.

No puede pasar inadvertido, que la exposición de motivos de este ordenamiento legal funda la justicia de este último precepto pues establece que “si la mujer concede al marido el goce de sus bienes, éste, como poseedor de buena fe, no responde los frutos consumidos; pero los que existan al tiempo de disolverse la sociedad corresponden a la mujer, siguiéndose en todo las reglas establecidas para el usufructo.”¹⁸

Respecto a los bienes provenientes de herencia, legado, donación hecha a ambos cónyuges, conforme a lo estipulado en el artículo 2212 formaban parte del fondo social, porque el testador y el donante que no designaba las partes de los bienes que debían corresponder a cada cónyuge, manifestaban claramente por ese hecho que su voluntad era beneficiar al matrimonio; así, hasta que la división entre los cónyuges fuera hecha, cada uno disfrutaría de la porción que le correspondía, según lo prescribía el 2213.

Los dispositivos 2214, 2215, 2216 y 2227 trataban las deudas contraídas durante el matrimonio, éstas se debían pagar por ambos cónyuges si se hubiere obligado conjuntamente; pues de otra manera, cada uno respondería por las

¹⁸ MATEOS ALARCÓN, Manuel, Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal. Promulgado en 1870, con Anotaciones Relativas a las Reformas Introducidas por el Código de 1884, Tomo IV, Váldez y Cueva, México, 1885, pp. 275 y 276.

deudas que hubiere contraído antes o después de la celebración del matrimonio.

El régimen patrimonial de separación de bienes, podía tener lugar en virtud de capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio o durante éste, en virtud de convenio de los consortes o de sentencia judicial.

La separación de bienes por convenio, podía verificarse en virtud de divorcio voluntario, o aunque no hubiera divorcio, en virtud de alguna otra causa grave que el juez calificara de bastante con audiencia del Ministerio Público. Por sentencia judicial, se verificaba en el caso de divorcio no voluntario, cuando alguno de los consortes hubiera sido condenado a la pérdida de los derechos de familia conforme al Código Penal y en los casos de ausencia.

En el divorcio voluntario, se debían observar las reglas que, para la administración de los bienes y para la liquidación de la sociedad, establecía el Código Civil, a no ser que en las capitulaciones matrimoniales se hubiera previsto tal caso, pues entonces se atenderían las reglas establecidas en ellas.

La separación de bienes cesaba por la reconciliación de los cónyuges, o porque desaparecían las causas que la motivaron; y en uno y otro caso la ley mostraba propicia el regreso de aquellos al estado en que se hallaban antes, y aunque se consideraba que se le permitía a la mujer solícitar la separación de bienes, por que los hechos demostraban que la sociedad formada por los cónyuges no alcanzaba el objeto que éstos se habían propuesto y había temor de que la familia quedara en la miseria; se consideraba mejor, que se restableciera la sociedad conyugal, supuesto que era más favorable a la prosperidad común que a la separación. Así la reconciliación ponía fin a la separación de bienes, porque también ponía fin al divorcio.

“Esta legislación se separaba de los europeos en cuanto a que no establecía nada acerca de la forma en que se debía hacer constar la reconciliación y el regreso de los cónyuges al régimen de la sociedad conyugal, salvo que quedaría restaurada en los mismos términos que estuvo constituida si los cónyuges no celebraban nuevas capitulaciones matrimoniales, imponiendo la obligación de denunciar al juez la reconciliación y los términos de ella, pero a la vez declaraba que la omisión del cumplimiento de este deber no destruía los efectos jurídicos producidos por ella.”¹⁹

Esto, resultaba peligroso porque se prestaba a que se cometiera fraudes por los cónyuges, aparentemente gobernados por el régimen de separación de bienes y en realidad regidos por el de la sociedad voluntaria o legal.

1.5 Código Civil de 1884

“La legislación civil de 1870 fue derogada por el artículo 2 transitorio del Código Civil de 1884; éste último fue promulgado por Manuel González el 31 de marzo de 1884, e inició su vigencia el 1 de junio del mismo año. Este Código Civil en lo que hace al contrato de matrimonio con relación a los bienes, en sus artículos del 2072 al 2079, se dedicó a formular una repetición de los textos legislativos del Código Civil de 1870.

Ambos códigos tratando de prevenir dificultades, sostienen que debe permitirse la libre estipulación entre los cónyuges del régimen patrimonial del matrimonio y a la vez regular un régimen que pueda escogerse como supletorio para el caso de que los cónyuges no quieran o no estén en posibilidades de pactar libremente el suyo. En el Código Civil de 1884, el régimen supletorio fue el de la sociedad legal.

¹⁹ Idem

El sistema funcionó durante muchos años y sigue funcionando en algunos estados de la República, pues permite a los cónyuges estipular lo que crean conveniente y a su vez, el legislador con los conocimientos técnicos y la sabiduría jurídica que debe tener organiza el régimen patrimonial que cree mejor como norma general y al cual puede atenerse los cónyuges que no quieran pactar otra cosa.”²⁰

Otra característica de la Legislación Civil del Distrito Federal, es que desde su primer código ha establecido una base muy similar a la española, al contener el principio de la libre modificación de los regímenes patrimoniales del matrimonio en cualquier momento, pues en el artículo 1980 expresaba: “Las capitulaciones no pueden alterarse ni revocarse después del matrimonio, sino por convenio expreso o por sentencia judicial.”²¹

En lo que se refiere al régimen de separación de bienes se continúa estableciendo que cada cónyuge conserva la propiedad y administración de sus bienes y el goce de sus productos, aunque se conserva la prohibición a la mujer de enajenar bienes inmuebles o derechos sin el consentimiento previo de su marido o del juez sin oposición infundada. Lo anterior seguía siendo con el propósito de evitar que la mujer por falta de experiencia dilapidara sus bienes.

1.6 Ley de Relaciones Familiares de 1917

“El primer jefe del ejército constitucionalista, encargado del poder ejecutivo de la nación, Venustiano Carranza, en uso de las facultades que se hallaba investido, en su Ley de Relaciones Familiares del 12 de abril de 1917, deroga el Código Civil de 1884 y con ello revoluciona la política Legislativa sobre esta materia, desdibujando la estructura de los regimenes patrimoniales

²⁰ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Panorama, México, 1985, p. 35

²¹ ALVAREZ OLALLA, Miguel, Responsabilidad Patrimonial en el Régimen de Separación de Bienes, 3ª ed, Civitas, Pamplona, 1996, p. 65

del matrimonio contemplados originalmente en la codificación de 1870 y estableciendo como régimen legal taxativo, la separación de bienes.

Esta ley de carácter federal, tal y como se expone en el considerando de la misma, lo que pretende es establecer a la familia sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundir la familia.

Lo anterior, en virtud de que se considera que la promulgación de la ley del divorcio y las naturales consecuencias de éste, hacían necesario adaptar al nuevo estado de cosas los derechos y obligaciones entre los consortes.

Se establece en el capítulo décimo octavo “Del contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes”, de los artículos del 270 al 284, como régimen legal del matrimonio el de separación de bienes, el motivo determinante para ello fue el establecimiento del divorcio vincular, el cual abría el supuesto de la mujer abandonada por el marido después de haberle saqueado sus bienes. Además, se quisieron imprimir las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, y que no habían llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares que continuaban basándose en el rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico.”²²

Conforme a lo estipulado en los artículos 270 y 271, cada cónyuge conservaría la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecieran y por consiguiente, todos los frutos y accesorios de los mismos, así mismo, serían también propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, honorarios y ganancias que obtuviere por servicios personales, por el desempeño de un empleo o ejercicio de una profesión, o en un comercio o industria.

²² PACHECO ESCOBEDO, Alberto, op. cit. p. 82

Esta ley abría la posibilidad de llevar a cabo convenios; por un lado, respecto a los productos de los bienes de los consortes, pudiendo éstos establecer que todos o algunos fueran comunes, pero fijando la fecha en que habría de hacerse la liquidación y la presentación de las cuentas correspondientes; y por otro lado, podían convenir en que los productos de su trabajo, profesión, industria o comercio se dividirían entre ellos en determinada proporción, siempre que la mujer tuviera en los productos del marido la misma representación que ella conceda a éste en los suyos.

Es así como se estableció la igualdad del hombre y la mujer en el hogar, pues “de común acuerdo” arreglarían todo lo relativo a la educación de los hijos y a la administración de sus bienes.

El artículo 274 estableció como beneficio para la mujer que el marido podía concederle en los productos que tuviere por su trabajo o con sus bienes una representación mayor que la que la mujer le concedía en los suyos. También podía concederle una parte de los productos de su trabajo, profesión, comercio o industria o de sus bienes, aunque la mujer no le prestara ningún trabajo, ni ejerciera alguna profesión, comercio o industria, o no tuviera bienes propios.

Otro de los beneficios se estableció en el artículo 277, que estipulaba que la mujer tendría siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios u honorarios para pagarse de las cantidades que correspondan para alimentos de ella y de sus hijos menores. También tendría derecho preferente para igual objeto sobre los mismos bienes propios del marido, después de que se pagaran con el valor de éstos los créditos hipotecarios o prendarios legalmente establecidos. Y como una muestra de igualdad, también al marido se le concedían éstos mismos derechos

cuando la mujer tuviera que contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia y del hogar.

En el caso de los bienes que los cónyuges adquirieran en común por donación, herencia, legado o por cualquier otro título gratuito u oneroso o por don de la fortuna, el artículo 279 establecía que entre tanto se hacía la división, serían administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en este caso el que administrara sería considerado como mandatario del otro. Si los bienes comunes fueren inmuebles o muebles preciosos no podrían ser enajenados sino de común acuerdo.

Por lo que se refiere a los servicios personales que se prestaren los cónyuges entre sí, o por los consejeros y asistencia que se dieren; el artículo 280 establecía que no se cobraría retribución alguna; pero si uno de los consortes por ausencia, enfermedad, o impedimento del otro se encargaba temporalmente de la administración de sus bienes, tendría derecho a que se le retribuyera por ese servicio en proporción a su importancia y a resultado que produjere.

En cuanto a lo que les correspondía por el ejercicio de la patria potestad, el artículo 281 prescribía que se dividirían entre sí por partes iguales el producto de la mitad del usufructo que la ley les concedía.

Finalmente, el artículo 284 establecía la protección de la casa en que estuviere establecida la morada conyugal junto con los bienes que dentro de ella se encontraren, aunque estuviere en el campo, ya que no podían ser enajenados sino era con el consentimiento expreso de los dos; y nunca podían ser hipotecados o de otra manera gravados, ni embargados por los acreedores del marido o de la mujer o de ambos, siempre que dichos objetos no tuvieran en conjunto un valor mayor de diez mil pesos.

Las legislaciones anteriores, aunque regulaban al matrimonio como contrato, aceptaban la idea canónica de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, por lo que llegaron a darle el carácter de una sociedad universal, duradera por tiempo ilimitado que sólo dejaba de subsistir por voluntad expresa de los cónyuges y previa autorización judicial que no debía otorgarse sino por causa grave, idea que no coincide con el objeto del matrimonio, ya que, siendo sus objetos esenciales la perpetuación de la especie y la ayuda mutua, no era de ninguna manera indispensable una indisolubilidad que podía ser contraria a los fines de las nupcias, ni mucho menos una autoridad absoluta de uno solo de los consortes con perjuicio de los derechos del otro cuando en realidad lo que se necesitaba era una cooperación libre y espontánea de ambos, ya que los dos contribuyen en esferas insustituibles a los fines del matrimonio.

Así, el régimen de separación de bienes se estableció en esta ley como el régimen legal no sólo por las razones expuestas, sino también por el hecho de que las trascendentales reformas políticas llevadas a cabo por la Revolución, no podían implantarse debidamente sin las consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales,

Es de tener en cuenta que muchos autores consideran conveniente que sea la ley la que imponga un régimen legal a los contrayentes, y argumentan que el legislador es técnicamente mucho más preparado que los contrayentes, que normalmente son jóvenes e inexpertos en la materia, para poder organizar un régimen aceptable, y en cambio el legislador, considerando las cosas en abstracto y aplicando en general a toda la población un régimen previamente estudiado, puede organizar los patrimonios de los cónyuges en una forma que resulte más equitativa y práctica. Según este sistema, los cónyuges tendrían necesariamente que adoptar el sistema que el legislador creyó conveniente, sin poder ellos disponer otra forma diferente.

1.7 Código Civil para el Distrito Federal de 1928

“Plutarco Elías Calles, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de las facultades extraordinarias que otorga el Congreso de la Unión, expidió el Código Civil para el Distrito Federal el 30 de abril de 1928, el cual, entró en vigor el 1 de octubre de 1932, abrogando la Ley de Relaciones Familiares.

En el libro primero “De las personas”, título quinto “Del matrimonio”, capítulo cuarto “Del matrimonio con relación a los bienes” y sexto “De la separación de los bienes” de éste Código se vuelve obligatorio que, al contraerse matrimonio, los cónyuges pacten si establecen comunidad o separación de bienes. De esta manera se trataron de combatir prejuicios muy arraigados que impedían por falsas vergüenzas o mal entendida dignidad, tratar asuntos pecuniarios cuando se funda una familia, que imperiosamente exige muchos y continuados gastos.

En este Código se refleja la tendencia de algunos autores que consideran conveniente dejar en plena libertad a los contrayentes para que sean ellos los que señalen cuál va a ser el régimen conforme al que se registrá en adelante su matrimonio.

El primero de estos regímenes está formado por una comunidad de bienes entre los cónyuges. Los consortes son copartícipes por igual del logro o goce de los bienes comunes y en proporción a su aportación son responsables de las deudas que gravitan sobre la sociedad conyugal.

El régimen de separación de bienes, es aquel en que ambos cónyuges conservan la propiedad de sus bienes, la titularidad de los derechos sobre ellos y la responsabilidad personal por las obligaciones que contrajeron cada uno.

Los patrimonios de ambos y cada uno de los cónyuges quedan perfectamente diferenciados.

En opinión de algunos autores, ante la ausencia de capitulaciones, el régimen que debe considerarse como supletorio es el de separación de bienes toda vez que al no manifestarse la voluntad de los cónyuges en ningún sentido no puede haber traslación de dominio de los bienes del patrimonio personal al haber de la sociedad conyugal. Y porque finalmente conforme a lo dispuesto por el artículo 189 fracciones I y II, debe incluirse expresamente en las capitulaciones matrimoniales que organizan la sociedad conyugal, la lista detallada de los bienes muebles e inmuebles que cada consorte aporta a ella.”²³

En este régimen de plena libertad, cada pareja es la que libremente escoge, los contrayentes pueden ponerse de acuerdo sobre a quién pertenecen los bienes actuales, los que posiblemente heredarán de sus propios parientes consanguíneos, cómo se administrarán los bienes que con el común esfuerzo vayan adquiriendo, cómo se administrará y se dispondrá el patrimonio que la familia vaya formando en general y pueden con plena libertad proceder como mejor les convenga.

En las capitulaciones matrimoniales los cónyuges fijan las reglas a las que se sujetarán sus relaciones patrimoniales. Se establece un doble objeto de estos pactos: la constitución del régimen de bienes a que estará sujeto el matrimonio y la administración de los mismos.

Algunos autores las consideran un contrato accesorio, otros hablan de convenio en sentido estricto y otros, finalmente, generalizan y sostienen que son un acuerdo de voluntades, consideramos que el problema se origina porque la misma figura sirve para constituir un régimen en donde se crean o transfieren

²³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, El Régimen Matrimonial en la Legislación Mexicana, Porrúa, México, 1995, p. 530

derechos y obligaciones, como es el caso de la sociedad conyugal y también para constituir otro en donde eventualmente se modificarían o extinguirían ciertos derechos y obligaciones, como es el caso de la separación de bienes, sobre todo cuando se sustituye aquel régimen por éste.

Los artículos 180 y 207 establecen un régimen de libertad y flexibilidad para el otorgamiento de las capitulaciones y su modificación durante el matrimonio. El acuerdo de voluntades entre los futuros cónyuges, en relación al régimen patrimonial a que ha de quedar sujeto su matrimonio, necesariamente ha de realizarse antes de la celebración del mismo en los términos establecidos para cada caso. Sin embargo dicho acuerdo puede modificarse cuantas veces los cónyuges lo deseen previa autorización judicial.

Otra forma de otorgar y modificar las capitulaciones matrimoniales se estableció en las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 14 de septiembre del año 2000, mediante las cuales se modificaron diversos artículos de la Ley del Notariado para el Distrito Federal; en dichas reformas se establece en el artículo 166 de la referida Ley que se consideran asuntos susceptibles de conformación por el Notario mediante el ejercicio de su fe pública, entre otros, todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados, en forma específica en la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal.

En virtud de que se trata de fijar con precisión las relaciones patrimoniales de los cónyuges en las capitulaciones puede hacerse referencia tanto a los bienes que tengan los esposos en el momento del otorgamiento de las capitulaciones, como de los que pudieren adquirir en lo futuro, así, se abre una diversidad de alternativas para que adopten la que más les convenga.

Pueden establecer una comunidad para bienes que adquieran durante el matrimonio, reservándose la propiedad de los adquiridos antes; pueden reservarse la propiedad individual de bienes adquiridos por ciertas causas y aportar a la comunidad los demás; convenir en una separación o una comunidad absolutas; en fin, las posibilidades son amplias.

Siendo las capitulaciones matrimoniales el acuerdo de voluntades que permite a los cónyuges establecer las normas que rijan los aspectos patrimoniales de su relación, es lógico que no sólo puedan, sino que deban realizarlas todos aquellos que vayan a contraer nupcias independientemente de si son mayores o menores de edad.

Ahora bien, para la validez del matrimonio se requiere la concurrencia de voluntades de los contrayentes y la autorización de un tercero, las capitulaciones sólo serán válidas si a su otorgamiento concurren quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto, la tutela; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos el Juez de lo Familiar, según lo estipula el artículo 181. El artículo 208 establece que 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, así, existen: a) separación absoluta y b) separación parcial.

En los casos de separación parcial se adopta un régimen mixto que exige la constitución de la sociedad conyugal. La existencia de la separación de bienes no impide que existan bienes en común, ya sea porque se trate de una separación parcial, combinada con una sociedad conyugal también parcial o bien que se trate de bienes adquiridos en común por diversas causas, como se señala en los artículos 208, 209, 210, 211 y 212 del cuerpo de leyes en mención.

Dado que los cónyuges pueden desempeñar cualquier actividad, excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta, conforme al régimen de separación de bienes, los ingresos que obtengan por servicios personales, por desempeño, de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio, o industria pertenecerán al cónyuge que los obtenga.

Al igual que los ordenamientos anteriores, el artículo 215 trata exclusivamente de los bienes adquiridos en común por los cónyuges a título gratuito o don de la fortuna los cuales serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro. Este último será considerado como mandatario, estando obligado a entregar cuentas exactas de su obligación.

También se sigue estableciendo en el artículo 216 el deber de asistencia y de socorro mutuo. Desde el derecho romano se apunta un principio de no intervención excesiva en los asuntos de la familia, pero también un principio en el que el pago que ha sido hecho correctamente, aun cuando no se tenga acción, no se puede repetir ya que existe una causa de retención, por eso 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, tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere.

Lo anterior obedece a un principio de respeto a la paz familiar; no conceder acción para reclamar el pago por los servicios personales, pero también obedece al mismo principio, el no permitir la repetición del pago realizado.

“Estos cuerpos legislativos, constituyen la plataforma de la cual el legislador partió para construir la actual estructura de los regímenes económicos matrimoniales.”²⁴

²⁴ CHAVEZ ASECIO, Manuel, op. cit. p.25

CAPÍTULO 2

MARCO CONCEPTUAL DEL MATRIMONIO

2.1 Naturaleza jurídica y concepto de matrimonio

“El matrimonio no es sólo un vínculo de unión, sino un varón y una mujer unidos entre sí. La unidad en que consiste el matrimonio, no es sólo una situación de hecho, sino que comporta esencialmente un nexo o vínculo jurídico. Desde luego, debemos estar conscientes de que el matrimonio es mucho más que estructura jurídica, que vínculo jurídico o que derechos y deberes. Es la unión de un hombre y una mujer entre los cuales existen relaciones, y muchas de ellas son jurídicas. Por lo tanto, los sujetos de la relación jurídica conyugal son el varón y la mujer, porque el matrimonio es la unión de ellos a través de la integración de las diferencias naturales propias de la distinción de sexos (virilidad y feminidad). Y un solo varón y una mujer por ser la singularidad propiedad esencial suya. Debemos tomar en cuenta que el matrimonio nace en relación con la sexualidad y sólo en este orden tiene posibilidad de existencia. Por lo tanto, el sujeto del matrimonio no es la persona humana en sí, es decir como persona, sino está contemplada en el plano de la distinción sexual, esto es, en cuanto que se es hombre y mujer, porque su fundamento se recibe del carácter complementario de los sexos. Son los sujetos del matrimonio un hombre y una mujer, en toda su complejidad, que comprende cuerpo y espíritu y está excluida cualquier otra relación sexual humana.

En nuestra legislación aparece claro que la relación jurídica matrimonial se integra de un solo hombre y una sola mujer, según pudimos apreciar en los Códigos Civiles de 1870 y 1884. Lo mismo se expresa en la Ley Sobre Relaciones Familiares, aún cuando se consideró, en esta ley, que la unión y el vínculo era disolubles. En el Código Civil vigente no encontramos definición de matrimonio.

Actualmente en la Constitución no hace referencia al matrimonio, a diferencia de la versión original del artículo 130 que lo consideraba como un contrato civil. Este cambio presenta interrogantes: ¿Ya no se considera contrato por el legislador mexicano?, o bien el legislador mexicano ya no formula un concepto del matrimonio para dejarlo a la doctrina. Del contexto del Código Civil se deriva, sin lugar a dudas, que el matrimonio es entre un hombre y una mujer y que su origen es consensual. Así, está el señalamiento de la edad mínima de uno y de la otra para contraer matrimonio. Podríamos seguir citando todo lo relativo a los derechos, obligaciones, deberes y los fines del matrimonio para comprobar que, sin lugar a duda alguna, el matrimonio es entre un hombre y una mujer en nuestra legislación.”²⁵

Para poder comprender el matrimonio desde el punto de vista jurídico, debemos analizarlo desde varios ángulos.

Primero, conviene determinar su naturaleza jurídica. El matrimonio crea un estado de vida que origina deberes, derechos y obligaciones. Enseguida conocer los fines del matrimonio, que se derivan de su naturaleza jurídica. ¿Es sólo para la reproducción, o tiene otros fines de acuerdo con su naturaleza? En relación al problema de la naturaleza jurídica del matrimonio entendemos que se refiere al acto de su constitución, y también al estado matrimonial que se genera. Sobre este particular, Zannoni expresa que “el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio se refiere al acto mismo por el cual se lo celebra. En cambio, las relaciones jurídicas que siguen de esta celebración, sean patrimoniales o extramatrimoniales, ya atañen al estado civil mismo de casados que revisten los contrayentes, haciendo surgir los derechos de deberes personales”.²⁶

²⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel, op. cit. p. 43

²⁶ ZANNONI, Eduardo, Derecho de Familia, Tomo I, 2ª ed, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 121.

2.1.1 Matrimonio-Contrato

“Uso habitual en los juristas medievales posteriormente en los conocidos tratados de *“iustitia et de iure”* reducir las fuentes de derecho a dos: *“la lex y el contratus”*. En cuanto a las posibles causas de las obligaciones jurídicas, al contrato se añadía –de acuerdo con la doctrina Justiniano- el *cuasi* contrato, el delito y el *cuasi* delito. Al filo de estas ideas, fue común, y lo sigue siendo hasta nuestros días, calificar al matrimonio de *“contratus”*, de un contrato. Con ello se quiere significar que el vínculo matrimonial, los derechos y deberes de los cónyuges tienen su origen, su causa, en el mutuo consentimiento. Su causa y origen no su delimitación y configuración, puesto que los derechos y deberes conyugales están delimitados y configurados por el derecho natural²⁷. La concepción contractual civil se remonta a las opiniones de los canonistas disidentes, quienes sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento. Entre los juristas, ya Pothier calificaba al matrimonio de contrato y lo señalaba como el más excelente y antiguo de todos ellos, “excelente por ser el que más interesa a la sociedad civil y antiguo por haber sido el primero realizado entre los hombres.”²⁸

Durante el siglo XIX los autores no vacilaron en catalogarlo como contrato. “Huc hacía distinciones entre contratos relativos a las cosas y contratos relativos a las personas, así como el matrimonio y la adopción cuyas diferencias con aquellos señalaba Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade declaraban que el considerarlo como contrato no implica someterlo a las reglas generales sobre las convenciones, establecidas para actos relativos a la esfera de los intereses pecuniarios. También en la doctrina italiana del actual siglo existen partidarios de la concepción contractual, y hay quienes señalan que se trata de un contrato de derecho familiar. Degni se adhiere a la concepción

²⁷ JAVIER HERVARA, Pedro, Del Derecho del Pueblo de Dios, Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1973, p. 212

²⁸ BELLUSIO AUGUSTO, Cesar, Derecho de familia, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1976, p.75

contractual, con la delimitación que por tratarse de contrato de derecho familiar no puede ser regulado por las normas de los contratos “verdaderos y propios”, sería contrato por su origen y constitución, pero su estructura especial, ligada íntimamente a los fines sociales que el matrimonio se propone, lo distinguiría de todos los demás contratos y justificaría los límites que la ley pone a la autonomía de la voluntad de los contrayentes; Gangi también parte de la base de un concepto del contrato más amplio que el del Código Civil, y equivalente al del negocio jurídico bilateral, para sostener que se trata de un contrato de derecho familiar, netamente distinto a todos los otros contratos de carácter patrimonial en cuanto a sus condiciones de existencia y validez, y particularmente la capacidad de los contrayentes, los vicios del consentimiento, la forma y los efectos que tienen una regulación jurídica propios.”²⁹

Partidarios del concepto contractual son los catedráticos José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, quienes expresan que “aun cuando se le calificó de contrato, nunca se olvidó de sus profundas diferencias con los contratos patrimoniales ni la distinción entre el momento consensual de la formación del vínculo y el régimen sucesivo del *status* conyugal. Por lo demás, el acto constitutivo del vínculo, es ciertamente, un acuerdo de voluntades entre los cónyuges, la circunstancia de ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen marcadas rígidamente por el ordenamiento jurídico no le priva de carácter contractual, porque la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción del contrato. Por considerar que el elemento esencial es el acuerdo entre las partes, la opinión de que es un contrato se ha generalizado, aún cuando no se determine qué clase de contrato, aunque desde luego los autores encuentren diferencias con los contratos patrimoniales, y una serie de limitaciones a la voluntad que no aparecen en los contratos en general, y para algunos al exceder los límites de las figuras contractuales clásicas, les inducen a considerar el matrimonio como

²⁹ JAVIER HERVARA, Pedro, op. cit. p. 218.

un negocio jurídico bilateral de contenido amplio. Por eso hablan de negocio jurídico bilateral de orden familiar y carácter solemne.”³⁰

Partiendo de esta óptica, inferimos que el matrimonio tiene elementos de un contrato, pero no se puede considerar como un contrato en sentido amplio ya que, nace de un acuerdo de voluntades, de tal modo que si dicho acuerdo no existe o está viciado, el matrimonio-contrato no nace a la vida del derecho, de este acuerdo de voluntades se derivan innumerables derechos y obligaciones, pero la mayoría sino todos, están determinados por la ley, entonces no se respeta la autonomía de la voluntad de los contrayentes, ya que la ley es la que va a dar los lineamientos que deben seguir al momento de celebrar el matrimonio, no así en los contratos patrimoniales en donde las partes se obligan como quisieron obligarse se respeta la autonomía de la voluntad en los derechos y obligaciones de dichos contratos las partes van a determinar a que se obligan, en cambio en el matrimonio desde el momento mismo de la celebración la ley establece que se debe celebrar ante un Oficial (Juez) del Registro Civil y además ella va a imponer los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges una vez celebrado el matrimonio, tales como el régimen económico bajo el cual se va a regir el matrimonio, los alimentos entre los cónyuges, los lineamientos para el caso de divorcio, etc.

2.1.2 Matrimonio-Institución.

“Para principiar, procuremos entender lo que significa una institución, sobre la cual hay variedad de concepciones, según el diccionario enciclopédico hispano-americano, institución proviene del latín “*institutio*” que significa “establecimiento o fundación de una cosa” . . . “instrucción, educación enseñanza. . . “colección metódica de los principios o elementos de una

³⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho de Familia, Tomo I, 21 ed, Porrúa, México, 1998, p. 264

ciencia, arte, etc.". Con lo que concuerda, también, el diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española (1970)."³¹

Eduardo Pallares señala que también puede considerarse al matrimonio como institución, pues la considera como un conjunto de normas jurídicas debidamente unificado, que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial.

Por su parte Rojina Villegas afirma que significa "un conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que persiguen una misma finalidad."³²

Creemos que el matrimonio tiene un carácter institucional porque en él encontramos precisamente un conjunto de principios, una colección metódica de elementos sociales y jurídicos que se regulan dentro de la idea del propio matrimonio, y que mediante él –al celebrarse- se funda la base orgánica de la nueva familia, o sea, se establece una nueva cédula social; se principia una nueva vida para ambos esposos. Pero por encima de ellos, advertimos que existe un desarrollo equivocado y exagerado de la teoría de la institución en materia matrimonial, pues no nos cabe duda que sí hay una institución en el matrimonio, pero que el matrimonio no es una institución ni mucho menos de aquellas a las que se refiere preferentemente la teoría del derecho público. En otros términos "el matrimonio dando cabida a una institución no se agota en ella, pues es algo anterior a la institución misma y ésta representa no su idea primaria, sino en todo caso su idea final. Si confundimos estos términos sería tanto como identificar un edificio con sus propios cimientos."³³

³¹ DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, Porrúa, México, p. 164

³² ROJINA VILLEGAS, Rafael, op. cit., p. 258

³³ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, El Matrimonio (Sacramento-Contrato-Institución), Tomo II, Mexicana S.A, México, 1965, p. 64

Bonniecse formula el siguiente concepto de institución aplicada al matrimonio y la define como “una institución formada de un conjunto de reglas de Derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia una organización social moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de derecho. En consecuencia, se comprende que de una institución jurídica tan compleja se derive una situación jurídica no menos compleja: el estado de esposos, y no solamente simples relaciones de derecho más o menos coordinadas entre si.”³⁴

En ese orden de ideas, consideramos al matrimonio como una institución basada en la unión del varón y la mujer que dará origen a la familia y que será regulada permanentemente por el Estado, aun y cuando dicha familia sufra cambios a través del tiempo. Es una institución compleja y fundamental para la sociedad, es la base de los valores éticos y morales que toda sociedad requiere para su buen funcionamiento; es además el núcleo del autoestima de las personas mas vulnerables de la sociedad, los niños y jóvenes que serán los futuros ciudadanos hacedores de México.

2.1.3 Matrimonio-Acto de Poder Estatal.

“La tesis de que el matrimonio no es contrato sino un acto de poder estatal proviene de Antonio Cicu. El jurista italiano niega que el matrimonio sea formalmente un contrato. No existe el matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil, y su presencia no es sólo declarativa, sino constitutiva.

El matrimonio, es un acto del Estado, suponiendo, con miras sobre todo a la legislación italiana, que es el Estado quien constituye el matrimonio a través

³⁴ BONNECASE, Julian, La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de la Familia, José Maria Cajica Jr., México, 1945, p. 214.

de la declaración del oficial del estado civil. El consentimiento de los esposos es sólo un presupuesto de aquel acto del Estado. El matrimonio no es contrato, ni un negocio bilateral, sino un acto unilateral del Estado, que sólo presupone la declaración de la voluntad de los esposos sin las cuales el acto no podría surgir.”³⁵

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

2.1.4 Matrimonio-Estado Jurídico

Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos en virtud de que constituyen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los miembros una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de Derecho en oposición a los simples estados de hecho.

³⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil Español Común y Foral, tomo V.. Reus, S. A., Madrid, 1976. p. 106

“Al matrimonio lo caracterizamos como un estado de Derecho en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho. En ambos casos existen analogías desde el punto de vista de que constituyen estados del hombre debidos a la unión sexual o menos permanente; pero en tanto que el matrimonio es un estado de Derecho sujeto a un estatuto jurídico que origina derechos y obligaciones entre los consortes, creando una forma permanente de vida regulada en constitución, en sus efectos y en su disolución por la ley, en el concubinato no encontramos esas regulaciones normativas, aun cuando sí producen determinadas consecuencias jurídicas.”³⁶

2.1.5 Matrimonio-Acto Jurídico.

Entre las variadas posiciones que la doctrina ha adoptado, se le considera también como acto jurídico, en cuanto procede de la voluntad de los esposos, pero no contrato ya que no tiene naturaleza económica, y de aquí derivan distintas conclusiones de actos jurídicos.

Se le considera asimismo como acto jurídico mixto pues intervienen los particulares y también funcionarios públicos, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El papel constitutivo lo tiene el representante oficial que declara unida a la pareja.

Los autores que aceptan que el matrimonio sea un acto jurídico discuten si se trata de un simple acto bilateral, o si la intervención oficial en su celebración lo convierte en acto complejo. En Argentina Spota entiende que “hay acto complejo todas las veces que la celebración y perfeccionamiento del negocio jurídico depende, no sólo de una o varias declaraciones de voluntad que se hallan en un pie de igualdad jurídica, sino también de otra declaración de voluntad que actúa en un plano distinto al de quien o quienes formulan aquellas declaraciones; esta última voluntad no sería un asentamiento,

³⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, op. cit. p. 276.

aprobación, o autorización sino otra declaración de voluntad que integra el acto.”³⁷

“La celebración del matrimonio constituiría así un acto jurídico bilateral en cuanto a que las partes son los dos contrayentes, pero también sería complejo en cuanto a que su perfeccionamiento depende de una declaración de voluntad constitutiva, la del oficial público; no habría yuxtaposición de actos jurídicos ni complejo de actos jurídicos, ya que la intervención del oficial público no sería un acto jurídico por sí mismo sino integrante del plexo de voluntades del cual surge el matrimonio.”³⁸

Por lo anteriormente sustentado, el matrimonio también se puede considerar como acto jurídico en virtud de que hay un acuerdo de voluntades al momento de celebrarse y dicho acuerdo de voluntades producirá consecuencias jurídicas a las que deben sujetarse los consortes.

2.2 El Régimen Patrimonial en el Matrimonio

“El régimen económico matrimonial constituye el estatuto que gobierna los intereses pecuniarios de los esposos, bien sea en sus relaciones recíprocas, o con los terceros. En teoría pura, no es una consecuencia necesaria del matrimonio, ya que pudiera concebirse un sistema jurídico que, sin tomar en consideración, en lo que respecta a derechos y obligaciones de carácter patrimonial, el estado de casado, dejarse sujetas al derecho común de los contratos las relaciones pecuniarias de los cónyuges. Esto sucedería en una legislación que no admitiese otro régimen económico matrimonial que la separación de bienes, sin imponer incapacidad alguna a la mujer casada.”³⁹

³⁷ VIDAL TAQUIN, Carlos, op. cit. p. 45.

³⁸ Cfr. BELLUSIO AUGUSTO, Cesar, op. cit. p. 65

³⁹ PLANIOL, Manuel Jorge, Tratado Practico de Derecho Civil, Tomo VIII, Habana Cultural S.A Francia, 1946, p. 2.

Ahora bien, el matrimonio crea necesariamente una comunidad de vida, normalmente destinada a subsistir muchos años. Ello, implica forzosamente cierta agrupación de intereses pecuniarios y da lugar a numerosos problemas que sólo se contraen a los bienes. Es preciso, sobre todo, conocer por quién y en qué proporción los gastos domésticos han de ser sufragados, si los bienes de los esposos quedarán separados o formarán una masa común, si el marido tendrá derechos especiales sobre los bienes de su mujer o si ésta conservará la administración y el disfrute de su fortuna, si las ganancias obtenidas por los esposos durante el matrimonio serán repartidas a la disolución de éste o quedarán como propiedad personal del marido y de la mujer, etc. Por otra parte, es necesario determinar exactamente los derechos de los terceros que lleguen a contratar con uno u otro de los cónyuges. Todas y otras cuestiones, que inevitablemente se presentarán, sólo se resuelven por medio del régimen económico matrimonial.

Por régimen patrimonial del matrimonio, debemos entender “el conjunto de normas que regulan todos los asuntos pecuniarios, propiedad, administración y disposición de los bienes de los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que al respecto se generen entre ellos, y entre los cónyuges y terceros, tanto al momento de celebrarse el matrimonio, mientras dure y cuando llegare a disolverse.”⁴⁰

2.3 Clasificación de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio

En nuestra legislación civil, el artículo 178, establece que el matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes.

⁴⁰ BAQUIERO ROJAS, Edgar, et. al, Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Oxford, México, 2004, p. 87.

Al respecto el Maestro Ernesto Gutiérrez y González ha criticado tal prevención, en virtud de que nos dice que “se toma como principal aspecto el régimen bajo el cual se celebrara el matrimonio, sin tomar en cuenta, que es secundario, dado que el acto principal es la celebración del matrimonio y la relación con los bienes de los consortes es secundario o accesorio.”⁴¹

Por otra parte, en el matrimonio “se han atendido dos criterios para clasificar a los regímenes patrimoniales; a la voluntad de los contrayentes y a la situación de sus patrimonios.

En el primero, se subclasifican en: Voluntarios, Forzosos y Predeterminados por el ordenamiento jurídico.

- a) Voluntarios.- Se caracterizan por dejar a la libre determinación de los esposos la forma de regir sus bienes durante el matrimonio, ya estableciendo las reglas que juzguen pertinentes, y modificando las establecidas por la ley.
- b) Forzosos.- En este tipo, la ley fija, sin opción a elegir, el régimen a que deben estar sujetos los bienes del matrimonio.
- c) Predeterminados.- Permiten que los esposos puedan optar por alguno de los sistemas establecidos por la ley, y, en caso de que ellos no lo hicieran, la ley suple su voluntad, señalando el régimen a que deberán quedar sujetos.

Ahora bien, de acuerdo con el segundo criterio de clasificación de los regímenes matrimoniales que responde a la situación de los patrimonios de los contrayentes, históricamente se han presentado las siguientes posibilidades.

⁴¹ GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho Civil para la Familia, Porrúa, México, 1995, p. 367.

- a) Absorción del patrimonio de uno de los contrayentes por el otro.- Este tipo se caracteriza porque dos patrimonios pasan a formar uno sólo; por ejemplo, el caso del matrimonio romano, *cum manus*, en que el patrimonio de la mujer *sui iuris* pasaba a formar parte del patrimonio del esposo o del *pater familias*.
- b) Comunidad absoluta.- En este tipo, los patrimonios de ambos esposos se funden en uno sólo, que pertenece a los dos, y la administración corresponde a uno de ellos, generalmente al varón. Por ejemplo, la sociedad conyugal, en la que en principio se establece una masa común de bienes que pertenecen a ambos, pueden ser administrada por cualquiera de los cónyuges , ambos son propietarios de ella y a ella entra todo lo que los esposos obtengan por cualquier concepto. Forma parte de esta masa los bienes que los contrayentes poseían antes de la celebración del matrimonio.
- c) Separación absoluta. Aquí cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que tiene y que adquiere a título personal, aún durante el matrimonio.
- d) Mixtos. Este tipo se caracteriza por la presencia de bienes que pertenecen a cada esposo, y, simultáneamente, por la existencia de bienes comunes.⁴²

2.4 Las Cargas del Matrimonio

Independientemente del régimen de bienes, los cónyuges tienen responsabilidades derivadas de su relación conyugal y de su situación como progenitores. Éstas las encontramos señaladas en los artículos 164 y 168 Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Fundamento de las cargas. Todo gasto, carga u obligación debe tener una razón o fundamento. Al contraer matrimonio cada miembro de la pareja

⁴² BAQUIERO ROJAS, Edgar, et. al., op. cit, p. 88.

asume una serie de deberes y obligaciones, y también facultades para poder exigirlos de su consorte. Se establece una comunidad de vida que exige de un domicilio y un patrimonio. Todos, cónyuges y los hijos, en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de lo familiar, esto lo regulaba el numeral 165 de la ley en cita; sin embargo, con las reformas a la legislación civil del veinticinco de mayo del dos mil, fue derogada tal disposición, y fue creado el ordenamiento 311 Quáter, que prevé lo siguiente:

ARTÍCULO 311 Quáter.- Los acreedores alimentarios tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga dicha obligación, respecto de otra calidad de acreedores.

Precisado lo anterior, debe indicarse que la función de las cargas es el sostenimiento económico de la familia.

2.4.1 ¿Cuáles son las cargas familiares?

Las cargas familiares, principalmente son aquellas propias y normales de la familia que se presentan durante la convivencia diaria y son necesarias para el sostenimiento de la misma, según las circunstancias de cada una, éstas son:

a) La vivienda familiar.- El artículo 164 del Código Civil previene que ambos “*contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar*”. Por hogar se entiende “*el sitio donde se coloca la lumbre en las cocinas, chimeneas; casa o domicilio.*”⁴³

Lo anterior debemos relacionarlo por el concepto de alimentos previsto en el dispositivo 308 del cuerpo de leyes en mención, señala que: *se comprenden, la comida, el vestido, la habitación....*

⁴³ Diccionario de la Lengua Española; 19ª. ed, Madrid, España, 1999, p.75

Por lo tanto, como primera obligación está el proveer a la familia de una vivienda, dentro de lo cual se comprenden también los muebles y enseres necesarios, y los gastos para su sostenimiento.

En relación a la vivienda familiar, conviene observar que no hay referencia a ella en nuestra legislación.

b) Alimentos.- El legislador dividió el concepto de alimentos en el mencionado artículo 164, en diversas partes. Así, hizo referencia al hogar, que se encuentra comprendido dentro del concepto genérico de alimentos en el precitado 308, para destacar la necesidad de constituirlo como vivienda familiar.

Hace referencia también el legislador a la alimentación de cada uno de los cónyuges y a la alimentación de los hijos. En este concepto se comprende la comida, el vestido, la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, también los gastos necesarios para su educación primaria y para proporcionarles algún oficio, arte o profesión honesta y adecuada a su sexo y circunstancias personales. También puede considerarse dentro de éste concepto los gastos funerarios del alimentado, situación prevista en el numeral 1909 del Código Civil, al decir *“los gastos funerarios proporcionados a la condición de la persona y a los usos de la localidad, deberán ser satisfechos al que lo haga, aunque el difunto no hubiere dejado bienes, por aquellos que hubieren tenido obligación de alimentos en vida.”*

Se excluye de la obligación de dar alimentos, *“la de proveer de capital para los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado,* tal como lo señala el artículo 314 que a la letra dice:

ARTÍCULO 314.- La obligación de dar alimentos no comprende la de proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado.

Pero los alimentos no se limitan sólo a lo indispensable para el acreedor alimentario, sino lo necesario para que éste viva y tenga lo suficiente, según su situación económica en la que está acostumbrado y se encuentre su familia. Es decir, prohibiéndose “*gastos de lujo*”, no debe limitarse la pensión alimenticia a lo indispensable para la subsistencia del acreedor.

c) Educación y formación de los hijos.- No obstante que el referido 308, al que nos hemos referido en el apartado anterior, también hace alusión a la educación, en los dispositivos 164 y 168 se insiste nuevamente en la educación, agregándose en el último también la “*formación de los hijos*”. Es decir, no solamente están comprendidos dentro del esfuerzo, deberes y obligaciones de los padres atender a la educación escolar de éstos, sino, a su “*formación*”, lo que nos remite a las exigencias de la patria potestad que se ejerce sobre la persona del hijo, y en relación a la cual existe la “*obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo, esto lo encontramos plasmado en el artículo 423 que señala:*

ARTÍCULO 423.- Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

d) Administración de los bienes de los hijos.- Este es un esfuerzo relacionado también con el ejercicio de la patria potestad, pues quienes la ejercen son los legítimos representantes y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones del artículo 425 el cual estatuye:

ARTÍCULO 425.- Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

Aquí corresponde toda la amplia gama de actividades que los padres deben hacer en relación a los bienes y patrimonio de los hijos, que comprenden las

facultades y administración, pleitos y cobranzas, y actos de dominio, con las limitaciones que la misma legislación señala para su ejercicio.

e) Manejo del hogar.- Adicionalmente a la constitución de la vivienda familiar, bien sea por adquisición de ella o arrendamiento, está del manejo del hogar, que implica responsabilidades adicionales. El Legislador no se limita a la adquisición de la vivienda y los muebles y enseres necesarios. Exige de ambos cónyuges, progenitores a la vez, el manejo del hogar que implica nuevas obligaciones y exigencias económicas.

f) Unidad de las cargas.- Estas cargas de los cónyuges constituyen una unidad en el objeto, que es la promoción de la familia, que comprende los aspectos económicos e interpersonales entre sus miembros, de donde se derivan diversas prestaciones patrimoniales económicas (sostenimiento económico de la familia, alimentos, etc.) y diversas responsabilidades interpersonales (formación y educación de los hijos).

Estas prestaciones deben satisfacerse conjuntamente, es decir, darse todas las cosas y prestarse todas las obligaciones, como previene el artículo 1961 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Lo anterior significa que no puede satisfacerse sólo una de las prestaciones o darse una cosa o cumplirse un hecho de los que integran la obligación, omitiendo los otros. Es decir, no puede darse sólo lo relativo a la alimentación o a la habitación. Se trata de obligaciones conjuntivas de contenido heterogéneo; es decir, son de distinta naturaleza.

Dentro de los conceptos de alimentos, y de sostenimiento de la familia, se contienen toda la serie de prestaciones que son inseparables y que en conjunto constituyen el objeto único de la promoción familiar. Referido a los alimentos, pero aceptable como tesis para esta materia, encontramos

resoluciones de los Tribunales Federales que dicen que no se puede satisfacer su obligación con un cumplimiento parcial, pues al señalar la ley “*lo que comprenden los alimentos, comida, vestido, habitación, asistencia en caso de enfermedad*”; es decir, que el conjunto de todas estas prestaciones forman la unidad denominada alimentos, que el legislador quiso que fueran a cargo del deudor alimentario en su totalidad y no parcialmente, pues a ese respecto no existe ninguna disposición que establezca alguna salvedad.”⁴⁴

2.4.2 ¿Cómo se distribuyen las cargas familiares?

La vida en común de marido y mujer, supone una serie de gastos: atenciones personales suyas y de los hijos (alimentación, educación, crianza, establecimiento); cuidados de personas frente a las cuales están obligados los cónyuges; actividades comunes que ocasionan erogaciones que no deben ser soportadas sólo por uno de aquellos. Es preciso determinar, al menos cómo a de acudirse a estos gastos, y quien debe soportarlos (problema de la contribución a las cargas del matrimonio), determinación que constituye el elemento mínimo necesario de las relaciones conyugales y la raíz del régimen matrimonial.

Es tanta la importancia de esta contribución que se ha llegado a sostener constituye el elemento mínimo y suficiente de las relaciones patrimoniales entre esposos y algo así como el núcleo alrededor del cual se ordenaría todo el régimen patrimonial matrimonial.

La solución que se debe dar al problema de la contribución a las cargas debe ejercer una influencia considerable sobre la estructura patrimonial de las relaciones patrimoniales entre esposos, especialmente en cuanto a los poderes que le sean reconocidos y a las responsabilidades que pesaran sobre ellos.

⁴⁴ Amparo Directo 1973/1974, María Cristina Katt de Pérez y otros, Noviembre 15 de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente Mtro. J. Ramón Palacios Vargas. Tercera Sala. Séptima Época. Vol. 71 Cuarta Parte. p. 13. Tesis que han senado precedente: Amparo Directo.

En nuestra legislación civil, el propio artículo 164, señala que ambos cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece. Para ello deberán distribuirse la carga en la forma y proporciones que acuerden, según sus posibilidades.

Cabe señalarse que conforme a las reformas publicadas el veinticinco de mayo del dos mil, se adiciono el artículo 164-bis que prevé que el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimarán como contribución económica al sostenimiento del hogar.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, no establece de forma general un criterio inspirador sobre las formas o sistemas de contribución a las cargas familiares con carácter personal.

Asimismo, esta exento el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente esos gastos". Para evitar desigualdad o diferencia entre consortes, el último párrafo del artículo 164 del Código Civil nos previene que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges, independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

CAPÍTULO 3

EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

3.1 Naturaleza del Régimen de Separación de Bienes.

“Como cualquier otro régimen patrimonial, el de separación de bienes se trata de una consecuencia legal, forzosa e integrante del matrimonio.”⁴⁵

Por todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que el régimen patrimonial de separación de bienes “es un convenio, accesorio al matrimonio ya que su existencia o disolución dependen de éste, pues si no llegará a celebrarse, carecerá de objeto el convenio de capitulaciones. Así estamos frente a dos actos jurídicos que si bien están relacionados entre sí, son diversos.”⁴⁶

Algunos autores un tanto extremistas consideran al régimen patrimonial del matrimonio de separación de bienes como *la ausencia de toda comunidad de bienes entre esposos, la negación absoluta de la ideas de sociedad y asociación*” Sin embargo, es el régimen bajo el cual cada cónyuge conserva no sólo la propiedad, sino también el goce y administración de los bienes que conforman sus respectivos patrimonios.

Implica la separación de la propiedad, uso, goce y administración de los bienes y sus frutos, por lo que respecta a cada cónyuge. Así, cuando es absoluto, excluye la existencia de toda comunidad entre los esposos, privando al marido de todo derecho de administración y goce sobre los bienes de la mujer, y ésta queda como administradora de su fortuna y percibe todas sus rentas.

⁴⁵ Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio Tomas, El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México, Porrúa, México, 1991, p. 263

⁴⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, op. cit., p. 61

3.2 Características del Régimen Patrimonial de Separación de Bienes del Matrimonio.

3.2.1 Atendiendo a su fuente:

a) Régimen legal alternativo.

El legislador a través de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, obliga a escoger entre los regímenes patrimoniales del matrimonio de sociedad conyugal o de separación de bienes, los cuales se encuentran previamente enumerados en el artículo 178 del citado ordenamiento, así, es necesario que “en el momento de contraer matrimonio escojan alguno de los sistemas que el legislador ya organizó, no se da la alternativa del régimen supletorio (expresamente establecido), lo cual no produce ningún beneficio, ya que al momento de contraer matrimonio muchas parejas consideran indecoroso hablar de su situación patrimonial, ya sea presente o futura, por lo que escogen muchas veces cualquiera de los regímenes con muy poco conocimiento de las leyes, y cuando escogen la sociedad conyugal, celebran capitulaciones matrimoniales de machote, previamente impresas en el Registro Civil.”⁴⁷

b) Régimen legal sancionador.

No siempre se da origen a este tipo de régimen por la elección que de él hacen los consortes, ya que se puede constituir como castigo en las hipótesis previstas por la ley. Este es el caso de los matrimonios nulos.

Las causas de nulidad absoluta se encuentran enumeradas en los artículos 241 y 248 del Código Civil, los cuales se refieren a los supuestos de la existencia de parentesco consanguíneo no dispensado entre los contrayentes y a un vínculo de matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el

⁴⁷ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, op. cit. p. 126.

segundo matrimonio, por lo que si nos encontramos frente a un matrimonio nulo absoluto contraído de mala fe por ambos consortes el régimen patrimonial aplicable es el de separación de bienes, de conformidad con lo establecido en los artículos 261 y 198 fracción II del cuerpo de leyes en mención, los cuáles se levantan frente a los esposos como una sanción del legislador a su indebido proceder.

Si la ley no les permite adjudicarse los productos derivados de la economía matrimonial, es porque debe entenderse que aunque se haya capitulado no existió comunidad alguna y, en consecuencia, estuvo vigente la separación de bienes. Si al matrimonio nulo lo acompañan hijos, pues a ellos se les aplicarán los productos.

Si se aplican los principios clásicos de las nulidades se concluirá que la misma surte sus efectos desde la celebración del acto viciado. Sin embargo, tratándose de matrimonio y refiriéndose al putativo, es decir, a aquel matrimonio nulo, pero celebrado de buena fe por ambos contrayentes, la doctrina ha sido unánime y atenúa estos efectos diciendo que la nulidad se retrotrae a la fecha de la declaración judicial de la misma de conformidad con lo establecido por el artículo 255 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que el matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure.

Así, mientras se declara la nulidad, los efectos patrimoniales del mismo se ajustarán a las capitulaciones concertadas y una vez procedente la disolución del vínculo matrimonial, de igual manera se procederá a la división de los bienes comunes en los términos previstos por las capitulaciones. En este caso, no opera la separación de bienes como régimen legal forzoso o de sanción.

Pero, “si el matrimonio no es contraído de buena fe, en virtud de que sólo uno de los consortes se condujo de mala fe, sus efectos patrimoniales son diversos:

- I) Para el cónyuge que actuó de mala fe el matrimonio no produce efectos civiles y no se le aplican las capitulaciones matrimoniales, por lo que no puede darse ninguna modificación en lo relativo al dominio y disfrute de los bienes llevados por los consortes al matrimonio; los cuales permanecerán separados por efecto de la sanción establecida por los artículos 255 y 261, con la salvedad de que sólo serán aplicables las partes de las utilidades derivadas del matrimonio correspondientes del culpable, a los hijos de éste y a falta de ellos al cónyuge inocente. Los bienes del cónyuge culpable no se verán incrementados con la comunidad que engendró el matrimonio.
- II) En cuanto hace al esposo de buena fe, le favorecen todos los efectos de las capitulaciones otorgadas en tanto no medie sentencia ejecutoriada que decrete la nulidad. La sanción se traduce en la privación de la libertad a elegir entre los diversos regímenes patrimoniales que a los consortes ofrece el Código Civil.”⁴⁸

c) Judicial.

“Es cuando la constitución del régimen procede del mandato de un juez, así, la separación judicial emerge en las legislaturas como una medida correctiva o represiva a los efectos de hechos irregulares atribuidos a uno de los consortes; ésta es la forma de más arraigo para la constitución de la separación de bienes. Nace durante el matrimonio y como consecuencia de la

⁴⁸ MARTINEZ ARRIETA, Sergio Tomas, op. cit. p. 274

declaración judicial de terminación de la sociedad conyugal; o a causa de suspensión o cesación de los efectos de la mencionada comunidad.”⁴⁹

El artículo 188 del Código Civil dispone que la sociedad conyugal puede terminar a petición de uno de los cónyuges, en los siguientes casos enumerados en cada una de sus fracciones:

En la primera está el supuesto de si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su socio o disminuir considerablemente los bienes comunes; en este caso estamos frente a una constitución del régimen de separación de bienes voluntaria, por parte del socio no administrador y forzosa para el que administraba, pero la constitución de la separación no es la única solución a este supuesto, ya que los artículos 194 y 2711 del Código Civil para el Distrito Federal, abren la posibilidad de que sólo se designe un nuevo administrador.

En la segunda está el supuesto de cuando el socio administrador, sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hace cesión de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, a sus acreedores.

En la tercera, si el socio administrador es declarado en quiebra, o concurso; en este caso, aparte de ya no poder administrar los bienes comunes, el administrador tampoco puede administrar los propios, y debe existir el consentimiento de la junta de acreedores antes de que se proceda a la separación de bienes judicial.

Y en la cuarta, cuando exista cualquiera otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente. En esta última fracción se deja al arbitrio del juez determinar las causas que considere procedentes para establecer la separación de bienes.

⁴⁹ Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio Tomas, op. cit. p. 275.

La separación de bienes que deviene de la actualización de los supuestos enumerados en el artículo 188 antes referido, surte efectos desde que se da la causa por la que se constituyó, la cual, da por terminada la sociedad conyugal y cada uno de los esposos recupera la plena administración de sus bienes.

Para que la sociedad conyugal vuelva a existir deben otorgarse nuevamente las capitulaciones matrimoniales correspondientes de conformidad con la ley.

d) Consensual.

“Se da cuando se configura a través de los pactos matrimoniales conocidos como capitulaciones o a través de un simple convenio. Implica la existencia del mutuo consentimiento, que es la mejor forma en lo que se refiere a la armonía conyugal, para construir, modificar o extinguir un régimen patrimonial del matrimonio; existe un amplio marco de la voluntad para optar por los regímenes legales alternativos.”⁵⁰

En nuestro sistema, para crear los regímenes patrimoniales del matrimonio, se encuentran como marco de desenvolvimiento de la voluntad los regímenes legales alternativos, y si lo que se pretende es modificar o extinguir un régimen patrimonial, se requiere someter dicho consentimiento a una previa autorización judicial.

Su naturaleza es la de un convenio en un sentido estricto, ya que no sólo crea derechos y obligaciones, sino que cuando se extingue la sociedad conyugal para dar paso a la separación de bienes se modifican derechos y obligaciones. En cuanto a las capitulaciones mediante las cuales se instaura la

⁵⁰ MARTINEZ ARRIETA, Sergio Tomas, op. cit. p. 276

sociedad conyugal, tienen como fin crear derechos y obligaciones, razón por la cual poseen esencia contractual.

Sus elementos esenciales son:

d).1 Consentimiento.

Implica la manifestación de las voluntades de cada uno de los consortes con la intención de establecer el régimen patrimonial que les acomode. Dicho consentimiento requiere lo siguiente:

En primer lugar los contrayentes deben gozar de capacidad, esta la entendemos como “el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad... La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Todo sujeto debe tenerla... la capacidad de ejercicio, es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente...⁵¹; en el caso de menores, el artículo 181 del Código Civil dispone que 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, sin éste elemento los capítulos otorgados serán nulos.

Los consortes deben limitarse a establecer el tipo de régimen que se desea y a estructurar su administración, cualquier otro pacto en el que se persiga un fin diverso queda unido a las mismas de manera externa. Asimismo,

⁵¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Porrúa, 29 ed, México, 2000, pp. 158 y 164.

y de conformidad con lo que prescribe el artículo 182 de la codificación en consulta, los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio serán nulos.

Finalmente, las capitulaciones deben estar libres de error, dolo, mala fe, etc. Y les es aplicable lo establecido por el artículo 1859 de la ley en cita, por lo que todo lo que sea asignado a los contratos lo será por analogía a los convenios.

d).2 Objeto.

Es el constituir el régimen patrimonial al que habrá de quedar sujeto el matrimonio, que en nuestra legislación puede ser la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar su administración.

El legislador establece las capitulaciones como los medios a través de los cuáles los consortes se adhieren al prototipo patrimonial que previamente les ha ofrecido. Aunque cada pacto o capitulación tiene una tarea determinada, todas en su conjunto generarán obligaciones de dar, hacer, o no hacer.

Las capitulaciones matrimoniales deben constar por escrito. Si se formulan con anterioridad a la celebración del matrimonio, deberá presentarse el documento que las contiene ante el juez del Registro Civil, si no se presenta no existe sanción para tal omisión, salvo la posible negativa de hecho del Juez del Registro Civil para celebrar las nupcias. Si se otorgan durante el matrimonio, el escrito deberá presentarse ante el Juez de lo Familiar para el efecto de que otorgue la autorización correspondiente. Las capitulaciones deberán constar en escritura pública, si contienen una transmisión de bienes entre los consortes.

3.2.2 Atendiendo a su momento de creación

Las capitulaciones matrimoniales para constituir el régimen de separación de bienes, de conformidad con lo que establecen los artículos 180 y 207 del Código Civil, pueden celebrarse antes, simultáneamente o después de la celebración del contrato del matrimonio, en este último caso ante el Juez de lo Familiar. También pueden celebrarse ante Notario Público de conformidad con lo que se establece en el artículo 166 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal en vigor.

En el primer caso, cuando las capitulaciones se celebran antes de llevarse a cabo el matrimonio, éstas se encuentran sujetas a la condición suspensiva de que el matrimonio se lleve a cabo, de lo contrario, no tendrían objeto, pues no se puede regular lo que no existe.

Cuando las capitulaciones se llevan a cabo antes o simultáneamente con el matrimonio, nuestro Código Sustantivo en su artículo 210, dispone que no es necesario que consten en escritura pública, lo que en consecuencia quiere decir que su inscripción en el Registro Público de la Propiedad no es necesaria.

De conformidad con el numeral 211, las capitulaciones que establezcan la separación de bienes que hayan sido otorgadas con anterioridad o simultáneamente a la celebración del matrimonio, siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al casarse y nota especificada de las deudas que en ese mismo momento tenga cada consorte.

“Lo anterior es porque en realidad estas capitulaciones generalmente sólo consistirán en hacer mención simple y llanamente de que el régimen que los contrayentes desean es el de separación de bienes; esto es obvio porque la situación, en cuanto a dominio y administración de los bienes no va a sufrir alteración alguna que requiera elaborar unas capitulaciones altamente

complicadas. Ahora bien, la situación de los bienes si es diversa antes o después del matrimonio, pues los mismos se ven gravados con las cargas matrimoniales.”⁵²

Tratándose de la elaboración de capitulaciones matrimoniales para constituir la separación de bienes durante el matrimonio, es decir, para sustituir la sociedad conyugal que antes existía, se requiere una forma distinta, así el referido 210 también establece que si éste tipo de régimen se pacta durante el matrimonio, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se traten, por lo que podemos hablar de un documento privado o público.

3.2.3 Atendiendo a su duración

En el régimen de separación de bienes puede constituirse teniendo una vigencia determinada, para luego ser sustituido por otro o simplemente llegar a la conclusión por haberse extinguido el vínculo matrimonial. “Teóricamente es concebible un régimen patrimonial sujeto a término o comisión. Se considera que su duración es indeterminada cuando no se prevé el término de extinción.”⁵³

3.2.4 Atendiendo a su mutabilidad

El sistema que sigue nuestro actual Código Civil, deja en plena libertad a los contrayentes para pactar la separación de bienes o sociedad conyugal, y dentro de ésta, puede estipularse con gran amplitud el sistema que los cónyuges deseen. Si embargo, en la práctica los cónyuges difícilmente tienen conocimientos técnicos y la visión de futuro necesaria para poder organizar correctamente un régimen patrimonial.

⁵² MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio Tomas, op. cit. p. 287.

⁵³ Ibidem, p. 33.

“Hay que distinguir entre la mutabilidad del contenido de los capítulos y la mutabilidad del régimen económico matrimonial. En el primer caso, se sigue manteniendo el mismo tipo de régimen económico y los consortes deciden alterar el contenido de uno de los capítulos.

En este supuesto, nos encontramos ante una modificación del contenido de los capítulos, no de mutabilidad, ya que puede darse el caso de que los consortes mantengan el mismo tipo de régimen pero decidan alterar el contenido de sus capitulaciones. Cuando hablamos de mutabilidad, nos referimos a la modificación de régimen, más no así del contenido de las capitulaciones.”⁵⁴

En nuestro sistema vigente la modificación de las capitulaciones puede realizarse de diferentes maneras y por distintas causas.

Una forma de modificación de las capitulaciones matrimoniales, se encuentra establecida en los artículos 207 y 209 del Código Civil, la que constituye el convenio para cuya realización se requiere el consenso de ambos cónyuges o de la previa autorización de un Juez, quien deberá sancionar el valor de los cambios propuestos vigilando que no se perjudiquen los intereses de los cónyuges y que el nuevo sistema tampoco transgreda los derechos de los niños. Este sistema, es en la práctica poco eficaz, pues de acuerdo al maestro Pacheco “el juzgador se concreta normalmente a dar la autorización que le solicitan sin mayores investigaciones y responde a la tendencia de una intervención cada vez mayor del órgano jurisdiccional en la vida familiar.”⁵⁵

En el caso de que las capitulaciones matrimoniales se hayan otorgado en escritura pública, la alteración que se haga de dichas capitulaciones, según lo señala el artículo 186, también deberá realizarse con la misma forma, haciendo

⁵⁴ MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio Tomas, op cit. pp. 97 y 98

⁵⁵ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, op., cit. p. 125

la respectiva anotación en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad, si no se llenan estos requisitos, las modificaciones no surtirán efectos contra terceros.

Si se trata de consortes menores de edad, además de la autorización judicial según lo ordena el artículo 187, que remite a su vez al numeral 148, deberán concurrir al acto de modificación de las capitulaciones las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.

Otra forma de otorgar y modificar las capitulaciones matrimoniales es la que se estableció en las reformas publicadas en la Gaceta oficial del Distrito Federal, el 14 de septiembre del año 2000, mediante las cuales se modificaron diversos artículos de la Ley del Notariado para el Distrito Federal; en dichas reformas se establece en el artículo 166 de la referida Ley que se consideran asuntos susceptibles de conformación por el Notario mediante el ejercicio de su fe pública, entre otros, todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados, en forma específica en la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal.

Una causa de modificación resulta de la audiencia judicial, según se desprende del citado artículo 207, que generalmente deviene de una irregularidad imputable al socio administrador, según los supuestos enumerados en el numeral 188, aún cuando su última fracción deja abierta la hipótesis a cualquier otra razón que lo justifique a juicio de órgano jurisdiccional competente.

También son causas de modificación a las capitulaciones matrimoniales, las medidas provisionales dadas en litigios de divorcio o nulidad de matrimonio

que afecten la posibilidad de los cónyuges para administrar o disfrutar el régimen.

3.2.5 Atendiendo a su publicidad

La publicidad de los regímenes, es producto de la necesidad que los terceros tienen en conocer su contenido; a los acreedores de los consortes les resulta impredecible conocer el monto de garantía quirografaria o precisar la seguridad jurídica que les brinda determinada garantía pignoratícia o hipotecaria. Todo lo cual, se ve alterado o al menos afectado en forma directa o indirecta por el régimen patrimonial del matrimonio que vincule al consorte que con él contrate. De igual modo la publicidad esclarece dudas dentro del juicio sucesorio de alguno de los consortes, especialmente en la etapa de liquidación.

Esto tiene relevancia no sólo para la constitución y disolución del Régimen, sino para cualquier modificación que sufre. Cualquier modificación será oponible a terceros de buena fe desde el momento de su inscripción.

El objeto de la publicidad es el régimen patrimonial y no las capitulaciones.

Son tres las Instituciones Registrales en las que se inscribe el régimen patrimonial del matrimonio, pero sólo dos de ellas difunden públicamente la existencia, modificación o liquidación de determinado régimen patrimonial.

a).- Registro Civil

Ante el Juez del Registro Civil los consortes junto con su solicitud deben presentar sus capitulaciones matrimoniales donde consta el régimen patrimonial al que quedará sujeto su matrimonio, éste hecho constituye un medio de información a terceros, a través de las constancias que éste Registro expide.

b).- Registro Público de la Propiedad

El artículo 3012 del Código Civil establece que: Tratándose de inmuebles, derechos reales sobre los mismos u otros derechos inscribibles o anotables, la sociedad conyugal no surtirá efectos contra tercero si no consta inscrita en el Registro Público. Cualquiera de los dos cónyuges u otro interesado tienen derecho a pedir la rectificación del asiento respectivo, cuando alguno de esos bienes pertenezcan a la sociedad conyugal y estén inscritos a nombre de uno solo de aquellos.

Este artículo 3012 establece la necesidad y la importancia de inscribir la sociedad conyugal para darle publicidad en el Registro Público de la Propiedad. Lo anterior se ve fortalecido por lo que prescribe el artículo 3007 de que los documentos que conforme al Código Civil sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de tercero. Así, el artículo 3012 del Código Civil implica un absoluto reconocimiento a la importancia de la sociedad conyugal.

c).- Registro Público de Comercio

El artículo 21 del Código de Comercio, en su fracción X establece que: *Existirá un folio electrónico por cada comerciante o sociedad, en el que anotará:...X. Las capitulaciones matrimoniales y los documentos que acrediten alguna modificación a las mismas:*

Si el comerciante está casado bajo el régimen de sociedad conyugal, se considerarán como bienes propios, de él todos los inmuebles que aparezcan inscritos a su nombre, así como los bienes muebles que posea y sobre éstos, sus acreedores podrán trabar embargo. Pero si a los acreedores les conviniera alegar la existencia de la sociedad conyugal, podrán hacerlo, y podrán incluir en

el patrimonio del comerciante sus derechos sobre los bienes de la sociedad y sobre éstos trabar embargo.

Si se tratase en cambio de un régimen de separación de bienes, los efectos se reducen a considerar como propios del comerciante los bienes muebles que en un momento dado posea así como los inmuebles inscritos a su nombre.

Los dos últimos institutos registrales no están coordinados entre sí, por lo cual resulta posible la existencia de conflictos. Los actos inscritos surten efectos frente a terceros a partir de la fecha de su inscripción. ¿Pero cuál de los registros debe ser tomado como base para iniciarse esa oponibilidad? debe concluirse que en cada caso específico y según la finalidad que perciba cada instituto registral, deberá ser el que se considere para efectos de la oponibilidad.

3.3 Clasificación del Régimen de Separación de Bienes en México

En el Código Civil vigente para el Distrito Federal, se prevé en el numeral 208 que 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.

De acuerdo a la clasificación que hace el Maestro Sergio Tomas Martínez Arrieta, “la separación de bienes es absoluta, cuando la administración y dominio de todos y cada uno de los bienes corresponde en exclusiva al cónyuge que le pertenece, respectivamente. Es parcial cuando la separación no abarque todos los bienes integrantes del patrimonio de cada consorte; en este caso sólo puede resultar cuando se ha capitulado la sociedad conyugal en la que no se han incluido bienes propios de los consortes, los cuales, por ende

quedan afectados por reflejo a la separación de bienes.”⁵⁶ De igual manera, la Autoridad Federal, también ha definido tanto a la separación absoluta como a la parcial, en el criterio jurisprudencial emitido por el TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO, con número de registro: 185,604, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Noviembre de 2002, Tesis: II.3o.C.45 C, Página: 1111, que dice: *“ACCIÓN REIVINDICATORIA. PROCEDE ENTRE CÓNYUGES CUANDO EXISTE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL CELEBRADO BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). De lo dispuesto en los artículos 193, 194, 196, 198 y 199 del Código Civil del Estado de México deriva que en el régimen matrimonial de separación de bienes, pueden comprenderse no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después; así, la separación puede ser absoluta o parcial. La primera se regula específicamente por las disposiciones relativas a ese régimen matrimonial, mientras que la segunda es regulada por las capitulaciones expresas, pero los puntos que no estén comprendidos en ellos se regirán por los preceptos relativos a la sociedad conyugal; de tal manera que en el régimen de separación de bienes cada consorte conserva la propiedad y administración exclusiva de los bienes que adquiera a su nombre, así como sus frutos y accesiones, en términos del artículo 198. Por ello, debe decirse que el cónyuge que adquiere determinado inmueble durante la vigencia del matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes, es propietario absoluto y administrador exclusivo del mismo, así como de sus frutos y accesiones; de ahí que en el caso de la disolución del vínculo matrimonial cada cónyuge conserva la propiedad de sus bienes a quien se le deberán entregar los mismos una vez concluido el matrimonio, ya que no existe comunidad respecto a ellos, lo que lo legitima para ejercitar en contra de su excónyuge la acción reivindicatoria y no la personal, en razón de la disolución del matrimonio; máxime que cesó el derecho que pudiera existir en el uso y disfrute del inmueble como*

⁵⁶ MARTINEZ ARRIETA, Sergio Tomas, op. cit, p. 290.

consecuencia de la terminación de la vida conyugal, por lo que procede la acción reivindicatoria en términos del artículo 477 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.”

3.4 Diferencia entre Régimen de Separación Absoluta y Parcial según el Código Civil para el Distrito Federal.

De lo que se lleva dicho puede establecerse, las siguientes diferencias que podemos encontrar entre el régimen de separación absoluta y parcial.

En la separación absoluta, se pactan capitulaciones antes del matrimonio, comprendiendo tanto los bienes adquiridos con anterioridad al mismo, y los que se adquieran después; sin embargo, al ser parcial, las capitulaciones se pacta durante el matrimonio, de tal manera de que hubo sociedad conyugal hasta la fecha de las mismas y, posteriormente, separación de bienes; o bien, cabe la situación contraria, es decir, que primero haya existido la separación de bienes hasta la fecha de las capitulaciones y después sobrevenga el régimen de sociedad conyugal.

Será absoluto el régimen de mérito, cuando corresponde a cada uno de los consortes, la administración, goce y libre disposición de sus bienes; y en la separación de bienes parcial, toda vez que serán objeto de la sociedad conyugal, en las capitulaciones matrimoniales se debe especificar la declaración acerca de que si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresando con claridad las facultades que en su caso se concedan.

Asimismo, no es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes antes de la celebración del matrimonio, tal y como lo establece el artículo 210 del Código Civil el cual estatuye:

ARTÍCULO 210.- 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.

En la separación parcial, al constituirse la sociedad conyugal será regida por las capitulaciones matrimoniales y cuando los otorgantes pacten hacerse copartícipes o se transfieran la propiedad deben constar en escritura pública, sino no será válida, según señala el artículo siguiente:

ARTÍCULO 185.- 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.

Como en el régimen de separación absoluta cada uno sigue siendo dueño y gestor de sus propios bienes, al no existir bienes comunes, también cada uno responderá con sus bienes de las deudas que contraiga, sin que sus acreedores puedan cobrarse con los bienes de su cónyuge. En la separación parcial, se pagarán los créditos con el fondo social que exista.

Una de la diferencia sustancial del régimen de separación absoluta, es que no se origina, ni se crea una tercera masa patrimonial, común de los esposos, que haya de compartir su existencia y relacionarse con los respectivos patrimonios privativos de los cónyuges con los que coexiste. Por consiguiente, en el parcial, se distingue por tener una tercera masa patrimonial.

Ahora bien de acuerdo al maestro Galindo Garfias “cuando los consortes se casan bajo el régimen de separación de bienes y en las capitulaciones no se incluyeron determinados bienes propios de los consortes, coexisten ambos regímenes y es cuando decimos que es un régimen mixto.”⁵⁷

⁵⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op. cit, p. 590.

En este último caso, conforme a lo establecido en el artículo 208 debe determinarse con precisión cuales bienes quedan comprendidos en la separación de bienes, pues los que no se mencionen como separados forman parte de la sociedad conyugal que deben pactar los esposos. Parecería, con esta disposición que el Código Civil considera el régimen de separación de bienes como la excepción, pues todo lo no comprendido en las capitulaciones de separación, queda bajo el régimen de sociedad conyugal. Sin embargo, en estos matrimonios con regímenes patrimoniales mixtos, los bienes que no se menciona expresamente en las capitulaciones de separación, forman parte de la sociedad conyugal, aunque en las capitulaciones que constituyan ésta no les mencione específicamente.

“Esta conclusión, contradice las fracciones I y III del artículo 189, pues establece que las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, pueden contener la lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad y la lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad, así, puede pensarse que los bienes enumerados en esas listas no caen bajo la sociedad conyugal, y por tanto seguirán siendo de cada cónyuge, o sea, quedan en separación de bienes, lo cual a su vez, contradice a lo que habíamos concluido al leer el dispositivo legal 208.”⁵⁸

Teniendo en cuenta que las cosas son de su dueño mientras que no haya un acto positivo de la voluntad de éste que modifique, extinga o transmita a otra ese derecho; parece claro que cuando no se pacta o no se aporta expresamente, los bienes siguen siendo de quien eran y en el futuro cada uno los adquiere para sí, o sea, el régimen supletorio, cuando no se pacto nada y cuando un bien no se incluyó en las capitulaciones es de separación de bienes.

⁵⁸ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, op cit., p. 132

Vistas así las cosas, y fundándonos para ello en la Legislación Civil vigente del Distrito Federal, el matrimonio contraído bajo el régimen de separación de bienes, será de manera absoluta, aún cuando se haya estipulado una sociedad conyugal, el que se encuentra integrado por el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes, atento a lo dispuesto por el artículo 203 del cuerpo de leyes en cita.

3.5 Terminación y Liquidación del Régimen de Separación de Bienes.

De lo que se lleva dicho, puede establecerse que en México, la Legislación Civil para el Distrito Federal, los bienes que comprenden a la separación de bienes parcial, serán objeto de la sociedad conyugal, y en tal virtud, en caso de terminación nuestra legislación civil mexicana, señala que puede terminar durante el matrimonio, si así lo convienen los consortes.

Cuando se trate de menores de edad, el artículo 187 es claro al establecer:

ARTÍCULO 187.- La sociedad conyugal 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, las personas a que se refiere el artículo 148.

Otras de las causas que originan la terminación de los bienes en común, son las siguientes:

ARTÍCULO 196.- 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.

ARTÍCULO 197.- La sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y en los casos previstos en el artículo 188.

Ahora bien, por lo que respecta a la liquidación de los bienes en común, debemos decir, que no entraña simple división de bienes, sino una serie de operaciones de cargo y abono, cuya diferencia viene a ser el resultado positivo (ganancia repartible), o negativo (pérdida repartible) de la liquidación.

Cuando en el juicio se decreta la disolución del vínculo matrimonial, el que obtuvo sentencia favorable no está obligado a ser el que efectúe la ejecución del fallo, y por lo mismo, el juez natural está imposibilitado para ordenarle que proceda en consecuencia dándole un plazo a fin de que cumpla; y si bien toda sentencia firme debe ejecutarse por estar interesados en ello tanto la sociedad como el Estado con un legítimo interés en su cumplimiento, ello no implica que tal ejecución se realice arbitrariamente requiriendo a quien ningún deber le resulta en función de actuaciones anteriores o de la ley, máxime que tratándose de la liquidación de la sociedad conyugal, el artículo 204 del Código Civil prevé una forma específica de proceder.

En efecto, que una vez disuelta la sociedad, se procederá a formar un inventario, y 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 hubiere 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.

En este orden de ideas, resulta oportuno mencionar que la Autoridad Federal, ha establecido para que prospere la acción de terminación y liquidación de la sociedad conyugal durante el matrimonio, solicitada por uno de los cónyuges en la Legislación Civil de Chiapas, deben acreditarse los siguientes elementos: "a). Que los actos contrarios a los intereses de la sociedad conyugal sean ejecutados por el cónyuge que conforme a las

capitulaciones matrimoniales, o a las disposiciones legales, ejerza la administración de la sociedad; y, b). Que esos actos se realicen con notoria negligencia o torpe administración; de tal manera que se produzca la amenaza de ruina económica al otro cónyuge, o la de una disminución considerable de los bienes comunes.”⁵⁹

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que cuando no existen capitulaciones matrimoniales y los cónyuges hayan expresado su voluntad de contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, en relación a los bienes de su matrimonio, esa comunidad, por principios de equidad y justicia, consecuentes con la situación de mutua cooperación y esfuerzos que vinculan a los cónyuges, les da derecho iguales sobre los bienes, de manera que como copartícipes tanto en los beneficios como en las cargas, sus partes serán por mitad y serán las disposiciones legales sobre copropiedad, las aplicables para resolver las cuestiones que surjan sobre el particular. Por otra parte, si no se demostró que existiesen capitulaciones matrimoniales en las que se hubiese pactado lo contrario, o sea que no le correspondiera la mitad de los bienes a la cónyuge, por razones de la comunidad existente entre los consortes, debe estarse a lo que sobre el particular ha establecido el más Alto Tribunal de la nación, de que cuando no existan capitulaciones matrimoniales debe entenderse que tienen iguales derechos sobre los bienes del matrimonio y sus partes serán por mitad, o sea el cincuenta por ciento. Además, la circunstancia de que no se hubiese liquidado la sociedad conyugal y se hubiera hecho la división de los bienes del matrimonio, no impide que cada cónyuge tenga el dominio indiviso sobre los bienes del fondo común. La división de la copropiedad no resulta indispensable, puesto que de todas formas se es dueño en forma indivisa, y el dato de que la consorte no fuera propietaria de ciertos y determinados bienes, no quiere decir que no lo fuera y que no pudiera disponer, precisamente como

⁵⁹ TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO, publicado en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIV, Septiembre de 1994, Tesis: XX. 366 C, p. 244,

dueña, de su respectiva parte alícuota. Por las anteriores razones, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los casos de tercería excluyente de dominio, ha considerado que no es necesario para la procedencia de dicha tercería que previamente se liquide la sociedad conyugal y se efectúe la división de los bienes. Luego si los cónyuges unidos en matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal pueden disponer como dueños de su respectiva parte alícuota, aunque no exista liquidación de la sociedad conyugal y división de bienes, indudablemente que pueden garantizar con esa mitad sus obligaciones contraídas,

Ahora bien, en nuestra Legislación Civil para el Distrito Federal, el artículo 209 establece que durante el matrimonio la separación de bienes se puede terminar o puede ser modificada, si así lo convienen los cónyuges

“Teóricamente la liquidación de un régimen de separación exigiría, como fase previa, el cálculo, de una parte, de los gastos domésticos de cada año, y de otra, de los ingresos anuales de cada cónyuge, tras de lo cual habría de determinarse la cuantía en que debía contribuir proporcionalmente cada uno a las necesidades del hogar común, practicándose seguidamente una averiguación de la proporción real en que la contribución había tenido lugar, y resultando acreedor el cónyuge que había contribuido en exceso del que lo había hecho en defecto. Hecho esto, se restituirían los bienes de un cónyuge que el otro tuviera en administración o en cualquier otra forma; se satisfacerían las deudas surgidas entre ambos durante el matrimonio, junto con la nacida del defecto de contribución; y se dividirán los bienes cuya propiedad exclusiva no pudiera demostrarse.”⁶⁰

Es importante, destacar que ni legislativamente se ha previsto todas estas operaciones ni prácticamente se realizan, la verdad es que terminada la

⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis, El Nuevo Derecho Civil de la Mujer Casada, 2ª ed, Civitas, Madrid, 1977, p.63

separación de bienes cada cónyuge asimila las erogaciones que durante el matrimonio realiza para soportar las cargas matrimoniales. Solo en cuanto a los créditos que directamente tiene un cónyuge contra otro, por un concepto diverso a la carga matrimonial, es el que ordinariamente hace exigible.

CAPÍTULO 4

CONTRADICCIÓN DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN RELACIÓN AL CONCEPTO DE SEPARACIÓN DE BIENES.

4.1 Aproximación teórica al régimen de separación de bienes

Notas Estructurales.

A lo largo de la presente investigación, hemos tenido la oportunidad de ir destacando en varios momentos las principales notas que caracterizan este régimen separatista. Esto nos permite ahora limitarnos a efectuar tan solo un breve comentario de la caracterización teórica del régimen de separación de bienes.

4.1.1 Autonomía patrimonial

La primera nota que caracteriza al régimen de separación es precisamente la de la autonomía patrimonial de los cónyuges. Así se señala por toda la doctrina que se ha ocupado de esta materia. Cada uno de los cónyuges conserva sus propios bienes y tiene su propio patrimonio personal e individual, de suerte que por el mero hecho de contraer matrimonio no se produce ningún tipo de unión o comunicación entre los patrimonios privativos de los cónyuges.

Con todo, esta última afirmación siendo cierta, que lo es, por sí sola no es suficiente para definir y triplicar el contenido de este régimen, pues la diferencia sustancial hay que encontrarla en que, además de mantener separados los patrimonios privativos, en el régimen de separación de bienes no se origina ni se crea una tercera masa patrimonial, común de los esposos, que haya que de compartir su existencia y relaciones con los respectivos patrimonios privativos de los cónyuges con los que coexiste.

A pesar de que se dice que en este régimen el matrimonio no produce efecto alguno en la esfera económica de los cónyuges casados bajo dicho régimen, lo cierto es que el carácter “matrimonial” que se predica del mismo, derivado de la comunidad de vida que el matrimonio implica y constituye, impide que la pretendida y alegada independencia económica y autonomía patrimonial entre los esposos sea total y absoluta. La comunidad permanente de vida hace necesario no ya la adopción o sujeción a un estatuto-base regulador, que es el régimen económico, sino que, además, implica la necesidad de resolver la cuestión de cómo atender y hacer frente a las cargas económicas, que se generan en la familia, introduciendo de esta manera un elemento asociativo que impide de por sí una absoluta independencia patrimonial.

Queda así, esta primera nota estructural del régimen económico de separación de bienes, afirmando que la autonomía patrimonial existe y puede predicarse como tal nota fundamental, pero bien entendida como una independencia económica basada en la no existencia de una tercera masa patrimonial común y que esa independencia y autonomía patrimonial no es enteramente absoluta, dado carácter matrimonial del régimen y las consecuencias derivadas de la comunidad de vida.

4.1.2 La exclusividad en la gestión, disfrute y disposición

La segunda nota estructural caracterizadora del régimen de separación de bienes deriva como corolario de la primera. Si afirmamos la independencia y autonomía económica de los cónyuges, la consecuencia lógica de ella es que el cónyuge titular de los bienes ostenta no ya sólo dicha titularidad plena y exclusiva, sino que, además, le corresponde también con carácter de exclusividad el disfrute, la administración y disposición de sus propios bienes.

Sin embargo esta segunda nota, que tan nítida y claramente se percibe y afirma en el plano teórico y doctrinal, queda también afectada y limitada por el

carácter matrimonial del régimen económico. Al igual que sucedía cuando nos hemos referido a la autonomía patrimonial, también aquí la exclusividad en la gestión administración y disposición sufren limitaciones y excepciones establecidas por la ley en aras del interés familiar. El legislador es conciente de que el matrimonio y la familia, en el aspecto que ahora nos interesa, es mucho más que una simple cuestión de interés económicos, sino que primordialmente el matrimonio, fundado en principios de igualdad e independencia y, a la vez, colaboración conyugal, tienen unos fines propios de carácter extramatrimonial que adquieren rango prevalente y que, en consecuencia, afectan e inciden en los puros esquemas de carácter económico o patrimonial introduciendo en ellos alteraciones en su régimen jurídico.

4.1.3 La responsabilidad independiente por deudas

Como tercera nota estructural y configuradora del régimen de separación de bienes, se cita la existencia de una responsabilidad autónoma e independiente de cada cónyuge frente a sus respectivos acreedores.

Sería el reverso desde el punto de vista del pasivo de la nota de independencia y autonomía patrimonial en cuanto a la titularidad de los bienes, que ya hemos visto.

También hemos tenido ocasión de poner de relieve y destacar que esa responsabilidad autónoma, de manera que no afecte el patrimonio del otro cónyuge ni ponga en peligro la estabilidad económica de la familia, es una de las ventajas de este régimen separatista y una de las razones que deciden a una parte importante de cónyuges a elegir como régimen económico de su matrimonio éste de separación de bienes.

A través de esta técnica de compartimentación de los patrimonios respectivos, cada cónyuge responde personalmente con su entero y propio

patrimonio de las obligaciones por él contraídas, pero permanece al margen por completo de las correspondientes a su pareja. La responsabilidad es, pues, individual y exclusiva del cónyuge deudor.

Al igual que hemos comentado al referirnos a la independencia y autonomía patrimonial en la titularidad de los bienes, también aquí hemos de dejar constancia de que la existencia de una comunidad de vida y dado el carácter “matrimonial” del régimen, hacen que la independencia y autonomía de responsabilidades sufra también limitaciones y excepciones, singularmente en cuanto a la satisfacción de las necesidades familiares y levantamiento de las cargas del matrimonio.

Mencionar, por último, que cuando esta separación de bienes es consecuencia de una modificación del régimen “constante matrimonio”, ya hemos reseñado que en ningún caso perjudicará los derechos adquiridos por terceros.

4.2 Separación de Bienes. Razones para una elección.

Una vez vistas las razones que han llevado a regular normativamente el régimen de separación de bienes en nuestra Legislación Civil, ahora nos vamos a plantear y analizar brevemente las posibles ventajas e inconvenientes de este régimen, todo ello para así poder dar una respuesta adecuada a quienes buscan un asesoramiento técnico para elegir el régimen económico idóneo para su matrimonio, puesto que en la vida profesional muy pocas veces los futuros cónyuges buscan el asesoramiento de un abogado para orientarlos, es por eso que plantearemos las ventajas e inconvenientes de este régimen.

4.2.1 Ventajas

Dada la caracterización de este régimen de separación de bienes por las notas de independencia patrimonial y de libertad de gestión autónoma por cada uno de los esposos, se ha dicho a su favor que el régimen de separación de bienes defiende muy bien esas ideas de independencia y de libertad de actuación y que, además, es sencillo y posee una normativa no demasiado difícil de comprender.

Esas ideas de independencia y de libertad hacen de este régimen, a primera vista, el más adecuado y conforme con el principio de igualdad y equiparación entre los cónyuges.

De igual modo, se destaca su aparente sencillez y simplicidad. En efecto, es cierto que la ausencia de una masa patrimonial común evita y hace innecesaria la regulación de las relaciones entre esa tercera e inexistente masa patrimonial y los patrimonios privativos de los cónyuges, así como con relación a los terceros. Se puede afirmar que, efectivamente, es cierta su menor complejidad en relación con otros regímenes; sin embargo, es igualmente cierto que no existe en absoluto y de manera total esa independencia patrimonial entre los cónyuges que a primera vista parece caracterizarlo, con lo cual esa aparente sencillez y simplicidad queda paralelamente reducida, por cuanto la comunidad de vida que el matrimonio implica y conlleva necesariamente en la práctica una cierta confusión de bienes y asunción de responsabilidades. De esta manera, se confirma la paradoja que señala DELGADO ECHEVERRÍA de que “la descripción del contenido positivo del régimen de separación gira alrededor de las excepciones al principio separatista.”⁶¹

⁶¹ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, El Régimen Matrimonial de Separación de Bienes en Cataluña, Reus S. A, España, 1993, p. 33.

4.2.2 Inconvenientes

Al lado de las ventajas que se predicán del régimen de separación de bienes y que han quedado apuntadas, la doctrina destaca también algunos inconvenientes del mismo. Así, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN lo tildan de injusto por considerar que “para ser justo el régimen de separación de bienes, requiere una situación de equilibrio entre los patrimonios iniciales de los cónyuges o unas actividades económicas o profesionales de ambos que sean equilibradas y les permitan tener sus propios ingresos. Para ser justo, el régimen de separación requiere un sistema sucesorio en el que se articule y proteja debidamente el derecho del cónyuge viudo a heredar a su difunto en una cuota sustancial de la herencia que le preserve de la calamidad y el infortunio. El régimen de separación de bienes, la falta de toda participación en ganancias hace de peor condición al cónyuge que carece de ingresos propios y que se dedica a la gestión doméstica, que en nuestro país es todavía mayoritariamente la mujer.”⁶²

Por otra parte, también se le acusa al régimen de separación de bienes porque puede suponer un sistema de responsabilidad patrimonial perjudicial para los acreedores de los cónyuges. Entienden los que así se pronuncia que a través de esa separación de responsabilidades, en ocasiones los cónyuges lo que persiguen no es tanto la independencia de responsabilidad ante los acreedores de cada uno de ellos, sino que lo que se persigue es, en realidad, un alzamiento de bienes.

Empero, tal crítica se puede considerar excesiva y no aceptable, sobre todo si tomamos en cuenta, que sin la existencia de casos en los que el ánimo de defraudar a los acreedores sea cierto, la estrategia de los cónyuges de

⁶² DÍEZ-PICAZO, Juan, et al, Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 231

compartimentación de sus masa patrimoniales ante posibles acreedores no puede calificarse sin más y con carácter de fraudulenta. La autonomía patrimonial que conlleva el régimen de separación de bienes es, sin duda, una de las ventajas más apreciadas que este régimen proporciona y una de las razones, como veremos más adelante, que justifican la elección de este régimen por parte de muchos cónyuges en el libre y legítimo derecho y poder de autorregulación que la ley les concede.

4.2.3 Supuestos de posible conveniencia

Ahora bien, tendiendo en consideración la experiencia extraída durante el ejercicio profesional, pasamos a elaborar una lista de supuestos de posible conveniencia en este régimen de separación de bienes en atención a las finalidades perseguidas por los otorgantes.

1º.- Separación de bienes como medio idóneo para evitar la confusión de patrimonios. – Son supuestos en los que se trata de mantener esa independencia patrimonial que, con matizaciones, caracteriza este régimen.

- ❖ Casos de divergencia económica notable entre el patrimonio de cada cónyuge o en la actividad económica o profesional que cada uno desarrollará.
- ❖ Casos de contrayentes pertenecientes a familias de grandes industriales y, en general, miembros de la burguesía opulenta. Se trata de esta forma de buscar la conservación del patrimonio y de la fortuna dentro del grupo familiar; por esto, no es extraño que en bastantes ocasiones detrás de estas capitulaciones en las que se pacta este régimen se encuentran determinados criterios o sugerencias familiares (En esta línea que dejamos apuntada podemos señalar que en determinados protocolos familiares, de tanta actualidad para la conservación y continuidad de la empresa familiar, se incluya como criterio a seguir el que los miembros

de la familia que contraigan matrimonio lo hagan necesariamente en régimen de separación de bienes).

- ❖ Junto a estos casos señalados, en los que la finalidad perseguida se puede traducir en impedir la participación de un cónyuge en el patrimonio del otro, sobre todo en previsión de que no haya hijos comunes, en otras ocasiones la elección de este régimen separatista viene motivada por el deseo de disipar cualquier duda o sospecha de matrimonio por conveniencia. Se trata de evitar que las ganancias previsiblemente elevadas de un cónyuge puedan ser interpretadas como sospechosas o motivadoras de ese matrimonio.

2º.- Separación de bienes como medio para conseguir la limitación de responsabilidad de uno o de ambos cónyuges a terceros.-

Ya antes nos hemos referido a esta independencia de responsabilidad como una de las grandes ventajas que se predicán de este régimen y que suele buscar al pactarlo.

En previsión de una situación de peligro o riesgo económico los cónyuges deciden adoptar este régimen de separación de bienes. El supuesto engloba y comprende realidades muy diferenciadas:

De una parte, el caso de futuros contrayentes cuando uno de los dos o ambos se dedican habitualmente a actividades mercantiles o industriales y tratan de delimitar claramente el ámbito de la responsabilidad de cada cónyuge ante el riesgo potencial económico inherente a toda actividad empresarial.

Semejante al anterior, es el caso de matrimonios en los que uno o los dos cónyuges ejercen una profesión o actividad expuesta a potenciales e importantes demandas y exigencias de responsabilidad civil, como es el caso de arquitectos, médicos y administradores de sociedades.

En todos esos casos parece que lo que se quiere conseguir al pactar el régimen de separación de bienes es esa limitación de la responsabilidad para que quede expuesto a ella tan solo el patrimonio del cónyuge que ejerce esa profesión o actividad; de tal manera que si ese riesgo potencial de exigencia de responsabilidad se llegase a convertir en real, las consecuencias no alcancen ni afecten al otro cónyuge y con ello no se ponga en peligro la estabilidad económica de la familia.

3º.- Existencia de hijos de anterior matrimonio o hijos extramatrimoniales por parte de uno o de ambos contrayentes y supuestos de familias “recompuestas”

Aludíamos a lo largo de esta investigación, los importantes cambios sociológicos que se han producido en la sociedad en general y en particular, por lo que ahora nos importa, en la sociedad mexicana. Esa ruptura de los valores tradicionales del matrimonio y de la familia ha hecho que se produzca un notable incremento de situaciones como las que ahora nos ocupamos. Ante el inicio de esa vida matrimonial, en ocasiones ya no se parte de cero, sino que se trae la experiencia de una realidad anterior ya vivida. Esta realidad se concreta en cada vez mayor número de matrimonios en los que uno de los dos o ambos contrayentes ya han pasado por un primer matrimonio fracasado, dando lugar así a lo que parte de la doctrina ha llamado “familias recompuestas” y, bajo otra perspectiva, “familias divididas o múltiples”.

Junto a esa situación de segundas y posteriores nupcias de personas divorciadas, cabe concluir aquí también las nuevas nupcias de personas viudas y las nupcias contraídas por personas solteras pero ya con descendencia extramatrimonial.

En tal virtud, el nexo común en muchos de estos supuestos es precisamente la existencia de hijos por parte de uno o de ambos contrayentes.

Ante esta realidad suele ser frecuente el deseo de evitar en la medida de lo posible el peligro de confusión de patrimonios, diferenciando con claridad el patrimonio que aporta cada uno de ellos, frutos de su vida anterior, y el patrimonio que se adquiere durante el nuevo matrimonio y, dentro de éste, los bienes del marido y de la mujer. Todo ello, para de esta forma independizar y no mezclar el “*status*” económico y de intereses de los hijos anteriores con los del nuevo matrimonio, y los posibles hijos del mismo.

De lo anterior consideramos que, en estos casos de segundos matrimonios la motivación buscada puede ser simplemente la simplicidad de la liquidación del régimen de separación de bienes, sobre todo si la liquidación del anterior régimen consorcial fue compleja y tormentosa.

De ahí que, este supuesto nos sitúa ante la consideración de las capitulaciones matrimoniales no ya sólo como medio idóneo para organizar la economía familiar, sino también para establecer por anticipado reglas para su futura liquidación. Esto es, se utilizan las capitulaciones matrimoniales no ya para la función de construir o forjar la estructura patrimonial de la familia, sino que se amplía su función a su desconstrucción o derribo.

Estos supuestos, podemos añadir según la experiencia obtenida en el ejercicio de la profesión, muchas veces coinciden con los vistos anteriormente de capitulaciones otorgadas por personas que contraen segundas y ulteriores nupcias y que, visto lo sucedido en su anterior matrimonio, ahora no se quieren limitar a pactar como régimen económico el de separación de bienes, sino que van más allá en el diseño del marco patrimonial familiar pactado ya por anticipado determinadas reglas a seguir en el caso de liquidación del régimen elegido.

4º.- Matrimonios en situación de crisis: rotos o en trance de ruptura

El supuesto que ahora contemplamos difiere del anterior. Acabamos de referirnos a la separación de bienes pactada por los contrayentes ante la duda o temor de que su matrimonio no tenga en el futuro el éxito deseado y que se llegue a una situación sin salida, de fracaso y ruptura. Ahora en cambio, nos encontramos directamente ante un matrimonio en situación de crisis conyugal. La crisis matrimonial no se contempla “ex ante”, sino “ex post”.

Como podemos observar, entre un supuesto y otro, es lo cierto que un número relativamente considerable de los nuevos capítulos matrimoniales están vinculados de una u otra manera a esas crisis matrimoniales.

Centrándose ya en la hipótesis actual, ya hemos visto que en esas dos posibilidades de separación proyectada o separación ya existente “de facto”, realmente no se está configurando un verdadero y auténtico régimen económico en contemplación a una vida matrimonial compartida, en situación normal de convivencia, sino que estamos ante unos capítulos “de derribo”, otorgados ante un matrimonio roto o en trance de ruptura.

Tras este breve examen del abanico de supuestos que acabamos de ver, hemos de concluir que, dada la riqueza y variedad de casos que la vida real nos plantea, la elección del régimen de separación de bienes obedece a una pluralidad de razones diversas, como hemos señalado. Si hemos de destacar alguna de ellas por su frecuencia e importancia, nos quedaríamos, entre las clásicas y tradicionales, con el deseo de alcanzar una legítima limitación de responsabilidad frente a terceros; y entre las más modernas, las que ponen en relación directa ese incremento de los matrimonios casados en el régimen de separación de bienes con la consideración y contemplación de las crisis matrimoniales: bien por admitir y prever su posibilidad futura, bien por estar incursos en ellas o bien por contraerse el matrimonio por personas que ya han pasado por una situación anterior de ruptura.

4.3 Decreto por el que se reformó el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de fecha veinticinco de mayo del año dos mil.

“Por decreto de fecha 28 de abril del 2000, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día 25 de mayo del mismo año, y que entró en vigor el 1º de junio de la citada anualidad, se derogaron, reformaron y adicionaron diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal; así como del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”⁶³

Tal decreto contiene cambios substanciales en materia familiar; sin embargo, en este análisis sólo se abordará el estudio del artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, precepto que es nuevo, pues el pasado 28 de abril del 2000 se aprobó por la Asamblea Legislativa su adición al citado Código Sustantivo Civil, motivo por el cual es dable mencionar que tal dispositivo no cuenta con antecedentes legislativos.

El numeral en comento, expresa:

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 en que duró el matrimonio preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; y

⁶³ Periódico la Jornada. México, Distrito Federal, 14 de Abril del 2003.
http://www.jornada.unam.mx/2003/may03/030505/articulos/57_noticias.htm.

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

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

Para poder comprender la figura jurídica contemplada en el citado precepto 289-bis, es necesario conocer la exposición de Motivos que emitió la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el Decreto objeto de este estudio, únicamente en lo que aquí interesa, siendo esto, lo siguiente:

“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 a un momento de transformación social anhelado por los que creemos en un nuevo orden de cosa más humano más justo y más 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 4º.

...por primera vez se garantiza en la ley civil la igualdad de condiciones no sólo entre el hombre y la mujer, sino entre los diversos sectores que conforman la sociedad capitalina...

...podemos señalar que existe una serie de factores fuertemente predictivos de la prevalencia de la violencia contra las mujeres que son la desigualdad económica entre el hombre y la mujer,...

...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 con un valor económico...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...”⁶⁴

⁶⁴ Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Año 2000, núm. 15, abril 28 del 2000, p. 118.

De lo anterior, se puede advertir, que el ánimo de los legisladores fue de manera primordial salvaguardar a la familia por encima de todas las cosas, procurando una mayor equidad entre sus miembros, así como el establecimiento de una igualdad jurídica entre el hombre y la mujer; en donde destaca la importante figura jurídica que en el caso concreto se estudia, es decir, el derecho que tiene el cónyuge que se dedicó al hogar, del cincuenta por ciento de los bienes del otro consorte, aun cuando el régimen por el cual se casaron fuera el de separación de bienes, tal y como lo precisó el C. DIPUTADO MARTI BATRES GUADARRAMA, al concederle la comisión el uso de la palabra: *“en el caso del divorcio de los cónyuges que están unidos por el régimen de separación de bienes, un cónyuge que sólo realizó trabajo en el hogar, durante la duración de esta unión, puede reclamar el 50% de los bienes que se generaron durante la sociedad para no dejar en la calle al cónyuge que sólo haya tenido un trabajo al interior del hogar.”*⁶⁵

Bajo esa tesitura, nos queda claro que la intención de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, es adecuar la ley a las diversas necesidades y problemas sociales que se viven en la actualidad; sin embargo, en lo referente a la aplicación del numeral 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, consideramos que no fue suficientemente analizado, pues este ordenamiento modificó algunos de los efectos económicos del divorcio, pero el cambio no se reduce a los aspectos patrimoniales, por el contrario, la reforma trasciende al involucrar la concepción misma de las relaciones matrimoniales, pues intenta establecer una equidad de género además de proteger y valorizar el trabajo doméstico y la formación de los hijos, al menos, en el momento del divorcio.

⁶⁵ Idem

4.4 La creación del artículo 289-bis y las dificultades de su aplicación en la Legislación Civil del Distrito Federal.

El régimen de separación de bienes en México, ha experimentado una modificación importante reciente, y esto es, ante la adición del artículo 289-Bis en el Código Civil para el Distrito Federal, precepto que es nuevo, pues el pasado 28 de abril del 2000 se aprobó por la Asamblea Legislativa, y como se mencionó anteriormente, tal dispositivo no cuenta con antecedentes legislativos.

De igual manera es oportuno destacar, que en la exposición de Motivos emitida por la mencionada Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el Decreto objeto de este estudio, únicamente se puede inferir que la creación de la norma va dirigida “ *al beneficio de las familias que habitan en la Ciudad de México, y que pueden ser la inspiración para que otras legislaciones locales, se sumen a la lucha a favor de las mujeres, de los menores y de las familias*”; lo que a nuestro criterio, no aborda su verdadera intención o su adecuación a las diversas necesidades que se viven actualmente.

Entonces, ¿Por qué el legislador se le ocurrió oportuno regular como novedad la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges solicite ante el Juez de lo Familiar una “*indemnización*” de hasta el 50% del valor de los bienes adquiridos por el otro cónyuge durante el matrimonio, siempre que se cumplan las condiciones que señala dicho precepto, entre las que se encuentra estar casado bajo el régimen de separación de bienes, cuando no existe ningún precedente del mismo en el Derecho Histórico? La respuesta a esta pregunta hay que encontrarla en que la sociedad mexicana en general, y en particular, con ella, la familia en México han experimentado profundos cambios sociológicos.

En efecto, se ha cambiado mucho, en la actualidad, tanto en las relaciones personales dentro del grupo familiar, como en las socio-económicas,

así como en el marco legal y político. Se ha producido, además una profunda evolución de roles y actividades domésticas, fruto primordialmente de una transformación de las mentalidades, destacando por su importancia y trascendencia para el tema que hoy nos ocupa el trabajo de la mujer fuera del hogar, como realidad hoy generalizada en nuestra sociedad.

Todos estos cambios no han sido indiferentes, sino que han interesado mucho a los juristas. Sin embargo, se ha coincidido que la creación de la disposición en comento fue un afán desordenado y obsesivo de regular por regular materias, en virtud de que se puede encontrar lógica como contraposición a la introducción del régimen de separación de bienes.

Es fácil de inferir a nuestro parecer, que esta institución nueva (indemnización establecida en el referido numeral 289-bis) la cual no cuenta con precedente alguno en nuestra legislación mexicana, sigue algún modelo de otro ordenamiento jurídico, pues los modelos más próximos son los del Derecho Civil Francés que prevé la prestación compensatoria por disparidad de las condiciones de vida [artículos 270 y siguientes del Code Civil] y del Derecho Civil Español de la pensión compensatoria por desequilibrio económico [artículos 97 y siguientes del Código Civil español] como se señaló anteriormente, sin embargo, aún cuando fuera así, se debió ser cauteloso y prudente en su creación, pues se considera oportuno y correcto procurar su construcción a partir de otros preceptos que la compongan, y evitar tomar elementos de otras instituciones preexistentes.

Empero a todo lo anterior, este precepto modificó algunos de los efectos económicos del divorcio, pero el cambio no se reduce a los aspectos patrimoniales, por el contrario, la reforma trasciende al involucrar la concepción misma de las relaciones matrimoniales, pues intenta establecer una equidad de género además de proteger y valorizar el trabajo doméstico y la formación de los hijos, al menos, en el momento del divorcio.

El citado texto expresa:

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 en 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 a los de la contraparte

El juez de lo familiar en la sentencia de divorcio, habrá de resolver atendiendo a las circunstancias especiales en cada caso.

La primera controversia que se suscitó en la aplicación de este nuevo precepto, fue si dicha disposición se consideraba retroactiva y si se intentaba aplicar a matrimonios contraídos antes de las reformas en comentó, ya que también se defendía la opinión de aceptar la posibilidad de aplicar dicho dispositivo a vínculos matrimoniales celebrados antes de la vigencia de la norma, pero sólo en lo que respecta a los bienes adquiridos después de su entrada en vigor, en cambio si atacará derechos patrimoniales adquiridos durante la vigencia de una norma anterior sería retroactivo.

Situación que ocasionó diversos criterios entre dos Tribunales Colegiados, ambos en Materia Civil del Primer Circuito.

Por su parte el Octavo Tribunal considera que dicho artículo no puede aplicarse a los matrimonios anteriores a la reforma, porque el mismo modifica

los derechos de propiedad asegurados bajo el régimen de separación de bienes que adoptaron los cónyuges antes de la entrada en vigor del artículo 289-Bis, razón por la cual la aplicación de ese numeral resultaría retroactivo en perjuicio del potencial obligado a su pago, criterio que dio origen a la siguiente tesis:

“DIVORCIO. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

De acuerdo con lo dispuesto en el mencionado precepto, que entró en vigor a partir del uno de junio de dos mil, en casos de divorcio cualquiera de los cónyuges puede solicitar una indemnización de hasta el cincuenta por ciento de los bienes que hubiere adquirido el otro cónyuge, cuando estuvieran casados bajo el régimen de separación de bienes, el demandante se hubiera dedicado en el lapso que duró el matrimonio, preponderantemente, al trabajo del hogar y no hubiera adquirido bienes propios durante el matrimonio o los que hubiera adquirido resulten notoriamente menores a los de su cónyuge. Ahora bien, si el matrimonio fue celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición jurídica en comento y la disolución del vínculo matrimonial se promueve con posterioridad a la iniciación de su vigencia, no podrá demandarse el pago de la indemnización correspondiente, porque esa nueva figura jurídica modifica los efectos del régimen de separación de bienes pactado bajo el imperio de la ley anterior, conforme al cual cada cónyuge conserva la propiedad y administración de sus bienes, aunque llegaran a divorciarse; de modo que si antes de la entrada en vigor de la supracitada norma no existía en el Código Civil para el Distrito Federal algún precepto que impusiera alguna modalidad al régimen de separación de bienes aunque se divorciaran los cónyuges, no pueden alterarse los efectos de ese régimen patrimonial del matrimonio que previeron los consortes, pues existiría una aplicación retroactiva en perjuicio del cónyuge demandado y la consiguiente violación a la garantía de irretroactividad de la ley, prevista en el párrafo primero del artículo 14 constitucional.”⁶⁶

Mientras que el Décimo Tercer Tribunal, al resolver el amparo directo 656/2003-13, el trece de enero de dos mil cuatro, argumenta que la aplicación del artículo 289-Bis del Código Sustantivo Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del uno de junio de dos mil, es aplicable a aquellos matrimonios

⁶⁶ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, Mayo de 2002. Tesis: I.8o.C.229 C. p. 1210.

celebrados con posterioridad a la fecha antes mencionada, ya que modifica o altera los derechos patrimoniales adquiridos por los cónyuges que contrajeron matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Conclusión que da origen a la tesis jurisprudencial:

“DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN FAVOR DE UNO DE LOS CÓNYUGES, SÓLO ES APLICABLE A AQUELLOS MATRIMONIOS CELEBRADOS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR. Conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis publicadas bajo los rubros: "CONTRATOS. LEY QUE LOS RIGE." e "IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. NO SE VIOLA ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL CUANDO LAS LEYES O ACTOS CONCRETOS DE APLICACIÓN SÓLO AFECTAN SIMPLES EXPECTATIVAS DE DERECHO, Y NO DERECHOS ADQUIRIDOS.", esta última interpretada en sentido contrario, se advierte que una norma transgrede el citado precepto constitucional cuando se aplica a actos jurídicos celebrados antes de su vigencia, o bien, cuando modifica o destruye los derechos adquiridos que nacieron bajo la vigencia de una ley anterior. En congruencia con lo anterior, el derecho de uno de los cónyuges para reclamar en el divorcio la indemnización prevista en el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del primero de junio de dos mil, que establece ese derecho en el caso en que el matrimonio se hubiere celebrado bajo el régimen de separación de bienes y uno de los cónyuges se haya dedicado preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos y, por ende, no hubiere adquirido bienes propios o los adquiridos sean menores a los de su cónyuge, únicamente puede reclamarse en aquellos supuestos en donde no sólo el divorcio se demanda con posterioridad a su entrada en vigor, sino en aquellos en donde el matrimonio se celebró después de que tal precepto entró en vigor. Lo anterior es así, porque el mencionado precepto modifica o altera los derechos adquiridos por los cónyuges que contrajeron matrimonio y establecieron el régimen de separación de bienes bajo la vigencia de la ley anterior.”⁶⁷

⁶⁷ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, octubre de 2002, p. 1365.

Sin embargo, el mismo Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al analizar el contenido de los numerales 178, 208, 209, 212, 213 y 289-Bis, todos del Código Civil, determinó que la indemnización prevista en el citado precepto 289-Bis, no constituye una pena o sanción para el cónyuge condenado a pagarla, ni modifica los derechos adquiridos bajo el régimen de separación de bienes, sino que resulta en sí una compensación al consorte inocente por la dedicación preponderante que en el tiempo que duró el matrimonio, tuvo en el desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, el cuidado de los hijos, razones por las cuales se vio imposibilitado para adquirir bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los de su contraparte, motivo por el cual, es claro que con la citada indemnización, no se modifica o altera el derecho de propiedad que tiene el cónyuge culpable, respecto de los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio celebrado en los términos apuntados, aun cuando el matrimonio se haya celebrado de acuerdo a la ley anterior a las reformas del 25 de mayo del 2000. Por lo que su aplicación a matrimonios contraídos con anterioridad a su entrada en vigor no plantea problemas desde el punto de vista de la garantía de irretroactividad consagrada en el dispositivo 14 de la Constitución, por lo que dicho órgano colegiado estableció el criterio que a la letra dice:

“DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL UNO DE JUNIO DE DOS MIL, NO ES RETROACTIVA NI MODIFICA EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LOS CÓNYUGES RESPECTO DE MATRIMONIOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES (MODIFICACIÓN DEL CRITERIO ANTERIORMENTE SOSTENIDO POR ESTE TRIBUNAL). De conformidad con los artículos 178, 208, 209, 212 y 213 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, vigentes antes de la reforma de veinticinco de mayo de dos mil, que entró en vigor el uno de junio ulterior, que contienen disposiciones similares a los artículos del Código Civil para el Distrito Federal vigente, el matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o de separación de bienes, el último de los cuales puede ser absoluto o parcial, empero,

puede terminar o ser alterado por voluntad de los cónyuges, los que después del divorcio conservarán la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen y, por consiguiente, todos los frutos y accesiones de los mismos no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos; además, serán propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvieren por servicios profesionales por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria. La interpretación armónica y sistemática del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del uno de junio de dos mil, permite concluir que en el mismo se establece la posibilidad de que en la demanda de divorcio, respecto de los matrimonios celebrados bajo el régimen de separación de bienes, antes o después de la reforma de veinticinco de mayo de dos mil, el cónyuge que lo solicite, demande del otro una indemnización hasta del cincuenta por ciento del valor de los bienes que hubiere adquirido durante el matrimonio, siempre que se satisfagan los requisitos que el propio precepto establece en sus fracciones II y III, es decir, que la demandante, durante el lapso que duró el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos y que por esos motivos durante dicho periodo no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los de su contraparte. En tales condiciones, si la indemnización a que se refiere el precepto aludido debe ser decretada en la sentencia de divorcio por el Juez de lo Familiar, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso, es evidente que la condena al pago de la misma no es retroactiva en cuanto al régimen patrimonial de separación de bienes, porque no constituye una sanción o pena por alguna conducta ilícita del cónyuge culpable, en todos los casos que modifique o altere el derecho de propiedad de los bienes adquiridos por éste, que contrajo matrimonio bajo el régimen de separación de bienes de acuerdo con la ley anterior, sino que resulta en sí una compensación a la consorte inocente por la dedicación preponderante que durante el tiempo que duró el matrimonio, tuvo en el desempeño del trabajo, del hogar y, en su caso, el cuidado de los hijos, razones por las cuales se vio imposibilitada para adquirir bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los de su contraparte, motivo por el cual es claro que con la citada indemnización, se reitera, no se modifica o altera el derecho de propiedad que tiene el cónyuge culpable respecto de los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio celebrado en los términos apuntados, aun cuando éste se haya celebrado de acuerdo a la ley anterior a las reformas de veinticinco de mayo de dos mil, ya

que exclusivamente va a proceder la condena al cónyuge culpable de indemnizar al inocente cuando se acrediten los requisitos establecidos en las fracciones II y III del artículo 289 bis citado, sin que el monto de tal indemnización sea mayor al cincuenta por ciento del valor de los bienes del primero; razones que conducen a este Tribunal Colegiado a variar el criterio anteriormente adoptado respecto de la indemnización de que se trata, con el rubro de: "DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL A FAVOR DE UNO DE LOS CÓNYUGES, SÓLO ES APLICABLE A AQUELLOS MATRIMONIOS CELEBRADOS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR.", para establecer que la aplicación del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal en los juicios de divorcio iniciados después del uno de junio de dos mil, respecto de matrimonios celebrados antes de esa fecha, al no ser retroactiva no infringe el artículo 14, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."⁶⁸

Así las cosas, le correspondió a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolver si la indemnización prevista en el multicitado dispositivo, puede reclamarse y ser acordada por un Juez en juicios de divorcios iniciados después de la entrada en vigor de dicho precepto, pero derivados de matrimonios celebrados con anterioridad a esa fecha. Todo ello a la luz de la garantía de irretroactividad de leyes desfavorables contenida en el artículo 14 de la Constitución Federal. Circunstancia que fue debidamente analizada por nuestro más alto Tribunal, concluyendo que el contenido del artículo transcrito, se trata de una indemnización por trabajo en el hogar y en el cuidado de los hijos, compensando así, el costo de oportunidad, asociado a no haber podido desarrollar una actividad en el mercado convencional, por ende, lo que se pretende es proporcionar una equidad al momento de disolver el régimen de separación de bienes, situación que no plantea problema alguno desde la perspectiva de la citada garantía constitucional, motivo por el cual, **debe prevalecer el siguiente criterio con carácter de jurisprudencia**, esto por encima de la división de opiniones existentes entre el Octavo y el Décimo

⁶⁸ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, Junio de 2004. Tesis: I.13o.C.23 C. p. 1435.

Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, el cual quedó redactado con el siguiente rubro y texto:

“DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 1º DE JUNIO DE 2000, PUEDE RECLAMARSE EN TODAS LAS DEMANDAS DE DIVORCIO PRESENTADAS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR, CON INDEPENDENCIA DE QUE EL MATRIMONIO SE HUBIERA CELEBRADO CON ANTERIORIDAD A ESA FECHA. La aplicación del citado artículo, que prevé que los cónyuges pueden demandar del otro, bajo ciertas condiciones, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que el cónyuge que trabaja fuera del hogar hubiere adquirido durante el matrimonio, no plantea problema alguno desde la perspectiva de la garantía de irretroactividad de la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución Federal, cuando la misma se reclama en demandas de divorcio presentadas a partir de la entrada en vigor del mencionado precepto legal, con independencia de que el matrimonio se haya celebrado con anterioridad a esa fecha. El artículo en cuestión constituye una norma de liquidación de un régimen económico matrimonial que se aplica exclusivamente a las liquidaciones realizadas después de su entrada en vigor y, aunque modifica la regulación del régimen de separación de bienes, no afecta derechos adquiridos de los que se casaron bajo el mismo. Ello es así porque, aunque dicho régimen reconoce a los cónyuges la propiedad y la administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, con sus frutos y accesiones, no les confiere un derecho subjetivo definitivo e inamovible a que sus masas patrimoniales se mantengan intactas en el futuro, sino que constituye un esquema en el que los derechos de propiedad son necesariamente modulados por la necesidad de atender a los fines básicos e indispensables de la institución patrimonial, la cual vincula inseparablemente el interés privado con el público. Tampoco puede considerarse una sanción cuya imposición retroactiva prohíba la Constitución, sino que se trata de una compensación que el juez, a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar la inequidad que puede producirse cuando se liquida el régimen de separación de bienes. El artículo citado responde al hecho de que, cuando un cónyuge se dedica preponderante o exclusivamente a cumplir con sus cargas familiares mediante el trabajo en el hogar, ello le impide dedicar su trabajo a obtener ingresos propios por otras vías, así como obtener la compensación económica que le correspondería si desarrollara su actividad en el mercado laboral; por eso la ley entiende que su actividad le puede

perjudicar en una medida que parezca desproporcionada al momento de disolver el régimen de separación de bienes.”⁶⁹

Vistas así las cosas, es dable puntualizar que la indemnización prevista y regulada en el artículo 289-Bis del Código Civil para Distrito Federal, puede solicitarse y, si es el caso, ser acordada por un Juez, en todos los juicios de divorcio iniciados con una demanda interpuesta después del momento de la entrada en vigor de dicho precepto, con independencia de que el matrimonio de las personas que se encuentran en proceso de divorcio se hubiera celebrado antes o después de la entrada en vigor del mismo –el día uno de junio del año dos mil–, puesto que se trata de un instrumento que corrige la intensidad de la lógica motora del régimen de separación de bienes, evitando así, situaciones de enriquecimiento y empobrecimiento injusto perceptibles en el momento de la disolución del citado régimen económico patrimonial, por lo que, el límite máximo de dicha indemnización es del 50% de los bienes que el cónyuge que trabaja fuera del hogar ha adquirido *durante el tiempo de subsistencia del matrimonio*, ya que ese es el tiempo en el que se ha dado la interacción entre los dos tipos de trabajo de los consortes.

Otra de las controversias y en la que queremos hacer hincapié en la presente tesis pues la consideramos la mas importante, es la que se ha suscitado en la aplicación de este nuevo precepto legal, respecto al término “**indemnización**”, dado que ha sido objeto de innumerables y variadas interpretaciones por los abogados postulantes, litigantes y jueces.

En efecto, es correcto afirmar que éste concepto empleado no es acorde con la hipótesis establecida en dicho artículo, pues de acuerdo al maestro Gutiérrez y González, define a la indemnización como la necesidad jurídica que

⁶⁹ Contradicción de Tesis 24/2004-PS, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día tres de septiembre de dos mil cuatro. Entre las sustentadas por el Octavo y el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz.

tiene una persona de observar una conducta que restituya al estado que guardaba un derecho ajeno, antes de la realización de un **hecho dañoso**, culpable o no, que le es imputable a este, y de no ser posible ello, debe realizar una prestación equivalente al monto de daño y del perjuicio, si lo hubo.⁷⁰

En razón de lo anterior inferimos que el termino indemnizar, no es como muchas veces piensa la gente que no es perito en la materia que, supone es entregar una cantidad de dinero, sino mas bien se refiere a restituir las cosas al estado que guardaban antes de la conducta dañosa.

Ahora bien para entender este termino a fondo debemos remitirnos a la teoría de la responsabilidad civil, diversos autores han dado variadas definiciones, para Sergio T. Azua Reyes “responsabilidad civil consiste en la obligación a cargo de una persona de indemnizar a otra por los daños que le ha causado como consecuencia del incumplimiento de una obligación o por la realización de un siniestro que deriva de un riesgo creado.”⁷¹

Para el maestro Rojina Villegas, “habrá responsabilidad civil cuando una persona causa un daño a otra, por culpa o dolo, existiendo una relación directa entre el hecho y el daño”⁷²; a este respecto y tomando en consideración lo anteriormente sustentado, para el Derecho Civil Mexicano son elementos de la responsabilidad civil: a) la comisión de un daño; b) la culpa, y c) la relación causa efecto entre el hecho y el daño.

De las anteriores definiciones se puede observar que estos autores y la legislación civil, se adhieren al término de responsabilidad civil cuando se comete un hecho lícito o ilícito y se cause un daño.

⁷⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Octava Edición, Porrúa, México, 1991, p. 501

⁷¹ AZUA REYES, Sergio Tomas. Teoría General de las Obligaciones, Tercera Edición, México, 2002, p. 171

⁷² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, tomo V, Volumen II, Octava Edición, Porrúa, México, 2001, p. 119

Es así que se distingue entre responsabilidad contractual y extracontractual, la primera se refiere a la responsabilidad de reparar los daños y perjuicios que se causan por el incumplimiento de las obligaciones previamente contraídas, es decir, por la violación de un derecho que es correlativo de una obligación que puede ser de dar, hacer ó no hacer y cuyo deudor esta individualmente identificado en el contrato que se originan; y la segunda no deriva del incumplimiento de un acuerdo de voluntades, sino se refiere a la obligación de reparar el daño (indemnizar) por un hecho que violenta la ley en sentido amplio, es decir, de un derecho absoluto que es correlativo de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado.

En este orden de ideas y de acuerdo al artículo 2108 se debe entender como daño a la pérdida o menoscabo sufrida en el patrimonio por falta en el cumplimiento de una obligación; y el perjuicio se establece en el artículo 2109 el cual estatuye que se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Vale la pena hacer una crítica a estos dos artículos puesto que de las anteriores definiciones se deduce que estas dos prestaciones, en una demanda solo se podrán pedir cuando se incumpla con una obligación previamente contraída, y no se podrán pedir cuando se viola un deber jurídico en estricto sentido, es decir cuando se viola la ley o una norma sin que haya una obligación previamente contraída.

Sustentado lo anterior, existe también la variante de la responsabilidad por hecho ilícito o lícito cuando se viola un deber jurídico en estricto sentido o bien cuando se viola una obligación previamente contraída, y en estas dos si se debe indemnizar, a menos que exista culpa de parte de la victima.

La responsabilidad por hecho ilícito es la responsabilidad subjetiva, esta se infiere que es una conducta que consiste en restituir las cosas al estado que tenían, y de no ser posible en el pago del daño y el perjuicio, causada por una acción u omisión, de quien los cometió por si mismo, o esa acción u omisión permitió que se causaran por personas a su cuidado o cosas que posee, y que origino la violación culpable de un deber jurídico en estricto sentido, o bien de una obligación previamente contraída, en cualquiera de sus dos especies.

De la anterior definición consideramos que en esta responsabilidad existirá siempre una conducta dañosa, una culpa intencional o no y una relación entre causa efecto, tal y como lo estatuye el artículo 1910 de la ley civil sustantiva que señala:

Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la victima.

De lo anteriormente expuesto, podemos tomar como elementos de responsabilidad civil por hecho ilícito los siguientes:

- A. Una acción o una omisión.
- B. Un detrimento patrimonial (daño y/o perjuicio)
- C. Relación de causalidad entre la acción u omisión y el detrimento patrimonial.
- D. Restitución de las cosas al estado que tenían.
- E. Sólo de no ser posible restituir, entonces se paga con dinero el detrimento causado (daño y/o perjuicio)
- F. Imputable al autor de la acción u omisión.
- G. Que la acción u omisión implique:
 - a) Un hecho propio del responsable.

b) Que con su acción u omisión, origine que una persona a su cuidado, o una cosa que posee, causen físicamente el detrimento patrimonial.

H. En ciertos casos, que el autor de la conducta, se constituya en mora.

I. Violación culpable de un deber jurídico estricto sensu, o de una obligación lato sensu, previa a la realización del hecho ilícito.

En este orden de ideas, para que no exista la obligación de reparar el daño en este tipo de responsabilidad el que cause el daño deberá demostrar que dicho daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, tal y como lo menciona el anterior artículo 1910 del cuerpo de leyes en mención.

Pasando al estudio de la responsabilidad objetiva, esta la podemos definir como la necesidad jurídica que tiene una persona llamada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, y que le causa un daño, originado por una conducta o un hecho previsto por la ley como objetivamente dañoso, el empleo de un objeto que la ley considera en si mismo peligroso, o por la realización de una conducta errónea de buena fe.

Atento a lo anterior, hay tres tipos de “responsabilidad objetiva que son:

- I. La responsabilidad objetiva en estricto sentido, en este tipo de responsabilidad se debe responder por una conducta autorizada por la ley, pero que con ella se causa un daño que debe ser reparado;
- II. La responsabilidad objetiva por riesgo creado, en esta responsabilidad no se toma en cuenta el dolo o culpa, sino únicamente la comisión de un daño al emplear cosas peligrosas, y:

- III. La responsabilidad objetiva por una conducta errónea, en esta el obligado-deudor debe cumplir voluntariamente, a favor del acreedor que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía antes, al momento de producirse la violación de un deber jurídico, sin culpa, y por causa de un error de la persona que sufre un daño.⁷³

Las anteriores variantes las encontramos plasmadas en el artículo 1913 del Código Civil que a la letra señala:

Artículo 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas, por si mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la conducta eléctrica que conduzcan, o por otras causas análogas, esta obligada a responder, del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia de la víctima.

Por lo que hace a la reparación del daño, este consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la comisión del daño o en el pago de daños y perjuicios cuando sea imposible dicho restablecimiento.

En merito de lo expuesto, se deduce que la indemnización en el Derecho Mexicano consiste en reparar el daño por violar un deber jurídico en estricto sentido, se deberá regresar al estado anterior que guardaba un derecho ajeno y de no ser posible el pago de daños y perjuicios, si los hubo, en esta institución necesariamente deberá haber un hecho dañoso, culpable o no, para que se pueda demandar tal prestación.

La indemnización es dejar sin daño y consiste en la restitución al estado que tenía un derecho ajeno que ha sufrido un detrimento como consecuencia de la realización de un hecho culpable o no. La indemnización es la

⁷³ Idem.

consecuencia de haber ocasionado un daño en cualquiera de sus dos aspectos: pecuniario o moral. Daño que debe ser reparado por quien lo ha producido.

Aunado a lo anterior ¿Puede considerarse en este artículo que la causa por la que puede demandarse una indemnización del cónyuge, es la existencia de una responsabilidad civil por la comisión de un hecho lícito o ilícito?

Para dar respuesta a esta cuestión, el artículo en comentó, lo interpretamos en el sentido de que no se establece en que puede consistir la conducta lícita (pues no existe responsabilidad objetiva) o ilícita (responsabilidad subjetiva donde debe haber culpa) que produzca un daño, para que un cónyuge pueda obtener del otro una indemnización.

Lo anterior es completamente apegado a la realidad para la aplicación de la norma en comentó, y ello se origina precisamente al establecerse el termino como indemnización, pues se puede cometer el error de interpretarse que le falte establecer en que se debe restituir para que las cosas regresen al estado en que se encontraban. Y más aún, que se pueda afirmar que dicho ordenamiento legal no señale en que puede consistir la conducta lícita (entendiéndose esta como responsabilidad objetiva si la hay) o ilícita, dado que consideramos que el cónyuge que demande esta pretensión tendría que acreditar que la conducta que le ocasiona un daño, le es imputable a su cónyuge.

En este sentido no hay daño que reparar pues la indemnización procede cuando se causa un daño, y dicho daño esta obligado a repararse

Vistas así las cosas, es clara la gravedad que conlleva el término “**indemnización**” previsto en el artículo de mérito, pues indudablemente se llega a confundir su procedencia y lo más delicado aún, es que si su finalidad

consiste en beneficiar al cónyuge más desprotegido económicamente, no logra su propósito.

Es precisamente para evitar más confusiones en la interpretación de dicha norma, es que se debe aclarar que no se trata de una indemnización sino **de una compensación**, proponiendo que este término debe ser cambiado en el artículo en estudio para dar una mayor claridad al mismo.

La compensación la entendemos como “recompensa, igualar una cosa con otra, equilibrar dos o mas cosas o equilibrar los patrimonios, etc.”⁷⁴

Este termino lo debemos interpretar como lo señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación y no como lo estatuye el Código Civil en su artículo 2185, ya que eso nos llevaría a confusiones.

Derivado de lo anterior la compensación presupone una serie de requisitos pues debe haber una desigualdad entre dos cosas y lo que se trata es de equilibrar ambas, puesto que en el caso en estudio la idea que hace a esta institución es que después del divorcio, ninguno de los cónyuges debería ver empeorada la posición económica, viéndose impedido de rehacer su vida autónomamente. Pero ello muy probablemente no ocurrirá cuando uno de los cónyuges, durante el matrimonio dejo de hacer sus propias cosas en provecho de la mencionada comunidad de vida. Se producirá una disparidad o desigualdad de condiciones que afecta a este cónyuge. La situación de ese cónyuge –si se la proyecta hacia el futuro- puede tornarse verdaderamente complicada; sus posibilidades de acceso al mercado laboral no serán las mismas que las del otro, quien de seguro seguirá desarrollando su actividad remunerada. Lo mismo si ese cónyuge desarrollaba alguna actividad remunerada; sus ingresos no serán suficientes para mantener condiciones de vida adecuadas y las posibilidades de lograr a unas mejores condiciones

⁷⁴ Diccionario de la Lengua Española, op. cit. p. 70

laborales, por lo general, serán muy remotas. Generalmente la dedicación de ese cónyuge a la familia continúa, eso sí, con mayores dificultades. Es el matrimonio el que se termina, no así la familia, ella subsiste. Ese cónyuge comienza un paso más atrás, salvo la concurrencia de alguna circunstancia que indique lo contrario.

Es por eso que consideramos que, este desequilibrio económico es inaceptable y reclama una reacción del ordenamiento jurídico, y en el caso se debería optar por la denominada **compensación económica** (no por indemnización) cuyo objeto es precisamente corregir ese desequilibrio o disparidad.

4.5 Propuesta

Por lo anteriormente expuesto, proponemos lo siguiente:

“La (mal llamada) indemnización por el trabajo en el hogar debería cambiarse por el termino de **compensación**, por el perjuicio (entendiéndose en sentido amplio) económico sufrido por el cónyuge que se ha dedicado al cuidado de los hijos lo cual le ha ocasionado falta de oportunidades en el ámbito laboral. Esta se complementa con (pero debería ser independiente de) la obligación de dar alimentos pues según lo que hemos señalado en la presente investigación los cónyuges tienen la obligación de contribuir a las cargas familiares independientemente del régimen económico patrimonial por el cual estén casados (en este caso sería la separación de bienes). En efecto, que dos personas se casen bajo el régimen de separación de bienes no les libera de la obligación de contribuir a sostener las cargas económicas familiares, y uno lo puede hacer con dinero y el otro mediante el trabajo, como lo reconoce expresamente el artículo 164 bis del Código Civil: “El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar.” El cónyuge que no trabaja fuera del hogar cumple con

las cargas económicas familiares con una contribución no monetaria. Lo que pasa es que el desempeño de esta actividad dentro del hogar le impide obtener ingresos propios por otras vías. Aunado a lo anterior es por eso que consideramos que se debe **compensar** el costo de oportunidad asociado a no haber podido desarrollar la misma actividad en el mercado de trabajo convencional, en donde hubiera obtenido la compensación económica correspondiente, en virtud de que la compensación se basa en corregir el desequilibrio económico entre los cónyuges que se encuentran en esta situación en concreto, ya que al emplear el termino indemnización se entiende que se debe reparar el daño o regresar la cosa al estado que estaba antes. Igualmente no debe pasar inadvertido como se ha mencionado que a quien le corresponde en todo caso modificar la presunción de que el cónyuge se dedico al hogar o al cuidado del menor, es al cónyuge demandado de acuerdo a los hechos que exponga en su escrito de contestación de la demanda, tomando en consideración esto el juez deberá resolver de acuerdo a las circunstancias especiales del caso. De igual forma es preciso puntualizar que los bienes que haya tenido cada cónyuge antes de celebrar el matrimonio, no deben entrar en lo contemplado en el dispositivo 289-Bis, serían nada más los bienes adquiridos durante el matrimonio, durante la vigencia del mismo, y hay ciertos requisitos que debe comprobar aquella persona que se quiera acoger a este beneficio.

Primero, estar casados en separación de bienes.

Segundo, que los bienes que se hubieran adquirido durante el matrimonio, sean notoriamente dispares los que están a nombre de uno y de otro cónyuge.

Tercero, que se haya dedicado aquella persona que solicitara la **compensación** del artículo 289 bis, preponderantemente al cuidado del hogar y de los hijos.

Entonces, sí comprueban estos tres elementos, pueden aspirar a la **compensación**; por supuesto, si hay un matrimonio que dura únicamente dos años, no vamos a poder pensar en una **compensación** del 50 por ciento, pues

ésta debe ser proporcional al tiempo, a la diferencia de bienes, eso lo va a tener que determinar el juez de manera equitativa, a ver hasta qué porcentaje de los bienes le corresponderá al cónyuge acreedor, es por eso que el a quo deberá resolver de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso.

En tal virtud y por lo anteriormente expuesto consideramos que debe haber una reforma al artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal para quedar de la siguiente manera:

Artículo 289 Bis. En la demanda de divorcio, los cónyuges podrán demandar del otro, una **compensación** 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 en 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 a los de la contraparte.

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

Conclusiones

PRIMERA.- A lo largo de la historia, consideramos que el régimen patrimonial evoluciono de manera favorable puesto que primero se establecían tres tipos de regimenes la sociedad legal, la conyugal y la separación de bienes de acuerdo al Código Civil de 1870, después en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, se estableció como régimen forzoso la separación de bienes y por ultimo en nuestra actual legislación civil se establece como régimen patrimonial la separación de bienes y la sociedad conyugal y lo mas importante es que los cónyuges están en plena libertad de elegir el régimen que mejor les convenga de acuerdo a los fines que persiguen en el matrimonio, es por eso que consideramos que la regulación actual es la que mejor se adecua a las necesidades e intereses del matrimonio.

SEGUNDA.- A lo largo de la presente investigación establecimos como es que la separación de bienes no implica una autonomía total, la autonomía debe entenderse como una independencia económica ya que no existe una tercera masa en común, pero esta autonomía no es absoluta dado las consecuencias de la comunidad de vida, es decir los cónyuges deben contribuir con las cargas del matrimonio y esto en la mayoría de ocasiones ve afectado su patrimonio, con independencia del régimen bajo el cual se celebro el matrimonio, y es precisamente bajo esta tesis la cual nos lleva a concluir que nuestra legislación sustantiva civil en este sentido si equipara la igualdad de géneros que establece el artículo 2 de la ley en cita, puesto que ambos cónyuges deben contribuir a las cargas del matrimonio con independencia del régimen bajo el cual se celebro el matrimonio.

TERCERA.- Otra de las cuestiones importantes que establecimos en el presente trabajo, es que consideramos que el matrimonio tiene elementos de un contrato y elementos de un acto de poder estatal puesto que por un lado es un acuerdo de voluntades entre dos personas, dicho acuerdo de voluntades no

deberá estar viciado, y por el otro dicho acuerdo de voluntades deberá manifestarse ante la autoridad judicial, es decir el Juez del Registro Civil deberá dar su autorización para que se celebre, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, por lo tanto si el juez no da la autorización para celebrar el matrimonio, el simple acto entre particulares no nacerá a la vida jurídica como tal, es decir no producirá derechos y obligaciones para las partes.

CUARTA.- En cuanto a la creación de artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, según hemos dicho, la exposición de motivos para la creación del citado ordenamiento jurídico, únicamente resalto que el objeto de dicha reforma era la equidad y justicia para las mujeres, sin embargo se abstuvo de hacer un análisis minucioso sobre su aplicación, procedencia y consecuencias legales que produciría su existencia, la creación del artículo en comento fue un afán desordenado de regular por regular materias, en virtud de que el legislador no tomo en cuenta las consecuencias legales que conllevaría a aplicar este artículo al caso concreto, puesto que al aplicar el precepto no se tomo en cuenta el alcance que tiene la llamada indemnización que debe de cubrir el cónyuge deudor, y si bien es cierto que con la propuesta que consideramos también ve afectado el patrimonio de dicho cónyuge, también lo es que lo que se debe tratar con esta disposición es la igualdad de condiciones entre los exconyuges, es decir que el cónyuge que se dedico al desempeño del hogar y al cuidado de los hijos tenga las mismas oportunidades laborales después del divorcio que el otro cónyuge, lo que se trata es de compensar esa noble labor ya que como lo establecimos el juez deberá tomar en consideración el tiempo que duro el matrimonio para determinar que porcentaje de bienes le corresponde al cónyuge acreedor.

QUINTA.- En lo que respecta a la compensación que proponemos como reforma del artículo 289 bis consideramos que esta presupone una suma de dinero o prestación única que uno de los cónyuges debe dar al otro por el desempeño que este realizó en el hogar y cuidado de los hijos, puesto que los

cónyuges pasan a tener una vida separada y deben enfrentar el futuro, cada uno de ellos ocupando una determinada posición económica, posición que idealmente no debería verse sustancialmente alterada con relación a los que tenían durante el matrimonio, es decir el cónyuge que se dedico a esta noble labor debe de tener una remuneración (recompensa) por ese trabajo independientemente como lo señalamos de que ambos deben contribuir a las cargas del matrimonio y que la posición que va adoptar en el futuro deberá ser igual a la que tenía en el matrimonio, es por eso que a nuestro parecer no se desnaturaliza la separación de bienes, ya que, el patrimonio del cónyuge deudor no se ve afectado en cuanto a que la recompensa que tiene derecho el cónyuge acreedor, pues lo que se trata es que el cónyuge acreedor tenga las mismas oportunidades que el otro en el ámbito laboral, para que pueda sobrevivir sin la dependencia económica de su exconyuge.

SEXTA.- Para que se de la compensación económica que proponemos, el juez deberá resolver de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso, ya que deberá de allegarse de elementos suficientes para determinar si procede o no dicha prestación, deberá valorar todos los medios de prueba aportados tanto por el acreedor como por el deudor para determinar hasta donde procede dicha compensación de acuerdo a los bienes que adquirieron los cónyuges únicamente en el matrimonio y al tiempo que duro el mismo, puesto que por ejemplo que un matrimonio haya durado tres años no se puede pensar en una compensación del 50% de los bienes del cónyuge deudor, en tal virtud el juez lo tendrá que hacer acuciosamente, es decir determinar una compensación de acuerdo las circunstancias en las que se llevo acabo el matrimonio.

SEPTIMA.- En lo referente a la irretroactividad del artículo en comento consideramos que no hay retroactividad puesto que como lo señala el mas alto Tribunal del país, se le considera como una compensación que se hace al cónyuge acreedor a ella siempre y cuando se den los supuestos previstos en

dicho precepto, ya que no es una sanción sino mas bien de lo que se trata es de que haya una igualdad y equidad entre los exconyuges para que de algún modo puedan enfrentar el futuro que les espera solos y sin la dependencia económica del otro cónyuge, lo que se trata no es de reparar el daño si no compensar o palidar la inequidad que existe entre ambos cónyuges cuando se dan los supuestos en el numeral en cita.

OCTAVA.- Para concluir el presente trabajo haremos una critica al artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal, pues con la creación de este numeral lo que se pretendió fue proteger al cónyuge que se dedico al hogar y al cuidado de los hijos (que en la mayoría de los casos es la mujer), pero si bien es cierto que lo que se trata es de retribuir a la mujer por esa noble labor, también lo es que con la llamada indemnización se desvirtúa tal situación en virtud de que no existe ningún tipo de responsabilidad civil, pues no existe un hecho que la ley presuma como dañoso para que se pueda demandar tal prestación y es precisamente bajo este contexto como es que el legislador no tomo en cuenta al plasmar este artículo los alcances que conllevaría aplicarlo al caso concreto, toda vez que en ninguna circunstancia hay daño que reparar al cónyuge que se dedico a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, ya que no existe ningún tipo de responsabilidad civil para reparar el daño o bien para demandar los daños y perjuicios si los hay.

En merito de lo expuesto, con nuestra reforma pretendemos cambiar el término indemnización por el de **compensación** en atención a que se debe de tratar que haya una igualdad entre los cónyuges después de disuelto el matrimonio para que puedan enfrentar el futuro de manera decorosa y puedan sobrevivir solos sin la dependencia del otro cónyuge.

Bibliografía

ALVAREZ OLALLA, Miguel, Responsabilidad Patrimonial en el Régimen de Separación de Bienes, Civitas, 3ª Edición, Pamplona, 1996.

AZUA REYES, Sergio, Teoría General de las Obligaciones, Tercera Edición, Porrúa, México, 2000.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Oxford, México, 2004.

BELLUSIO AUGUSTO, Cesar, Derecho de Familia, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1976.

BONNECASE, Julián, La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia, José Maria Cajica Jr, México, 1945.

CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo V, Reus, Madrid, 1976.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel, La Familia en el Derecho, 5 Edición, Porrúa, México, 1995.

DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, 4ª Edición, Porrúa, México, 1998.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesús, El Régimen Matrimonial de Separación de Bienes en Cataluña, Reus, España, 1983.

DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, Porrúa, México, 1985.

Diccionario de la Lengua Española, 19ª Edición, Madrid, España, 1999

Diccionario Razonado de Legislación, Escriche, España, 1990.

DIEZ-PICAZO, Juan et. al, Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Depalma, Buenos Aires, 1992.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, El Régimen Matrimonial en la Legislación Mexicana, Porrúa, México, 1995.

GUGLIEMONE HORACIO, Aquiles et. al, Régimen Patrimonial del Matrimonio, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1975.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de Familia, Porrúa, México, 1995.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Octava Edición, Porrúa, México, 1991.

JAVIER HERVARA, Pedro, Del Derecho del Pueblo de Dios, Universidad de Navarra S. A, Pamplona, 1973.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, El Nuevo Derecho Civil de la Mujer Casada, 2ª ed, Civitas, Madrid, 1977..

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, El Matrimonio (Sacramento, Contrato, Institución), Tomo II, Mexicana S. A, México, 1983.

MARTINEZ ARRIETA, Sergio Tomas, El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México, Porrúa, México, 1991.

MATEOS ALARCÓN, Manuel, Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal Promulgado en 1870 con Anotaciones Relativas a las Reformas Introducidas por el Código de 1884, Tomo IV, Valdez y Cueva, México, 1885.

MATEOS ALARCÓN, Manuel, Lecciones de Derecho Civil, Tomo IV, Valdez y Cueva, México, 1995.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Panorama, México, 1985.

PLANIOL, Manuel Jorge, Tratado Practico de Derecho Civil, Tomo VIII, Habana Cultural S. A, Francia, 1946.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Volumen II, Octava Edición, Porrúa, México, 2001.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho de Familia, Tomo I, Porrúa, México, 1998.

VIDAL TAQUIN, Carlos, Régimen de Bienes en el Matrimonio, 3ª Edición, Astrea, Buenos Aires, 1993.

ZANNONI, Eduardo, Derecho de Familia, Tomo I, 2ª Edición, Astrea, Buenos Aires, 1993.

Legislaciones

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil de 1884.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ley de Relaciones Familiares de 1917

Otras fuentes.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época Tomo: XV, Mayo de 2002. Tesis: I.8o.C.229 C. Página: 1210. DIVORCIO. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo XVI, Octubre de 2002, Página 1365. DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO

CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN FAVOR DE UNO DE LOS CÓNYUGES, SÓLO ES APLICABLE A AQUELLOS MATRIMONIOS CELEBRADOS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR. Amparo directo 433/2002. 13 de Agosto 2002, Unanimidad de Votos, Ponente: Arturo Ramírez Sánchez.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo: XIX, Junio de 2004. Tesis: I.13o.C.23 C. Página: 1435. DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL UNO DE JUNIO DE DOS MIL, NO ES RETROACTIVA NI MODIFICA EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LOS CÓNYUGES RESPECTO DE MATRIMONIOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES (MODIFICACIÓN DEL CRITERIO ANTERIORMENTE SOSTENIDO POR ESTE TRIBUNAL). Amparo directo, 657/2003, 13 de Enero 2004, Unanimidad de Votos, Ponente: Martín Antonio Ríos.

Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Tomo XX, Diciembre 2004, Jurisprudencia 1a/J 78/2004. Pagina 109. DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 1º DE JUNIO DE 2000, PUEDE RECLAMARSE EN TODAS LAS DEMANDAS DE DIVORCIO PRESENTADAS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR, CON INDEPENDENCIA DE QUE EL MATRIMONIO SE HUBIERA CELEBRADO CON ANTERIORIDAD A ESA FECHA. Contradicción de Tesis 24/2004-PS, correspondiente al día tres de septiembre de dos mil cuatro. Entre las sustentadas por el Octavo y el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz.

Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Año 2000, núm. 15, abril 28 del 2000.

Periódico La Jornada. México, Distrito Federal, 14 de Abril del 2003.
http://www.jornada.unam.mx/2003/may03/030505/articulos/57_noticias.htm