



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS
SUPERIORES ARAGÓN
UNIDAD DE POSGRADO EN DERECHO

**“INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 289-BIS
DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL
DISTRITO FEDERAL Y SU APLICACIÓN
PRÁCTICA”**

TESIS
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO
P R E S E N T A
LIC. ERIKA NELLY MEJÍA RODRÍGUEZ

TUTOR: DR. BENÍTEZ LUGO JOSÉ LUÍS.

A tall, slender, blue sculpture with a base that reads 'CAMPUS ARAGON'.

CAMPUS ARAGON

Bosques de Aragón, Estado de México Junio 2008



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 DIOS

“ES PUES LA FE LA CERTEZA DE LO QUE SE ESPERA, LA CONVICCION DE LO QUE NO SE VE.

PORQUE ESPERABA LA CIUDAD QUE TIENE FUNDAMENTOS, ARQUITECTO Y CONSTRUCTOR ES DIOS

HEB 11:1 Y 10

“Y EL ESPIRITU QUE HAY EN MI, INTENSIFICA LA FUERZA, PARA USAR LA RAZON, PARA QUE EL ALMA PROYECTE Y EL CUERPO SOLAMENTE OBEDEZCA”

A LA UNIVERSIDAD

CON RESPETO, GRATITUD Y CON EL COMPROMISO DE OTORGARLE ALGO DE LO MUCHO QUE ME BRINDO.

A MI TUTOR

DR. BENITEZ LUGO JOSE LUIS, MUY ESPECIAL AGRADECIMIENTO POR SU DEDICACION Y CONSTANCIA PARA CONCLUIR MI TRABAJO DE INVESTIGACION.

A MIS PROFESORES

QUE CON DEDICACION PLASMARON SUS CONOCIMIENTOS EN MI. GRACIAS.

A MI ESPOSO

TU ERES A QUIEN AMO, DIOS ME HA CREADO PARA HACERTE FELIZ, CADA DIA QUE PASA ME ES MAS DIFICIL SEPARARME DE TI, TOMA MIS MANOS HAGAMOS VALLADOS NUESTRO AMOR NO HA DE MORIR. ERES LA PROMESA QUE MI VIDA HA HONRADO AL UNIRSE A MÍ. AGRADEZCO TU INFINITO APOYO Y AMOR EN TODO MOMENTO. TE AMO

A MIS HIJAS SHENDELL Y DANIELA

CON TODO MI AMOR, PORQUE USTEDES SON QUIENES MOTIVAN MI CAMINAR. DIOS BENDIGA SUS VIDAS SIEMPRE.

MI VIDA YA LA BENDIJO DIOS, PUES MI VIENTRE NO ESTUVO SECO SINO QUE DIO FRUTO. LAS AMO.

“...HE AQUÍ, HERENCIA DE JEHOVA SON LOS HIJOS...”

SAL 127:3

A MI MAMÁ

MI GRATITUD INFINITA, PORQUE ME HAS APOYADO SIEMPRE. GRACIAS POR TU AMOR. AGRADEZCO A DIOS QUE HAYAS SIDO TÚ MI MAMÁ.

A ROGELIO

GRACIAS POR SU APOYO INCONDICIONAL. DOY GRACIAS A DIOS POR SU VIDA Y POR HABERLO INTEGRADO A MI FAMILIA.

“HONRA A TU PADRE Y A TU MADRE, PARA QUE TUS DIAS SE ALARGUEN...”

EXO 20:12

A MI HERMANO Y FAMILIA

POR SU APOYO Y SU CARIÑO. GRACIAS MARCO POR BRINDARME TU MANO EN TODO MOMENTO. TE QUIERO MUCHO.

“...DIOS HACE HABITAR EN FAMILIA...”.

SAL 68:6

AL CORPORATIVO “R”

POR SU APOYO INCONDICIONAL DE TODOS Y CADA UNO DE LOS INTERGRANTES DEL DESPACHO Y MUY EN ESPECIAL AL LIC ALEJANDRO ARTURO RANGEL CANCINO POR SU AMISTAD Y POR CREER EN MI.

“EL HOMBRE QUE TIENE AMIGOS HA DEMOSTRARSE AMIGO; Y AMIGO HAY MAS UNIDO QUE UN HERMANO...”

PROV 18:24

A MIS AMIGOS

GRACIAS A TODOS Y CADA UNO DE MIS AMIGOS QUE ME HAN APOYADO SIEMPRE Y ESPECIALMENTE A ERNESTO EZEQUIEL Y ANGEL ISRAEL QUE ME HAN HONRADO CON SU AMISTAD DURANTE MUCHOS AÑOS. GRACIAS.

PERSONAL

O. SAUL NAVA B. POR SU APOYO, SU TIEMPO, SUS CONSEJOS, POR SU AMISTAD Y CARIÑO. GRACIAS POR HABER ESCUCHADO LA VOZ DEL PASTOR DE PASTORES Y CUMPLIR SU PALABRA, POR SER INSTRUMENTO DEL SEÑOR.

“...7 BENDITO EL VARÓN QUE CONFÍA EN JEHOVÁ, Y CUYA CONFIANZA ES JEHOVÁ.

8 PORQUE SERÁ COMO ÁRBOL PLANTADO JUNTO A LAS AGUAS, QUE JUNTO A LAS CORRIENTES ECHARÁ SUS RAÍCES, Y NO VERÁ CUÁNDO VIENE EL CALOR, SINO QUE SU HOJA ESTARÁ VERDE; Y EN EL AÑO DE SEQUÍA NO SE FATIGARÁ, NI DEJARÁ DE DAR FRUTO...”

JER 17:7

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

CAPITULO UNO

DEL MATRIMONIO Y LOS REGÍMENES PATRIMONIALES

| | | |
|---------|---|----|
| 1.1 | Concepto de matrimonio. | 2 |
| 1.1.1 | Etimológico. | 3 |
| 1.1.2 | Filológico. | 4 |
| 1.1.3 | Jurídico. | 6 |
| 1.1.3.1 | Jurídico doctrinal. | 6 |
| 1.1.3.2 | Normativo. | 10 |
| 1.2 | Evolución del matrimonio. | 13 |
| 1.3 | Naturaleza jurídica del matrimonio. | 17 |
| 1.4 | Régimen patrimonial. | 20 |
| 1.5 | El patrimonio de familia. | 21 |
| 1.5.1 | Concepto de patrimonio. | 21 |
| 1.5.2 | Antecedentes del patrimonio de familia. | 22 |
| 1.6 | Los regímenes patrimoniales del matrimonio en México. | 25 |
| 1.6.1 | El régimen de separación de bienes. | 29 |
| 1.6.2 | Sociedad conyugal. | 31 |

CAPITULO DOS

DE LA FAMILIA

| | | |
|----------|-----------------------------------|----|
| 2.1 | Evolución de la familia. | 38 |
| 2.2 | Origen de la familia. | 38 |
| 2.2.1 | Babilonia. | 39 |
| 2.2.2 | Asiria. | 40 |
| 2.2.3 | Persia. | 41 |
| 2.2.4 | China. | 42 |
| 2.2.5 | Egipto. | 45 |
| 2.2.6 | India. | 45 |
| 2.2.7 | Grecia. | 47 |
| 2.2.8 | Roma. | 49 |
| 2.2.9 | Israel. | 52 |
| 2.2.10 | Francia. | 55 |
| 2.2.11 | México. | 56 |
| 2.2.11.1 | Época indígena. | 56 |
| 2.2.11.2 | Época colonial. | 58 |
| 2.2.11.3 | México independiente. | 59 |
| 2.3 | Acepciones de la palabra familia. | 60 |
| 2.4 | El derecho de familia. | 67 |
| 2.4.1 | Definición. | 67 |
| 2.4.2 | Autonomía. | 68 |
| 2.4.3 | Ubicación en el sistema jurídico. | 70 |
| 2.4.4 | Características. | 71 |
| 2.5 | Los derechos de la familia. | 73 |
| 2.5.1 | Concepto. | 74 |
| 2.5.2 | Naturaleza jurídica. | 91 |
| 2.5.3 | Clasificación por lo sujetos. | 92 |
| 2.5.4 | Clasificación por área jurídica. | 94 |

CAPITULO TRES

DEL DIVORCIO

| | | |
|-------|-------------------------------------|-----|
| 3.1 | Concepto de divorcio. | 111 |
| 3.2 | Formas de divorciarse. | 124 |
| 3.2.1 | Divorcio administrativo. | 125 |
| 3.2.2 | Divorcio voluntario. | 127 |
| 3.2.3 | Divorcio necesario. | 130 |
| 3.3 | efectos provisionales del divorcio. | 132 |

CAPITULO CUATRO

ANÁLISIS DE LA INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

| | | |
|---------|---------------------------------|-----|
| 4.1 | Interpretación jurídica. | 150 |
| 4.1.1 | Hermenéutica. | 151 |
| 4.1.2 | Interpretación. | 152 |
| 4.1.2.1 | Objetos de la interpretación. | 153 |
| 4.1.3 | Interpretación jurídica. | 154 |
| 4.1.3.1 | Conceptos de interpretación. | 155 |
| 4.1.3.2 | Teorías de la interpretación. | 156 |
| 4.1.3.3 | Técnicas de la interpretación. | 166 |
| 4.1.3.4 | Problemas de la interpretación. | 175 |
| 4.2 | Desglose del artículo 289-bis. | 176 |
| 4.2.1 | Párrafo primero. | 177 |
| 4.2.2 | Fracción I. | 180 |

| | |
|-----------------------|-----|
| 4.2.3 Fracción II. | 180 |
| 4.2.4 Fracción III. | 190 |
| 4.2.5 Último párrafo. | 191 |
| CONCLUSIONES. | 205 |
| PROPUESTAS. | 209 |
| ANEXOS | 212 |
| FUENTES DE CONSULTA. | 227 |

INTRODUCCION

La familia es un tema que ha tenido gran importancia a lo largo del tiempo para el desarrollo individual y colectivo del Estado. En consecuencia, México ha pretendido ser parte de este desarrollo y ha tratado allegarse de todos los elementos necesarios para lograrlo, sin embargo esta familia mexicana esta en crisis, debido a que las condiciones políticas, económicas y sociales han mermado su integración.

En la actualidad la desintegración familiar nos ha llevado a un sin número de divorcios, que de acuerdo a nuestro sistema jurídico son tres las formas de obtenerlo, a saber: necesario, administrativo y por mutuo consentimiento, pero el tema a tratar en el presente trabajo es precisamente la problemática que ocasiona determinar una indemnización hasta el 50% del valor de los bienes cuando se esta bajo el régimen de separación de bienes.

Como se estableció los hijos son indisociables a la familia, la cual forma parte del grupo social al que pertenece, a multiplicidad de las situaciones que engloban los términos “hijos del divorcio” e “hijos de familias reintegradas”, es razón suficiente para enfocar de manera mas enfatizada una situación bastante compleja. La aparición de problemas psicológicos en los hijos después de la separación de sus padres no es ineluctable. El conocimiento de los elementos indiscutibles negativos, como lo son posconflictos y el abandono por parte de los progenitores, resulta indispensable para prevenir los problemas y para orientar la acción de todas las personas que intervienen en el caso, trátese de los padres o de los especialistas en problemas infantiles.

Los problemas que presentan los divorciados y sus hijos en el momento de la ruptura son la expresión de un sufrimiento efectivo que no consiguen

procesar y que se manifiesta por medio de síntomas muy variados. La preponderancia de problemas conductuales es clara, cualesquiera que sea su edad. Los problemas de respuesta son semejantes a los que pueden observarse cuando se presenta un duelo: ansiedad, culpabilidad, depresión y angustia de abandono.

Por lo anterior, en el presente trabajo de investigación se analiza el precepto legal 289-bis del Código Civil vigente para el Distrito Federal, mismo que presupone que para lograr obtener una indemnización de hasta el cincuenta por ciento en la demanda de divorcio, el demandante deba cumplir con ciertos requisitos que establece el legislador, entre los cuales se encuentra el de estar casado bajo el régimen de separación de bienes, haberse dedicado preponderantemente al cuidado de los hijos, no haber adquirido bienes o que estos sean de menor valor que el del cónyuge. Como podemos observar dicha disposición se encuentra lejos de ser aplicada ya que existen tantas circunstancias que rodean a un divorcio que difícilmente se puede encuadrar en dicho precepto. Por lo manifestado con antelación es indispensable que para que proceda tal petición sea reformada tomando en consideración que pueden existir casos en que alguno de los cónyuges trabaje destinando sus percepciones para el desarrollo físico e intelectual de los hijos, el sostenimiento del hogar y todos los bienes estén a nombre del otro cónyuge, estando casados bajo el régimen de separación de bienes.

Resulta fundamental que durante la tramitación del divorcio sean exhibidos los inventarios y los avalúos correspondientes a los bienes para que el juez tenga mayores elementos para determinar el porcentaje a otorgar, evitando de esta manera caer en una resolución parcial y en consecuencia benéfica para alguno de los consortes.

El presente trabajo se desarrollara de la siguiente manera: en el primer capítulo trataremos respecto al matrimonio y los regimenes patrimoniales; en el

segundo capítulo estableceremos la evolución de la familia en el mundo, las acepciones de la palabra familia, conceptualizaremos a la familia y determinaremos cuáles son los derechos de la familia; en el capítulo tres estableceremos el concepto de divorcio, las formas de divorciarse, los efectos provisionales y definitivos del divorcio y finalmente en el cuarto capítulo se llevará a cabo el análisis de la interpretación del artículo 289 bis del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

CAPITULO UNO

DEL MATRIMONIO Y LOS REGÍMENES PATRIMONIALES

- 1.1 Concepto de matrimonio.
- 1.2 Etimológico.
 - 1.2.1 Filológico
 - 1.2.2 Jurídico
 - 1.2.2.1 Jurídico doctrinal
 - 1.2.2.2 Normativo
- 1.3 Evolución del matrimonio
- 1.4 Naturaleza jurídica del matrimonio
- 1.5 Régimen patrimonial
- 1.6 El patrimonio de familia
 - 1.6.1 Concepto de patrimonio
 - 1.6.2 Antecedentes del patrimonio de familia
- 1.7 Los regímenes patrimoniales del matrimonio en México
 - 1.7.1 El régimen de separación de bienes
 - 1.7.2 Sociedad conyugal

CAPITULO UNO

DEL MATRIMONIO Y LOS REGIMENES PATRIMONIALES

1.1. Concepto de matrimonio.

El matrimonio, es un tema de gran relevancia para la sociedad, toda vez que es donde surge la familia desde el punto de vista legal.

“Es así que el matrimonio reviste suma importancia para su estudio, que no es exclusivo de los estudiosos del Derecho ya que el mismo es estudiado por religiosos, sociólogos y filósofos, los cuales desde su punto de vista ven al matrimonio desde su origen hasta su funcionamiento y fin. Es así que el matrimonio es, tal vez. La más importante de las instituciones sociales, por ser base y fundamento de todas las demás y, en definitiva, de la sociedad misma, ya que sin aquél no puede concebirse un permanente organización de ésta.”¹

Es por ello que es indiscutible analizar al matrimonio desde su concepto y así tenemos los siguientes:

¹ IBARROLA Antonio de, “Derecho de Familia” Primera edición, editorial Porrúa, México 1978 p. 128

1.1.1 Etimológico

Para iniciar el tema del matrimonio, es necesario conocer primeramente de fondo, de donde surge la palabra matrimonio, desde luego para dar una visión amplia de lo que es.

“Etimológicamente la voz matrimonio deriva de los vocablos latinos *matris* y *munium*, que significan carga o gravamen para la madre, expresándose de ese modo que es la mujer quien lleva el peso mayor tanto antes como después del parto. No reconocen en cambio la misma raíz etimológica los sinónimos de matrimonio en Francia, Italia e Inglaterra por ejemplo, donde se habla de *mariaye*, *maritagio* y *marriage* respectivamente, palabras todas derivadas de marido.”²

“Aunque existe una paralela importancia del padre, en el sentido etimológico, pues de él se obtienen principalmente la adquisición, conservación y administración de los bienes de la familia y por lo tanto, al conjunto de estos se le denominara patrimonio.

Tomo el nombre de las palabras latinas *matris* *munium*, que significan oficio de madre; y no se llama patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y lactancia. Ha de preceder para contraerle la licencia del padre, madre, abuelo paterno ó materno, tutor ó juez, en los menores, según los respectivos, y asimismo la publicación de las amonestaciones ó proclamas en la parroquia, no solo para que llegue a noticia de todos, sino también para que se manifiesten los impedimentos que pudiere haber. Más es de advertir que ni la omisión de las proclamas, ni la de dicha

² ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA Tomo XIX, Editorial Driskill S.A. Buenos Aires Argentina, 1991, p 146.

licencia ó consentimiento paterno, son causa de nulidad; antes bien las proclamas se dispensan fácilmente.”³

Algunos tratadistas, entre ellos, José Castán estima que: “el anterior tiene un significado “poco verosímil y desde luego muy expuesto a interpretaciones equivocadas. Ni el matrimonio echa ninguna pesada carga sobre la mujer, pues lejos de ello, aligera la que a este sexo corresponde naturalmente en razón de sus funciones matrimoniales ni tampoco puede decirse que el matrimonio sea así llamado porque en él es la mujer el sexo importante; prueba de ello que en casi todas las lenguas romanísticas existen para designar la unión conyugal, sustantivos derivados del *maritare* latino, forma verbal de *maritus* marido, *mas*, *maris*, el varón”.⁴

Desde otro punto de vista se puede definir etimológicamente al matrimonio como; (Del latín *matrimonium*.) con tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.

De ahí que se pueda afirmar que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.

1.1.2 Filológico

Desde el punto de vista filológico se establece como; “El Derecho Romano no ve la relación matrimonial como perfectamente simétrica, sino como

³ MAGALLON IBARRA, Jorge M. “El Matrimonio, Sacramento, Contrato, institución” Editorial Tipográfica Editorial Mexicana, México. 1989 p. 6

⁴ CASTAN TOBEÑAS, José. “La Crisis del Matrimonio “, Editorial Rehus, Madrid 1980, pp. 45-46

distinta según se considere desde el punto de vista de la mujer o del marido. – *Nuptiae* (siempre en plural) se refiere a la situación de la mujer casada, pues solo de la mujer se dice que es *nubilis* (casadera), que *nubet* (se casa) o es *nupta* (casada): no son *nuptiae* las ceremonias iniciales del matrimonio, si no la posesión de la mujer casada, en su duración temporal *Matrimonium* en cambio, es el del marido, que adquiere como mujer una *mater* para su casa (*ducit uxorem* = se lleva una mujer legítima); de todos modos, el lenguaje acaba por confundir un poco estas diferencias. El *Matrimonium*, como institución, se ve, pues desde el punto de vista del varón.”⁵

El matrimonio ha cambiado de fisonomía del Derecho Romano a la edad moderna; constituía entonces un hecho humano porque la relación entre los cónyuges no se instauraba establemente por obra de un simple acuerdo inicial como ahora acontece sino que nacía y perduraba con el nacimiento y el perdurar del *affectio maritalis*, voluntad de ser cónyuges y de vivir y tratarse como marido y mujer: cesando tal *affectio*, se disolvía automáticamente el matrimonio (divorcio) fundado en él. El cristianismo reaccionó contra tal concepto y aunque sin lograr desarraigo totalmente, ni siquiera en la última fase del imperio romano, lo socavó interiormente haciendo más difícil el divorcio: por fin, en la Edad Media, dominó un nuevo concepto en el derecho canónico, en cuya virtud el matrimonio que es un contrato creó, por efecto del sacramento, un vínculo indisoluble (el sacramento existe o no, y si existe, como significa que Dios ha unido a los cónyuges, estando el vínculo en sus manos, es eterno; es decir, lo que Dios ha unido, los hombres no pueden separarlo); y todo ello, no sólo influyó en el derecho civil, sino que ha impregnado el actual.

Con todo ello es posible estudiar al matrimonio desde distintos puntos de vista y desde los cuales podemos determinar su razón, sus fines, sus derechos y sus obligaciones.

⁵ D'ORS, Álvaro. “Derecho Privado Romano “, Universidad de Navarra, Pamplona España 1989, p. 290.

1.1.3 Jurídico

Como se ha demostrado anteriormente, el matrimonio, es posible verlo desde distintos puntos de vista, dependiendo del enfoque y los efectos que estamos buscando. Así, en este sentido, veremos ahora, esta figura desde el punto de vista jurídico, mismo que a su vez lo estudiaremos desde el punto de vista doctrinal y el normativo; que al final es este último el que más nos interesa, en este trabajo de investigación.

1.1.3.1 Doctrinal

Al respecto Edgar Baqueiro indica: “Si consideramos que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una sola institución que es el matrimonio, en terminos generales éste mpuede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.”⁶

Antonio Cicu manifiesta: “el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado.”⁷

Chavez Asencio lo define como: “La unión válida de un hombre y una mujer celebrada conforme a las leyes del Estado y ante un magistrado civil, o la declaración de voluntad de contraer matrimonio prestada ante un magistrado civil y la situación jurídica creada por este acto”.⁸

⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía BUENROSTRO BÁEZ. “Derecho de Familia y Sucesiones”, Editorial Harla, México 1990 p.38

⁷ Citado por BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía BUENROSTRO BÁEZ. Ob cit. p.41

⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. “La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales”. Editorial. Porrúa. 5° ed. México. 2000. p. 70

Dentro de la doctrina argentina, encontramos varias definiciones que son:

Carlos José Álvarez: “Unión legítima indisoluble del hombre y la mujer con el fin de procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse los esposos recíprocamente en la vida”.⁹

Rodolfo de Ibarrola: “Unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación del consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el oficial del Registro Civil”.¹⁰

Juan Carlos Loza : “Institución jurídica, formal de orden público, fundada sobre el consentimiento mutuo, en que dos personas de diferente sexo unen permanentemente sus destinos para los fines de la procreación de la prole, la educación de los hijos y la asistencia mutua sometida al estatuto legal que regula sus relaciones”.¹¹

Borda: “Es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad privada”.¹²

Kipp y Wolf: “El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, reconocida por el Derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas”¹³

⁹ Cit pos. Ibidem p 70 – 71

¹⁰ Ibidem p.71

¹¹ Idem

¹² Ídem

¹³ Ídem

El Maestro Rojina Villegas hace mención del Matrimonio Consensual: en cuanto a que éste se presenta como “una manifestación libre de voluntades entre el hombre y la mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato que se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público”.¹⁴

El autor Rafael de Pina Vara nos conceptualiza al matrimonio como “Unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida”.¹⁵

Y la clásica de Escriche que ha sido adoptada en forma más general por tratadistas y legisladores como:

“La sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen en un vínculo indisoluble para perpetuar la especie, ayudarse a llevar el peso de la vida, y participar de una misma suerte”.¹⁶

Para distinguir esta comunidad se le señalan diferentes características:

a) Unión entre personas de diferente sexo, se descartan con ello las uniones homosexuales;

¹⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia”. Editorial. Porrúa. 2º ed. México. 1975. p. 288.

¹⁵ PINA VARA, Rafael de, “Diccionario de Derecho”, Editorial Porrúa, México 1997, p. 368.

¹⁶ ESCRICHE, Joaquín. “Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense”, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México 1993, p. 419

b) Monogámico, o sea, la unión de un hombre y una mujer, por lo que no son matrimonios las uniones promiscuas o de grupo, así como tampoco la poligamia o la poliandria;

c) Solemne, aun cuando el matrimonio de hecho, por uso o comportamiento ha sido aceptado en diferentes épocas y lugares, esto ha sido como subsidiario del matrimonio celebrado, según ciertos, ritos solemnes ante ministros civiles o religiosos y en casos de conflicto tiene preferencia el matrimonio solemne sobre el que sólo se funda en el comportamiento; y

d) Disoluble en vida de los esposos. La disolución de la comunidad o convivencia ni implica necesariamente el rompimiento del vínculo jurídico que deje para contraer un nuevo matrimonio, aun en los sistemas más conservadores que prohíben el divorcio vincular, se ha permitido la nulidad y el divorcio posreparación de cuerpos, así en los sistemas civiles que siguen la regulación canónico católica, en la actualidad la mayoría de las legislaciones aceptan el rompimiento del vínculo y dejan a los divorciados en posibilidad de celebrar un nuevo matrimonio cumpla las finalidades sociales éticas y aun económicas que le competen dentro de la comunidad.

Desde cualquiera de estos puntos de vista el matrimonio constituye el fundamento de la familia y de la organización social por lo que Cicerón lo llama el principio de la ciudad y la semilla de la República.

Por ultimo menciona Baqueiro: “En síntesis y atendiendo a la numerosas características que el matrimonio ha tenido en diversos tiempos y lugares podemos concretarla como la comunidad de vida de hombre y mujer reconocida, regulada y amparada por el derecho”.¹⁷

¹⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, “Derecho civil”, Editorial Harla, México 1997, p. 73.

Por lo tanto, se puede afirmar que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.

1.1.3.2 Normativo

A continuación pasare a dar la definición que nos dan algunas de nuestras leyes como son: el Código Civil para el Distrito Federal, Estado de México, Código Familiar de Hidalgo, Código Civil de Jalisco, Código Civil de Baja California Sur, Código Civil de Morelos, Código Civil de Puebla y Código Civil de Yucatán, acerca del matrimonio:

Distrito Federal.

Con fecha 25 de mayo del año 2000, fue publicado el decreto por el cual se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, donde encontramos la definición de Matrimonio a que hace referencia el *Artículo 146 del Código Civil* que a la letra dice :.

“Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada...”

Estado de México.

“Artículo 4.1. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente

deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y fundación de la familia.”

Código Familiar Reformado para el Estado de Hidalgo.

“Artículo 11. El matrimonio es una institución social y permanente, por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre y una sola mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones, originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable.”

Código Civil de Jalisco

“Artículo 258. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.”

Código Civil de Baja California Sur

“Artículo 150.- El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, con el propósito expreso de integrar una familia mediante la cohabitación doméstica y sexual, el respeto y protecciones recíprocas, así como la eventual perpetuación de la especie, la cual tiene los siguientes fines:”

I. Es libremente electo, tanto por lo que corresponde a su celebración, como la persona con quien se contrae.

II. Los cónyuges conservarán en todo tiempo la libertad para determinar la totalidad de los aspectos concernientes a su relación matrimonial, dado que los vínculos que derivan de la unión, son exclusivos de la pareja;

III. Con el matrimonio se funda legalmente la familia, que es la comunidad establecida naturalmente para la diaria convivencia;

IV. La estabilidad de la familia, base de las instituciones sociales, contribuyen a la armonía social;

V. En las relaciones conyugales tiene manifestación la complementariedad de los seres humanos en los aspectos afectivo y biológico, ningún cónyuge es superior al otro y con la unión se hace posible el desarrollo de la potencialidad humana;

VI. La familia constituye el medio natural para el desarrollo de las interrelaciones de responsabilidad y solidaridad humana;

VII. En la familia debe buscarse el afecto y la fidelidad, así como darse apoyo recíproco; y

VIII. El afecto familiar es reconocido como una dignidad, no como un sometimiento de un ser a otro, sino como un perfecto entendimiento sobre los valores de existencia humana.

“Artículo 151.- Cualquier condición contraria a los fines señalados en el artículo anterior, se tendrá por no puesta.”

Código Civil de Morelos

“Artículo 122. NATURALEZA DEL MATRIMONIO. El matrimonio es la unión voluntaria de un hombre y una mujer, sancionada por el Estado, para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente. Cualquier condición contraria a estas finalidades se tendrá por no puesta.

El vínculo matrimonial se extingue por la muerte o presunción de ésta de uno de los cónyuges, por divorcio o por declaración de nulidad.”

Código Civil de Puebla

“Artículo 294. El matrimonio es un contrato civil, por el cual un sólo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia.”

Código Civil de Yucatán.

“Artículo 54. El matrimonio es la unión voluntaria entre un solo hombre y una sola mujer, basada en el amor y sancionada por el estado, para fundar una familia, perpetuar la especie y darse recíprocamente compañía, ayuda y asistencia.”

Como podemos observar, en la mayoría de los Códigos que hemos estudiado conceptualizan al matrimonio como la unión de un solo hombre con una sola mujer y que tiene por objeto la convivencia mutua, el apoyo, la fidelidad, el respeto, teniendo plena libertad de decisión respecto de los hijos que puedan procrearse durante el matrimonio, resaltando la igualdad de los cónyuges en dicha unión con respecto a sus derechos y obligaciones.

1.2 Evolución del matrimonio.

Es conveniente referirnos al desarrollo que ha tenido el matrimonio en sus diferentes momentos históricos y poder precisar sus características y datos esenciales. En épocas muy antiguas se conoció el matrimonio por comunidades, en que los hombres de un clan o tribu tomaban como esposas a las mujeres de otro clan (exogamia); después aparece el matrimonio por raptó o por compra, en comunidades tribales más evolucionadas, apuntando ya hacia la base patriarcal.

“Un antecedente de estos sistemas aparece en forma legendaria en el rapto de las sabinas y más tarde, en Roma, se sabe del matrimonio por compra a través de la *Coemptio*, venta simbólica de la mujer al futuro marido, quien pagaba por ella un precio. Se especula que la ceremonia de la entrega de las arras en el matrimonio religioso encuentra su antecedente remoto en todo lo anterior.

“En el Derecho Romano era simplemente una relación social que producía consecuencias jurídicas; entre los romanos el matrimonio encuentra diferentes formas, ya por medio de la *Confarreatio* o de la *Coemptio*, que tenía como fin constatar la voluntad de convivencia, en calidad de esposos entre un hombre y una mujer (*Affection Maritalis*).

“Las relaciones maritales se establecían por medio de una situación, mejor que por un acto de declaración de la voluntad, tal y como acontece actualmente.

“En sus orígenes, el matrimonio fue un mero hecho extraño al Derecho; después se organizó sobre una base religiosa y finalmente llegó el momento en que adquirió un carácter jurídico en la *jus civile*. Éste reguló las incapacidades para contraer matrimonio y los efectos de las nupcias con relación a los consortes respecto de los hijos para fortalecer la *Justae Nuptiae*, basamento de la organización social romana durante la República.

“En la celebración del matrimonio intervino el poder público cuando desapareció el matrimonio religioso (*Confarreatio*), regulando las ceremonias de su celebración, asociando a la esposa al culto doméstico de la familia de su marido; esto fue hasta la caída del Imperio Romano, ya que el poder civil no abandonó su intervención en estas ceremonias del culto sino hasta el siglo X.

“No obstante, en esa época en que el poder secular se debilitó, la Iglesia asumió la intervención en el matrimonio y dio competencia a los tribunales eclesiásticos para decidir acerca de estas cuestiones. La Iglesia fundó una autoridad que duró seis siglos, sobre todo, en las cuestiones del estado civil y del matrimonio.

“En el siglo XVI, el Estado recobró poco a poco la jurisdicción sobre las causas matrimoniales, sean económicas, separación de cuerpo de los consortes o nulidades del matrimonio.

En el siglo XVIII, el Estado privó de efectos civiles a determinados matrimonios contraídos ante la Iglesia, cuando faltaban algunos requisitos que dictó el gobierno civil; de esto nació la lucha entre el poder civil y los tribunales eclesiásticos que en esta materia duró más de dos siglos.”¹⁸

La Constitución Francesa de 1791 declara que el matrimonio es un contrato civil, igualmente se creó en ese país y en otros la secularización total de la legislación sobre matrimonio paralelamente a la secularización del registro civil.

“En *México*, a partir de la denominación española, las relaciones jurídicas entre cónyuges y la celebración del matrimonio se regularon por el derecho canónico. Esta situación prevaleció hasta mediados del siglo XIX. En efecto, el 23 de julio de 1859 el presidente Benito Juárez promulgó una ley referente a los actos del estado civil y su registro, abarcando los actos del estado civil, el matrimonio, al que le atribuyó naturaleza de contrato civil y se reglamentaron los requisitos para su celebración, elementos de existencia y validez, etc.

¹⁸ ORIZABA MONROY, Salvador. “Matrimonio y Divorcio Efectos Jurídicos” Editorial Pac, México 2002. pp.5-6

“Así, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 que rigieron al Distrito Federal y territorios federales, y los códigos de los Estados de la Federación, confirmaron la naturaleza del matrimonio y su carácter indisoluble.

“En 1914, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista don Venustiano Carranza promulga en Veracruz una ley del divorcio que declara disoluble el vínculo matrimonial y deja a los esposos divorciados en libertad de contraer nupcias nuevamente.

“Las disposiciones de esta ley, en lo que concierne a la disolubilidad del matrimonio, quedaron confirmadas por la Ley de Relaciones Familiares del 12 de abril de 1917.

“Esta última legislación introdujo algunos cambios respecto a la situación jurídica de los bienes de los cónyuges; tuvo vigencia hasta que entró en vigor el Código Civil de 1928, que actualmente rige en el Distrito Federal a partir del 1º de octubre de 1932, sin desconocer las reformas y adiciones al mismo aprobadas el 1º de junio del 2000.

Durante el gobierno del presidente Plutarco Elías Calles fue sometido a la Cámara de Diputados un proyecto de ley, y en la exposición de motivos “ equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciéndose que ésta no quedaba sometida, por razones de sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos”, y se autorizó que la mujer ejerciera una profesión u oficio de comercio o cualquier otro, sin descuidar la dirección y los trabajos del hogar, así como administrar los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal si así lo hubiere convenido el esposo. “¹⁹

¹⁹ Ibidem pp.6-8

1.3. Naturaleza jurídica del matrimonio.

El Derecho Canónico establece que el matrimonio es un sacramento, en el que los esposos son los ministros y el testigo es el celebrante, autoridad ministerial, quien además puede registrar el acto.

Así encontramos que para la Iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran los cónyuges por su libre y espontánea voluntad.

En el ámbito del Derecho Civil, los tratadistas discuten sobre el aspecto jurídico del matrimonio.

La Constitución Mexicana en su numeral 130 y los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, calificaban al matrimonio como contrato, es decir, es un acuerdo de voluntades que generan deberes y derechos entre los consortes e hijos. Esta posición doctrinaria se ha criticado mucho justificadamente, diciendo:

Que este contrato carece de objeto desde un punto de vista jurídico, porque la mayoría de las veces el objeto del contrato es una cosa o derecho que se encuentra en el comercio. Se menciona que si se juzga el matrimonio como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges no puede ser objeto de un contrato.

En los contratos, la voluntad de las partes es aquélla que de acuerdo a la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos están ya establecidos en la legislación civil, artículo 182 bis. Sólo son libres dentro de ciertos límites, para establecer el régimen matrimonial respecto de sus bienes, pero no lo son respecto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio. Así, la reforma dice: “Cuando habiendo

contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal falten las capitulaciones matrimoniales o haya omisión o imprecisión en ellas se aplicará en lo conducente a lo dispuesto en el capítulo IV del matrimonio con relación a los bienes” (artículo 182 bis al sextus).

En vista de estos comentarios, se menciona que el matrimonio es considerado como “un contrato de adhesión”; se olvidan quienes piensan así que en este contrato una sola parte impone a la otra un conjunto de deberes y obligaciones.

Actualmente en el matrimonio ninguna de las partes puede imponer a la otra responsabilidad propia del estado civil.

Otro criterio dice que es un acto mixto o complejo; en él concurren la voluntad de los consortes y la voluntad del Estado; este punto de vista sólo se debe aplicar a la celebración del matrimonio.

El concepto del matrimonio como contrato tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores importantísimos, tales como Marcel Planiol, quien lo define como “la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión.”²⁰

Sin embargo, recientemente otros autores han objetado el carácter contractual del matrimonio, sin desconocer el papel que la voluntad de los contrayentes juega en su celebración. Entre estos autores figuran:

a) León Duguit, quien sostiene que “el matrimonio constituye un acto jurídico condición; es acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que

²⁰ Cit. Pos. BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía BUENROSTRO BAEZ Ob. cit. pp. 40 – 41.

el derecho otorga determinados efectos. Es condición en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no pueden ser alterados por las partes”.²¹

b) Antonio Cicu, quien manifiesta que “el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea; para que exista el matrimonio se requiere que éste sea declarado por un oficial del registro civil. Así el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado”.²²

c) Houriou y Bonnacase, por su parte, sostienen que “el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración”.²³

En síntesis, los diversos autores, distinguen en el matrimonio estas características:

- a. Es un acto solemne.
- b. Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.
- c. Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.
- d. En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.
- e. Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.

²¹ Cit. pos Ibidem. P.41

²² Cit pos. Ídem

²³ Cit pos. Ídem

f. Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.²⁴

1.4 Régimen patrimonial.

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.

El tratadista Edgar Baqueiro Rojas define que los regímenes patrimoniales: “Son aquellos que las diversas legislaciones o la costumbre han establecido para regular la situación de los bienes de los cónyuges, tanto en sus relaciones interpersonales como respecto a terceros”.²⁵

También se puede definir como, “el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges surgidas del matrimonio”.²⁶

En este se comprenden todos los derechos y las obligaciones que se derivan del régimen matrimonial, bien sea de separación o de comunidad de bienes. El régimen debe pactarse en las capitulaciones matrimoniales que son “los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la

²⁴ Cfr. Ibidem. p. 41.

²⁵ Ibidem. p.93

²⁶ BRENA SESMA Ingrid, “Nuevo diccionario jurídico mexicano”, Editorial Porrúa, México 2001, p. 3248.

separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y otro caso”.²⁷

En conclusión de este concepto decimos que es el conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí ya en sus relaciones con los terceros.

1.5 El patrimonio de familia.

El patrimonio de familia puede determinarse como un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos, que se distingue del resto de su patrimonio por su función y por las normas que la ley dicta en su protección. Ahora, en este apartado se tratara de establecer un concepto de patrimonio familiar, partiendo de los elementos y características que dan los distintos juristas mexicanos.

1.5.1 Concepto de patrimonio.

El concepto de patrimonio de familia no significa que exista un patrimonio distinto de los de sus miembros, como si la propia familia constituyera una persona moral.

El patrimonio de la familia, como lo llama nuestro Código Civil, debe entenderse “como el conjunto de bienes afecto a un fin, que pertenece a algún miembro de la familia a la que beneficia y, en ocasiones a un tercero”.

En este sentido podemos decir que, el patrimonio familiar, esta integrado por bienes de uno de los cónyuges o de ambos, pudiendo ser este un

²⁷ CHAVEZ ASECIO Manuel F. Ob. Cit. p.409.

bien mueble o inmueble y el cual no podrá ser enajenado o gravado de ninguna manera.

Mas adelante estableceremos, como ha ido evolucionando esta figura hasta nuestros días. Si este lleva a cabo la función con la que se creo y cual es su beneficio o desventaja que las rodea.

1.5.2 Antecedentes del patrimonio de familia.

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 en consideración el régimen matrimonial de bienes para reglamentarlo, según época y lugar.

En Roma encontramos “el matrimonio *“cun manu”* en la cual la mujer quedaba bajo la potestad del marido y su patrimonio era absorbido por el del esposo. 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.”²⁸

“Para que hubiere contribución de la mujer a los gastos del hogar se estableció en Roma la obligación por parte del padre o de algunos parientes de la mujer o de ella misma, de donar al marido un 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.

²⁸ BRENA SESMA Ingrid, Ob. cit. p. 3248.

“La dote al principio fue propiedad del marido pero se tomó la precaución para que se devolviera en caso de disolución del matrimonio, y se pactaba la restitución de los bienes.

“En Francia, el Derecho francés siguió la tradición romana y reconoció el sistema dotal, que es un régimen de separación ya que la mujer conserva sus propios bienes, lo mismo que el marido, y los bienes dotales eran los únicos que se sometían a reglamentación especial puesto que eran los destinados a ayudar al sostenimiento familiar. Así, la esposa no tenía que contribuir con sus bienes propios o sean los parafernales puesto que su obligación tenía como límite la cuantía de los bienes dotales.

“También el Derecho francés estableció la inalienabilidad de los bienes dotales, tanto muebles como inmuebles, que en algunos casos resultó perjudicial porque quedaron fuera del comercio, y en otros, en cambio, resultó benéfico para la protección del hogar. La administración de los bienes dotales correspondía al marido dejando a la mujer al margen de la administración y también de los frutos que producían los bienes.

La preocupación de los gobernantes de proteger a la familia de los “azares de la fortuna” ha creado varias instituciones que tratan de poner a salvo diversos bienes indispensables para la supervivencia de sus miembros. Una de ellas es, precisamente, la del patrimonio familiar”.²⁹

Entre los antecedentes más significativos de esta institución se encuentran:

1. La ley sobre el homestead del Estado de Texas, de 1839, por lo cual se ponía fuera del alcance de los acreedores la casa habitación y la parcela de los colonizadores.

²⁹ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía, BUENROSTRO BÁEZ. Ob. cit. pp. 113 – 115.

2. *La Ley de Relaciones Familiares de 1917, que en su Artículo 284 determinaba: “La casa en que esté establecida la morada conyugal y los bienes que le pertenezcan, sean propios de uno de los cónyuges o de ambos, no podrán ser enajenados si no es con el consentimiento expreso de los dos, y nunca podrán 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 tengan en justo un valor mayor de diez mil pesos”.*

Este precepto, conjuntamente con la Fracción XXVIII del Artículo 123 Constitucional, puede considerarse como los antecedentes concretos de la reglamentación del patrimonio familiar en el Código Civil para el Distrito Federal.

La Constitución General de la República en sus Artículos 27 y 123 se refiere al patrimonio familiar como institución de interés público que el Estado debe fomentar y proteger. Dice al efecto el Artículo 27 en su Fracción XVII: “Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni gravamen “. A su vez el Artículo 123 en su Fracción XXVIII estatuye: “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales, ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”.

En el Código Civil y en el de Procedimientos Civiles se han reglamentado las citadas normas constitucionales para organizar jurídicamente el patrimonio de familia como una universalidad de hecho con vida autónoma destinada a satisfacer los fines económicos reconocidos por la ley.

Patrimonio familiar no significa patrimonio perteneciente a la familia, a la que no se le reconoce personalidad jurídica, ni significa patrimonio en copropiedad familiar de los dos cónyuges y los hijos; ni, por último, constituye una persona autónoma, como si fuese una fundación; constituye, en cambio, *un conjunto de*

bienes pertenecientes al titular de ellos, que se distingue del resto de su patrimonio por su función y por las normas que la ley dicta en su protección.

1.6 Los regímenes patrimoniales del matrimonio en México.

De la naturaleza del matrimonio como un género de vida en común se desprende que los efectos del mismo se reflejen en los bienes de los esposos; de allí la necesidad de regular esos efectos, regulación que ha sido efectuada por todos los sistemas jurídicos.

Los bienes de los esposos constituyen su patrimonio y la base económica del matrimonio; así dicho patrimonio y los efectos sobre éste se encuentran organizados y regulados dentro de los diversos sistemas legales de los países. En nuestro derecho, el patrimonio de los cónyuges está regulado por un conjunto de normas dentro del Código Civil, que constituyen el régimen patrimonial del matrimonio.

Concepto: De esta manera, 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.

Tipos

Tradicionalmente, los regímenes o sistemas patrimoniales del matrimonio se han clasificado en atención a dos criterios: la voluntad de los contrayentes y la situación de los patrimonios de los contrayentes.

1. Si nos basamos en el primer criterio, los regímenes se subclasifican en: voluntarios, forzosos y predeterminados por el ordenamiento jurídico.

a). *Voluntarios*, que 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, ya modificando las establecidas por la ley.

b). *Forzosos*, en este tipo es la ley la que fija, sin opción a elegir, el régimen a que deben estar sujetos los bienes del matrimonio.

c). *Predeterminados*, que 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.³⁰

A juicio de calificados tratadistas, el sistema voluntario es el aceptado en Italia y España, pues los esposos pueden modificar con toda libertad los regímenes establecidos por la ley, conviniendo las modalidades que a sus intereses beneficie. En ambos países el sistema se complementa con un régimen supletorio, en caso de que las partes omitan el convenio.

A nuestro juicio, el mismo criterio sería aplicable a México en lo que se refiere a la voluntad de los esposos, pues aún cuando se predeterminan los sistemas de sociedad conyugal y separación de bienes, se faculta a los cónyuges a pactar respecto de los bienes presentes y futuros, los frutos, los productos del trabajo, etc.; con la única limitación del pacto leonino, según se desprende del Artículo 190 del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁰ Cfr. *Ibidem*. p 85.

2. 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:

a). *Absorción del patrimonio de uno de los contrayentes por el otro.* Este tipo se caracteriza porque dos patrimonios pasan a formar uno solo; por ejemplo, el caso del matrimonio romano, *cun 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, el patrimonio de ambos esposos se funde en uno solo, 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, puede 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, administración y disfrute de sus propios bienes; los patrimonios son dos e independientes, tanto en bienes como en deudas. Por ejemplo el régimen de bienes separados, en el que cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que tiene y de los que adquiera 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.³¹

Otros sistemas clasificados como mixtos son:

³¹ Cfr. *Ibidem*. Pp. 87 – 88.

I. La dote (sistema dotal), que consiste en que la esposa o algún tercero a nombre de ella, generalmente sus padres, entreguen al marido determinados bienes, sujetos a un régimen peculiar, pues no son de ninguno de los dos: normalmente no pueden disponer de ellos, son inalienables e inembargables. Su administración corresponde al esposo y los frutos deben usarse para atender a los gastos del matrimonio; al terminar el matrimonio el esposo debe devolverlos a quien haya constituido la dote o a sus herederos.

II. Las arras o “dote goda”, que consistía en la entrega que el futuro esposo hacía a su prometida, de un determinado bien, en garantía de que el matrimonio se celebraría. Por su naturaleza, las arras constituyen una donación propter nuptias. Actualmente han sido sustituidas por las donaciones entre consortes.

III. La sociedad de ganancias o gananciales consistía en conservar la propiedad de los bienes que cada uno de los cónyuges tenía al momento de celebrarse el matrimonio, pero los productos, frutos, accesorios, y el producto del trabajo de ambos, sus ahorros y adquisiciones durante el matrimonio, formaban un patrimonio aparte, que les pertenecía a los dos; y estos bienes eran afectados para satisfacer las necesidades del hogar y sólo se asignaban a cada uno al momento de la disolución del matrimonio³²

Las capitulaciones matrimoniales y su reglamentación en el Código Civil para el Distrito Federal.

Por medio del llamado contrato de matrimonio o capitulaciones matrimoniales –que deben acompañar a su solicitud de matrimonio los contrayentes –regulan la situación de sus bienes desde el momento en que el matrimonio se celebra, pues en ella se establece el régimen patrimonial que habrá de regir en el estado matrimonial, y aún en la disolución de éste. Las capitulaciones deben ratificarse con la celebración del acto propio del matrimonio.

³² Ibidem p 88.

Las capitulaciones matrimoniales, afirman algunos, deben entenderse como un convenio accesorio al matrimonio, pues sólo pueden existir como consecuencia de éste, lo cual quiere decir que están sujetas a la condición de que el matrimonio se celebre. Por lo tanto, si éste no llegare a celebrarse, no surtirán ningún efecto. Otros las consideran como parte integrante del matrimonio y no como algo accesorio, ya que se trata de una institución compleja de la que emanan relaciones patrimoniales, cuya regulación sólo se encuentra en las capitulaciones o la Ley.

Como lo señalamos al concluir el tema anterior, el Código Civil para el Distrito Federal, concede a los cónyuges la más amplia libertad para determinar el régimen patrimonial que a su interés convenga, a fin de regular su vida económica durante el estado matrimonial y después de éste a su disolución; por lo tanto, los esposos pueden optar por convenir en: *el régimen de sociedad conyugal, el régimen de separación de bienes, o bien en un régimen mixto.*

Para constituir cualquiera de estos regímenes: sociedad total o sociedad conyugal, de sociedad parcial o mixta, o de separación absoluta de bienes, es indispensable la celebración de las capitulaciones matrimoniales correspondientes.

1.6.1 El régimen de separación de bienes.

Por lo que respecta al régimen de separación de bienes, éste pertenece al grupo de los sistemas de separación absoluta, ya que en este régimen cada cónyuge conserva la propiedad, usufructo y administración de su patrimonio, sin intervención del otro. La separación de los bienes normalmente es total, como también lo son los productos de los mismos y los bienes que se adquieran durante el estado matrimonial; de aquí que cada cónyuge pueda disponer de ellos sin necesidad de licencia o autorización del otro. En este régimen, la situación

matrimonial de los cónyuges respecto a su patrimonio es la misma que tenía antes del matrimonio, exceptuando las obligaciones derivadas de éste para el sostenimiento económico del hogar y para darse alimentos en caso necesario.

Este régimen es teóricamente muy sencillo; puesto que cada uno de los esposos conserva, como antes del matrimonio, la propiedad, el goce, la administración y la disposición de todos sus bienes. En la práctica, por haberse mezclado los bienes durante el matrimonio y por no haber estado obligado a ninguna cuenta, la liquidación da lugar a serias dificultades. Este régimen es muy peligroso para la mujer cuando se desinteresa de la administración de sus bienes; porque no tiene entonces ninguna de las garantías que, contra la mala gestión del marido, le confiere la ley a la mujer con bienes comunes.

Caracterización.

La separación de los bienes puede establecerse antes del matrimonio y durante el matrimonio.

1.- Antes del matrimonio, el pacto de separación de bienes se establece en las capitulaciones como requisito formal para la celebración del mismo.

2.- Durante el matrimonio, la separación de bienes puede pactarse de común acuerdo cuando los cónyuges decidan cambiar su régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes o bien modificarlo en su alcance, de separación absoluta a separación parcial o viceversa, para constituir un sistema mixto.

En caso de terminación de la sociedad por culpa del administrador, el matrimonio continuará con régimen de separación.

Requisitos para constituirla.

La separación de bienes, en las capitulaciones que la establezcan, debe otorgarse por escrito y bastará para ello la forma de documento privado. En cuanto a la capacidad de los contrayentes para celebrar el convenio, ésta responderá a los mismos requisitos que la ley señala para celebrar el acto matrimonial.

Bienes que la constituyen.

En las capitulaciones en las que se asiente el régimen de separación de bienes debe haber un inventario en el que se consigne tanto la lista de los bienes como de las deudas que cada cónyuge tenga contraídos en el momento del matrimonio.³³

1.6.2 Sociedad conyugal

En cuanto al *régimen de sociedad conyugal total*, por la forma como la regula el Código Civil, ésta pertenecería al grupo de los regímenes de comunidad absoluta, en la que el patrimonio de los esposos se funde para constituir uno solo, del cual son titulares. En este régimen de sociedad conyugal nuestra legislación da a los cónyuges un amplio espectro de posibilidades para que sean ellos mismos quienes en las capitulaciones matrimoniales las organicen como mejor les convenga, tanto en la administración como en los destinos de los productos y ganancia.

³³ Cfr. *Ibidem*. pp. 99- 100

Naturaleza Jurídica.

En lo que concierne a la naturaleza de la sociedad conyugal, algunos autores --entre nosotros el Doctor Rojina Villegas --han pretendido ver en ella una verdadera sociedad creadora de la personalidad jurídica, distinta de los cónyuges, con patrimonio y representación propios. Sin embargo, la casi totalidad de la doctrina nacional y extranjera no está de acuerdo con ello. La familia no es una persona moral; considerar a la sociedad conyugal con personalidad jurídica propia, permitiría el absurdo de que cuando los esposos pactaran el régimen de sociedad conyugal, la familia tendría personalidad jurídica, y cuando optaran por el régimen de separación de bienes, carecería de ella.³⁴

El Código Civil para el Distrito Federal, considera que los bienes comunes pertenecen a ambos cónyuges, deduciendo que no hay una tercera persona titular de los mismos, de donde se infiere que la naturaleza de la sociedad conyugal no es la de una sociedad, sino la de una comunidad de bienes que sólo puede existir entre cónyuges; que su finalidad es la protección del patrimonio familiar y en la que los esposos se conceden, mediante el acuerdo establecido, la intervención de uno en la administración y disposición de los bienes del patrimonio del otro. Así como la transmisión en propiedad del 50% de los mismos. De aquí que la administración y división de los beneficios se guíe por las reglas del contrato de la sociedad sin alterar la naturaleza del pacto y que, además, tenga características propias que la distinguen tanto de la copropiedad como de la sociedad propiamente dicha.

Requisitos para constituirla.

La sociedad conyugal debe reunir los siguientes requisitos para su constitución:

³⁴ Cfr. *Ibidem*. p. 89

1.- Otorgarse en escrito privado, pero cuando a ella se aporten bienes inmuebles que requieran de escritura pública para su transmisión, las capitulaciones deberán hacerse en escritura pública, además de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que tenga efectos respecto de terceros.

2.- Puede constituirse antes de la celebración del matrimonio o durante éste, modificando el contrato mediante el cual se hubiere constituido otro régimen: de separación de bienes o mixto. Además de la autorización judicial para que los esposos puedan contratar.

El contrato de sociedad conyugal debe contener:

- a) Lista de avalúo de los bienes muebles e inmuebles.
- b) Lista de las deudas de que deba responder la sociedad.
- c) Indicación expresa de que se trata de una comunidad absoluta; es decir, que todos los bienes presentes y futuros de ambos pasarán a constituir el patrimonio común; asimismo, de si la sociedad se contrae por la propiedad o sólo por los productos de los bienes.
- d) Indicación expresa del destino de los productos del trabajo de cada esposo;
- e) Indicación expresa de cómo se dividirán las utilidades, ya sea que uno reciba una cuota fija, o bien que las ganancias se repartan en proporción a sus aportaciones.³⁵

Causas de suspensión.

La sociedad conyugal puede suspenderse, existiendo el matrimonio, en los casos de ausencia de algún cónyuge o abandono del domicilio conyugal por más de seis meses.

³⁵ Ibidem. Pp. 95 – 96

a) Si se declara la ausencia de alguno de los cónyuges, la sociedad conyugal queda suspendida.

b) Cuando el abandono del domicilio conyugal ha durado más por más de seis meses, sin haberse justificado, los efectos favorables de la sociedad conyugal cesan para que el abandona desde el día del abandono, y el abandonado puede aprovecharse de la sociedad en lo que le beneficie. El abandono perjudica al que abandonó, y no puede invocar la sociedad cuando el otro la ha enriquecido. Se requiere de acuerdo para reanudar la sociedad.

Causas de terminación.

La sociedad conyugal puede terminar: cuando termina el matrimonio y durante el matrimonio.

1.- La sociedad conyugal termina con el matrimonio en los casos de muerte de los cónyuges, nulidad del mismo o divorcio, y;

2.- La sociedad conyugal finaliza durante el matrimonio, en los casos de acuerdo entre los esposos que deseen cambiar su régimen de sociedad por el de separación de bienes o algún sistema mixto; declaración de presunción de muerte de alguno de los cónyuges, ya que la declaración de muerte no pone fin al matrimonio; y mala administración del que administra la sociedad y que pueda arruinarla, como cuando el administrador hace cesión de bienes de la sociedad sin autorización del otro cónyuge, o es declarado en quiebra o concurso de acreedores.³⁶

El sistema mixto.

³⁶ Ídem. P 98.

Cuando el régimen de separación de bienes no es absoluto sino parcial, esto es cuando sólo parte de los bienes y derechos de los cónyuges se ha convenido se rijan por separación, y la otra parte sea materia de la sociedad conyugal, da origen a un régimen patrimonial mixto para regir la vida económica del matrimonio.

De aquí que el sistema mixto sea aquel en el que ni la sociedad ni la separación involucra la totalidad de los bienes de los esposos, ya que una parte corresponde a la sociedad y la otra se mantiene en separación.

El sistema mixto puede ser tan amplio como la imaginación o conveniencia de los cónyuges lo consideren: en él caen todas las graduaciones de la sociedad conyugal. Por ejemplo, la sociedad puede comprender los bienes futuros, pero no los presentes; puede comprender los productos del trabajo pero no las donaciones y herencias, etc.; en fin puede comprender cualquier forma en que coexistan sociedad parcial y separación parcial.³⁷

A lo largo de este capítulo hemos estudiado que ha sido el matrimonio en sus diversas épocas y los distintos estados extranjeros, asimismo, hemos determinado lo que es un patrimonio de familia, así como los bienes que lo constituyen, y finalmente hemos desarrollado lo que son los regímenes patrimoniales del matrimonio en México.

El método utilizado en este apartado fue la técnica documental. El jurista Ponce de León Armenta la define como: "...Las técnicas de investigación documental tienen por objeto capturar los conocimientos, experiencias y avances mas significativos a investigar..."³⁸

³⁷ *Ibíd.* Pp. 100 – 101.

³⁸ PONCE DE LEON ARMENTA, Luís. "Metodología del derecho". Editorial Porrúa, México 1999. p. 105

CAPITULO DOS

DE LA FAMILIA

- 2.1 Evolución de la familia
- 2.2 Origen de la familia
 - 2.2.1 Babilonia
 - 2.2.2 Asiria
 - 2.2.3 Persia
 - 2.2.4 China
 - 2.2.5 Egipto
 - 2.2.6 India
 - 2.2.7 Grecia
 - 2.2.8 Roma
 - 2.2.9 Israel
 - 2.2.10 Francia
 - 2.2.11 México
 - 2.2.11.1 Época indígena
 - 2.2.11.2 Época colonial
 - 2.2.11.3 México independiente
- 2.3 Aceptaciones de la palabra familia
- 2.4 El derecho de familia
 - 2.4.1 Definición
 - 2.4.2 Autonomía
 - 2.4.3 Ubicación en el sistema jurídico
 - 2.4.4 Características
- 2.5 Los derechos de la familia
 - 2.5.1 Concepto

2.5.2 Naturaleza jurídica

2.5.3 Clasificación por lo sujetos

2.5.4 Clasificación por área jurídica

CAPITULO DOS

DE LA FAMILIA

2.1 Evolución de la familia.

Es preciso tener una visión histórica sobre el matrimonio, la familia y las normas que regularon y regulan esas instituciones, para obtener información sobre la evolución que a través del tiempo ha tenido el Derecho de Familia en los distintos países.

2.2 Origen de la familia.

El primer planteamiento que surge al estudio de la familia es la incógnita sobre el origen de la misma. Una institución tan antigua como la humanidad creemos ha existido siempre, aunque no ha estado constituida como hoy la conocemos.

Ha evolucionado, hay cambios, algunos de los cuales estamos presenciando. Por lo tanto, el origen de la familia y su estudio no comprende el descubrimiento de ésta (que siempre ha existido), sino el estudio e investigación de cómo ha sido, y cuáles han sido sus cambios y cuáles sus funciones.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre, y dieron origen a diversos tipos de familias que reflejan una gran variedad de contextos económicos, sociales, políticos, jurídicos, etc.

Así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

Veremos como ha evolucionado la familia a lo largo de la historia y a través de los diferentes países. Así resulta que en una primera época, el grupo familiar no se asentaba sobre relaciones individuales, de carácter exclusivo entre determinados sujetos, sino que la relación sexual, de la que en última instancia deriva la organización de la familia, existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que integraban una tribu. Esto determinaba, forzosamente que desde el nacimiento del niño se supiera quien era su madre, mas no, en cambio, quien era su padre, lo que permite afirmar que en su origen, la familia tiene carácter matriarcal, pues es exclusivamente junto a la madre, por ser ella conocida, que el hijo crece, se alimenta y educa.

Posteriormente, en la vida de los grupos primitivos, las guerras, la carencia de mujeres, llevo a los varones a buscar relaciones con mujeres de otras tribus, antes que con las del propio grupo. Ahora es indispensable determinar la evolución que ha tenido la familia a lo largo de los años y en los diferentes países, para lograr conceptualizar a la misma.

2.2.1 Babilonia

“En este país eran perfectamente licitas y hasta bien vistas las uniones libres, semejantes en algunos aspectos, a los matrimonios de ensayos de ciertos países en nuestra época y a las que podrían tener fin cualquiera de las partes.

Para señalar su condición especial de concubina, la mujer debía llevar como insignia un olivo o una piedra de arcilla.

“Los matrimonios se convenían entre los padres, e iban acompañados de un intercambio previo de regalos, que en algunos casos llegaba a convertirse en una compra lisa y llana. La patria potestad confería no solo poderes absolutos sino también derechos atroces. El padre podía entregar por dinero a su hija, y en otros casos no matrimoniales, podía vender a su mujer y a sus hijos.

“A pesar de esas prácticas, el matrimonio era monógamo, por lo menos tanto como en cualquier país, de nuestros días los esposos solían conservarse fidelidad”.³⁹

2.2.2 Asiria

“En Asiria “la familia estaba organizada de acuerdo con un servo régimen patriarcal y uno de sus objetivos más importantes, dadas sus características del país esencialmente guerrero, era la perpetuación y aumento de la especie. Las leyes y la moral influían para aumentar el número de nacimientos. El aborto era considerado como un crimen capital y las mujeres que lo cometían se les empalaban.

“Los matrimonios se celebraban por contrato y algunas veces se limitaban a una compra pura y simple. Las leyes reducían a la mujer a una situación de inferioridad, debía aparecer velada en público; obedecer ciegamente a su marido y serle estrictamente fiel, sin que esta última obligación tuviese carácter reversible. Por el contrario los hombres solían tener tantas concubinas

³⁹ Enciclopedia Jurídica Ameba. Tomo XI., Editorial Driskill Sociedad Bibliográfica. Argentina, 1980, p. 982.

como les permitían sus medios económicos y sin recibir por ello ninguna sanción moral o legal.⁴⁰

2.2.3 Persia

“La legislación familiar persa esta contenida en el *Zend-Avesta* o libro sagrado y trascendente, que contempla y sanciona a prueba infinidad de situaciones. En este país, debido a necesidades bélicas, se considera como una necesidad aumentar continuamente la población, se protegían todas las situaciones tendientes a lograrla.

“Los padres combinaban el matrimonio de sus hijos, apenas estos llegaban a la pubertad. El incesto era considerado como un pecado y las uniones se realizaban siempre entre extraños.

“Antes de Daría, la mujer ocupaba un lugar de privilegio tanto dentro de la familia como en el seno de la sociedad. Podía circular libremente por la calle, con el rostro descubierto, podía poseer bienes y disponer de los mismos y hasta intervenir en los asuntos de su marido. Después del advenimiento del gran rey su situación empeoró, especialmente en lo que respecta a las mujeres de clases adineradas.

“El aborto se considero como delito grave, peor que el adulterio, ya que este se podía perdonar, pero aquel se castigaba con la pena de muerte. También los persas colocaron a la mujer en una situación de inferioridad absoluta”.⁴¹

⁴⁰ Ibidem., p. 983.

⁴¹ Ibidem. p. 985.

2.2.4. China

Cada casa es un pequeño Estado, y el estado no es más que una casa vastísima regulada por los mismos principios de sociabilidad y sometida a las mismas obligaciones. “El individuo se pierde en la familia y la familia en el reino, sin que privilegio de castas, ni derechos de sacerdocio, descompongan aquella unidad que en la China es más absoluta y plena que en ningún otro Estado del mundo. El tránsito de la autoridad paterna a la tiranía es fácil, porque a medida que la familia se extiende, esta autoridad no está refrenada por ese sentimiento de amor que nos hace mirar a nuestros hijos una reproducción de nosotros mismos”.⁴²

En este pueblo la familia tenía un carácter esencialmente patriarcal. Se admitía la poligamia, generalmente practicada por los ricos. El matrimonio es un acto religioso que permite perpetuar el culto del antepasado, a través de sus descendientes.

El matrimonio era un arreglo entre los padres de los contrayentes, pues eran estos los que elegían a los cónyuges de sus hijos, lo cual por lo general no se conocían hasta el día de su boda, pese a esto, se establecía entre ellos grandes lazos de respeto y afecto.

Aunque la poligamia estaba permitida a los grandes y a los mandarines, una sola mujer tenía la preeminencia de esposa; las demás estaban sometidas y no participaban en la administración doméstica.

Las leyes chinas dieron gran importancia al intercambio de regalos entre los consuegros. Las donaciones son irrevocables. La mujer se debía a su marido en todos los aspectos, según las leyes de los antiguos chinos: si la esposa no satisfacía al marido quedaba este autorizado a tener concubinas. Los hijos eran

⁴² CÉSAR CANTÚ, “Historia Universal”. Tomo 8., Gasso Hermanos, Editores Barcelona. p. 140

propiedad de sus padres ninguna persona docente debía aceptarlos como vecinos suyos. Al rito de la boda se mezclaban ceremonias religiosas y civiles.

“Algunos padres, principalmente del novio, procuran examinar a la joven para descubrir si tiene defectos y luego la compran a sus padres pagándoles ladote, a la que añaden regalos de más o menos valor. El día de la boda, la conducen a la casa de su marido un magnifico acompañamiento de los parientes, amigos y criados, con música, guirnaldas, hachones, perfumes y regalos. La esposa va en un hermoso palanquín, cerrado con lave que abre el marido cuando llega y ve por primera vez a aquella con quien tiene que pasar la vida. Si no le gusta, la despide algunas veces; si le agrada, la introduce en la sala, donde después de hacer algunas reverencias a *Tien* y a algunos nuevos parientes la deja con las señoras convidadas”.⁴³

El chino recibe a las concubinas sin formalidad alguna, dando a los padres solo la suma convenida y prometiéndoles no maltratarla. Los hijos que nacen de ella son considerados como si fueran de la mujer legítima, a la cual solamente dan el título y honores de madre y participan igual que los otros de la herencia del padre. El marido debe habitar con la mujer en la casa paterna, sin disminuir en nada su antigua sumisión a los padres.

“La mujer aprendió a ser sumisa desde que nació. Las cunas de la recién nacida se colocaban en el suelo en señal de inferioridad. La mujer casada en la clase privilegiada debió obediencia a su señor. Nunca se dirigió a él por su nombre.

No cabe duda que la importancia de la familia y la del grupo más amplio de los parientes descendientes de un tronco común, fue reconocida en China en todas las leyes concernientes a herencia, adopción, matrimonio y divorcio”.⁴⁴

⁴³ Ibidem. p. 187.

⁴⁴ Ibidem. p. 188.

2.2.5 Egipto

Se atribuyó a Manes la institución del matrimonio lo cual quiere decir que la colonia de que fue jefe comenzó la civilización del país, estableciendo la base de toda sociedad, en las uniones legítimas. Se casaba con las primas y las cuñadas que quedaban viudas y sin hijos, lo cual lo hicieron los hebreos y lo hacen aún hoy los Coptos, pero solo más tarde introdujo la dinastía macedónica los matrimonios entre hermanos. Era tolerada la poligamia, pero no entre sacerdotes quienes conservaron sin duda por medio de la tradición ideas más justas acerca de ese sagrado título.

“Hombre y mujer gozaron de los mismos derechos ante la ley. Podía la mujer enajenar su propiedad, ser parte en los contratos, entablar procedimientos, otorgar testamento y rendir testimonio sin tener que estar asistida ni de su padre ni de su esposo y tales derechos no estaban restringidos a las clases acomodadas. Aun los esclavos podían tener propiedad y disponer de ellas según sus deseos.

“En Egipto el matrimonio siempre fue monógamo, salvo excepciones introducidas a favor del rey y de los príncipes durante las épocas feudales. El contrato matrimonial por otra parte fue sumamente estricto. Existió la propiedad conyugal en la que el hombre gozó de las dos terceras partes y la mujer del resto: el hombre administró la propiedad y vigiló que las adquisiciones fueran distribuidas en proporción prescrita. Además cada parte podía tener propiedad exclusiva”.⁴⁵

2.2.6 India

Por lo que respecta a este país, encontramos que en el Código Manú: “El hombre y la mujer forman una sola persona; el hombre completo se compone de él, de su mujer y de su hijo.

⁴⁵ IBARROLA, Antonio DE.” Derecho de Familia”. Editorial Porrúa, México 1978, p. 71.

“Según esto en un principio, el hombre no tenía, al parecer, más que una sola mujer, deducción que confirmaba la fidelidad conyugal prescrita también como supremo deber el derecho de sucesión reservado cuidadosamente al primogénito y los tiernos amores que respiraban los cantos nacionales, en los que abundan graciosos cuadros de la vida doméstica y en los que están descritos el carácter de la costumbre de las mujeres con más profunda delicadeza de sentimiento y una encantada dirección rayana en veneración.”⁴⁶

Estaba la antigua sociedad Hindú dividida en vanas o colores para distinguir a los conquistadores arios, de piel blanca, de los drauidias, oscuros y dominados. Nos dicen los vedas que las agrupaciones jerárquicas se basaron en la ocupación.

Hubo entre los hindúes ocho formas de contraer matrimonio por las cuatro clases: buenos los unos y malos los otros. El modo de Brama: de los dioses; el de los santos; el de las criaturas; el de los malos genios; el de los músicos celestiales; el de los gigantes y el octavo, el más vil fue el de los vampiros.

El modo grahaman, el padre da a su hija vestido y adornos para la entrega a un hombre versado en las sagradas escrituras, virtuoso, por él invitado; el divino, cuando un padre después de haber preparado a su hija, la otorga al sacerdote que oficia; en el de los santos otorga el padre la mano de su hija después de haber recibido del pretendiente una vaca y un toro para el cumplimiento de la ceremonia religiosa, pero no como gratificación. El de las criaturas, cuando el padre casa a su hija con los honores convenientes y le dice...”practiquen los dos conjuntamente los deberes prescritos” En el de los malos genios, el pretendiente recibe de su plena voluntad la mano de una hija y hace obsequios a ella y a los padres. Cuando la unión resulta de la mutua atracción se trata del matrimonio de los músicos celestiales. El de los gigantes es

⁴⁶ CANTÚ, Cesar Ob. cit. Tomo I. p. 319

aquel en el que se rapta a la joven de la casa paterna y ella grita y llora. El de los vampiros, el amante se introduce secretamente en el dormitorio de la mujer o se embriaga en licor espirituoso.

La unidad social más importante es la familia, centros de intereses superiores a los individuos. Comprende a veces hasta cuatro generaciones en forma patriarcal; el progenitor más anciano es la cabeza de la familia. La inmensa mayoría de las familias hindúes están así centradas en derredor del varón. Conserva la familia a sus dioses particulares y reconoce siempre su lugar de origen.

Pero como la religión impone como necesidad de las almas los sacrificios expiatorios que los hijos deben hacer por sus padres, el que no tenía hijos podía entregar a su mujer a uno de sus hermanos para que la fecundase. Este acto se realizaba con importantes solemnidades.

En esta misma cultura, existía lo que se conoce como *Familia poliándrica* (una mujer con varios hombres), hecho que suele llevar al matriarcado, forma de organización familiar en la cual la madre- por ser el progenitor individualmente conocido- es el centro de la familia, y quien ejerce en ella la autoridad y en la cual la descendencia y los derechos de esta se determinan por la línea femenina.

Según *Krische*, el matriarcado se inicio en algunos pueblos cuando la cultura inestable de los cazadores se transformo en cultura sedentaria de los agricultores. Desde siempre la mujer había estado, como recolectora de frutos, en estrecho contacto con la tierra y sus productos. Cuando los progresos debidos a la mujer arrebataron poco a poco el predominio económico al hombre y dieron a la mujer como elemento productor la preponderancia económica, tuvo lugar esta transformación, que convirtió a la mujer en la clase de directora de la sociedad humana y trajo como consecuencia una época de cultura femenina.

La poliandria lleva a una familia basada en la maternidad y por lo tanto, sobre la autoridad de la madre.

Aunque a veces se supone que el matriarcado estuvo ligado a la poliandria, esto no es necesario. Hay algunos casos entre los pueblos primitivos, de organización familiar monógama, pero centrada alrededor de la madre y regida por la autoridad de esta.

2.2.7 Grecia

“En la época heroica, la sociedad Aquea se asentaba sobre un despotismo patriarcal mitigado por la belleza y los enojos femeninos, y un amor paternal impregnado de primitiva ternura. En teoría el padre ejerce el supremo poder; puede tomar cuantas concubinas quiera y ofrecerlas a sus huéspedes y puede también exponer a sus hijos en las cimas de las montañas para que mueran o sacrificarlos en los altares de los dioses sedientos de sangre. Esa omnipotencia del padre no significa, empero, que fuese aquella necesariamente una sociedad brutal, sino que la organización del Estado era rudimentaria para poder garantizar el orden social, por lo que la familia para poder asentar ese orden social, precisaba gozar de aquellos poderes de los que más tarde habría de apropiarse el Estado gracias a la nacionalización del derecho de matar. A medida que progresó la organización social, la autoridad paterna y la unidad de la familia disminuyen y crece la libertad y el individualismo.

“Dentro de la estructura patriarcal, la posición de la mujer es muy superior en los tiempos homéricos a la que tuvo en la Grecia de Pericles.

“El matrimonio tenía lugar por la compra, pagando el novio al padre de la novia el precio correspondiente en bueyes o su equivalente y así nos habla el poeta de las muchachas que aportan ganado. Pero la compra suele ser recíproca pues de ordinario el padre entrega a la novia una importante dote.

“La ceremonia tiene, a la vez carácter familiar y religioso y va acompañada de grandes banquetes, danzas.

“La familia homérica aparece como una institución vigorosa y amable en la que abundan las esposas ejemplares y los hijos fieles. Las mujeres no cumplían solo su función de madre, sino que realizaban además diversos quehaceres, moliendo grano, cargando lana, hilando, tejiendo.

“La Atenas clásica permite las relaciones extramatrimoniales. Las mujeres respetables debían ir castas al matrimonio; pero entre los hombres solteros una vez pasada la edad de los efebos, pocas eran las trabas que se oponían a sus deseos. Los grandes festivales, bien que religiosos en su origen, venían a ser como válvulas de seguridad para el apetito carnal de las gentes. La licencia sexual que en tales ocasiones operaba se aceptaba en la creencia de que por este modo, podía observarse más fielmente la monogamia en el resto del año.

“Corrientemente, el matrimonio se negociaba por medio de parientes o por casamenteros profesionales que miraban no al amor sino a la dote. El padre entregaba a su hija, como aporte al matrimonio, una suma de dinero, ropa, joyas y acaso esclavos. Estos bienes continuaban siendo de la propiedad de la esposa y a ella volvían en caso de separación, lo que era en parte para desanimar al esposo de cualquier veleidad de divorcio. Las muchachas sin dote tenían pocas perspectivas de matrimonio y por ello cuando el padre no podía dárselas, los parientes buscaban la manera de reunir una cantidad con ese objeto. De esta manera el matrimonio por compra, tan frecuente en los tiempos homéricos, se invirtió en la Grecia de Pericles, lamentablemente, la mujer tenía que comprar su amo. El marido podía tomar, amén de su esposa, una concubina. Las leyes de Dragón autorizaban el concubinato y después de la expedición de Sicilia, habiendo disminuido el número de ciudadanos a causa de la guerra, por lo que muchas jóvenes no podían encontrar marido, las leyes permitieron expresamente los matrimonios dobles.

“La esposa solía aceptar a la concubina con resignación oriental, segura de que cuando se marchitasen los encantos de la segunda mujer, se convertiría en una esclava domestica, y de que solo la prole del primer matrimonio era reputada legitima”.⁴⁷

2.2.8 Roma

“La familia no era una sociedad afectuosa y santa, sino una grupo sometido a los rigores de la política. El matrimonio debía ser considerado como el sacrificio de un gran deber particular a un deber publico. Las mujeres conocían mucho mejor que los esclavos los intereses domésticos y su educación era tan deficiente que tomabase su grosería por virtud. Los maridos observaban su conducta con la mayor indiferencia y los celos no tenían nombre en Roma.

“La familia aplicada al Derecho se emplea en dos sentidos contrarios.

“En el sentido propio se entiende por familia o *domus* la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único. La familia comprende el paterfamilias que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer in Manú, que esta en condición análoga a la de una hija.

“La construcción de la familia así entendida esta caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paterno, quienes serán dueños absolutos de las personas colocadas bajo su autoridad. Su poder se extiende hasta las cosas. Todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único sobre el cual ejerce él solo durante toda su vida los derechos de propietario.

⁴⁷ WILL DURANT, “La vida de Grecia”, Tomo I, pp. 457-460.

“También el paterfamilia cumple como sacerdote de dioses domésticos, la *sacra privata*, las ceremonias del culto privado que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos.

“Esta organización que tiene por base la preeminencia del padre y donde la madre no jugó ningún papel, es del tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante siglos. Se modificó muy lentamente sobre todo bajo el Imperio donde la autoridad del jefe llegó a ser menos escueta.

“El otro sentido es que las personas colocadas bajo la autoridad paternal están unidas entre ellos por el parentesco civil, llamado *agnatio*. Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe lo mismo entre sus hijos que hechos sui-juris, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o domus, que entre los miembros de los cuales esta formada. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia civil. En este sentido de familia esta se compone de agnados, es decir del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco. Civil”.⁴⁸

“El matrimonio romano se halla integrado por hechos esenciales: uno físico, la conjunción del hombre y la mujer, que se manifiesta exteriormente con la *deductio* de la esposa *in domum mariti*. El otro elemento, intencional o psíquico, vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión a la cual comparan el matrimonio las fuentes romanas con preferencia, el animus, es el requisito que integra o completa el corpus. El elemento espiritual es el *affectio* maritalis, o sea la intención de quererse por marido y mujer, de crear y mantener la vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; la voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, como en el matrimonio germano, que es a modo de contrato, sino que debe prolongarse en el

⁴⁸ EUGENE PETIT, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid, p. 96.

tiempo, renovándose de momento en momento, porque sin ella la convivencia física pierde su valor, y el matrimonio deja de existir”.⁴⁹

El Nuevo Testamento exalto el contrato matrimonial a la dignidad de sacramento, elevo el nivel de la mujer, puso la institución familiar al servicio de los hijos y para el beneficio de estos. Las ideas mantenidas por el cristianismo fueron el más serio freno a la corrupción de las costumbres que se desarrollaban en la Roma Imperial, contra la cual antes habían resultado ineficaces las medidas de carácter puramente jurídico.

Está reconocido que la gens romana era una institución idéntica a la griega, es una forma mas desarrollada de aquella unidad social cuya forma primitiva observamos entre los pieles rojas americanos, cabe decir lo mismo de la gens romana.

En el derecho hereditario reciproco de los gentiles, los bienes quedaban siempre dentro de la gens. Como el derecho paterno imperaba ya en la gens romana, lo mismo que en la griega, estaban excluidos de la herencia los descendientes por línea femenina. Según la ley de las Doce Tablas., los hijos heredaban en primer termino en calidad de herederos directos, de no haber hijos, heredaban los *agnados* (parientes por línea masculina) y faltando estos los gentiles. En las Doce Tablas, como es natural, este orden aparece invertido.

Las solemnidades religiosas comunes llevaban el nombre de *sacra gentilitia*. Existía la obligación de no casarse dentro de la gens. Aun y cuando esto parece no haberse transformado nunca en Roma en una ley escrita, sin embargo, persistió la costumbre. Entre el inmenso número de parejas conyugales romanas cuyos nombres han llegado hasta nosotros, ni una sola tiene el mismo nombre gentilicio para el hombre y para la mujer. Esta regla se ve reflejada también por el

⁴⁹ DE LA CRUZ BERDEJO JOSE LUIS Y FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBUDILLA, “Derecho de familia”, Librería Bosch, Barcelona, 1974. Tomo 1, p. 25

derecho hereditario. La mujer pierde sus derechos agnaticios al casarse, sale fuera de su gens; ni ella ni sus hijos pueden heredar de su padre o de los hermanos de este, puesto que de otro modo la gens paterna perdería esa parte de la herencia.

2.2.9 Israel

Cabe mencionar de la existencia de un libro que nos ha legado un pueblo antiquísimo: El Hebreo. Nos referimos a la Biblia, que para el creyente es un libro revelado y quien no crea deberá ser considerado como un libro histórico en el que se relatan hechos que comprenden a la familia y el ideal del matrimonio.

La visión de las relaciones entre el hombre y la mujer se encuentran en las primeras páginas de la Biblia en el doble relato de la creación. Estas primeras páginas no fueron escritas sino hasta el principio de la época de los reyes, en el décimo noveno siglo antes de Cristo por un pensador religioso llamado *Yahavista*.

En este relato descubre el creyente la intención de Dios al crear a la pareja y el no creyente descubre el ideal del pueblo sobre la pareja y el matrimonio.

En el Génesis (2,18-24) se descubre la unión monogámica, indisoluble, creada por Dios, que no puede romperse, pues sería como cortar en dos la misma carne viva. En cuanto a los bienes del matrimonio, se descubre en primer lugar la ayuda mutua que se antepone a la procreación. Hombre y mujer se complementan mutuamente y cada uno enriquece al otro con sus propias aportaciones.

En el mismo libro de Génesis, se pone de manifiesto la incomparable dignidad de los dos sexos, así como su perfecta igualdad en cuanto que ambos son, en la misma medida, imagen de Dios.

Sin embargo la misma evolución del mismo pueblo judío nos va mostrando unos cambios diversos. El matrimonio en la época de los patriarcas se orienta a la propagación de la raza. La familia patriarcal tiene la obligación de contraer matrimonio dentro de su propio clan. Admite y consagra el matrimonio entre hermanos, autorización que se prolonga hasta la época del rey David.

Esta familia, por lo tanto se orienta a la poligamia. Lo primordial de matrimonio es la procreación.

“La población debería multiplicarse para sobrevivir, y en consecuencia, las leyes y costumbres exaltaban la maternidad y consideraban el celibato como un pecado o un crimen. Hacían el matrimonio obligatorio después de los veinte años. Se imponía el matrimonio a los sacerdotes, considerando que serian mas puros teniendo o llevando una vida normal, consideraban inferior a una mujer estéril, a tal extremo, que en todos los mementos de esta cultura la esterilidad fue admitida como causal de repudio y de divorcio. Dispusieron que el aborto, el infanticidio o cualquier otro medio destinado a controlar la natalidad eran abominaciones paganas.⁵⁰

Durante su estancia del pueblo judío en Egipto, pocas constancias hay de su historia social y religiosa. Pero viene el Éxodo y recobran sus antiguas costumbres: la poligamia propia de los pastores nómadas. El código de la Alianza consagra estas costumbres, buscando sobre todo, el respeto de la justicia. El decálogo prohíbe seriamente el adulterio como atentado al bien del otro. Moisés reconoce el divorcio y aunque es ilícito al hombre repudiar y separar de su lado a su mujer, El Señor no mira con agrado el repudio.

Después la mujer israelita parece haber ganado respeto y libertad. Encontramos en Noemí y Ruth como expresión de una vida familiar sana y serena.

⁵⁰ GUITRON FUENTE VILLA, Julián. “Derecho Familiar”, México, p. 49.

La esposa es una compañera y no una esclava. Tiene un lugar en los festines y en los sacrificios.

Posteriormente la influencia de los pueblos vecinos, especialmente los asirios, hizo que se generalizara el divorcio entre los hogares menos fervientes del pueblo. La mujer podía ser repudiada sin culpa alguna por parte de ella. También ella podía pedir el divorcio, pero a condición de que el marido fuere infiel de ella.

Posteriormente en el redescubrimiento de la ley en el año de 662 A.C. En el libro de Deuteronomio, recordaron sus costumbres más severas y tratan de restringir el divorcio.

A los grandes profetas les correspondía influir sobre la institución familiar para llegar progresivamente al ideal previsto en el Génesis. Se refieren al matrimonio como el amor de *Jahvé* por Israel.

Solo después del exilio de Babilonia aparece una legislación que prohíbe severamente los matrimonios con extranjeros. Los antiguos exiliados comprenden que así como Dios se ha mostrado fiel a su pueblo, así debe ser el esposo con la esposa de su juventud.

Cristo, posteriormente, vendrá a declarar que solamente la unión monogámica y estrictamente indisoluble responde a los planes concebidos por Dios desde la creación del hombre (Mateo 19,4-5; 5,28; 19,10-22 Mrc 10,12)

Ha existido o existe en algunas sociedades primitivas, temporalmente en otras de la antigüedad israelita, en los musulmanes o mormones. Se ha dicho que entre los pueblos cazadores y guerreros la poligamia puede haberse motivado por las bajas del contingente masculino producidos en los accidentes de la guerra o de la caza: sobran mujeres debido a que perecen muchos hombres.

2.2.10 Francia

Con la Revolución francesa en 1789 se dio un gran paso en materia familiar al quitarle al matrimonio su carácter religioso y conceptuarlo como un contrato, el cual se considera como la simple manifestación del consentimiento, y se mina la principal fuente de la familia.

Fue este principio de libertad que llevó a los revolucionarios a permitir la disolución del matrimonio: y el de igualdad, a distinguir que había una familia natural y una legítima.

Respecto a la autoridad paterna se pensó en un tribunal de Familia y en un Juez para resolver sobre la discrepancia entre el padre y el hijo, además de otros proyectos en los que se confiaba la educación de los hijos al Estado, y otras afirmaciones donde se pretendía según Dantón reestablecer ese gran principio que parece desconocerse, el de que los hijos pertenecen a la Republica antes de pertenecer a los padres.

Producto de la Revolución Francesa fue el Código de Napoleón. Este fue una combinación entre el Derecho antiguo y revolucionario. Así la revolución no reconocía la familia como una unidad orgánica.

“Respecto al matrimonio, la Constitución señalaba: La ley únicamente considera al matrimonio como un contrato civil. Pero también le preocupó la igualdad de los hijos naturales y también se destruyó la patria potestad. Toda esto es filosofía individualista del código de Napoleón que señala que el dominio de la familia se reduce rigurosa y meramente matemática de los derechos absolutos del individuo.”⁵¹

⁵¹ BONNECASE, Julien “La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia”. **Traductor:** José María Cajica Camacho Editorial José María Cajiga Jr. Puebla, México, 1945. P. 108-110.

2.2.11 México

Por lo que respecta a este punto, es necesario poder establecer cual ha sido el desarrollo y evolución de la familia en México, ya que este trabajo de investigación se basa precisamente en esta Estado. Por lo que a continuación se realiza una breve explicación de esta figura a lo largo de las diversas épocas que ha sufrido nuestra sociedad.

2.2.11.1 Época indígena

El régimen jurídico de los pueblos precortesianos fue rudimentario, pues apenas se iniciaban las relaciones contractuales y no se había llegado al estado de complejidad social que se hace que se desarrolle el Derecho y su filosofía.

Los diversos cronistas hablan de distintos contratos existentes entre los indios a la llegada de los españoles, pero más bien se limitan a darnos noticias de ellos, sin indicarnos en forma clara la legislación que sobre el particular había. No tenían una codificación, y su derecho era más bien consuetudinario. Sin embargo se cree que se iniciaba el periodo de la ley escrita. (por medio de jeroglíficos) promulgada por el rey.

En los antiguos tiempos de los Señores Chichimecas, *Nopaltzin*, dictó algunas leyes cuya simplicidad indica la primitiva vida de sus pueblos; se condenaba a muerte a los adúlteros y a los que incendiaban los sembrados. Estaba prohibida la caza en terrenos ajenos y el que tomaba animales que no le pertenecían era privado del derecho de cazar, perdiendo su arco y sus flechas. Proteger la familia y la propiedad en sus más rudimentarios aspectos, era el único Objeto de aquella legislación.

En tiempos de Nezahualcóyotl hubo una evolución de derecho: se aumentaron sus fórmulas e instituciones y en ese estado la encontraron los españoles.

En las costumbres familiares había una enorme variedad tanto por lo que respecta a los principios básicos del matrimonio, como por lo que se ve a las costumbres e influencia social de la familia.

Parece que la poligamia constituyó una especie de privilegio entre los pudientes. En cuanto a lo que toma a sus costumbres buenas o malas, se tratara primero la de los reyes y gente ilustre y luego las del común y plebeyos, aunque en poco difería. Tenía el rey las mujeres que quería de todo género de linaje, altos y bajos y entre todas tenía una por legítima, la cual procuraba que fuera del linaje principal y alta sangre, si fuere posible con lo cual se hicieran ciertas ceremonias que no se hacían con las demás, que era poner una estera, lo mas galanaza posible enfrente de la chimenea que en lo principal de la casa había y ahí sentaban a los novios, atando los vestidos de entre ambos: y estando de esta manera llegaban los principales de su reino a darles el parabién, que Dios les diere hijos en quien como sucesión resplandeciera su nobleza y memoria: luego llegaban los embajadores de los demás reyes de México y tacaba, hacían lo mismo en nombre de sus señores, luego llevaban al lecho donde consumaban su matrimonio y al cabo de cuatro días tornaban a saber de ellos con muchas palabras amorosas y tiernas.

La poligamia fue una de las causas que mas dificultaron la evangelización ya que por una parte los principales no querían dejar esas costumbres y por la otra los misioneros no sabían como resolver el problema moral que se les planteaba para poder establecer la monogamia excluyendo las diversas esposas, habiéndose llegado al grado de que suspendieron los bautismos por algún tiempo, hasta que conociendo mejor los frailes las

costumbres de los catecúmenos, resolvieron que la primera mujer era la única legítima.

Los otomíes se instalaron en un corto territorio que apenas comprendía el Valle de México y los estados de Puebla y Morelos. En relación a sus costumbres, respecto de la familia, a los muchachos les daban niñas de la misma edad y se les buscaban por mujeres. Cuando alguno de ellos se casaba, si hallaba en su mujer algo que le disgustara podía despedirla y tomar otra.

En relación con los Nahuas, vivían de manera casi salvaje por los montes, sin tener casa ni habitación cierta. No comían pan ni había maíz, salvo hierbas silvestres y caza de venados. Las parejas de la tribu se unían en matrimonio y en relación a él había entre ellos modo de matrimonio que se guardaban mucha lealtad.

El divorcio existía entre los indígenas y cuando se ofrecía algún pleito de divorcio, se pretendía que los jueces los pusieran en paz, se les hablaba de la vergüenza que pasaría y del dolor que causaría a los padres. Estado hasta que los convencían de no divorciarse.

El adulterio se consideraba como un delito grave y por lo general se condenaba con la pena de muerte.

2.2.11.2 Época Colonial

El matrimonio, a más de las disposiciones generales en el derecho canónica y en la legislación de castilla, había motivado disposiciones particulares en las Indias por las condiciones particulares que allí se presentaban.

No existieron trabas que los españoles se casaran con individuos de otras razas ya fueran indios, negros o castas.

Las reglas del Derecho civil, acerca del matrimonio en Indias, se encuentran contenidas en la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, que recogió los diversos preceptos que la experiencia había dictado. Los menores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre, en su defecto, de la madre, de los abuelos o parientes cercanos; exceptuándose en Indias, a los negros, mulatos y castas que no fueran oficiales de milicias.

El matrimonio contraído sin licencia no producía efectos civiles ni con relación a los cónyuges ni en lo tocante a los hijos, así es que no podían en ellos tratarse de dote legitima, mayorazgos ni otros derechos de familia.⁵²

2.2.11.3 México Independiente

El matrimonio connatural al hombre, nace con la humanidad. El conocimiento jurídico sobre el matrimonio es anterior a cualquier sistema legal concreto. La legislación positiva no da origen al matrimonio y de ella recibe la fuerza de su dimensión jurídica. Los sistemas matrimoniales se limitan a ser sistemas de formalización de la estructura jurídica del matrimonio y su celebración.

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

Por el derecho natural basta el consentimiento entre los cónyuges. Hasta el siglo XVI no existía ley que obligara a observar cierta o determinada formalidad para que el matrimonio fuera válido. Bastaba con el acto conyugal con intención de perdurar.

Poco a poco fue considerándose como competencia exclusiva de la Iglesia el matrimonio entre bautizados, hasta que en Concilio de Trento, por virtud

⁵² ESQUIVEL OBREGON, Toribio. “Apuntes para la Historia del Derecho en México”, Tomo III. Editorial Polis, México 1937. p. 50

del Sacramento que se obtiene entre bautizados, lo considero de competencia de la iglesia.

En el derecho actual canónico se expresa que el matrimonio de católicos, aunque solo uno de los contrayentes fue bautizado, se rige no solo por el derecho divino, sino también por el canónico, salvo la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.

La lucha por asumir por parte del Estado lo relativo al matrimonio, hizo que se elaborara la teoría del matrimonio como contrato y como tal aparece hasta el siglo XVII, como un medio de justificar en él la intervención del estado implicando que su esencia esta constituida por la libertad de los contrayentes.

En la familia mexicana actual, como las mujeres tienen lazos emocionales mas profundos con sus padres, que los hombres, las relaciones con la familia de la mujer son mas frecuentes e intimas que con la familia del marido.

La familia debe contemplarse como parte de un sistema más amplio que es el del parentesco. Este ultimo se encuentra formado por una estructura de roles o papeles sociales y de relaciones basadas en lazos de consanguinidad y de matrimonio que vincula a los hombres, a las mujeres y a los niños dentro de una totalidad organizada.

2.3 Acepciones de la palabra familia

Respecto del aspecto etimológico se establece lo siguiente:

“La palabra familia procede del grupo de los *famuli* (del osco *famel*, según unos; *femel* según otros, según entender de Taparelli y de Greef, proviene de *fames*, hambre).

Famulus son los que moran con el señor de la casa, según anota Breal, en osco, *faamat* significa habita, tal vez del sánscrito *vama*, hogar, habitación,, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (*servi*), llamando pues familia y *familia* al conjunto de todos ellos.

Famulus, dice Engels quiere decir esclavo doméstico y familia es el conjunto de los esclavos pertenecientes a un mismo hombre.”⁵³

De esta manera, el término familia tiene diversas acepciones, ya que su significado dependerá del ángulo en el cual se coloque el estudioso para reflexionar científicamente sobre ella como la institución y así conocerla. En este sentido, el concepto de familia no será el mismo si ésta es enfocada desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de su evolución histórico-social, o bien en razón de sus efectos, entendidos éstos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros.

“Concepto biológico: El primer enfoque nos coloca frente a un concepto biológico de la familia que, desde este ángulo, deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación.

“La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

“Concepto sociológico: La segunda perspectiva nos enfrenta a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares.

⁵³ SÁNCHEZ MÁRQUEZ Ricardo, “El Parentesco en el Derecho Comparado”, Editorial Porrúa, México 2003, p. 1

“En algunos casos, como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada “familia nuclear “, que se encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos, Éstos, al unirse con los miembros de otras familias, forman una nueva y, aunque vivan separadas, se encuentran engranadas, de una forma típica, en redes alargadas de familiares por diversas partes. En otros casos, como sigue ocurriendo en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del *pater*. En estas circunstancias, es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada “familia en sentido extenso “.

“Los integrantes de este tipo de, familia no siempre estuvieron unidos por vínculos de sangre y matrimonio, como fue el caso de los siervos y clientes que vivieron bajo el mismo techo, por ejemplo la familia romana.

“De aquí que los conceptos biológico y sociológico de la familia no siempre, coincidan, puesto que el primero la define como la institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos; y en otras ocasiones, los parientes lejanos que se les agregaban. En cambio para el concepto sociológico es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

“*Concepto jurídico:* El tercer enfoque nos sitúa ante un concepto que no siempre ha reflejado al modelo biológico ni al modelo sociológico; es decir, el concepto jurídico, pues este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocida como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

“Por lo tanto, y aunque se basa en los conceptos biológicos y sociológicos, en nuestro derecho “el concepto jurídico de la familia sólo la considera a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. Así las cosas, el concepto jurídico de la familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos”.⁵⁴

El Maestro Chávez Asensio, menciona que existe una gran variedad familiar que se encuentra en otros países y concretamente en nuestro país, en donde, como veremos, hay una gran variedad.

Para ello nos servirá elaborar una clasificación por grupos familiares.

Clasificación de las familias.

I. *Familias paternas:* Como un primer grupo de familia podemos señalar aquéllas que se originan del matrimonio como la forma moral y legal de constitución. También se encuentran las familias constituidas por el concubinato y las constituidas por la unión libre que no tengan las características del concubinato en los términos de nuestra legislación. Por último, también dentro de este grupo, podemos señalar las familias constituidas por adopción en los casos en que marido y la mujer o los concubinos, adoptan en términos legales a uno o más menores. En estas familias están presentes ambos progenitores o ambos adoptantes. Las familias señaladas, pueden constituir familias amplias o nucleares, tomando en cuenta el número de miembros, el parentesco próximo o lejano que los una y el hecho de si trabaja uno o los dos padres.

⁵⁴ Cfr. BAQUEIRO ROJAS Edgar y Rosalía BUEN ROSTRO BÁEZ. Ob. cit. pp. 7 – 9.

II. *Familias unipaterales*: Con este término califico las familias que se constituyen o que se componen de un solo padre, de las cuales señalo las siguientes: Las familias constituidas por madre soltera, que son abundantes en nuestra patria y que en la época actual parece no ser motivo de rechazo por una sociedad permisiva. La constituida por padres o madres abandonados; en éstas, el origen fue el matrimonio o el concubinato, pero alguno de los que integraron esa relación conyugal se separó abandonando al otro y a los hijos. Familias de divorciados o las originadas como consecuencia de la nulidad del matrimonio, en las que sólo uno de los padres tenga la custodia de los hijos habidos en el matrimonio. Estas familias están integradas por el padre o la madre y los hijos; aun cuando el progenitor que no conserve la custodia tiene el derecho de visita, no constituye, propiamente, un miembro de la familia.

La familia de los viudos se origina por la convivencia conyugal y los hijos habidos, pero la muerte de alguno de los consortes la transforma y continúa como familia “unipaternal”. Familia de adoptados. Este caso se da cuando un hombre o una mujer solteros, adopta a uno o varios menores, lo que es posible en nuestra legislación. Es una familia de un adulto y de un menor de edad que origina relaciones paterno-filiales.

III. *Familias multifiliales*: Con este término se denomina a aquellas familias que se integran por divorciados con hijos vueltos a casar. Esta situación familiar se está haciendo cada vez más frecuente debido a la abundancia o proliferación de los divorcios. El primer fracaso no necesariamente constituye una imposibilidad de una vida conyugal sana y promotora y, consecuentemente, muchos divorciados tienden a formar otra familia. En nuestra legislación no existe un parentesco entre los hijos de los consortes divorciados vueltos a casar; el parentesco “de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón” (Art. 294, C.C.). Es decir, se excluye de la afinidad esta relación que se establece, necesariamente, entre los hijos de ambos consortes, que no son hermanos, ni

medio hermanos, y que sin embargo debe de haber entre ellos algún parentesco generado por la ley, por no haber el de consanguinidad.

IV. *Familias parentales*: Con este nombre se entiende y se agrupa a los parientes, no descendientes unos de otros y que sin embargo constituyen una familia por ser parientes. Su característica es que se integran por ser parientes que no descienden unos de otros. A título de ejemplo, podría señalarse como tales las siguientes: familias “sobrinos-tíos”; familias de “primos”; familias “compadres-ahijados”; (parentesco espiritual) ; familias “madre-tía”; familias “ madre-padrastro”, y cualquier otra combinación que entre parientes se establezca.

Nuestro derecho: En el Código Civil del 2000, se contiene un título cuarto Bis que se titula “De la familia “, que tiene por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, que son personas vinculadas por lazos de matrimonios, parentesco o concubinato, cuyas relaciones jurídicas se constituyen por deberes, derechos y obligaciones familiares. En este título no se hace referencia a la personalidad de la familia, como entidad jurídica distinta a sus miembros. Se hace referencia para tratar de las relaciones familiares, es decir, de las personas físicas que la integran como una realidad natural.

Para el desarrollo de la familia y su protección, no se requiere de su existencia jurídica, basta su reconocimiento como una institución natural de contenido ético, y así observamos su referencia y protección constitucional en los artículos 4 y 16.

La familia en el Código Civil.

Es importante destacar que las relaciones jurídico familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia. Se acepta que en materia familiar, además de las obligaciones que tienen

un contenido patrimonial-económico, se encuentran los “ deberes” que tienen una naturaleza diversa, y se señalan algunos al expresar que los miembros de la familia deben observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíproco en el desarrollo de sus relaciones familiares. Las relaciones interpersonales y jurídicas surgen “entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato” (138 Quintus C. C.). Entre los parientes se destaca la filiación, como la relación existente entre los progenitores y los hijos, que forman “el núcleo social primario de la familia” (338 C. C). Posteriormente se señala que el matrimonio es la “unión libre de un hombre y una mujer “(146 C. C.) Con lo cual queda aclarado quiénes constituyen la familia en nuestra legislación, que responde a la naturaleza propia del matrimonio y la familia.”⁵⁵

En México existen algunas legislaciones que nos dan un concepto de familia como por ejemplo; el Código Familiar de Hidalgo, Código Familiar de Zacatecas, Código Civil del Estado de Morelos y la Ley para la Protección de la Familia del Estado de Yucatán.

La legislación familiar del Estado de **Hidalgo**, en su capítulo primero, en su artículo 1º nos define a la ésta y a la letra dice: “**La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico, del concubinato: por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad.**”

Por su parte el Código Familiar de **Zacatecas**, en su Libro Primero, Título Primero, Capítulo I, en su Artículo 3 nos dice: “**La familia es una institución político-social, permanente, constituida por un conjunto de personas, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica**”.

⁵⁵ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. “La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares.” Editorial Porrúa. 6º edición. México. 2001. p. 227.

El Código Civil del **Estado de Morelos** en su Artículo 84 nos expresa; **“La familia Morelense es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación natural que tiene su fundamento en una relación, establece entre hombre y mujer y su plena realización en la filiación libre, consiente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja.”**

La ley para la Protección de la Familia del Estado de Yucatán en su título primero. Disposiciones generales. Capítulo único establece:

“Artículo 2o. La familia es el agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco y con un domicilio común, y constituye la base de la estructura de la organización y desarrollo de la sociedad, por lo que el Estado le otorgará consideración preferente al momento de elaborar y ejecutar políticas, planes y programas de gobierno”.

2.4 El Derecho de Familia

Por lo que respecta a este punto, es indispensable tener en cuenta todo lo que se ha venido estableciendo a lo largo de este trabajo. Como es que ha ido evolucionando y cual ha sido la importancia que le han dado a la familia.

Así vemos, que la naturaleza jurídica del Derecho Familiar es la de constituir un tercer genero, al lado del Publico y del privado. No como Derecho Social, tampoco como Civil, sino como una nueva rama jurídica, con principios y objeto de estudio propios, que hoy rebasa las instituciones tradicionales y va mas allá de los limites, que desde la época de los romanos, se le ha marcado, al incluirlo en el derecho Privado y en el Civil.

2.4.1 Definición

De acuerdo a lo que establece el estudioso de derecho Baqueiro Rojas, el Derecho de Familia puede definirse como “...la regulación jurídica de los hechos

biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación...”

En el derecho de Familia se produce la estructura del derecho Publico, porque el interés impuesto por la norma es siempre superior al interés individual. En el derecho de Familia este segundo interés se subordina al interés superior.

Para el maestro Galindo Garfias El Derecho de Familia es “...un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes facultades y deberes entre consortes y parientes...”⁵⁶

Así también tenemos la definición que da el jurista Julián Bonnecase, y establece que: “... Por derecho de familia entendemos el conjunto de reglas de Derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución familiar...”⁵⁷

2.4.2 Autonomía

En este sentido, afirma el autor Cabanellas, sostiene que la autonomía se da cuando se satisfagan los criterios legislativo, científico, didáctico y jurisdiccional.

Por cuanto hace al aspecto legislativo, se da cuando la rama del derecho, de la cual se pretende su autonomía, tiene sus propias leyes y Códigos, que su legislación, aun cuando haya formado parte de otra, sea en un momento

⁵⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. “Derecho Civil”. Vigésima Edición. Editorial Porrúa. México 2000. p. 459.

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano”. Tomo Segundo Volumen I. Segunda Edición. México 1959. p. 15.

dado, independiente y autónoma, con principios básicos propios y exposición de motivos.

En el segundo caso, es decir, del criterio científico, el autor manifiesta que consiste en la producción literaria y bibliografía, especializada con independencia de cualquier otro género.

En su aspecto didáctico, se refiere a que se de la enseñanza de manera autónoma, es decir, que se desligue de la que le dio origen.

Finalmente en su aspecto jurisdiccional, se refiere a la existencia de Tribunales autónomos para la resolución de controversias de esta materia. Hasta aquí, en síntesis lo que establece el autor en comentario.

Para demostrar la autonomía del Derecho Familiar del Civil, y siguiendo las teorías del autor mencionado con antelación, podemos decir que, desde el punto de vista legislativo, este criterio se ha dado en México, desde la Ley de Relaciones Familiares de 1917, promulgada por Venustiano Carranza, por lo que además estaría relacionado con el segundo criterio, que es el científico, ya que desde esta fecha se regula de forma independiente al Derecho Familiar.

Dado a lo anterior, y viendo la fuerza que acarreo esta situación, las Entidades Federativas, empezaron a promulgar sus respectivas leyes en materia familiar, como ejemplo tenemos al Estado de Hidalgo, quien fue pionero en Derecho Familiar. En 1983, promulgo el primer Código Familiar, y paralelo a ello, se promulgo el Código de Procedimientos Familiares. Después de ello se le sumo la Entidad de Zacatecas.

Por otro lado, en el aspecto didáctico, en México es una realidad, ya que a partir de 1993, con la reforma al Plan de Estudios, de la UNAM, se han impartido clases de Derecho Familiar, totalmente independiente del Civil.

Sin embargo, no solo en México se enseña esta disciplina de forma autónoma, también en Venezuela,, El Salvador, Puerto Rico, Brasil, Guatemala, etc.

Finalmente, por lo que respecta al aspecto jurisdiccional, así vemos, que en México, desde 1971, se crearon los primeros Juzgados Familiares en el Distrito Federal, y hacia 1995, Todas las Entidades Federativas en México, cuentan con Juzgados, y algunos hasta segunda instancia (Jalisco) en materia Familiar.

Por todo lo anteriormente establecido, podemos decir, que estamos de acuerdo con el jurista Cabanellas, ya que como se demostró a lo largo de esta explicación, el Derecho familiar en México si cuenta con una verdadera autonomía, formando así, un tercer genero en nuestro sistema jurídico, al lado del Civil y del privado.

2.4.3 Ubicación en el sistema jurídico

El derecho familiar, tiene su propia naturaleza jurídica. Su ubicación en el mundo del Derecho. Su contenido que no es Privado ni Público, mucho menos civil. El Derecho Familiar, que no de Familia ni de la Familia, sino con su genero Familiar, es una nueva rama de la ciencia del Derecho, con características singulares. Su objeto de estudio propio, la Familia.

Según establece el jurista Baqueiro Rojas, “la regulación de las relaciones familiares se ha ubicado dentro del Derecho Civil, en la parte correspondiente a las personas, y el concepto de familia sobreentendido en tal regulación no tuvo una connotación precisa y reconocida por los ordenamientos jurídicos. No es sino hasta principios de esta siglo cuando se inicia una corriente doctrinal cuyo exponente mas significativo es el italiano Antonio Cicú, Seguido en Francia por los hermanos Mazeaud.”⁵⁸

⁵⁸ BAQUEIRO ROJAS Edgar y Rosalía BUEN ROSTRO BÁEZ. Ob. cit., p.11

Como vemos, ésta corriente destaca al concepto de familia como concepto social, en contrapartida del concepto individualista que había venido imperando en la legislación. Con todo esto se pretende no solo independizar al derecho de Familia del derecho civil, sino además, sacarlo del ámbito del derecho privado, ámbito al que tradicionalmente ha pertenecido.

Para fundamentar la separación se deducen argumentos que hacen suponer que el derecho de familia como disciplina reúne caracteres que lo asemejan con el derecho público.

De lo mencionado con antelación, podemos decir entonces, que el derecho de familia que durante mucho tiempo había sido ubicado en el derecho privado, siendo parte del derecho civil, ahora, con todas los cambios que sufre la sociedad continuamente, así como nuestro sistema jurídico, se ha tenido la necesidad de sacarlo de este ámbito y otorgarle el suyo propio, ya que como se ha establecido anteriormente, el derecho de familia consta de circunstancias y características propias que ya no es posible ubicarlo ni en del derecho publico ni en el privado. Por lo que en este orden de ideas, se puede concluir que el derecho de familia pertenece a un tercer género dentro de nuestro sistema jurídico mexicano.

2.4.4 Características

La ley familiar ordena, no discute. Los cónyuges se someten al imperio de la ley. Cumplen o los hacen cumplir. Incluso en el supuesto del divorcio por mutuo consentimiento judicial, se requiere, se exige, es un elemento “sine qua non”, la intervención del Juez Familiar; sin él no hay divorcio.

Rechaza la autonomía y la exteriorización de la voluntad. La naturaleza jurídica de este orden publico, la Familia es primero. No se pueden seguir

utilizando *subterfugios legaloides*, para decir que el derecho Familiar es Derecho Civil.

El Derecho Familiar es distinto al Público y al Privado, porque la familia tiene una estructura diferente en las relaciones jurídicas, respecto al individuo, a la persona, a la sociedad y al propio Estado.

La familia es más importante que el estado. Nace antes que éste, se manifiesta como producto natural y necesario de la humanidad.

La Familia es un hecho jurídico-social, que no se agota con la relación sexual, ni en el hecho de la procreación. Va más allá de esas necesidades. Es sustento común y defensa de la familia, son presupuestos indispensables del derecho Familiar.

El Derecho Familiar es afín al Derecho Público; pero distinto de éste. Tiene fisonomía propia. El Derecho Familiar representa y tutela un interés superior que limita el individual o personal y por ello debe quedar claro, que no haya dudas que los atributos de la persona física jurídica, por ejemplo, son de derecho Civil. En cambio, cuando ésta pertenece a una familia, su actuar, su hacer, su conducta, debe regularse por el Derecho Familiar.

El Derecho Familiar tiene una estructura semejante al Derecho Publico, sin embargo, la familia esta incluso por encima del propio Estado.

El Derecho Familiar no regula los bienes, los derechos reales, la posesión, la propiedad, las obligaciones o los contratos; su objeto exclusivo de estudio es la familia y las instituciones que de ella derivan.

El Derecho familiar subordina la voluntad particular a la de la familia; determina el funcionamiento de todas las instituciones del Derecho Familiar.

El Derecho Familiar que no es Público ni Privado, delimita la organización de la familia frente al Estado y el propio individuo; tiene principios propios y por ello garantiza la protección de la familia frente al estado, impidiendo la intervención de este en el núcleo familiar; situación que con toda claridad se ve en el derecho familiar mexicano, si acudimos a la garantía constitucional establecida en la carta fundamental, en el artículo 4º, que entre otras situaciones, garantiza al hombre, a la mujer, a la pareja, al matrimonio, el respeto a la voluntad para determinar el número y espaciamiento de sus hijos.

El Derecho Familiar contiene normas imperativas, inderogables, eficaces, que ordenan, aun en contra de la voluntad del particular de los miembros de la familia. Se imponen para que los fines de la familia se den, en muchas ocasiones, aun en contra de la voluntad de sus integrantes.

El derecho Familiar, dado su naturaleza jurídica de lograr los fines de la familia, se funda en obligaciones por cumplir, que derechos a exigir. Impone más deberes que facultades. Sanciona aun en contra de la voluntad de los miembros de una familia, cuando aquellos atentan contra esta.

Cabe mencionar que, en el desarrollo del presente capítulo se llevó a cabo una metodología histórico-jurídica, con la finalidad de poder establecer cual ha sido la evolución de cada una de las instituciones planteadas.

2.5 Los derechos de la familia

Para abordar este tema es preciso determinar que no solo es importante hablar de que existe un derecho que regula la actividad de los integrantes de la familia, tomando esta como una institución, sino que además existen derechos que derivan de esas actividades y que es indispensable establecer un parámetro de acción. Es muy importante reglamentar todos estos

derechos derivados de la familia y que en realidad es un gran número. Comenzaremos por establecer el concepto de los derechos de la familia.

2.5.1 Concepto

Para poder dar un concepto real y preciso de lo que se debe entender como derechos de la familia, debemos tomar en consideración algunos aspectos importantes del capítulo anterior.

Comenzaré diciendo que la familia, como ya se ha detallado merece el máximo amparo social, económico, jurídico y política por las siguientes consideraciones:

*En la familia se crean una cantidad de derechos de gran importancia, como la intimidad, la seguridad particular, los derechos humanos en situación, como los derechos del niño, los derechos de los ancianos etcétera.

*La familia es el eje de referencia primordial y es la base vital de la educación y la formación de los integrantes de ésta.

*La familia es escuela del humanismo, y en consecuencia, es el principal foco de educación de los derechos humanos.

*La familia, es una unidad necesaria de unión y bienestar social.

*Es en el núcleo familiar en donde aparecen los primeros síntomas del mal social, antes de que se proyecte en el organismo más potente llamado Estado.

Como se puede ver la familia contiene los principales valores del ser humano en general, es en la familia en donde se enseñan y se llevan a cabo estos valores. Desde este punto de vista la familia conserva y proyecta la vida humana, la familia sirve a sus miembros y a la sociedad.

La familia es una institución fundamental de la realidad social y puede considerarse como una estructura social relativamente estable, organizada para satisfacer ciertas necesidades elementales de la persona y de la sociedad.

La familia como grupo tiene derecho a la existencia y a disponer de los medios necesarios para cumplir su misión, derecho que se realiza frente a las autoridades y la sociedad, y se transcribe en la satisfacción de las necesidades sociales, económicas, culturales, políticas, religiosas etcétera, estos satisfactores necesarios para una vida sana y plena familiar. Requiere del Estado un marco jurídico justo para que todas las comunidades sociales puedan cooperar en alcanzar el bien común, para la unificación e impulso de la familia, es por esto que es deber del Estado defender y promover los derechos de la familia.

El Estado reconoce, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia, como institución básica de la sociedad.

Como hemos estado observando a lo largo del presente trabajo la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se compone por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Podemos decir, que el Estado y la sociedad responden de la defensa integral de la familia.

Las relaciones familiares se apoyan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto mutuo entre todos sus elementos.

Hoy día, la familia requiere de una protección exclusiva por parte del Estado. Actualmente la familia esta expuesta también a ataques originados de grupos privados, de organismos no gubernamentales, de entidades transnacionales etc. Corresponde al Estado la responsabilidad de defender la soberanía de la familia, Pues está constituye el núcleo fundamental del tejido social.

Las funciones que realizan la familia son de gran importancia ya que realizan la tarea de intermediación entre la persona y la sociedad.

Podemos observar esfuerzos incesantes para implantar una serie de derechos destinados a la protección y promoción de la familia, esfuerzos que van desde las legislaciones nacionales a los derechos internacionalmente reconocidos, como acontece con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los *Derechos de la Familia* abarcan los siguientes Derechos:

*El derecho a contraer libremente matrimonio:

Esto quiere decir que todas las personas tienen el derecho de optar autónomamente su estado de vida, eligiendo contraer matrimonio y fundar una familia o permanecer célibes.

*El derecho a crear autónomamente una familia:

Cada hombre y cada mujer al tener la capacidad necesaria para ejercer la responsabilidad que conlleva creación de una familia tienen derecho de establecerla sin discriminación alguna.

*EL derecho a no ser privado de los medios precisos para el mantenimiento de la familia;

Las familias tienen el derecho de poder contar con una adecuada política familiar por parte de las autoridades públicas que les permitan llevar un modo de vida digno.

*El derecho a recibir por parte de los organismos estatales: El tratamiento adecuado como grupo social primordial además de apoyo y promoción de la familia;

Las autoridades públicas deben respetar y suscitar la dignidad, intimidad, integridad y permanencia de cada familia.

*El derecho a un salario familiar suficiente para sostener a una familia en todos los aspectos

Las familias tienen derecho a recibir por medio de su trabajo un salario bastante y suficiente que les den la oportunidad de un nivel de vida conveniente a su dignidad y a su pleno desarrollo.

*El derecho a la vida:

La vida humana debe ser respetada y protegida absolutamente desde la concepción tiene derecho a ser protegida por el Estado por medio de medidas de seguridad adecuadas por las cuales las personas se sientan seguros, ninguna persona tiene derecho a quitarle la vida a otra bajo ninguna circunstancia, en caso de hacerlo será sancionada conforme a la ley correspondiente.

*El derecho a la salud;

La familia tiene derecho a la asistencia médica que requiera cualquiera de sus miembros, e ya sea en caso de enfermedad, de accidentes, de invalidez etcétera, el Estado deberá crear hospitales que sean suficientes para la atención de las personas, así como accesibles cuotas para que les presten el servicio, tomando en consideración la situación económica de la persona, Bajo ninguna circunstancia las personas deben quedar fuera de este servicio al cuál tienen derecho.

*Los derechos de las personas ancianas:

Los ancianos tienen el derecho de encontrar dentro de su familia, o cuando esto no sea posible, en instituciones apropiadas, un ambiente que les facilite vivir sus últimos años de vida tranquilamente, realizando una actividad compatible con su edad y que les permita participar en la vida social.

La familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios sociales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, vivienda cultura y entretenimiento.

*Los derechos de las personas incapacitadas para llevar a cabo una vida normal como cualquier persona:

A los padres o a las instituciones que les incumba la responsabilidad primordial de proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida adecuadas para su desarrollo físico, mental, espiritual moral y social.

El Estado establecerá una estrategia de prevención, tratamiento, recuperación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes procurará el cuidado especializado que requieran.

*El derecho a la inviolabilidad del domicilio;

El artículo 16 de la Constitución Política establece: " Ninguna persona puede ser molestada en su domicilio, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

*El derecho a un nivel apropiado de vida.

Todas las familias sin discriminación alguna, tiene derecho a que se les proporcione las facilidades necesarias para establecer un nivel sano y adecuado de vida.

*El derecho al honor.

La familia tiene derecho a gozar de buena reputación ante los demás.

El honor es parte de la ética del individuo que se mira a sí mismo a través de los ojos de los demás. Se relaciona con la reputación, la respetabilidad o la gloria, valores que se obtienen a partir del juicio de terceros frente a los que se quiere ocupar una posición superior, ya que se establece una lucha de poder mientras se cuestiona si los demás disfrutan de la misma integridad. No se goza de gloria ni de buena o mala reputación a menos que haya un tercero que así lo certifique.

*El derecho a la intimidad, en el sentido más amplio.

La familia tiene derecho a que no se le metan en su vida privada, tanto a nivel particular de cada miembro que la compone, como a nivel institución.

*El derecho a la seguridad social.

Toda familia, sin distinción de raza, color o de origen étnico, tiene derecho a la seguridad social que le debe proporcionar el Estado, contra todo acto

de violencia o atentado contra ella, cometido por funcionarios públicos, o por cualquier persona, grupo o institución.

*El derecho a la libre asociación.

La familia tiene derecho de realizar su función social y política en la construcción de la sociedad, siempre y cuando que los actos que lleve a cabo sean lícitos, las familias tienen derecho de establecer asociaciones con otras familias e instituciones, con el objeto de desempeñar la tarea familiar de modo apropiado y eficaz, así como resguardar los derechos, impulsar el bien y representar los intereses de la familia.

*El derecho a la educación

Este derecho está consagrado en el artículo 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice: "Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado-Federación. Estados y Municipios-impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación primaria y secundaria son obligatorias".

Todas las familias sin distinción de raza, color, sexo, religión, idioma, opinión, posición económica, tienen derecho al acceso a cualquier institución que tenga como fin instruir a la persona para su bien personal.

*El derecho a la cultura.

El Estado procurara que todas las familias tengan acceso a la cultura, a través de proyectos adecuados para la integración de esta al conocimiento.

El hablar del "Derecho a la cultura" podría ser una forma de aludir el conjunto de todos los Derechos Humanos, porque tanto es cultura la libre expresión como el trabajo, la participación política como la salud o la autodeterminación de cada pueblo. Es más, la cultura no es sólo lo que permite la identificación y el crecimiento de cada persona sino también de cada pueblo. También es cultura el desarrollo y la paz

El fundamento último del derecho a la cultura reside, como en todos los Derechos Humanos sin excepción en la dignidad de la persona humana. El fundamento inmediato o directo de este derecho radica en la proyección colectiva de esa dignidad: la dignidad y el valor intrínseco que toda cultura encierra. Así lo reconoce el artículo I. 1 de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada en París el 4 de Noviembre de 1966 por la Conferencia General de la UNESCO en su XIV reunión, cuando afirma: Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos

*El derecho a la propiedad.

Es aquél derecho humano, por virtud del cual toda persona y todo grupo social, sea cual sea su color, origen étnico, etc., tienen derecho a disponer y explotar la tierra o de sus bienes de que dispongan, sin perturbación alguna, como medio necesario para su subsistencia.

*El derecho a la migración.

Desde la mera perspectiva de la filosofía social, el derecho a la migración puede ser considerado un derecho unido al derecho a la conservación de la vida, concibiéndolo no sólo como el mero hecho físico de la supervivencia sino del derecho a un bienestar apropiado donde desarrollar con un mínimo de dignidad la personalidad.

El derecho a la migración supone la existencia de una sociedad en la que se ejercita el derecho y que por la naturaleza personal de la migración ese derecho natural se traslada desde el conjunto humano de firmeza a la sociedad de acogida.

La protección del derecho natural del inmigrante supone primordialmente la protección de su personalidad, o sea, beneficiar su desarrollo como persona en la nueva sociedad. Dado que la sociedad de acogida tiene su propia organización, el desarrollo de la personalidad del inmigrante pasa por su integración en la misma, por el desarrollo de la naturaleza social de la persona en la relación.

Cuando la sociedad de acogida no favorece el trato con el inmigrado, se está dirigiendo su campo de relación exclusivamente hacia los otros inmigrantes, lo que favorece la creación y consolidación de guetos.

Evidentemente la integración es un acto de las dos partes que no puede forzarse hasta anular la voluntariedad del inmigrante, pues se integraría a una no-persona, objeto último contrario al buscado. Por ello se habla siempre de favorecer la integración mediante la creación de vínculos que favorezcan unas relaciones a las que no se pertenece por filiación natural.

Evitar la creación de guetos es, además, una de las prevenciones más adecuadas para evitar una confrontación social o racial derivada del incremento de la migración. En la medida que se integra, se incorpora a la cultura a los nuevos habitantes que para algunos pueblos supone un reforzamiento en sus bajos índices de natalidad autóctona.

Si la sociedad norteamericana hubiera continuado la política de segregación de los principios del siglo pasado, hoy tendrían un claro problema de enfrentamiento de población.

Integrar a la propia cultura a los inmigrantes no supone un menoscabo de la misma sino, posiblemente, con el tiempo, una garantía para su conservación

Las familias de los inmigrantes tienen el derecho de ser respetadas en su propia cultura y recibir el apoyo y la ayuda en orden a su unificación dentro de la comunidad, a cuyo bien favorecen.

*El derecho a profesar cualquier religión.

Este derecho está consagrado en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al proclamar: "Todas las familias tienen derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia."

Cada familia tiene derecho de elegir libremente su propia vida religiosa en el hogar, bajo la orientación de los padres, así como el derecho a ejercer abiertamente su fe y popularizarla, participar en los actos de culto en público y en los eventos de educación religiosa sin sufrir discriminación alguna.

*El derecho a la participación en el aspecto político.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de agruparse en partidos políticos, siempre y cuando en sus programas se comprometan a respetar el orden constitucional.

*El derecho a la informática.

Estos son grosso modo los derechos inherentes a la familia, los cuáles los podemos resumir en el derecho a una asistencia jurídica, económica, social, política y cultural adecuadas.

Los derechos de la familia están reconocidos en las principales declaraciones internacionales de derechos humanos de las cuales mencionaremos las siguientes:

El Derecho a la Libertad está reconocido en las siguientes declaraciones:

* El artículo 1 de la *Declaración Americana de Derechos del Hombre*.

*El artículo 3 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

*El artículo 5 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, de 1950.

*El Párrafo 1° del *Preámbulo de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud*, adoptada el 7 de septiembre de 1956 por la Conferencia de Plenipotenciarios en el seno de las Naciones Unidas.

*El artículo 1 del *Protocolo N° 4 Al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, establece la prohibición de la prisión por deudas.

*El artículo 9 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

*El artículo 7.1 del *Pacto de San José de Costa Rica*.

*El artículo 2 de la *Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales*, aprobada en virtud de la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de Mayo de 1989.

*El artículo 6 de la *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos*, de 1981.

El Derecho a la Igualdad, esta estipulado en los siguientes documentos:

*La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de 10 de Diciembre de 1948, en el Considerando 1°.

*El artículo 1°, 2 párrafo 1°, y el artículo 7° de la misma Declaración.

*En la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*, de 2 de mayo de 1948 en su artículo 2°.

*La *Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950, en su artículo 14.

*La *Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales*, aprobada en virtud de la resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 1989, en su artículo 3.

*La *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, de 9 de Diciembre de 1989, en su artículo 16.

*En la *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos*, en su artículo 2.

El Derecho a la Seguridad esta inscrito en las siguientes declaraciones:

*Artículo 1° de la *Declaración Americana de Derechos del Hombre*.

*Artículo 3° de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

*Artículo 5.1 de la *Convención Europea de Derechos Humanos*.

*Artículo 7.1 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1963.

*Artículo 5 letra b) de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, de 1965.

*Artículo 7 del *Pacto de San José de Costa Rica*.

*Artículo 2 de la *Declaración de los Derechos y las Libertades Fundamentales*, aprobada por el Parlamento Europeo en virtud de Resolución de 16 de mayo de 1989.

*Artículo 6 de la *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos*, de 1981.

En concreto los Derechos de la Familia en general, se encuentran en los siguientes:

*La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en el artículo 16.1°, se reconoce el derecho de todo ser humano a fundar una familia a partir de la edad adecuada.

*El número 3° Del artículo 16 refiere que la familia es el componente natural y fundamental de la sociedad, reconociéndose asimismo, su derecho a la protección por parte de la Sociedad y del Estado.

*Artículo 12 de la *Convención Europea de 1950*.

*EL *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*- en el artículo 23, párrafos 1° y 2°- y el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en su artículo 10.

*Artículo 17 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, de 1969.

*Artículo 4 de la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de Diciembre de 1969.

*Artículo 16 de la *Carta Social Europea*, firmada en Turín en 1961.

*Artículo 17 de la misma carta consume lo establecido en el artículo 16, ya que establece la necesidad de garantizar la protección social y económica de las madres y de los niños.

*El artículo 19 de la *Carta Social Europea* reconoce el derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a la protección y asistencia social.

*Artículo 7 de la *Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales*, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 1989.

*Artículos 7.1, 18, 28, 27, 57,58, 59, 60 y 61 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Nos abocaremos a estudiar la Carta de los Derechos de la Familia, presentada por la Santa Sede, el 22 de Octubre de 1983, la cuál contiene una enunciación lo más afinada y organizada posible de los derechos primordiales esenciales de la familia.

Estos derechos son más que nada de contenido espiritual, ético y moral, para que queden en la conciencia de cada persona si los llevan a cabo o no.

La Carta está dirigida a tres puntos clave que son: Gobierno, Organizaciones Internacionales e Intergubernamentales y a la Familia misma.

Toman en cuenta al Gobierno, ya que este su deber fundamental es el bien común, la Carta ofrece ciertas referencias para crear la legislación, y una política familiar adecuada tomando como base los derechos ahí consignados, así mismo sirve como una guía para elaborar los programas de acción dirigidos a la protección de la Familia.

Por lo que hace a las Organización Internacionales Intergubernamentales, las tomas en consideración por cuanto hace a su competencia y su labor en la protección e impulso de los derechos del hombre, no pueden ignorar o admitir transgresiones de los derechos primordiales de la familia.

La Carta, indudablemente y por obvias razones va dirigida a la familia misma, en ella pugna por impulsar en el seno de aquella la conciencia de la función y del lugar ineludible de la Familia., su objetivo principal es incitar a las familias a ensamblarse para la defensa de sus derechos, ya que si ni ellos mismos conocen estos, como podrán pedir que se les respeten esos derechos, es necesario que la familia le toma la debida importancia a esos derechos ahí

estipulados y sobre todo que los tome en consideración en su vida cotidiana, ya que sólo de ésta manera podrá transmitírseles a aquellos que están obligados a salvaguardar estos derechos y para bien de toda la humanidad en el futuro.

Para elaborar el contenido de la Carta toman en cuenta algunas observaciones como son:

*Los derechos de las personas están estrechamente vinculados con la expresión natural de lo que es la familia.

*El matrimonio es la base de la familia, ya que de éste se deriva la unión libre y voluntaria de una mujer y un hombre, y esta unión conlleva a transmitir la vida.

*La Familia como institución natural existe antes que el Estado, y ostenta unos derechos propios que son intransmisibles.

*La Familia más allá de de ser una unidad jurídica, social y económica, es un punto primordial para el desarrollo y prosperidad de sus propios miembros así como de la sociedad, ya que en ella se transmite el amor y el sentimiento de solidaridad, necesario para la educación y cesión de los valores éticos, morales, religiosos, sociales, culturales, políticos etcétera.

*En la familia en donde se aprende a crecer como persona, ya que en ella se enseña la sabiduría humana y el respeto a los derechos individuales de otras personas.

*La unión de la familia y la sociedad, ejercen una función adjunta en la defensa y promoción del bien de la sociedad.

*Las diversas culturas existentes han mostrado la urgencia que tiene la sociedad de reconocer y resguardar la institución de la familia.

*Es deber del Estado, de las Organizaciones Internacionales y de la Sociedad, proteger a la familia con disposiciones reales y comprometidas de carácter económico, social, político y jurídico que ayude a reforzar la unidad y la permanencia de la familia para que pueda llevar de una manera adecuada y segura su función definida .

*Los derechos, las necesidades fundamentales, el bienestar y los valores de la familia, han sido progresivamente ignorados a pesar del esfuerzo que se ha hecho para protegerlos.

*Diversas familias son orilladas a vivir en extrema pobreza, lo cuál los limita para poder cumplir su propia misión con dignidad.

*La Iglesia Católica consciente del papel tan importante que juega el matrimonio y la familia, promueve estas dos instituciones y defiende toda agresión encaminada a ellas.

Doctrinalmente hablando el maestro Rojina Villegas nos da una definición de lo que son para él *los derechos subjetivos familiares* a lo cuál nos dice; “constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales el sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto”⁵⁹

El mismo autor nos da la clasificación de los derechos subjetivos familiares que son los siguientes:

a) *Derechos familiares patrimoniales y no patrimoniales.* Se dice que un derecho es patrimonial, cuando es susceptible de valorarse en dinero, de manera directa o indirecta. En cambio se caracteriza como no patrimonial, cuando no es susceptible de dicha valoración.

b) *Derechos familiares absolutos y relativos.*- Se dice que los derechos familiares son absolutos debido a que pueden ser oponibles a todo el mundo, valederos “erga omnes”. En cambio los derechos familiares relativos son oponibles exclusivamente a determinados sujetos pasivos, como son respectivamente los cónyuges los parientes, los hijos o nietos menores de edad frente a sus padres o abuelos que ejercen la patria potestad y los incapaces en relación con su tutor.

⁵⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Introducción, Personas y Familia.” p. 235

c) *Derechos familiares de interés público y de interés privado.*- En esta clasificación se toma en cuenta el interés público y privado que existe en su constitución y ejercicio.

d) *Derechos familiares transmisibles e intransmisibles.*- Todos los derechos familiares que no tienen carácter patrimonial son intransmisibles en virtud de que se conceden en consideración a la persona del titular o a la especial relación jurídica que se constituye.

e) *Derechos familiares temporales y vitalicios.*- Los derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela se caracterizan como temporales. En cambio, en el matrimonio y el parentesco, los derechos familiares tienen el carácter de vitalicios, pues se conceden durante la vida del cónyuge o del pariente respectivo.

f) *Derechos familiares renunciables e irrenunciables.*- Los derechos familiares extramatrimoniales se caracterizan como irrenunciables, pero puede haber excusa para desempeñar respectivamente la patria potestad, la tutela o la curatela.

Por otra parte José Castán Tobeñas⁶⁰ a los derechos subjetivos los considera como “las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantienen cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar”.

Para Manuel Chávez Ascencio⁶¹ los derechos subjetivos son “las distintas facultades patrimoniales-económicas que se originan por actos y hechos jurídicos de carácter familiar, jurídicamente protegidos por las normas vigentes, para el cumplimiento de los fines especiales de matrimonio y de la familia”.

Visto lo anterior podemos dar un concepto general de los “*Derechos de la Familia*” es el siguiente: “*Conjunto de Derechos Humanos, agrupados conforme*

⁶⁰ CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho de Familia”. Volumen I. España 1976. p

⁶¹ CHAVEZ ASENSIO, Manuel. Ob. cit. p. 309

al criterio de los derechos humanos en situación, que hacen referencia a la institución familiar en cuanto que es el grupo social primario”.

El fundamento inmediato o justificación de los derechos de la familia no es otro que garantizar la estabilidad, seguridad y libertad en el ejercicio de los derechos de la familia.

2.5.2 Naturaleza Jurídica

El fundamento último de los derechos de la familia no es otro que la dignidad de la persona humana.

Los derechos de la familia son derechos inherentes y esenciales de toda persona. Sólo por el hecho de ser humano, tanto hombres como mujeres tiene los derechos humanos elementales.

Estos derechos al ser reconocidos por el Estado y estar entendidos en la legislación, pueden considerarse también como derechos subjetivos, ya que son facultades o prerrogativas que corresponden a una persona dentro del ámbito familiar, o a la familia misma de acuerdo con el ordenamiento jurídico que le corresponda.

Los derechos de la familia deben estar previstos en la hipótesis normativa para poder ser exigibles, y no quedar simplemente en un enunciado sin protección legal.

Como derechos personales, les corresponden correlativamente obligaciones en el sentido pecuniario o deberes jurídicos en sentido no económico, cuyo sujeto, o sujetos, pueden ser alguna persona determinada o todas las personas, incluyendo el Estado, pues normalmente estos derechos subjetivos son

oponibles, en cuanto son poderes que se dirigen a todos los miembros de la comunidad jurídica.

En relación a su objeto, lo constituye la relación jurídica que se establece a través del poder o facultad que se tiene, oponible a todas las personas y al Estado en lo particular, con obligación con cargo a estos de respetar, no sólo no hacer, y de promover los bienes o intereses personales y familiares que son bienes jurídicos.

Según sean los bienes o intereses jurídicos referidos a las personas o a la familia, los derechos subjetivos serán los familiares de la persona o los sociales de las familias.

Las características de estos derechos subjetivos como ya hemos visto son: absolutos, originarios, vitalicios, públicos.

Son de naturaleza imprescriptible e inembargable, y no están dentro del comercio. No pueden transmitirse, pero pertenecen a toda persona humana y a toda la familia.

2.5.3 Clasificación por los Sujetos

En los derechos de familia los sujetos que intervienen se dividen en dos que son:

Sujeto activo como tal debemos entender que es el titular del derecho respecto del cual se reclama la defensa y garantía de ciertas prerrogativas.

Visto lo anterior procederé a mencionar a los sujetos activos de los derechos de la familia:

En primer lugar tenemos a la unidad familiar en su totalidad.

Al ser la familia la unidad básica de la sociedad, la única que es común a todos los grupos de individuos, cumple unas funciones específicas respecto de sus miembros y de la sociedad en su conjunto. La familia como institución puede adoptar formas muy diferentes según los diversos pueblos o culturas. Al ser la familia un elemento tan importante para la sociedad así como para un país en general, se le deben otorgar ciertos derechos como son los de la familia, estos derechos deben estar garantizados para que de esta forma todas las familias como unidad familiar puedan llevarlos a cabo sin discriminación alguna de raza, color, sexo, cultura etcétera. Es por esto que los derechos de la familia van encaminados en primer lugar a todas las tipologías familiares existentes.

En segundo lugar tenemos a las uniones de facto o de iure (matrimonio o concubinato) ya que estos dos preceptos en la actualidad son capaces de fundar una familia. Es por esto que a estas dos acepciones se les garantiza la libre voluntad de unirse con un único fin: crear una familia.

En tercer lugar tenemos a todos y cada uno de los miembros de la unidad familiar, fundamentalmente aquellos que están en circunstancias más fácilmente frágiles como son los niños.

Sujeto Pasivo. Es a quién se reclama el reconocimiento y garantía del concreto derecho de la familia del que se trate. Es el sujeto obligado a respetar el derecho en cuestión.

Entre estos sujetos encontramos a los siguientes:

***El Estado.** Entre los deberes básicos del Estado, bien considerados individualmente o colectivamente figuran los siguientes: la obligación de respetar los derechos inherentes a todo ser humano, el deber de adoptar medidas de carácter interno que hagan posible la aplicación de las normas que componen el sistema de derechos de la familia: el deber de garantizar el ejercicio efectivo de los

recursos y procedimientos de protección de los derechos de la familia: la obligación de promover el desarrollo económico, político, social y cultural de su pueblo entre otros.

Por consiguiente el Estado es el primer sujeto al cual se le deben exigir el respeto y respaldo jurídico de los derechos de la familia.

*La sociedad civil. "Se le da el nombre de sociedad civil al conjunto de relaciones que se dan en un espacio geográfico históricamente determinado como país."La sociedad civil se compone de seres humanos previamente agrupados en familias, comunidades vecinales, comunidades profesionales etcétera. La fuerza, unidad y vigor de una sociedad depende de la que tengan sus componentes. Esta sociedad esta obligada a respetar y a defender los derechos de la familia en general."⁶²

*Los diversos grupos sociales, económicos, políticos y culturales.

2.5.4. Clasificación por área jurídica

Los derechos de la familia se encuentran regulados directa o indirectamente tanto en el derecho público, derecho privado y derecho social. Al ser la familia la base de la sociedad, ésta se comprende en todas las legislaciones.

Por lo que hace al Derecho Público podemos ver que abarca las siguientes ramas:

⁶² DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tomo IV. México Porrúa 2001. p., 2941

*Constitucional

*Administrativo

*Procesal

*Penal

*Internacional Público

Por lo que se refiere al área constitucional tenemos todo lo relativo a las garantías familiares dentro de la Constitución. Se estatuye en la constitución la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, y la necesidad de que “esta proteja la organización y el desarrollo de la familia”. (Artículo 4°).

También se establece como garantía constitucional lo concerniente a la planeación familiar, por virtud de la cual cada persona puede decidir de manera, libre responsable e informada sobre el número y espaciamiento de hijos.

De la misma forma se consagra el derecho que tienen los menores a ser protegidos, determinando que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades la salud física y mental.

Asimismo se consagra el derecho a la salud y el derecho que tiene toda familia a disfrutar de una vivienda digna.

Por lo que toca al área administrativa, podemos decir que al ser objeto de esta rama regular la actividad de la administración pública, encargada de satisfacer las necesidades esenciales de la colectividad. El derecho administrativo significativamente se ocupa de la administración, pero también es derecho de los particulares regula las relaciones entre ambos.

En lo referente al área procesal a manera de ejemplos podemos citar los siguientes: controversias sobre nulidades matrimoniales, controversias sobre filiación, en los juicios sobre alimentos, en los casos de interdicción de las personas etcétera.

En el área penal encontramos los siguientes derechos protegidos como son: el derecho a la vida, el derecho a la propiedad, el derecho a la libertad, derecho a la salud, entre otros.

Las materias que abarca el derecho privado son las siguientes:

*Civil

*Mercantil

*Internacional Privado

Por lo que hace al ámbito civil se refiere a las relaciones jurídicas de la vida ordinaria del ser humano. De ahí que esta rama comprenda todo un sistema jurídico coherente creado alrededor de la persona (personalidad y capacidad), del patrimonio (bienes contratos y sucesiones) y de la familia (matrimonio, filiación, patria potestad y tutela).

Así mismo el área mercantil de una manera indirecta regula el derecho de la libre asociación, un derecho de gran importancia de la familia.

En el Código de Comercio encontramos diferentes artículos referentes a la familia, a manera de ejemplo está el artículo 9 de esta ley que a la letra dice: “Tanto el hombre como la mujer casados comerciantes, pueden hipotecar sus bienes raíces para seguridad de sus obligaciones mercantiles y comparecer en juicio sin necesidad de licencia del otro cónyuge, cuando el matrimonio se rija por el régimen de separación de bienes”. En el régimen social conyugal, ni el hombre ni la mujer comerciantes podrán hipotecar ni gravar los bienes de la sociedad, ni los suyos propios cuyos frutos o productos correspondan a la sociedad, sin licencia del otro cónyuge.

En la Ley Sobre el Contrato de Seguro se refiere de manera directa a los integrantes de la familia en los siguientes artículos:

Artículo 169.- Si el asegurado designa como beneficiario a su cónyuge o a sus descendientes, el derecho derivado de la designación de beneficiario y el de aseguramiento no serán susceptibles de embargo, ni de ejecución por concurso o quiebra del asegurado.

Artículo 170. Párrafo I.- Declarado el estado de quiebra o abierto el concurso de un asegurado, su cónyuge o sus descendientes beneficiarios de un seguro sobre la vida substituirán al asegurado en el contrato, a no ser que rehúsen expresamente esta substitución.

Artículo 171.- Cuando los hijos de una persona determinada figuren como beneficiarios sin mención expresa de sus nombres, se entenderán designados los descendientes que debieran sucederle en caso de herencia legítima.

Estos artículos son a manera de ejemplo ya que hay muchos mas que se refieren a la familia.

El derecho social abarca las siguientes ramas:

*Del Trabajo.- derecho a un salario familiar suficiente para sostener a una familia en todos los aspectos.

En la Ley Federal del Trabajo podemos encontrar variedad de artículos referentes a la familia como son grosso modo los siguientes:

Artículo 3.- E l trabajo es un derecho y deber sociales, No es artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

Artículo 90 Párrafo II.- El salario mínimo deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos.

Artículo 102.- Las prestaciones en especie deberán ser apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia y razonablemente proporcionadas al monto del salario que se pague en efectivo.

Artículo 137.- El Fondo Nacional de la Vivienda tendrá por objeto crear sistemas de financiamiento que permitan a los trabajadores obtener crédito barato y suficiente para adquirir en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, para la construcción, reparación, o mejoras de sus casas habitación y para el pago de pasivos adquiridos por estos conceptos.

*Agrario.-derecho a la igualdad de oportunidades para poder llevar a cabo una vida digna.

En esta área encontramos más que nada la protección de la familia rural.

En la Ley Agraria en su artículo 4 Párrafo I.- El ejecutivo Federal promoverá el desarrollo integral y equitativo del sector rural mediante el fomento de las actividades productivas y de las acciones sociales para elevar el bienestar de la población y su participación en la vida nacional.

Artículo 18.- Cuando el ejidatario no haya hecho designación de sucesores, o cuando ninguno de los señalados en la lista de herederos pueda heredar por imposibilidad material o legal, los derechos agrarios se transmitirán de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:

I. Al cónyuge.

II. A la concubina o concubinario.

III. A uno de los hijos del ejidatario.

IV. A uno de sus ascendientes, y

V. A cualquier otra persona de las que dependan económicamente de él.

*Económico.-Contiene un derecho de familia importante que es: poner al alcance de las masas, elementos de trabajo y de vida que le permitan sobrevivir.

*De seguridad social. Esta rama protege a las personas en la enfermedad, invalidez, desocupación y la vejez,

*De asistencia social. Considera los intereses y las necesidades de quienes no pueden trabajar ni procurarse las atenciones médicas, de alimentación, de indumentaria de habitación que requieren, creándose instituciones jurídicas con características ajenas al derecho público y al derecho privado.

La Ley del Seguro Social expresa así todo lo anterior: "la Seguridad Social tiene por finalidad, garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo".

La misión implica una decidida toma de postura en favor de la clase trabajadora y sus familiares; misión tutelar que va mucho más allá de la simple asistencia pública y tiende a hacer realidad cotidiana el principio de la solidaridad entre los sectores de la sociedad y del Estado hacia sus miembros más vulnerables.

A efecto de cumplir con tal propósito el Seguro Social comprende el régimen obligatorio y el régimen voluntario. El régimen obligatorio cuenta con cinco ramos de seguro que se financian con contribuciones provenientes de los patrones, el Estado y los propios trabajadores. Estos son: Enfermedades y Maternidad, Riesgos de Trabajo; Invalidez y Vida, Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez, y Guarderías y Prestaciones sociales.

Son sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio: los trabajadores, los miembros de sociedades cooperativas de producción y las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del decreto respectivo.

Voluntariamente, mediante convenio con el Instituto, podrán ser sujetos de aseguramiento los trabajadores en industrias familiares y los independientes como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados, los trabajadores domésticos, los ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios; los patrones personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio y los trabajadores al servicio de las administraciones públicas de la Federación, entidades federativas y municipios que estén excluidas o no comprendidas en otras leyes o decretos como sujetos de seguridad social.

Cada uno de estos ramos de aseguramiento es distinto porque protegen al trabajador y sus beneficiarios contra situaciones diferentes, mediante prestaciones en especie y en dinero. Tenemos así que:

*El seguro de Enfermedades y Maternidad.-

Brinda la atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria necesaria al trabajador y su familia. Además, otorga prestaciones en especie y en dinero que incluyen, por ejemplo: ayuda para lactancia y subsidios por incapacidades temporales.

El seguro de Riesgo de trabajo protege al trabajador contra los accidentes y enfermedades a los que está expuesto en ejercicio o con motivo del trabajo, brindándole tanto la atención médica necesaria, como protección mediante el pago de una pensión mientras esté inhabilitado para el trabajo, o a sus beneficiarios en caso de fallecimiento del asegurado.

El seguro de Invalidez y Vida protege contra los riesgos de invalidez y muerte del asegurado o del pensionado por invalidez cuando éstos no se presentan por causa de un riesgo de trabajo mediante el otorgamiento de una pensión a él o sus beneficiarios.

El de Retiro, Cesantía en edad avanzada y Vejez es el seguro mediante el cual el trabajador cotizante ahorra para su vejez, y por tanto, los riesgos que cubre son el retiro, la cesantía en edad avanzada, la vejez del asegurado, así como la muerte de los pensionados por este seguro. Con la contratación de este seguro, el trabajador tendrá derecho a una pensión, asistencia médica, y las asignaciones familiares y ayuda asistencial que correspondan al cubrir los requisitos que marca la Ley.

Finalmente, el seguro de Guarderías y Prestaciones Sociales otorga al asegurado y sus beneficiarios los servicios de guarderías para sus hijos en los

términos que marca la Ley, y proporciona a los derechohabientes del Instituto y la comunidad en general prestaciones sociales que tienen por finalidad fomentar la salud, prevenir enfermedades y accidentes y contribuir a la elevación general de los niveles de vida de la población mediante diversos programas y servicios

INFONAVIT Es un Instituto de calidad internacional, autónomo, tripartito, de carácter social. Proporciona transparencia, eficiencia, calidad de servicio y fortaleza financiera; asegura su existencia a largo plazo y proporciona a todos los derechohabientes crédito para su vivienda, además, otorga rendimientos suficientes al fondo de ahorro de los derechohabientes.

Misión

Cumplir con el mandato constitucional de otorgar crédito para que los trabajadores puedan adquirir, con plena libertad y transparencia, la vivienda que más convenga a sus intereses en cuanto a precio, calidad y ubicación.

Objetivos

1. Contribuir al desarrollo social y humano de los trabajadores.
2. Ampliar el número de derechohabientes beneficiados con crédito del INFONAVIT.
3. Fortalecer financieramente al Instituto
4. Transparentar y eficientar la operación del Instituto.
5. Fomentar el desarrollo laboral, profesional y personal de los empleados del Instituto.

Cultural. Se integra con las leyes que regulan la instrucción y la educación en todos los grados, clases y aspectos.

Sujeto

Las personas individuales, aunque el concepto de cultura, como veremos cuando hablemos del objeto, siempre remite a una determinada comunidad con la que los valores y actitudes son compartidos. Así lo entiende el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a...los derechos...culturales... Es preciso, sin embargo, distinguir entre el sujeto titular del derecho, que es toda persona sin más, y el sujeto de defensa activo que puede ejercerlo y defenderlo, en cuanto es capaz de actuar y decidir por sí mismo o por personas a su cargo. Por ejemplo, los padres que deciden sobre el tipo de educación que recibirán sus hijos. Por derecho de un individuo a la cultura hay que entender que todos los hombres y mujeres tienen derecho a acceder al conocimiento, a las artes y a la literatura de todos los pueblos, a tomar parte en el desarrollo científico y a disfrutar de los beneficios que de él resulten, para realizar su contribución al enriquecimiento de la vida cultural.

Los grupos sociales. V. Gr.: un taller de artistas o un equipo de investigación científica.

Los pueblos, particularmente los que reivindican el derecho a su autodeterminación o padecen alguna forma de colonización extranjera, o de marginación en cuanto minoría étnica. Así lo reconoce el artículo 1.2 de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada en París el 4 de Noviembre de 1966 por la Conferencia General de la UNESCO en su XIV reunión: Todo pueblo tiene el derecho...de desarrollar su cultura. Y el

artículo V de la misma Declaración establece que la Cooperación cultural es un derecho...de todos los pueblos y de todas las naciones.

La humanidad en su conjunto. Todas las culturas forman parte, unitariamente, del patrimonio común de la humanidad. Como señala el artículo I.3 de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada en París el 4 de Noviembre de 1966 por la Conferencia General de la UNESCO en su XIV reunión: En su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad.

Las futuras generaciones. El conjunto de bienes que conforman la cultura: arte, ciencia, etc...deben ser preservados para el disfrute no sólo de la presente generación sino también de las venideras.

Sujeto pasivo, o sujeto obligado a respetar el derecho a la cultura es fundamentalmente el Estado. Así el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el deber para los Estados Partes firmantes del Pacto, de asegurar el pleno ejercicio de este derecho. Consecuentemente se impone a los Estados el deber de tomar todas las medidas necesarias -artículo 15.2 de dicho Pacto para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura. Son también sujeto pasivo los pueblos. En este sentido, los pueblos tienen una serie de deberes que son correlativos a los derechos que tienen los otros pueblos. Esos deberes son los siguientes:

Artículo I.2 de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada en París el 4 de Noviembre de 1966 por la

Conferencia General de la UNESCO en su XIV reunión: Todo pueblo tiene el...deber de desarrollar su cultura.

Artículo V de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional: el deber de cooperación en el ámbito cultural, así como el deber de comunicar las diversas formas de conocimiento y de expresión cultural.

Objeto

El objeto del derecho a la cultura está constituido por la cultura misma. Se impone, entonces, fijar el significado de la misma. El objeto del derecho a la cultura está constituido por la cultura misma. Por su parte el Informe final de la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales, celebrado en México en 1982 nos dice que la cultura: Comprende la creación artística junto con la interpretación realización y difusión de las obras del arte, la cultura física, deportes, juegos y actividades al aire libre, así como los modos en que una sociedad y sus miembros expresan sus sentimientos sobre la belleza y la armonía y su visión del mundo, tanto como sus modos de creación científica y tecnológica y el control de su medio ambiente natural.

La cultura tiene tres componentes estructurales: es un sistema de valores colectivamente compartido, una conducta aprendida, repetida y reproducida por la sociedad en cuanto que instrumento de comunicación ínter subjetiva y grupal y que encierra un enorme potencial creativo. Por eso la Comisión canadiense para la UNESCO definió a la cultura como:

Un sistema de valores dinámico que consta de elementos aprendidos, convenciones, creencias y normas que permiten a los miembros de un grupo relacionarse entre sí y con el mundo, comunicarse y desarrollar su potencial creativo.

En definitiva el objeto del derecho a la cultura abarca a todos los bienes de la personalidad que pueden ser comprendidos en la esfera de la actividad intelectual en los campos de la educación, la ciencia y la cultura. Así lo entiende el artículo III de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada en París el 4 de Noviembre de 1966.

Fundamento

El fundamento último del derecho a la cultura radica, como en todos los Derechos Humanos sin excepción en la dignidad de la persona humana. El fundamento inmediato o directo de este derecho radica en la proyección colectiva de esa dignidad: la dignidad y el valor intrínseco que toda cultura encierra. Así lo reconoce el artículo I. 1 de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada en París el 4 de Noviembre de 1966 por la Conferencia General de la UNESCO en su XIV reunión, cuando afirma: Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos.

Contenido

El derecho a la cultura comprende los siguientes derechos:

- El derecho a la autodeterminación cultural. Este derecho comprende, a su vez:
 - El derecho a preservar, mantener y desarrollar su propia cultura, lengua, religión, folklore, etc. Así lo expresa el artículo I.2. de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada el 4 de Noviembre de 1966 por la Conferencia General de la UNESCO: Todo pueblo tiene el derecho...de desarrollar su cultura.

- El derecho a la cooperación cultural. Derecho reconocido en el artículo V de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional: La cooperación cultural es un derecho...de todos los pueblos y de todas las naciones, los cuales deben compartir su saber y su conocimiento.

- El derecho a la educación. Este derecho es objeto de tratamiento específico en otro capítulo de la Parte Especial y en el capítulo de la Parte general dedicado a las garantías extrajurídicas de carácter cultural. Respecto al contenido del derecho, en cierto modo alude a la relación entre el sujeto y el objeto del mismo. Tal relación puede ser activa, en cuanto que el sujeto produzca o cree bienes culturales, o pasiva en cuanto el sujeto goce de lo creado o producido por sí mismo o por otro. Y en caso de que lo producido por sí, pueda ser gozado por otros, que al autor se le respeten sus derechos como tal.

En cuanto al ámbito de ejercicio del derecho, es todo aquellos bienes naturales y culturales sobre los que se pueda actuar sin contravenir las leyes vigentes o el principio de la justicia. Pero como todo lo que el hombre hace refluje sobre lo que el hombre es. El hombre mismo resulta beneficiado o perjudicado por -y en cierto modo incluido entre- los objetos de la cultura. Por ejemplo, se denomina físico-culturismo a un conjunto de técnicas para un mejoramiento -a veces nada más que estético- del cuerpo humano, de igual manera por la educación el hombre puede mejorar a nivel científico o ético su intelecto o voluntad.

Respecto a los límites de actuación se plantea un problema: el de la neutralidad axiológica de los objetos de la cultura, desde la pólvora hasta la televisión, hay que distinguir entre los "bienes culturales" y el uso que se pueda hacer de ellos. Está claro que este derecho está pensado en función de un acceso a los bienes culturales para un uso o goce de los mismos que no sea destructivo de los demás, ni de sí mismo (paternalismo aparte). Esto se hace evidente, si nos referimos por ejemplo a un instrumento de tortura, sólo se puede esgrimir el

derecho a su tenencia en función de, por ejemplo, un museo, no para la utilidad que tuvo originariamente.

Si entendemos a la cultura como todo lo que el hombre hace..., tendremos que remitirnos al conjunto de garantías jurídicas y no jurídicas, pero si lo consideramos en un sentido más estrecho como lo vinculado a la producción de bienes relacionadas a las ciencias y las artes, veremos que las garantías para que se cumplan con estos derechos tienen más desarrollo en lo extrajurídico que entre lo jurídico, y dentro de éstas entre las no jurisdiccionales, que entre las jurisdiccionales. Cabría mencionar como un mecanismo importante y eficaz a la opinión pública y a los medios de comunicación masiva, a las campañas de sensibilización organizadas por la UNESCO y las Organizaciones no gubernamentales.

El método utilizado en este capítulo es el deductivo. El maestro Ponce de León lo define como: “El método deductivo se realiza tomando como fundamento algunos principios o conocimientos generales que son aplicables para inferir conclusiones en el área...”⁶³

⁶³ PONCE DE LEON ARMENTA, Luis. Ob.cit.. p.73

CAPITULO TRES

DEL DIVORCIO

- 3.1 Concepto de divorcio
- 3.2 Formas de divorciarse
 - 3.2.1 Divorcio administrativo
 - 3.2.2 Divorcio voluntario
 - 3.2.3 Divorcio necesario
- 3.3 efectos provisionales del divorcio

CAPITULO TRES

DEL DIVORCIO.

3.1 Concepto de divorcio.

Otra forma de disolución del estado matrimonial –y, por ende, de poner término a éste en vida de los cónyuges –es el divorcio, entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación.

El divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo sólo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo.

Desde sus orígenes latinos el término divorcio implica el significado de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente y en el medio jurídico, por divorcio debamos de entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.

En nuestro medio, en tanto institución jurídica y en lo que toca al alcance de sus efectos, el divorcio ha variado a lo largo del tiempo. Así, en el siglo pasado nuestra legislación lo consideró como la separación temporal o definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y, por lo tanto, sin autorización para contraer nupcias. A principios de este siglo se adopta el criterio

de divorcio vincular que actualmente se maneja, como disolución absoluta del vínculo matrimonial que deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar nuevo matrimonio.⁶⁴

Antecedentes del divorcio.

El Maestro Chávez Asencio, hace referencia de que en todos los países de la antigüedad el divorcio existió. Inicialmente como un derecho o prerrogativa del hombre que podía repudiar fácilmente a la mujer, quien a través del tiempo fue adquiriendo también el derecho al divorcio. En obvio de repeticiones hacemos referencia a lo tratado en esa parte, y sólo la complementaremos con los siguientes antecedentes:

Grecia.

“Entre los griegos de la época homérica, el divorcio parece haber sido prácticamente desconocido, pero después se transformó en un acontecimiento diario en Grecia. Según la ley ática, el marido podía repudiar a su mujer cuando quisiera y sin tener que invocar motivo alguno, pero estaba obligado a devolver a la mujer a la casa de su padre con su dote. La mujer podía pedir divorcio acudiendo al arconte y mencionar los motivos por los cuales quería divorciarse”.⁶⁵

Roma.

Aunque al parecer, el divorcio fue admitido legalmente desde el origen de Roma, sin embargo, los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad que, sin duda alguna no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas

⁶⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía, BUENROSTRO BÁEZ. Ob. cit. p 147.

⁶⁵ Cit. Pos. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. “La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales.” p. 425

Además, la mujer, sometida casi siempre a la *manus* del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciar en estas uniones, que sólo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves. Fue solamente en los matrimonios sin *manus* (por cierto muy raros) donde en esta materia tenían los dos esposos derechos iguales; así que, en efecto en los primeros siglos apenas hubo divorcios. Pero, hacia el fin de la República, y sobre todo bajo el Imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres, y siendo rara la *manus*, podía la mujer con mayor frecuencia provocar el divorcio, hasta el extremo que antiguamente los historiadores y los poetas se pusieron de acuerdo para criticar la facilidad con que se rompían los matrimonios.

Así generalizado, el divorcio podía efectuarse de dos maneras: **a) *Bona gratia*** es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; **b) *Por repudiación***, es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitida y casada con su patrono.

Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley Julia del adulterio exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por un acta escrita, que le era entregada por un manumitido.

Nada era más común, que el divorcio por las causas más frívolas. La esterilidad, las riñas de una suegra con su nuera, la desvergüenza, eran los motivos más ordinarios. Ocurría que se separaban de común acuerdo, sin motivo alguno o porque habían adquirido compromiso por otra parte.

Se publicaron en numerosas Constituciones, para casos de divorcio, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el actor de una repudiación sin causa legítima. Posteriormente, en la legislación del emperador cristiano Constantino (año 331) quedó establecido el principio de que ni al marido ni a la esposa les era lícito disolver el matrimonio por cualquier causa y éstas fueron limitadas a tres: “ en la mujer debía ser o el adulterio o el maleficio o ser alcahueta, y en el marido ser homicida o el maleficio o el violador de sepulcros; otras causas, como por ejemplo, si el marido era borracho, un jugador o un mujeriego, no eran suficientes para que la mujer pudiera dar el repudio; pero probada y demostradas las causas legales, podía procederse al libelo de repudio, con la facultad de contraer un nuevo matrimonio.”⁶⁶

La Revolución francesa.

Se ha destacado la importancia del Derecho revolucionario francés, debido a su función creadora del divorcio. “Los filósofos liberales del siglo XVIII principalmente Montesquieu y Voltaire atacan el principio de la indisolubilidad matrimonial en nombre de la libertad, la cual sostenían no podía enajenarse en un compromiso perpetuo. Sus ideas son asumidas por la revolución, y al proclamar la Constitución de 1791, que el matrimonio sólo es un contrato civil, se saca la consecuencia de que puede resolverse por mutuo acuerdo como cualquier otro contrato. La ley del 29 de septiembre de 1792, no sólo admite el divorcio por causas determinadas en virtud de sentencia, sino también por mutuo consentimiento y por la incompatibilidad de caracteres, alegada por uno de los cónyuges, lo que constituía una forma de repudio.” Se dice que las consecuencias no se hicieron esperar, y que para el año de 1798, el número de divorcios superó al de matrimonio. Los autores del Código Civil estaban divididos en esta materia. Se aceptó un criterio transaccional suprimiéndose el divorcio por voluntad unilateral, se conservó el divorcio por mutuo disenso, si bien sometido a

⁶⁶ Ibidem p 426 – 427.

condiciones restrictivas, y se reducen a tres las causas de divorcio por sentencia judicial, haciendo costoso y complicado el procedimiento.⁶⁷

Francia.

El régimen vigente del divorcio en Francia, puede describirse así:

a) Se mantiene el divorcio como sanción suprimiéndose las causas anteriores y se formula una causa general así concebida “hechos imputables a la otra parte, cuando constituyen una violación grave o renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio que hacen intolerable el mantenimiento de la vida común.” No obstante, el legislador ha conservado la condena a una pena afflictiva e infamante como causa específica de divorcio.

b) Se restablece el divorcio por mutuo consentimiento, que existió de 1804 a 1816, bajo dos formas: *la normal* como petición conjunta de ambos cónyuges que debía ir acompañada de un proyecto de convenio en orden a las consecuencias del divorcio sobre los hijos y los bienes (exige seis meses de matrimonio y que sea renovada la petición a los tres meses de presentada); y *la excepcional*, consiste en que uno de los cónyuges se adhiere a la solicitud del otro, reconociendo la certeza de los hechos que hacen intolerable la vida en común.

c) Se introduce el divorcio por ruptura de la vida en común, basado en causas objetivas, bien en base a la alteración profunda de las facultades mentales de uno de los cónyuges que conducen a una separación efectiva por el mismo período.⁶⁸

⁶⁷ *Ibíd*em p 432 – 433

⁶⁸ *Ibíd*em p 435.

Países anglosajones.

En *Inglaterra*, hasta 1975 se introduce legislativamente el divorcio, el cual podía solicitarse por el marido a causa de adulterio y por la mujer probando además, el incesto, la bigamia, la crueldad, o dos años de abandono; o bien, alternativamente el rapto u ofensa por actos “*contra naturam*”.

En *Estados Unidos*, el divorcio es una institución generalmente admitida, variando los motivos de un estado a otro. Son causas admitidas en todos ellos de adulterio, la crueldad física o mental, el abuso de alcohol o estupefacientes, delitos *contra naturam*, impotencia antecedente incurable, enfermedad mental incurable, condena por delitos graves y abandono.

En *Canadá*, no se admitía el divorcio en las provincias de New Foundland y Québec. En las demás con base en el Derecho inglés, se admite como causa de divorcio, la crueldad física o moral, la violencia sexual y otras aberraciones *contra naturam*. Hoy el divorcio está generalizado en todo el país.⁶⁹

Países latinoamericanos.

No se admite el divorcio por disolución del vínculo en *Chile* y *Paraguay*.

El divorcio por culpa de otro cónyuge y a petición del inocente, está generalmente admitido, si bien varían las causas (*Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá*). En ningún caso la lista es considerablemente extensa, o bien incluye

⁶⁹ *Ibíd*em p 437.

alguna causa pintoresca; en *Ecuador*, el que un cónyuge arriesgue en juego de azar los valores de cierta cantidad, o se sancionan los divorcios culposos reiterados. En *El Salvador*, el cónyuge culpable de dos divorcios no puede casarse por tercera vez, a menos que el primero hubiere sido decretado por mutuo consentimiento.

Con mucha frecuencia se admite el divorcio por mutuo consentimiento con diversidad de requisitos: Al año de matrimonio en *Guatemala y México* en vía judicial; a los dos años, en *Bolivia*; siendo mayores de edad, en *Honduras* y habiendo cumplido veinticinco años el varón y veintiuno años la mujer en *Panamá*; a los cinco años en *Costa Rica*, presentando escritura pública sobre la situación de los hijos y de los bienes; sin requisitos en *Ecuador y Uruguay*; estando de acuerdo sobre la bipartición de bienes en *Nicaragua*; por resolución del juez del Registro Civil en *México*, siempre que no haya hijos y sean los cónyuges mayores de edad y quede disuelta la sociedad conyugal.

En algunos casos se transforma la separación legal en divorcio, al cabo de un año en *Costa Rica*, después de dos tentativas de reconciliación, después de tres años en *Bolivia y Uruguay*. También se contempla la mera separación de hecho; de un año en *El Salvador*, de tres en *Ecuador* y de cuatro en *Panamá*.⁷⁰

México.

A. México precolonial.

Entre los indígenas de *Texcoco*, “ cuando se ofrecía algún pleito de divorcio, que eran pocas veces, procuraban los jueces de los conformar y poner en paz, y reñían ásperamente al que era culpado, y les decían que mirasen con

⁷⁰ *Ibíd*em p 438

cuanto acuerdo se habían casado y que no echasen a vergüenza y deshonra a sus padres y parientes que habiendo entendido en los casar y que serían muy notados del pueblo, porque sabían que eran casados, y les decían otras cosas y razones, todo a efecto de los conformar”.

Entre los mayas, “parece que la poligamia existía pero en la clase guerrera. Los mayas casaban con una sola mujer a los veinte los de edad, y los padres buscaban esposas a sus hijos. . .La infidelidad de la mujer era causa de repudio si a tiempo del repudio de los hijos eran pequeños los llevaba la mujer; si eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo. La esposa repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero; había la mayor facilidad para tomarse o dejarse”.

En relación a los jueces y procedimientos, encontramos lo siguiente:

“Las quejas del matrimonio se presentaban al gran sacerdote, Petamuti. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta decretaba el divorcio. Si la culpable era la esposa, seguía, sin embargo, viviendo en la casa marital; a no ser en el caso de adulterio en que entregada al Petamuti la mandaba matar. Si la culpa era del varón, recogía a la mujer sus parientes y la casaban con otro. No se permitía un segundo divorcio.”

“Había tres señores principales en la Nueva España, a las cuales estaban sujetas las más principales provincias y pueblos de toda aquella tierra, que eran señores de México, el de Tlezcuco, de Tacuba”.

“En las casas del señor, había unos aposentos y salas levantadas del suelo, siete u ocho gradas, que eran como entresuelos, y en ellos residían los jueces, que eran muchos, y los de cada provincia de pueblo y barrio estaban a su

parte de allí acudían los súbditos de cada uno, y también oían y determinaban las causas de los matrimonios y divorcios”.

Al haber observado que los indios dejaban a sus mujeres con facilidad, e investigando el porqué de tanto repudio, se pudo saber que lo habían usado sólo después de que habían sido sujetos a los españoles, “porque entonces empezó a perderse entre ellos el concierto y policía, y el rigor de la justicia que antes tenían. Y perdido el temor cobraron atrevimiento para alargarse y extenderse a su voluntad en lo que antes pocas veces se les permitía. Porque puesto ser verdad que el tiempo de su infidelidad usaron el repudio, fue según pareció en algunas provincias por vía de sentencia de los jueces que terminaban los demás pleitos. Y aunque en otras partes no aguardaban sentencia súpose que era raro el repudio, no por leyes ocasionales sino por adulterio o semejante causa. Y así se halló y averiguó en Texcoco donde estaban las leyes de estos naturales más en su vigor que, en semejantes casos de discordia entre marido y mujer que se procedía en esta forma. Que llegadas ambas partes ante los jueces en su sala, oían primero al querellante, y hecha su plática y dicha queja, preguntaban luego al otro si era ello verdad y si pasaba así como adelante de ellos se había propuesto una queja.

Preguntaban también de qué manera se había ayuntado si habían sido en modo matrimonial, de consentimiento y licencia de sus padres y con las ceremonias usadas o por modo fornicario de amancebados. Y si era por modo de amancebados habían poco caso de que se separasen o quedasen juntos; pero si eran casados según sus ritos matrimoniales, una y dos veces y muchas veces trabajaban de los concertar, más nunca consentían que se apartasen. Porque les parecía, y así lo tenían heredado de sus antecesores, que una cosa que pasó en público en vista del pueblo con tanto acuerdo con tan solemne ceremonia, era mal

hecho dar lugar a que se deshiciese y que era mal ejemplo en perjuicio de toda la república”.⁷¹

B. Época colonial.

Durante le época colonial, estuvo vigente en la Nueva España, la legislación española.

C.- México independiente.

En la ley de matrimonio civil del 23 de julio de 1859, se estableció el divorcio como temporal, “y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados”. (Art. 20).⁷²

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentado en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre ambos Códigos sólo existe una diferencia de grados, es decir, el de 1870, estatúa mayores requisitos, audiencias y plazos para que el Juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, los que redujo considerablemente el Código de 1884. Algunas de las causales se repiten en el actual Código de 1928.

A) Código de 1870. En este Código se parte de la noción de que el matrimonio es una unión indisoluble, por lo que se rechaza el divorcio vincular. Se señalan siete causas de divorcio, es decir de separación de cuerpos, cuatro de las cuales constituyen delitos.

El artículo 239 prevenía que “el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos a este Código.

⁷¹ . *Ibíd*em p 439.

⁷² *Cit. Pos. Ibíd*em. pp. 440 – 443.

El artículo 240 expresaba: “Son causas legítimas de divorcio: **1.** El adulterio de uno de los cónyuges; **2.** La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; **3.** La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; **4.** El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o a la convivencia en su corrupción; **5.** El abandono sin causa justificada del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; **6.** La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; **7.** La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.”

Se prohibía el divorcio por separación de cuerpos, cuando el matrimonio tenía veinte años o más de constituido. Era condición para gestionar el divorcio el que hubieren transcurrido dos años, como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción del divorcio era improcedente.⁷³

B) Código de 1884. En este código el artículo 226 señala como único divorcio el de separación de cuerpos, por lo tanto subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Como causas a las contenidas en el Código Civil de 1870, se agregaban: El que la mujer diera a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se declarará ilegítimo; el hecho de negarse a ministrar los alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego, embriaguez, enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio; y el mutuo consentimiento.

Leyes divorcistas de Venustiano Carranza. “ Para tratar de complacer a dos de sus ministros (Palavicini y Cabrera) que planeaban divorciarse de sus

⁷³ *Ibíd*em p 441.

respectivas esposas, Venustiano Carranza, que a la sazón era sólo jefe de una de las facciones en plena guerra civil, expidió sorprendentemente dos decretos: uno el 29 de diciembre de 1914 y el otro del 29 de enero de 1915, por los que introdujo en México el divorcio vincular (el que disuelve el vínculo matrimonial) y suprimió de una plumada el contrato de matrimonio civil, el primer elemento esencial que le había reconocido su autor el Presidente Benito Juárez.

Esta intempestiva amputación de la indisolubilidad del matrimonio fue confirmada más tarde tanto en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, como en el vigente Código Civil, ya que ambos reglamentan el divorcio vincular (disuelve el vínculo matrimonial) como un logro definitivo de la Revolución hecha al gobierno.

En el decreto del 29 de diciembre de 1914, en la exposición de motivos se decía que el objeto esencial del matrimonio es la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda, los contrayentes quienes van a soportar las cargas de la vida, desgraciadamente no siempre se alcanzaban los fines por los cuales se contrajo. Después se alegó que, de acuerdo con el principio establecido por las leyes de Reforma, que el matrimonio era un contrato civil formado por la espontánea libre voluntad de los contrayentes “ es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan difícilmente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias”.⁷⁴

Ley Sobre Relaciones Familiares. A partir de esta ley, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logra el paso definitivo en materia de divorcio, al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite, por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias.

⁷⁴ *Ibíd*em p 442

El artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares establecía que “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

Se conserva el divorcio por separación de cuerpos, que se relegó a segundo término, quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano, pedir el divorcio vincular o la simple separación de lecho y habitación.

El artículo 102 prevenía que los cónyuges recobraban su entera capacidad de contraer matrimonio, salvo lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se haya decretado por causa de adulterio, pues en este caso el cónyuge culpable no podía contraer matrimonio, sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

El artículo 140 prevenía que la mujer no podía contraer matrimonio, sino hasta pasados trescientos días de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió el acto de cohabitación.⁷⁵

a) Código Civil Vigente. En el Código Civil vigente el artículo 266, reproduce el artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Evolución en la legislación civil para el distrito federal.

Los Códigos Civiles para el Distrito Federal del siglo pasado, de 1870 y 1884, sólo conocieron el divorcio menos pleno o de separación de cuerpos, el cual

⁷⁵ Ibidem p 443

podía obtenerse de común acuerdo de forma voluntaria, o bien por alguna de las causales expresamente señaladas.

El Código de 1870 requería que hubieran transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio para que procediera la separación de cuerpos de forma voluntaria, y no procedía después de veinte años de matrimonio.

La Ley de Divorcio del 29 de Diciembre de 1914 y la Ley de Relaciones Familiares de Abril de 1917 introducen en nuestra legislación el divorcio vincular - el que disuelve el vínculo matrimonial -, lo que significó un paso trascendente en la legislación mexicana.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928, aún vigente, estableció como regla y de manera general el divorcio vincular y, como excepción el divorcio por separación de cuerpos, en los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia o enajenación mental. El cónyuge sano que no desee pedir el divorcio puede optar por la separación, permaneciendo subsistentes las demás obligaciones del matrimonio. La misma situación se da cuando uno de los esposos se traslada a país extranjero.⁷⁶

3.2. Formas de divorciarse.

Existen diversas formas de divorciarse, según marca nuestra legislación civil, y para las cuales veremos cada una en particular, atendiendo a las causales, el tiempo en que se realiza la separación y si existe dependientes económicos o no.

⁷⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía, BUENROSTRO BÁEZ. Ob. cit. p. 151

3.2.1. Divorcio administrativo.

Antes de entrar al estudio del divorcio conviene hacer algunas referencias sobre la responsabilidad de la familia y los abogados.

El matrimonio y la familia, como células básicas de la sociedad, son de orden público y en la medida que se integren será más fuerte próspero y dinámico el país. Corresponde a todos procurar la protección para la permanencia y promoción del matrimonio e integración de la familia. Especialmente tenemos responsabilidad los juristas, por conocer, no sólo el aspecto natural de la relación hombre-mujer como pareja conyugal, sino también la estructura jurídica que se encuentra en las normas constitucionales, en la legislación federal en las leyes estatales para proteger y promover estas instituciones.

Es nuestra responsabilidad procurar la integración familiar en beneficio de México, al ser conscientes de que muchas de las carencias y problemas que observamos en la sociedad pueden evitarse y superarse al lograr una vida familiar sana, donde los valores humanos se enseñen. La vida familiar y conyugal no puede incrementarse mediante decretos. A los familiares y a los cónyuges corresponde la vivencia de los valores familiares y conyugales para su integración como pareja y como miembros de una familia.

Esto conlleva a la necesidad de contar con instituciones e instrumentos que promuevan la integración familiar y conyugal. Corresponde a la comunidad, es decir, a todos, procurarla según nuestros medios. Corresponde al Estado, a través de las instituciones públicas, la promoción familiar y conyugal.⁷⁷

El artículo 272 del Código Civil, contiene las disposiciones relativas del divorcio ante el Juez del Registro Civil. Para proceder a este tipo de divorcio se requiere que ambos consortes convengan en divorciarse; que sean mayores de

⁷⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Ob. cit. Pp. 467 – 468

edad; que no tengan hijos; y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal.

Satisfechos los presupuestos señalados “se presentarán personalmente ante el juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse”.

“El juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud del divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior”.⁷⁸

De lo anterior se deriva que los consortes deben presentarse personalmente; es decir, no podrán actuar mediante representantes, por tratarse este caso de divorcio de un acto personalísimo no admite representación alguna.

El papel del juez, como señala Eduardo Pallares, es pasivo. Se limita a comprobar que se presenten los documentos necesarios, identifica a los consortes, y levanta el acta con la solicitud de divorcio, citando a los cónyuges, para que la ratifiquen a los quince días. Es decir, no hace esfuerzo alguno para avenirlos o buscar la permanencia del matrimonio.

Según el autor mencionado, el “papel de pasivo del oficial civil en esta clase de divorcios, se explica porque, no habiendo hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el

⁷⁸ Idem Pp. 469.

Estado, carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista, y consideran el divorcio como una rescisión de contrato”⁷⁹

Debemos tomar en cuenta, que lo único que considera esencial el artículo que se comenta, es que los cónyuges sean mayores, que no tuvieran hijos, y que hubieran liquidado la sociedad conyugal.

3.2.2. Divorcio voluntario:

Antecedentes del divorcio voluntario: En los Códigos Civiles de 1870 y 1884, bajo el nombre de divorcio, se reglamentó la separación conyugal (Art. 246 el primero y 231 el segundo). Se señalaba que cuando ambos consortes convinieran en divorciarse en cuanto al lecho y habitación, sólo podría lograrse ocurriendo por escrito al juez, y no podía pedirse “sino pasados dos años de la celebración del matrimonio”. El Código de 1870 agregaba que “el divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad”.

Solicitada la separación, y acompañada a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de separación, en el Código de 1870 debía dejarse pasar tres meses y un mes en el de 1884, para que después cualquiera de los cónyuges pidiera la resolución judicial. El juez decretaba la separación, siempre y cuando le constare que los cónyuges quieren separarse libremente, y en la sentencia se fijaba el plazo que la separación debía durar según el convenio de las partes. Los cónyuges separados por sentencia, de común acuerdo podían reunirse en cualquier tiempo. (Art. 260 y 237 respectivamente).

⁷⁹ Cit. Pos. Ibidem. pp. 469 – 470.

Actualmente en su fracción XVII del artículo 267 del Código Civil, señala también como causa de divorcio el mutuo consentimiento, pero en este caso con disolución del vínculo. Este tipo de divorcio puede ser administrativo o judicial.

Debe tenerse en cuenta que el divorcio “por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio” (Art. 273 C.C.).

El último párrafo del artículo 272 del Código Civil, nos dice “que los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles”.

Esto significa que deben recurrir a este divorcio aquéllos que, independientemente de que sean mayores o menores de edad, tengan hijos y no hubieren liquidado su sociedad conyugal.

El Código de Procedimientos Civiles contiene reglamentación especial para el divorcio por mutuo consentimiento, que se encuentra en el título décimo primero (Arts. Del 674 al 682 inclusive), que está separado de la jurisdicción voluntaria, por lo que no debe considerarse como tal. Es un procedimiento especial para esta materia.

Intervienen en el proceso como partes del mismo los cónyuges. El Ministerio Público que participa para velar por los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores e interdictos, y también para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

El Artículo 674 del Código de Procedimientos Civiles nos señala los documentos que deben presentar los consortes y consisten en el convenio que

exige el artículo 273 del Código Civil, copia certificada del acta de matrimonio, y del nacimiento de los hijos menores.

El *Convenio* debe contener lo siguiente:

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

2.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

3.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

4.- En los términos del artículo 288 del Código Civil, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar a otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo.

5.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de los liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Lo exigido por el código es lo mínimo que debe convenirse entre los divorciantes, pero se observa que faltan pactos con referencia al derecho de visita, a los derechos de los cónyuges en el régimen de separación de bienes y a la casa habitación familiar.

El derecho de visita corresponde al progenitor que no tiene la custodia del hijo con el fin de continuar la convivencia y participar en lo que le corresponde en el ejercicio de la patria potestad. Es algo sumamente importante precisar para evitar conflictos futuros.

En la legislación para el caso de divorcio no se hace referencia al régimen de separación de bienes, pues se supuso que no habría nada que regular porque cada cónyuge conserva los bienes adquiridos individualmente durante el matrimonio. Sin embargo, en la práctica se detectan problemas e injusticias que afectan más de las veces a la mujer, lo que hay que tomar en consideración con base en la equidad.

Por último, es también importante que en el convenio se fije y establezca el domicilio familiar. Los progenitores vivirán separados, pero uno de ellos tendrá la custodia de los hijos donde continuará la vida familiar normal. Ambos progenitores son responsables de establecer y sostener la habitación.

En relación a los cónyuges se señala la casa habitación que cada uno de ellos ocupará durante el procedimiento, así como la cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, y la garantía que debe darse para asegurarlos.⁸⁰

3.2.3. Divorcio necesario:

El divorcio es un mal necesario. Cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo difícil la vida en común, se permite la ruptura del vínculo.

Las causas del divorcio siempre han sido específicamente determinadas, y por ello se le denomina divorcio causal o necesario. El orden jurídico sólo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su gravedad impiden la normal convivencia de la pareja. Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de allí que en todo juicio haya

⁸⁰ Ibidem pp. 467

generalmente un cónyuge inocente (el actor) y uno culpable (el demandado). Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal, por ejemplo uno demanda por abandono y el otro contrademanda por injurias o sevicia; ambos pueden ser culpables e inocentes según la causal invocada.

Características de la acción de divorcio.

La acción de divorcio es una acción personalísima que sólo puede ser intentada por el interesado, aunque ello no impide que se nombre representante para comparecer en el juicio.

Cabe preguntarnos si al tratarse de un incapaz por enajenación mental e imposibilitada de discernir puede su tutor ejercitar la acción de divorcio.

En México, el Maestro Rojina Villegas ha hecho prevalecer la idea de proteger al cónyuge inocente incapacitado, y la manera de hacerlo es permitiendo el ejercicio, por medio de su tutor, de las acciones que la ley le confiere.⁸¹

La acción de divorcio es una acción sujeta a caducidad o prescripción. La calificación de prescripción o caducidad ha sido motivo de divergencias; el Maestro Rojina Villegas se pronuncia a favor de la caducidad, al dar como característica de la prescripción la posibilidad de la suspensión del plazo. Esto no acontece con la caducidad, en que el plazo es perentorio; si no se ejercita la acción dentro del término señalado, ésta se extingue sin que haya posibilidad de suspender el transcurso del tiempo por ningún medio.⁸²

La extinción de la acción del divorcio.

⁸¹ Cit. Pos. BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía, BUENROSTRO BÁEZ. Ob. cit. Pp. 163 –164

⁸² *Ibíd*em p 169

La reconciliación y el perdón tácito o expreso son causas de extinción de la acción de divorcio. La reconciliación presupone perdón mutuo de culpas reales o probables, y pone fin de común acuerdo el estado de desavenencia. El perdón presupone culpa de alguno de los cónyuges, y de forma unilateral el inocente persona el agravio, ya sea con palabras, por escrito o con actos que de manera tácita hagan suponer el perdón de la falta. La reanudación de la vida en común es la forma más frecuente de reconciliación o perdón.

No puede intentarse un nuevo juicio por las causas perdonadas, pero sí por otras de la misma naturaleza.

La muerte de cualquiera de los cónyuges culpable o inocente, pone fin a la acción, se haya iniciado o no el juicio de divorcio.

3.3 Efectos provisionales y definitivos del divorcio.

Los efectos del divorcio se han dividido en: *provisionales* y *definitivos*.

1.- Se consideran *efectos provisionales* aquellas medidas que decreta el juez mientras dura el juicio de divorcio, y pueden agruparse según afecten a: los cónyuges, sus hijos, o sus bienes.

Respecto a los *cónyuges*, el juez deberá decretar su separación, señalar y asegurar los alimentos que deberá dar el deudor alimentista, tanto al cónyuge como a los hijos.

Respecto a los *hijos*, si se pusieran de acuerdo, su cuidado estará a cargo de la persona que los cónyuges determinen; de no ser así, el que solicite el divorcio propondrá y, previa audiencia del demandado, el juez resolverá sobre la

custodia de los menores. Si no hubiere causa grave, los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre.

Respecto *a los bienes*, el juez dictará las medidas conducentes para que ninguno de los cónyuges cause perjuicio en los bienes del otro o en los de la sociedad conyugal, evitando que los oculten o que dispongan ilegalmente de ellos.⁸³

2.- Se consideran *efectos definitivos* aquellos que se actualizan al dictarse la sentencia que decreta el divorcio y que, por consiguiente, establecen: el nuevo estado de los cónyuges, la situación de los hijos y la repartición de los bienes para el futuro.

a) Respecto *a los cónyuges*, el efecto principal es el rompimiento del vínculo matrimonial, con lo que determinan las obligaciones derivadas del matrimonio.

b) Respecto *a los hijos*, el juez fijará la situación de los hijos menores después de oír a los abuelos, los tíos y los hermanos mayores cuando lo pidieren, y tiene plena facultad para resolver sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, pudiendo decretar su pérdida o suspensión, y las limitaciones pertinentes en bien de los hijos.

c) Respecto *a los bienes*, el principal efecto es la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. En las capitulaciones matrimoniales deben sentarse las bases de la liquidación de esta sociedad y, si fueron omisas, se estará a las reglas generales de liquidación de las sociedades civiles. La sentencia de divorcio disuelve la sociedad conyugal, por lo que debe procederse a su liquidación, la que puede ser hecha por los excónyuges, o por un liquidador nombrado por ellos o por el juez, si no hay acuerdo. Como en cualquier liquidación, deben inventariarse los bienes y deudas comunes. Terminado el inventario y avalúo de los mismos se pagarán los adeudos de la sociedad, y se

⁸³ *Ibíd*em p 171.

devolverá a cada esposo lo que hubiere aportado al matrimonio, dividiéndose el sobrante de la forma convenida.⁸⁴

Principios generales del divorcio.

Para el Maestro Chávez Asencio, estos principios son los siguientes:

A) *El divorcio como excepción:* El matrimonio es permanente en lo civil e indisoluble en lo religioso; la excepción es el divorcio que disuelve el matrimonio y la excepción confirma la regla. Las instituciones familiares son permanentes por naturaleza, a diferencia de lo transitorio de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial económico. Así lo observamos en la adopción, el reconocimiento de hijos, el matrimonio, etc.

El acto jurídico que genera el estado jurídico matrimonial, que es la comunidad humana de vida (matrimonio-estado), puede originarse por el amor que los novios se tienen, lo que constituye el motivo determinante de su voluntad; o bien, puede reconocer otros motivos como son : los económicos, los políticos y los sociales. Tiene el matrimonio como fines, según lo vimos, la promoción integral de los consortes, el amor conyugal y la paternidad responsable. Si estos fines no se logran plenamente o el amor termina, ya se creó una institución que trasciende a los consortes (con mayor razón si tienen hijos), respecto a la cual está interesada toda la sociedad.

Por lo tanto, siendo excepción el divorcio, deben regularse cuidadosamente las causales que permitan disolver el matrimonio, debiendo tratarse de causas de tal gravedad que hagan imposible la vida conyugal, bien sea como consecuencia de alguna enfermedad, pero evitando que sean el egoísmo o el hedonismo las causa generadoras del divorcio, porque afectaría seriamente la estabilidad familiar y la estructura de la sociedad.

⁸⁴ *Ibíd*em p 171 – 172

B) Limitación de las causas: Según este principio, sólo son causas de divorcio, necesario las que limitativamente enuncian los artículos 267 y 268 del Código Civil. Este principio se deriva de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas del divorcio.

El Código Civil para el Distrito Federal es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni emplearse por analogía ni por mayoría de razón.

Debemos en tomar en cuenta que no en todas las fracciones del artículo 267 del Código Civil, se contiene sólo una causa de divorcio. Hay fracciones que contienen dos y hasta seis causas que pueden invocarse aislada o conjuntamente, a las que añadida la prevista en el artículo 268 del Código Civil, nos dan un total de 38 causas posibles de divorcio. También debemos tomar en cuenta que una de las causas es la injuria grave, y bajo este concepto se pueden encuadrar un sinnúmero de circunstancias culposas que generan el divorcio, por lo que de hecho la limitación de causas como principio queda entredicha.

C) Conducta ilícita: El proceso de divorcio está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, y así lo previene el artículo 288 del Código Civil, al señalar al consorte culpable responsable de los daños y perjuicios como autor de un hecho ilícito. Es ilícito por ser contrario a las leyes de orden público, como son las relativas al matrimonio y la familia, y a las buenas costumbres, porque las causales de divorcio fundamentalmente van contra la moral y las buenas costumbres. El hecho que la conducta de alguno de los cónyuges encuadre dentro de alguna de las causas de divorcio previstas por la ley, que se consideran violaciones de los deberes y obligaciones conyugales, genera el acto ilícito. Por lo tanto, la causal prevista debe ser imputable al cónyuge culpable para proceder el divorcio. En las causas de enfermedad y ausencia es cuestionable que se trate de un hecho ilícito, sin embargo, la ley no hace diferencia alguna.

D) Prevacía del proceso: Esto significa que, a diferencia de los juicios en general en los que las audiencias son públicas, en los casos de divorcio existe una excepción que marca el artículo 59 del Código procesal, que señala que las audiencias en los juicios de divorcio y nulidad del matrimonio serán secretas.

E) Extranjeros: El extranjero para promover un divorcio o nulidad del matrimonio en México, requiere de un certificado expedido por la Secretaría de Gobernación, en el cual conste “su legal residencia en el país y de que sus condiciones y calidad migratoria les permite realizar tal acto (Artículo 69 de la Ley General de Población). Es decir, no se hace referencia sólo al domicilio sino a la necesidad de que se acredite la legal estancia en el país, lo que compete a la Secretaría de Gobernación. La constitucionalidad de tales disposiciones fue declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Jurisprudencia 41 (Séptima Época), Pág. 106, Volumen Pleno. Primera Parte. Apéndice 1917-1975.

F) Partes: Son partes en el juicio los cónyuges; ambos tienen capacidad para participar en el juicio. El Ministerio Público no interviene a diferencia del divorcio voluntario judicial. Es una anomalía porque si es tan importante que comparezca y actúe en el divorcio voluntario, más lo es su presencia en el necesario, en donde las pasiones de los cónyuges pueden afectar a ambos, o a los hijos.

G) Acción: La vía es ordinaria civil.

H) Rebeldía: En términos generales, en todo proceso al haber transcurrido el término del emplazamiento sin haber sido contestada la demanda, se “hará la declaración de rebeldía sin que medie petición de parte y se abrirá el período de ofrecimiento de pruebas observando las prescripciones del título noveno” (Art. 271 C. P. C.). La misma disposición legal señala que se presumirán confesados los hechos de la demanda que se dejen de contestar.

I) Las causales deben probarse plenamente: Precisamente por ser de orden público el matrimonio y por estar la sociedad interesada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado Jurisprudencia en este sentido.

“La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por lo tanto, en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad”.

J) Pruebas: En relación a la testimonial, en esta materia se hace excepción en cuanto a los testigos, permitiendo que puedan declarar parientes, domésticos y amigos, por considerar que son los más aptos por conocer la realidad del matrimonio de los que contienden en un divorcio necesario.

K) Caducidad de la acción: Precisamente por lo antes señalado en puntos precedentes, si transcurre un determinado tiempo sin que el cónyuge inocente intente la acción de divorcio ésta caduca. La acción del divorcio debe ejercitarse “dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda” (Art. 278 C. C.).

L) Juez competente: En relación al Juez competente, lo será el juez de lo familiar en los términos del artículo 58 fracción II de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal.

En relación al territorio, el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 156 fracción XII, previene que en los juicios de divorcio, será el tribunal del domicilio conyugal.

M) Sentencia: No hay divorcio sin sentencia. Debe intervenir el juez de lo familiar, y su sentencia tiene características de declaratoria y de condena.

Declara la culpabilidad de alguno de los cónyuges y, como consecuencia, la disolución del vínculo. Condena al culpable, en términos generales, a la pérdida de la patria potestad, al pago de la pensión alimenticia, a la pérdida de las donaciones hechas en consideración al otro cónyuge y al pago de daños y perjuicios (Art. 286 C. C.).

N) Sanciones: El divorcio trae como consecuencia sanciones que se aplican al cónyuge culpable, lo que hay que tener en cuenta al entablar la demanda, a fin de comprenderlas en el mismo escrito, tomando en cuenta que las sanciones provienen de la misma causa de divorcio.

Se señalan como sanciones previstas en nuestro Derecho las siguientes: Pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad (Art. 283 C. C.); alimentos al cónyuge inocente (Art. 288 C. C.); alimentos a favor a los hijos (Art. 287 C. C.); daños y perjuicios a pagar al cónyuge inocente (Art. 288 C. C.).

O) Terminación del juicio: El juicio de divorcio puede terminar por alguna de las siguientes circunstancias: perdón, expreso o tácito del cónyuge ofendido; reconciliación de los cónyuges; desistimiento del cónyuge que no ha dado causa de divorcio; y, por último, muerte de alguno de los consortes.⁸⁵

Clasificación de las causas de divorcio.

Siguiendo la doctrina más generalizada, clasificamos las causales del divorcio que consigna el Código Civil para el Distrito Federal como lo hace el Maestro Rojina Villegas:

1. Causales que implican delitos, en contra del otro cónyuge, los hijos o terceros.

⁸⁵ CHAVEZ ASENCIO, MANUEL. Ob. cit. pp. 476 – 488.

2. Causales que constituyen hechos inmorales.
3. Causales violatorias de los deberes conyugales.
4. Causales consistentes en vicios.
5. Causales originadas en enfermedades.
6. Causales que implican rompimientos de la convivencia.

Las causales de adulterio, incitación a la violencia, corrupción y su tolerancia, sevicia, amenazas, injurias y acusación calumniosa, aunque tipificados como delitos en el Código Penal, no requieren que exista sentencia condenatoria para que sean causales de divorcio, pudiéndose probar en juicio civil sin que necesariamente se tenga que ejercitar la acción penal.⁸⁶

Para el Maestro Eduardo Pallares, la clasificación de las causas de divorcio es la siguiente:

Pueden dividirse en los siguientes grupos:

a) Causas en las que los tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la ley considera como causas. Por ejemplo, cuando se trata de injurias graves, sevicia, calumnias, abandono del hogar sin oír causa justificada, etc.

b) Las contrarias a las anteriores, en las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional. Ejemplo, el adulterio, el abandono de hogar por más de un año, la falta del pago de los alimentos, la promoción de un juicio improcedente, etc.

Respecto a estos dos grupos, hay que aclarar que no cabe identificar la facultad de que se trata, con la relativa al poder de apreciación de que gozan los tribunales en materia de prueba, que en el caso de divorcio la tienen dentro de los

⁸⁶ Cit. Pos. BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía, BUENROSTRO BÁEZ. Ob. cit p. 163

mismos límites que en los demás juicios, de acuerdo con las reglas relativas a cada prueba en particular.

c) Un tercer grupo está formado por las causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado; tales como el adulterio, la incitación a cometer un delito, la corrupción de la mujer, el abandono del domicilio conyugal, etc. En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza jurídica. Así, por ejemplo, padecer alguna de las enfermedades que especifican las fracciones VI y VII del Artículo 267 del Código Civil.

d) El cuarto grupo comprende el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, de modo especial las relativas a suministrar alimentos al otro cónyuge y a sus hijos, y la de vivir en el domicilio conyugal. En oposición a estas causas pueden señalarse aquellas que sin constituir el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, revelan una condición de inmoralidad tal del cónyuge culpable, que es del todo necesario disolver el matrimonio para evitar su influencia perniciosa en la vida de los hijos o del otro consorte;

e) Finalmente, hay otras causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares. Así son las que se consignan en las fracciones XIV y XV.⁸⁷

Efectos en cuanto a los bienes.

Hemos hecho notar que posiblemente el 96% de las parejas mexicanas contraen matrimonio sin fijarse en lo que están firmando en relación con sus bienes. Ciertamente, tal vez en ese momento nada tengan, el amor las ciegas, y prestan por ende poco interés a las cuestiones patrimoniales que consideran

⁸⁷ PALLARES Eduardo. "El Divorcio en México." Editorial. Porrúa. México. 1979. Pp. 60 – 63.

completamente secundarias. Y los empleados de las oficinas del Registro Civil tienen marcada predilección por el régimen de sociedad conyugal.

A menudo, repitámoslo una vez más, cuando se les solicita un esqueleto para pactar la separación de bienes, se limitan a expresar a los futuros contrayentes que no lo tienen y que “por ende, para facilitar los trámites, “es prudente que firmen el otro (el de la sociedad conyugal), que se les brinda”.

No reparan los jóvenes contrayentes en las vueltas que da la vida. Sus recursos son exiguos en el momento de contraer matrimonio; pero las cosas pueden cambiar, a veces con la rapidez del relámpago, y entonces se lamentarán de haber firmado un pacto con bien poca reflexión.

La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después.

Invariablemente debemos comparar el capítulo VI del título quinto del libro primero de nuestro Código con el sistema establecido con la Ley de Relaciones Familiares.

En los regímenes de separación no existe masa común alguna de bienes; cada esposo conserva la propiedad exclusiva de todo lo suyo. La separación de bienes es individualista y mucho más sencilla; cada cónyuge es titular no tan sólo de la propiedad de cada bien, sino del goce y de la administración. En nuestro antiguo régimen dotal (Código de 1884), por el contrario, ciertos bienes de la mujer, los bienes dotales, afectados especialmente a la familia, quedan confiados al marido, que goza de la administración y hace suyos los frutos.

Difiere Mazeud plena y totalmente de nuestra opinión: para él los regímenes de comunidad de bienes responden mucho mejor a los fines del matrimonio. Para nosotros son fuente de intrincados problemas, de desavenencias y de dificultades.

Para nosotros si los cónyuges se comprenden bien, si subsiste entre ellos un leal afecto conyugal, de hecho todos los bienes serán comunes, sin que haya que recurrir al efecto a los complicados pactos y capitulaciones de una sociedad conyugal.

No es complicada la teoría de nuestro código sobre separación de bienes:

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

b) Las capitulaciones que establezcan separación de bienes, siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio y nota especificada de las deudas que al casarse tengan cada consorte (Art. 211). En la práctica mexicana jamás se cumple con el requisito de realizar un inventario, dentro de la precipitación que ponen todas las parejas para casarse. Felizmente, los resultados no revisten gravedad en la inmensa mayoría de los casos.

c) En el régimen de separación de bienes, los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenezcan y, por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos (Art. 212).

d) Serán también propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvieren por servicios personales, por el desempeño de un empleo, o el ejercicio de una profesión, comercio e industria. (Art. 213).

e) Los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado, por cualquier otro título gratuito o por don de la fortuna, entre tanto se hace la división, serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro, pero en este caso el que administre será considerado como mandatario (Art. 215).

f) Ni el marido podrá cobrar a la mujer ni ésta a aquél, retribución ni honorario alguno por los servicios personales que le prestare o por los consejos o asistencia que le diere; pero si uno de los consortes por causa de ausencia o impedimento del otro, no originado por enfermedad, se encargare temporalmente de la administración de los bienes, tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere (Art. 216).

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

h) El marido responde a la mujer y ésta a aquel de los daños y perjuicios que le cause por dolo o negligencia (Art. 218).

Mazeud considera que dentro del régimen de separación de bienes, cuyo mérito principal es la sencillez, la simplicidad, estas dos características no son más que aparentes.

Considera que el régimen de separación de bienes es peligroso e injusto para la esposa:

a) El peligro consiste en que, en el derecho francés, el marido administra a la vez sus bienes y los de su mujer. Este peligro desaparece en nuestro derecho toda vez que cada cónyuge conserva la administración de sus bienes. En cambio, no le falta razón al decir que, si la mujer consagra toda su actividad a los cuidados del hogar y a los niños, no percibe por ello retribución alguna. En cambio, el marido por la profesión que esta ejercitando, percibe ingresos y no tiene que compartir con la mujer la parte de los ingresos que excede de las necesidades de la familia: la igualdad no existe, pues, más que en el caso en que los esposos ejercen cada uno de ellos una profesión y perciban la misma remuneración. Ello podría contrarrestarse en derecho mexicano haciendo comunes los bienes gananciales.

b) Recordemos que, bajo la vigencia del Código de 1884, los bienes de la mujer se dividían en bienes dotales y bienes parafernales. Estos últimos se equiparaban a los bienes que hoy tiene una esposa bajo el régimen de separación de bienes.⁸⁸

Liquidación de los bienes: No debería de producirse ninguna dificultad por conservar cada uno de los esposos los bienes que no ha dejado de administrar. Pero, en razón de la confusión de hecho que se realiza en el curso del matrimonio entre los muebles de los esposos, la liquidación de este régimen tropieza con grandes dificultades de prueba. El notariado intenta remediarlo insertando en los contratos algunas cláusulas llamadas de “*presunciones de propiedad*”, en virtud de las cuales se presume, por ejemplo, que las alhajas son de la mujer; la biblioteca y los valores contenidos en tal cofre, del marido.

La confusión de hecho entre los bienes de los cónyuges, y las dificultades de prueba que de ello resultan, despojan al régimen de separación de bienes de lo que debería ser su mérito principal: *la simplicidad*; esa simplicidad no es más que aparente.

⁸⁸ IBARROLA, Antonio. DE “Derecho de Familia.” Edit. Porrúa. 2° ed. México. 1981. pp. 277 – 280

Cabría, desde luego, pensar que este régimen es favorable a la mujer: ¿no conserva ella todos los poderes sobre sus bienes? Pero, también en esto, no suele haber sino apariencia: este régimen es peligroso e injusto para la mujer.

Peligroso: en la mayoría de los hogares que han adoptado el régimen de separación convencional de bienes, por desinteresarse la mujer de la administración de su patrimonio, gestiona el marido, a la vez, sus bienes y los de su mujer, como un marido de bienes comunes. Pero la ley ha concedido, a la mujer con bienes comunes, múltiples garantías contra la mala gestión del marido; ninguna de esas garantías existe para la mujer separada de sus bienes, que, por haber dejado a su marido la gestión de su patrimonio, deberá soportar todas las consecuencias de la mala administración y de las dilapidaciones del marido.

Injusto: Por dos razones: si el marido administra los bienes de la mujer, percibe sus rentas; pues bien, no debe rendir cuentas de las sumas que cobre así, por lo tanto, puede conservarlas si exceden de la parte de la mujer en las cargas del hogar. Incluso cuando la mujer administra sus bienes, y cobra sus rentas, el régimen es injusto con ella. En efecto, cada uno de los consortes conserva sus ingresos, salvo la parte que entrega para las cargas. Si la mujer consagra su actividad a los quehaceres domésticos y a los hijos, no recibe ningún salario; por el contrario, el marido, por la profesión que ejerce, percibe ingresos; no tiene que compartir con la mujer la fracción de los ingresos que exceden de las necesidades de la familia; la igualdad no existe sino entre los cónyuges cuando cada uno ejerce una profesión y perciben la misma remuneración. El inconveniente es tal, que, en la mayoría de las capitulaciones de separación, se agrega una cláusula llamada de “sociedad de gananciales”, que crea una masa común, formada con los ingresos de los esposos.⁸⁹

Liquidación del régimen de sociedad conyugal:

⁸⁹ *Ibíd.* p 280

Por otra parte, la terminación de la sociedad conyugal obliga a la liquidación del patrimonio común. Para tal liquidación puede procederse de dos maneras: de común acuerdo entre los cónyuges y nombrando un liquidador.

1. Cuando la liquidación se hace de común acuerdo entre los cónyuges, dependerá de su convenio de liquidación; esto es el pago de créditos y repartición de las utilidades.

2. Cuando la liquidación requiere de que se nombre un liquidador porque no ha sido posible que los cónyuges procedan de común acuerdo en cuanto a la liquidación del patrimonio. El liquidador deberá:

- a) Formar el inventario de los bienes y deudas;
- b) Hacer el avalúo de los bienes y deudas;
- c) Pagar a los acreedores del fondo común;
- d) Devolver a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio;
- e) Dividir entre los esposos el remanente, si lo hubiere de la forma convenida.

“En el caso de existir pérdidas, éstas se dividirán igual que las utilidades, pero en los casos en que sólo uno de los esposos aportó capital, de éste será deducido el total de las pérdidas”.⁹⁰

Liquidación del régimen de separación de bienes:

A pesar de la ausencia de masa común, es necesaria una liquidación debida: a la confusión de lo mobiliario, a las cargas del matrimonio que debían costear ambos esposos y por el hecho de que, con frecuencia, la mujer le ha entregado al marido la gestión de los bienes de ella.

⁹⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía, BUENROSTRO BÁEZ. Ob.cit. p. 98.

Los esposos tienen la posibilidad de hacer la prueba de su derecho de propiedad por todos los medios, porque no se aplican aquí las reglas de prueba de las recuperaciones en los regímenes de comunidad. Los cónyuges tienen interés en prepararse esa prueba mediante un inventario; a falta del mismo, presentarán la prueba de su adquisición.

La posesión privativa facilita la prueba de la propiedad de los muebles: pero eso es excepcional: casi siempre, la posesión es promiscua (cada uno de los esposos es poseedor). Entre cónyuges, se decide que la posesión promiscua es una coposesión que prueba la copropiedad. La jurisprudencia, para proteger a los terceros contra los fraudes, ha creado una presunción a favor de los acreedores: presume que el bien embargado, cuya posesión sea promiscua, es posesión del esposo deudor, y que el otro cónyuge tiene la carga de la prueba en contrario, que se puede hacer por todos los medios.

Existe igualmente, en caso de quiebra, una presunción legal, llamada *presunción muciana*: todos los bienes muebles adquiridos, incluso a nombre del cónyuge del quebrado, se presumen, salvo prueba en contrario, que no puede presentarse sino mediante un documento, que son propiedad del quebrado.

Las partes pueden establecer algunas presunciones convencionales en las capitulaciones matrimoniales. Entre esposos, se admite la posibilidad de estipular que esas presunciones serán irrefragables. Las presunciones convencionales son oponibles a los terceros; pero éstos pueden aportar la prueba en contrario por todos los medios, incluso cuando la presunción se haya pactado como irrefragable.⁹¹

El método utilizado en este capítulo es el inductivo. El maestro Ponce de León lo define como: "El método inductivo considera una serie de fenómenos o

⁹¹ MAZEUD, Henri León." Lecciones de Derecho Civil." Parte Primera. Vol. IV. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, Argentina. 1965. p. 641

conocimientos particulares para llegar a conclusiones generales. Del analisis de varios casos y objetos particulares puede llegarse a una conclusión general...”⁹²

⁹² PONCE DE LEON ARMENTA, Luis. Ob.cit.. p.73

CAPITULO CUATRO

ANÁLISIS DE LA INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

- 4.1 Interpretación jurídica
 - 4.1.1 Hermenéutica
 - 4.1.2 Interpretación
 - 4.1.2.1 Objetos de la interpretación
 - 4.1.3 Interpretación jurídica
 - 4.1.3.1 Conceptos de interpretación
 - 4.1.3.2 Teorías de la interpretación jurídica
 - 4.1.3.3 Técnicas de la interpretación
 - 4.1.3.4 Problemas de la interpretación
- 4.2 Desglose del artículo 289-bis
 - 4.2.1 Párrafo primero
 - 4.2.2 Fracción I
 - 4.2.3 Fracción II
 - 4.2.4 Fracción III
 - 4.2.5 Último párrafo

CAPITULO CUARTO

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1. Interpretación jurídica

Por lo que se refiere a este concepto de interpretación parece no haber problema. Existen tantas interpretaciones como personas y lectores hay. Sin embargo el problema comienza cuando tratamos de dar un concepto general de algo en particular. En este sentido la hermenéutica se encuentra atrapada en que llamaríamos círculo hermenéutico que no es más que una necesidad que va del todo a la parte y viceversa, es decir, que podemos conocer las partes porque conocemos el todo y que conocemos a éste porque conocemos las partes. También podría expresarse diciendo que el significado del todo está en función del significado de las partes, pero éstas sólo adquieren significados como constituyentes de un todo.

La definición de interpretación jurídica pertenece al género de interpretación textual. En expresiones como interpretación jurídica, el vocablo denota, grosso modo, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de ésta actividad]: el significado mismo. Que la interpretación sea una actividad de averiguación o de decisión es una cuestión controvertida, a la que las diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas diferentes.

4.1.1 Hermenéutica

Ha quedado asentado que la hermenéutica no tiene mayores problemas cuando solo pretendemos dar un significado a algo, el problema aparece cuando pretendemos uniformar criterios en relación a un objeto en particular.

Algunos autores han manifestado al respecto y han establecido algunos criterios para llevar a cabo esta actividad.

Así, para el Maestro Mario Tamayo la hermética es “Acción de interpretar un texto. Método aplicable a la ciencia de la interpretación.”⁹³

Para Roberto Atwood, la hermenéutica es “el arte de interpretar textos legales. Viene del griego Hermeneueira, que quiere decir interpretar”⁹⁴

Otros autores como Dagobert Gunes, manifiestan que la hermenéutica es “El arte y la ciencia de la interpretación, especialmente la interpretación de textos a los que se reconoce autoridad, principalmente a la Sagrada Escritura”⁹⁵

Por lo manifestado anteriormente, podemos decir, que la hermenéutica es la interpretación que damos a un texto y al cual se le reconoce una determinada autoridad, es decir, que se cree como cierto en un tiempo y espacio determinado.

⁹³ TAMAYO Y TAMAYO, Mario. “Diccionario de la Investigación Científica” Editorial Limusa, 2º edición, México 1990. P. 119.

⁹⁴ ATWOOD, Roberto. “Diccionario Jurídico” Ediciones Librería del Abogado. México 1997.

⁹⁵ D. GUNES, Dagobert. “Diccionario de Filosofía”. Tratados y Manuales Grijalbo. Séptima edición. Mexico 1981. P 167

La hermenéutica es la ciencia de la interpretación. Tanto el concepto griego como el de épocas posteriores se refieren a la determinación del significado de las palabras mediante las cuales se ha expresado un pensamiento.

En este sentido vemos que las complejidades del lenguaje frecuentemente conducen a conclusiones diferentes y aun contrapuestas en lo que respecta al significado de un texto. El camino a recorrer entre el lector y el pensamiento del autor suele ser largo e intrincado. Ello muestra la conveniencia de usar todos los medios a nuestro alcance para llegar a la meta propuesta. La provisión de esos medios es el propósito básico de la hermenéutica

4.1.2. Interpretación

Este apartado refiere a la interpretación. Ya dijimos que la hermética es el arte de interpretar, sin embargo cabría mencionar lo que entendemos por interpretación.

Según Dagobert la Interpretación es “la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley”⁹⁶

Para Agustín, la interpretación en sentido amplio “se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independiente de las dudas o controversias”.⁹⁷

⁹⁶ *Ibídem.* p. 132

⁹⁷ GUASTINI, Riccardo. “Estudios sobre interpretación jurídica” Editorial Porrúa. Segunda edición México, 2000. p. 5

Para la Real Academia española la interpretación es “Explicar el sentido de una cosa. Traducir de una lengua a otra. Comprender y expresar bien o mal el asunto o materia de que se trata”⁹⁸

Podemos decir entonces, que interpretar es darle sentido a un objeto o materia y que este deberá ser aceptado de manera general.

El concepto de *interpretación* ya no puede ser entendido como un mero aspecto técnico, perteneciente a una ciencia exegética que busca descubrir significaciones. La interpretación, objeto primordial de la Hermenéutica, es una búsqueda constante de sentido, y por medio de esta vía supone un encuentro con el ser, o mejor dicho, con la necesidad de desvelar el sentido del ser. El concepto de interpretación ya no pertenece a una dimensión estrictamente metodológica sino que se acerca a una línea ontológica.

4.1.2.1 Objetos de interpretación

En ese sentido amplio, la interpretación tiene por objeto conocer “*lo que quiere decir*” un signo o grupo de signos determinados, ya sean éstos gramaticales (las palabras pronunciadas o escritas), ya se trate de signos musicales (una melodía), de signos pictóricos, esculturales o de cualquier otra naturaleza que ellos fueren.

Como lo explica Nicolás Coviello, “No sólo para aplicar las normas de ley a un caso concreto determinado, sino también, y principalmente, para el

⁹⁸ Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Océano Grupo Editorial Uno. Edición 1995. España.

estudio de la teoría y la formación de la ciencia del derecho, es necesario darse cuenta del significado contenido en las palabras de la ley”.⁹⁹

Cuando se habla de interpretar un acto o comportamiento humano, interpretar a veces significa elaborar suposiciones en torno a los objetivos, a las razones o a las intenciones del sujeto agente; otras veces significa adscribir un sentido o un valor a la acción considerada.

Según Agustín, Cuando se habla de interpretar un hecho significa incluir ese hecho dentro de una cierta clase de hechos, o bien subsumirlo en una norma, o incluso, calificarlo bajo el esquema de calificación que ofrece una norma para aplicarle así una consecuencia jurídica que esa norma prevé.¹⁰⁰

4.1.3. Interpretación jurídica

La interpretación del derecho, como actividad de interpretación al interior de aquel, solo es una de las formas en las que se desarrolla la actividad hermenéutica en general.¹⁰¹

Interpretar la ley, significa entenderla, comprenderla en su sentido y significación, haciéndola susceptible de aplicarla al caso concreto, y aunque a veces parezca evidente, es siempre necesaria, ya que la fórmula que expresa la voluntad de la ley, tiene necesariamente el carácter general y abstracto. El problema no está en negarle interpretación a las leyes, que es como negarles su aplicación, o como afirmar que el acto del Juez no es psíquico, sino mecánico; el

⁹⁹ COVIELLO, Nicolás. “Doctrina General del Derecho Civil”. 4ª edición italiana revisada por el Profr. Leonardo Coviello; traducción por Felipe de Jesús Tena; concordancias de derecho mexicano por Raúl Berrón Mucel. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México 1938, pp. 70-71.

¹⁰⁰ GAUSTINI Riccardo. Op. Cit. p. 2

¹⁰¹ FROSINI, Vittorio. “Teoría de la Interpretación Jurídica”. Editorial Temis. Santa fe de Bogotá. 1991. p. 5

problema consiste en fijar las condiciones de esa interpretación conforme a la naturaleza del caso concreto a resolver.

Es frecuente que en muchas situaciones legales, los hechos no están suficientemente probados, o las disposiciones legales escogidas para calificarlos son incompletas o contradictorias. Por lo tanto, la solución del caso no será ni fácil ni rutinaria, sino que se deberá hacer un examen especialmente detallado del material probatorio o, en su caso, del material normativo.

Los problemas en el plano fáctico se encuentran en un ámbito donde no se trata de “interpretar” hechos, sino de establecer una correspondencia eficiente entre versiones (lo que las partes alegan que sucedió) y elementos probatorios independientes a dichas alegaciones.

En cambio, cuando no alcanzamos a comprender el exacto significado de una norma, sea porque no le encontramos sentido o sea porque tiene varios y dudamos de su “campo semántico” (significado delimitado), estamos ante un típico problema de interpretación

4.1.3.1 Conceptos de interpretación

La definición de interpretación jurídica que se ha ofrecido anteriormente requiere ciertas precisiones, ya que el término en cuestión no es usado por los juristas de forma constante y unívoca.

a) Un concepto restringido de interpretación, se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto, se dice, requiere de

interpretación, cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho.¹⁰²

b) Un concepto amplio de interpretación, se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. Según este modo de emplear el término en examen, cualquier texto, en cualquier situación, requiere interpretación.¹⁰³

4.1.3.2 Teorías de la interpretación

Existe una gama bastante variada de doctrinas o teorías sobre la Interpretación jurídica, pero entre las más conocidas y vinculadas o referidas a los sistemas normativos, bien para aplicarlos o para dejar de aplicarlos, tenemos las siguientes:

La Teoría de la Exégesis. La Escuela de la Exégesis se basa en que la Interpretación jurídica debe necesariamente consistir en la consulta de la ley como fuente única y exclusiva del Derecho. Los exegetas sostienen que el Derecho es la ley. La interpretación de la ley es la averiguación de la voluntad real del legislador y toda interpretación que no sea tal debe ser rechazada.

Se ha afirmado reiteradamente que mediante la Exégesis se procede a la interpretación del Derecho a partir de un texto legal. Ariel Álvarez Gardiol, comentando sobre la Exégesis, refiere que el texto de la ley es sólo la reproducción histórica normativa de la voluntad del legislador y lo que el

¹⁰² GUASTINI Riccardo. Op cit. p. 4

¹⁰³ Ibídem p 5

jurisconsulto debe aplicar, no es meramente el texto, sino éste en cuanto traducción de la intención de un legislador efectivo.

Esta teoría dio lugar a un método que empezó a desarrollarse en Francia a principios del siglo XIX y hasta aproximadamente el año 1880 en que tuvo su apogeo; luego decae hasta más o menos el año 1900, siendo Francisco Gény quien se encarga de sepultarlo. Su desarrollo se dio sobretodo en el campo del derecho privado y particularmente en el comentario al Código de Napoleón de 1804.

El jurista argentino Roberto J. Vernengo explica que el método exegético consistía, en sus formas primitivas, en un conjunto de recetas destinadas a orientar al juez en su labor de interpretación del texto legal, en su procesamiento de la información normativa de partida. Ambos elementos – repertorio de recetas prácticas, confusión del derecho con la ley– autorizan, nos dice, ciertas críticas sobre las tesis, expresas o tácitas, que la exégesis francesa del siglo pasado (se refiere al siglo XIX) había sostenido sobre la índole o naturaleza del derecho, defendiendo bajo rótulos teóricos y metodológicos, ciertas notorias ideologías políticas, conservadoras o reaccionarias. Porque, en última instancia, la exégesis presupone un dogma; y este dogma, un tanto blasfemo si se quiere, postula la presencia real del legislador en la ley. Para la exégesis, una norma es siempre expresión del acto de un individuo privilegiado, a saber: el legislador. E interpretar la ley consistía en reconstruir fielmente lo que el autor del texto legislativo había pretendido. Tradicionalmente esto se expresa diciendo que la exégesis se propone reconstruir la voluntad del legislador. Se supone, así, que,

de alguna manera, las normas jurídicas son expresión, en el plano del lenguaje, de actos volitivos que son la manifestación de la voluntad real del legislador.¹⁰⁴

Harto conocidas, y citadas por muchos estudiosos sobre la materia, son las frases de Bugnet "yo no conozco el derecho civil" y "no enseño más que el Código de Napoleón" y la de Demolombe "mi divisa, mi profesión, mi fe, es ésta: los textos sobre todo."

El tratadista alemán Werner Goldschmidt¹⁰⁵ señala como notas distintivas de la Escuela de la Exégesis las siguientes:

1. El Derecho positivo lo es todo y todo Derecho positivo está constituido por la ley; culto al texto de la ley; sumisión absoluta.

2. Interpretación dirigida a buscar la intención del legislador. Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el Derecho; el Derecho está hecho.

3. Descubierta esa intención y establecido el principio fundamental que consagre, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo; y sin más punto de apoyo que el raciocinio y la habilidad dialéctica.

4. Se niega valor a la costumbre; las insuficiencias a la ley se salvan a través de la misma mediante la analogía.

5. Se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respeto a las obras de los antecesores.

¹⁰⁴ GOLDSCHMIDT, Werner: "Introducción Filosófica al Derecho". Editorial Depalma. Sexta edición. Buenos Aires, Argentina. 1983

¹⁰⁵ Ídem

6. En suma, se atribuye al Derecho un carácter eminentemente estatal: "Dura lex sed lex". Las leyes naturales sólo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas.

Esta teoría, como habíamos aludido, fue duramente criticada por Francisco Gény. Mario Alzamora Valdez precisa que Gény acusó que el principal defecto de la Exégesis consistía en "inmovilizar el derecho", mencionando también que adolecía de un desordenado subjetivismo y que como obra humana era incompleta y que requería de otras fuentes del derecho.

Teoría Dogmática.

La Teoría Dogmática no es reconocida por muchos autores que la tratan dentro y como la parte de la Teoría Exegética en la que predominó el racionalismo jurídico.

La Dogmática, si es que no fue una corriente de pensamiento independiente, vendría a ser algo así como la etapa de apogeo de la Exégesis que adquirió relevancia a partir de la segunda mitad del siglo XIX y que se caracterizó por su gran influencia racionalista. Se ha sostenido así que mientras los antiguos exegetas recurrieron a la investigación mediante un método empírico, es decir la recolección de datos empíricos para determinar las palabras de la ley y la voluntad del legislador como hechos, el dogmatismo o la Exégesis ya desarrollada rechazó esta tendencia y propuso entender la ley no empíricamente sino objetiva y sobretodo lógicamente, es decir como razón.

Se ha dicho así que mientras la Exégesis persigue encontrar la interpretación correcta a través de la búsqueda de la voluntad del legislador, la Dogmática persigue encontrar lo mismo en el propio texto de la ley.

Teoría de la Evolución Histórica.

El método de evolución histórica, sustentado por Raymond Saleilles en su "Introducción á l'etude du droit civil allemand", explica el Profesor Mario Alzamora Valdez, considera que "la interpretación, en vez de buscar la voluntad subjetiva del legislador, debe perseguir el mejor modo de aplicación de la ley conforme a su fin."¹⁰⁶

La finalidad de la ley, o sea el propósito que ésta se halla llamada a cumplir, continúa explicando el maestro, debe adaptarse a las necesidades sociales sujetas a continuo cambio, mediante progresivas modificaciones de la interpretación misma. Este método exige que se dote a los jueces de amplias facultades y que a la vez se les señale ciertas bases objetivas. Entre estas últimas, merecen considerarse: la analogía, la conciencia jurídica colectiva, que está sobre las apreciaciones subjetivas, y el derecho comparado que señala pautas para la evolución del derecho nacional.

Partiendo de que toda ley tiene una finalidad, esta teoría intenta sostener de que es a través de ésta que la ley puede correr paralelamente al

¹⁰⁶ ALZAMORA VALDEZ, Mario: "Introducción a la Ciencia del Derecho". Tipografía Sesator. Octava Edición. Lima, Perú. 1982

continuo cambio del tiempo, adaptándose así a la nueva realidad social y, por tanto, a las nuevas necesidades sociales.

Teoría de la Libre Investigación Científica.

Francisco Geny es quien, en medio de una fuerte y despiadada crítica contra la Exégesis, elabora la Teoría de la "Libre Investigación Científica", también llamada simplemente "Científica". No niega que la interpretación debe siempre primero buscar la voluntad del legislador, pero, en caso de lagunas en la legislación, el intérprete debe valerse de otras fuentes, como la costumbre, e incluso en la naturaleza de las cosas, mediante lo que él denomina la "libre investigación científica".

Con el propósito de captar la voluntad del legislador, Mario Alzamora Valdez explica que, según esta teoría, el intérprete debe recurrir en el orden siguiente:

- a) El método gramatical, con el fin de aclarar los textos;
- b) Deberá después apelar a la lógica, para buscar el sentido de la ley relacionándola con otras normas dentro de un sistema;
- c) Si estos métodos son insuficientes, estudiará los trabajos preparatorios de la ley, informes parlamentarios, notas de los codificadores o autores a la ley subrogada;

d) Siguen a los citados procedimientos, la investigación de otras fuentes formales (la costumbre, la autoridad y la tradición) y,

e) A falta de todo apoyo formal, para llenar las lagunas, queda el mérito de la "libre investigación científica". Se denomina así –libre– porque se encuentra sustraída a toda autoridad positiva y científica porque se apoya en bases objetivas reveladas por la ciencia.

Werner Goldschmidt entiende que la más importante aportación de Geny al tema de la Interpretación es su distinción entre interpretación en sentido estricto e integración. Por eso recalca que Geny sostuvo que si bien la Interpretación de una norma debe inspirarse en la voluntad de su autor, si no hallamos norma alguna, entonces se procederá a la integración y a la creación de una nueva norma que ha de ser justa.

Teoría del Derecho libre.

Tal como su denominación lo sugiere, esta teoría propugna la total libertad del juez en la interpretación del derecho que deberá aplicar, a tal punto de poder hacer a un lado el derecho contenido en la norma jurídica (derecho positivo, ley). Es decir, según esta teoría, los jueces son independientes de las leyes y sus decisiones no deben obligatoriamente estar sujetas a éstas. El propósito que conlleva el proponer a favor de los jueces estas atribuciones de total libertad e independencia respecto de la ley está dado por el anhelo de llegar a la Justicia que muchas veces se pierde o distorsiona en los mandatos normativos provenientes del derecho positivo.

Esta teoría, según reseña Claude Du Pasquier, surge en medio de una gran protesta contra los excesos de la abstracción jurídica, mal que se agravó después de la entrada en vigencia del Código Civil alemán de 1900. Aparece entonces, en 1906, la obra "La Lucha por el Derecho", escrita por el Profesor Hermann Kantorowicz bajo el pseudónimo de Gnaeus Flavius.

Ariel Álvarez Gardiol considera que esta tesis es definitivamente un giro hacia el voluntarismo. Entiende que es además también una resurrección del derecho natural, pero recogiendo la tesis de la escuela histórica que no admite el derecho natural sino sólo si detrás de él existe una voluntad, un poder y un reconocimiento.

Las ideas de Kantorowicz, Ehrlich, y otros propugnadores de esta teoría, son consideradas por Werner Goldschmidt como un ataque frontal contra el positivismo jurídico. El jurista alemán cita, de la obra de Kantorowicz, el extracto siguiente:

"Si la ciencia del Derecho reconoce Derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre el Derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede ya exigir, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la jurisprudencia ya no puede ser científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá desoír los afectos. En resumidas cuentas: los ideales de la legalidad, de la pasividad, de

la fundamentación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento."

Concluye su comentario Goldschmidt precisando que Kantorowicz combina tridimensionalmente la realidad social (el Derecho libre) con las normas (el Derecho estatal) y con la justicia.

Teoría Pura del Derecho.

El Jurista Hans Kelsen trata el tema de la Interpretación en el Capítulo X de su obra "Teoría Pura del Derecho". Para Kelsen la Interpretación "es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una inferior."¹⁰⁷

Según Kelsen no sólo se interpreta cuando el juez va a aplicar la ley, emitiendo así la norma individual referida al caso concreto que viene a ser su sentencia, sino también cuando el Poder legislativo legisla, para lo cual tiene que aplicar la Constitución y para cuyo efecto no puede dejar de interpretar la Carta magna. Sostiene que hay también una interpretación de normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos, etc. En síntesis, toda norma es interpretada en la medida en que se desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico para su aplicación.

¹⁰⁷ KELSEN, Hans: "Teoría Pura del Derecho". Editorial Universitaria de Buenos Aires. Decimoctava Edición. Buenos Aires, Argentina. 1982

Kelsen acepta que toda norma, aunque sólo parcialmente, determina el acto jurídico por el cual es aplicada. En la medida o parte en que no lo determina, la norma superior (debo entender la norma a interpretar) es un marco abierto a varias posibilidades (o en todo caso, siempre por lo menos habrán dos) y todo acto de aplicación será conforme a la norma si no se sale de este marco.

Finalmente podemos mencionar, tal como ya habíamos referido, que Kelsen entiende que la interpretación es un acto de voluntad pues la creación de la norma individual está destinada a llenar el marco libre establecido y dejado por la norma general (la norma interpretada y aplicada).

Hasta antes de Hans Kelsen, escribe Ariel Álvarez Gardiol, se tenía la idea, según toda teoría de la Interpretación, de que para todo caso existía la solución correcta, por lo que la interpretación requería sólo de encontrar el método adecuado para dilucidarla. Continúa el autor argentino precisando que Kelsen, a través de la teoría del ordenamiento jurídico, ve la interpretación como un problema de voluntad, mucho más que de cognición. Para Kelsen, dice Álvarez, la norma es un marco de posibilidades con varios contenidos jurídicos potenciales y aplicables todos ellos como posibles. Es un marco, abierto o no, de posibilidades, pero siempre jurídicamente posibles todas ellas. La determinación de la solución correcta (elegida), en ningún caso pertenece a la teoría del derecho, sino a la política jurídica.

Teoría Ecológica.

Según la conocida teoría del Profesor argentino de Filosofía del Derecho en la Plata Carlos Cossio, no es la ley lo que se interpreta sino la conducta humana a través de la ley.

Como bien explica Ariel Álvarez Gardiol, la teoría de Carlos Cossio parte del concepto de que el derecho es "la libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia", o, en menos palabras, "la conducta humana". Entiende que éste es el punto de partida de toda elaboración de Cossio y el objeto del derecho.

Werner Goldschmidt, en su comentario a esta teoría, considera que la teoría de Cossio tiene una doctrina sociológica de la interpretación, según la cual el objeto de la interpretación no es la norma sino la conducta por medio de la norma; la norma, dice Goldschmidt explicando la teoría de Cossio, no es sino el medio, comparable al lenguaje, a través del cual conocemos el verdadero objeto de la interpretación que es la conducta. Lo que el autor alemán entiende es que lo que Cossio tiene en mente, cuando habla de la interpretación de la conducta a través de la norma, no es en realidad la interpretación de la norma, sino su aplicación, puesto que mientras que la interpretación de la norma tiende un puente de la norma a la voluntad de su autor la aplicación de la norma tiende un puente entre ésta y la conducta a enjuiciar.

4.1.3.3 Técnicas de interpretación

Con el propósito de alcanzar la significación y el mensaje de las normas, diversos métodos han sido propuestos y desarrollados. Entre éstos tenemos los métodos clásicos a los cuales ya hacía referencia Savigny y que son: el gramatical, el lógico, el sistemático y el histórico. Se puede considerar entre éstos también al método teleológico que muchos autores consideran dentro del método lógico.

La Escuela de la Exégesis tenía un procedimiento de interpretación que durante su apogeo llegó a combinar los métodos literal, lógico, sistemático e histórico; también lo hizo el Método propuesto por la Escuela Histórica; en clara muestra de que los métodos no se aplican aisladamente por sí solos, sino que se combinan en la tarea por alcanzar la misión de develar el contenido más exacto posible de la norma.

El maestro argentino Mario A. Oderigo considera que “los precitados métodos se derivan de uno sólo: el método Lógico, y nos dice: “Los denominados métodos analógico, sistemático, teleológico e histórico –que frecuentemente han sido exhibidos como independientes del método lógico– no representan otra cosa que variantes o formas de manifestarse este último; porque todos ellos se fundamentan en los enunciados principios de la lógica, y porque desprovisto de aquéllos, el método denominado lógico carece de todo contenido.”¹⁰⁸

Existen también métodos modernos que formaron teorías o doctrinas sobre la Interpretación y que trataremos en el acápite IV conjuntamente con aquellas doctrinas y teorías surgidas de la aplicación conjunta de los métodos tradicionales.

Veamos ahora, pues, los métodos a desarrollar en este acápite:

Método Gramatical.

¹⁰⁸ ODERIGO, Mario A.: "Lecciones de Derecho Procesal" Tomo I. Editorial Depalma. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. 1981

El Método Gramatical, también conocido Literal, es el más antiguo y es exclusivo de las épocas anteriores a la Revolución Francesa en que existía alguna desconfianza en el trabajo de los jueces, razón por la cual éstos se encontraban obligados a ceñirse al sentido literal de la ley.

Consiste este Método, dice Claude Du Pasquier, en deducir de las palabras mismas, de su lugar en la frase y de la sintaxis, de la misma puntuación, el sentido exacto del artículo de que se trata.

Alberto Trabucchi escribe que la Interpretación literal se realiza de conformidad con el uso de las palabras y con la conexión de éstas entre sí. El referido autor critica este método de interpretación por cuanto considera que también el que actúa en fraude de la ley observa su sentido literal y porque la obstrucción legal no es en el fondo más que la aplicación totalmente literal de las normas jurídicas.

Este método también ha recibido otras críticas, como las del mexicano José Luis Hernández Ramírez, quien expresa: "el gramatical (el cual presenta rasgos no sólo de confusión superlativa, sino errores crasos). Quienes hablan de este método de interpretación se olvidan de dos puntos fundamentales: el primero, que las palabras sueltas, aisladas, por sí solas no tienen un sentido preciso e inequívocamente definido, pues éste empiezan a adquirirlo dentro del contexto de la frase; segundo, que ni siquiera la frase tiene una significación determinada por sí propia, ya que su genuina significación la adquiere dentro del contexto real en

que es emitida, dentro de los puntos de referencia del contorno o circunstancia, es decir, con referencia al motivo y además también con referencia al propósito." ¹⁰⁹

En síntesis, con las limitaciones que pudiera tener, el Método Gramatical, o Literal, es aquél por el que, mediante su utilización, se persigue descubrir el significado y sentido de la norma a través del estudio y análisis de la letra de su propio texto.

Método Lógico.

El Método Lógico es aquél que utiliza los razonamientos de la lógica para alcanzar el verdadero significado de la norma. Para Mario Alzamora Valdez, este método consiste en la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes.

En la utilización del Método Lógico, dice Luis Díez Picazo, se habla de la existencia de una serie de reglas como: el argumento *a maiore ad minus* (el que puede lo más puede lo menos); *a minore ad maius* (quien no puede lo menos tampoco puede lo más); *a contrario* (la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás); *a pari ratione* (la inclusión de un caso supone también la de un caso similar).

¹⁰⁹ HERNÁNDEZ RAMÍREZ, José Luis: "Análisis de la fórmula: 'interpretación jurídica' del párrafo cuarto del artículo 14 constitucional". División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara. Marzo, 1995

Citando tres Sentencias bastante antiguas del Tribunal Supremo español, Manuel García Amigo ilustra sobre otras tantas reglas interpretativas obtenidas de la Jurisprudencia. Así, comenta el profesor español, la Sentencia del 29-1-1891 declara que "es principio de Derecho que toda interpretación o inteligencia que conduzca al absurdo debe rechazarse"; la Sentencia del 13-3-1906 señala que "según principio de Derecho sancionado por constante jurisprudencia, donde la ley no distingue no cabe hacer distinción"; y la Sentencia del 14-3-1961 que estima que "existiendo un precepto general y otro especial, éste ha de prevalecer sobre aquél"; etc..

Método Sistemático.

El Método Sistemático introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; que, por tanto, siendo parte de este sistema, y no pudiendo desafinar ni rehuir del mismo, el significado y sentido de la norma jurídica podrá ser obtenido de los principios que inspiran ese sistema, principios y consiguiente significado y sentido que incluso pueden ser advertidos con mayor nitidez del contenido de otras normas del sistema.

Siempre destacando por la claridad de su redacción, el profesor Mario A. Oderigo, refiriéndose a este método precisa que: "... si el autor de la norma no se ha limitado a ésta, sino que ha formado un conjunto de normas, el intérprete supone que aquél ha querido introducir un sistema dentro del cual esa norma no desentone; y por consiguiente, si la norma en cuestión no es clara en su

enunciado, no se correrá ningún peligro desentrañando su sentido a la luz de los principios inspiradores del sistema que la contenga."

Respecto al Método Sistemático, Alberto Trabucchi sostiene que en un cierto sentido el ordenamiento jurídico se compara a un complejo organismo viviente y coordinado en sus elementos; es un todo orgánico, un sistema completo y complejo que no admite contradicciones. Explica que así, una norma jurídica que en sí misma tiene un significado, puede adquirir un sentido distinto cuando se pone en relación con las demás normas que constituyen el derecho vigente.¹¹⁰

Método Histórico.

Por el Método Histórico se pretende interpretar la norma recurriendo a sus antecedentes, como las ideas de sus autores al concebir o elaborar los proyectos, los motivos que propiciaron la redacción y emisión de la ley, informes, debates, etc..

Mario Alzamora Valdez, quien identifica el Método Histórico con el de la exégesis seguramente por tener ambos algunos rasgos de similitud, afirma que este Método es aquél que tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada: determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

¹¹⁰ TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones de Derecho Civil". 2 tomos. Editorial Revista de Derecho Privado. Primera Edición. Madrid, España. 1967

Por su parte, Claude Du Pasquier explica que este método consiste en investigar el estado de espíritu en que se encontraban los autores de la ley; los motivos que los han llevado a legislar y cómo se han representado la futura aplicación de los textos elaborados. A este efecto, se examinan los primeros proyectos de la ley que se trata y se les compara con el texto definitivo para saber en qué sentido el poder legislativo ha precisado o transformado su pensamiento. Son así estudiados las exposiciones de motivos, los mensajes del poder ejecutivo, las cartas e informes de las comisiones encargadas, debates plenarios y todo aquello que ha precedido a la aplicación de la ley.

Este método, dice Karl Larenz, debe tenerse en cuenta para averiguar el sentido de la ley normativamente decisivo y, sobretudo, la intención reguladora del legislador y las decisiones valorativas por él encontradas, así, para conseguir manifiestamente esa intención siguen siendo pauta vinculante para el juez, incluso cuando acomoda la ley a nuevas circunstancias no previstas por el legislador, o cuando la complementa.¹¹¹

Método Teleológico.

Este método en su denominación tiene el prefijo "tele" que significa fin. El Método Teleológico es, entonces, el que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico.

¹¹¹ LARENZ, Karl: "Metodología de la Ciencia del Derecho". Editorial Ariel. Traducción de la 4ta. edición alemana. Barcelona, España. 1980

Mencionan, Molitor y Schlosser, que Jhering, en su obra de dos volúmenes "El Fin del Derecho" buscó interpretar cada reglamentación jurídica no de una manera aislada sino comprendiendo las motivaciones y la función jugada en el conjunto normativo como medio de realización y satisfacción de intereses. Continúan indicando que Jhering, merced a esta concepción hasta entonces desconocida, señaló al Derecho caminos completamente nuevos, que estaban perdidos para él desde el Derecho natural (Interpretación Teleológica). Debido al hecho de que los numerosos movimientos que caracterizaban al siglo XIX carecían, no obstante, de una escala absoluta, esta concepción debió ejercer en principio efectos destructores y relativizadores.

Algunos autores entienden que la finalidad de la norma está en su "ratio legis", es decir, en su razón de ser. Tal es el caso, por ejemplo del Jurista Claude Du Pasquier quien afirma que "según el punto de vista en que uno se coloque, la ratio legis puede ser considerada como el fin realmente querido por el legislador en la época de elaboración de la ley ...", o el del profesor sanmarquino Raúl Peña Cabrera, quien, comentando la Interpretación Teleológica, dice que si la ley es clara, basta con la interpretación gramatical, sin embargo, puede ocurrir que la ley sea un tanto oscura, en tal caso es conveniente apuntar a la intención de la norma, es decir considerar la "ratio legis". La captación del espíritu de la ley implica el empleo de procedimientos lógicos y valorativos.

Otros autores, como ya habíamos advertido, entienden por este Método al Método Lógico o, por lo menos, entienden al Método Teleológico como parte de aquél. El último de los casos se advierte, por ejemplo, en el tratadista español Manuel García Amigo, quien, al referirse al método lógico dice: "Es obvio, además, que cuando el legislador dicta una norma, persigue un fin, a cuya obtención encadena lógicamente el precepto. Por eso toda interpretación debe seguir las

reglas de la Lógica. Y esto es algo que se admite desde siempre, siendo unánimemente aceptado."

Método Empírico.

Este es el Método atribuido a la Escuela de la Exégesis en sus inicios, el cual consistía en investigar empíricamente la voluntad del legislador; es decir las palabras de la ley y la intención del legislador como hechos; el recurso a obtener todo lo concerniente a la ley como dato empírico.

El profesor Ariel Álvarez Gardiol precisa respecto a este método lo siguiente:

"El método empírico postulado por la Exégesis es un recomponer los hechos efectivamente pensados por los legisladores, es un 'repensar' algo ya pensado, según la fórmula de August Boeckh.

Esta reconstrucción del pensamiento del legislador está temporalmente situada, es concreta y finita, a diferencia de la voluntad de la ley, que es por cierto intemporal.

Esto último perseguía indudablemente consolidar una absoluta ruptura con el pasado, que permitía llegar en el examen de la ley no más allá de la voluntad psicológica del legislador."

4.1.3.4 Problemas de interpretación

Los problemas de interpretación pueden ser subdivididos en dos clases, por un lado aquellos problemas que nacen de los defectos intrínsecos del lenguaje en el que son formuladas las fuentes del derecho y por otro, los problemas que nacen no de los defectos del lenguaje de las fuentes, sino más bien de la superposición.¹¹²

Los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a la interpretación.

La vaguedad concierne al significado y por tanto a la semántica de los vocablos y de los sintagmas, de la sintaxis de los enunciados o del contexto en que se usan los enunciados.

La vaguedad es entonces una propiedad de la referencia de los predicados. La vaguedad de las expresiones usadas en el lenguaje de las fuentes hace que el intérprete, frente a un caso marginal, es decir, un caso que se encuentra en los márgenes de argumento, pueda decidir discrecionalmente si el supuesto de hecho en examen debe o no ser incluido en el campo de la aplicación de la norma en cuestión.

¹¹² GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. p. 58

Por lo que hace a la ambigüedad semántica, es una propiedad no de la referencia, sino del sentido mismo de los predicados.

La ambigüedad de las expresiones a veces usadas en el lenguaje de las fuentes hace que el intérprete pueda decidir discrecionalmente que norma se expresa en la disposición en cuestión.

La ambigüedad sintáctica, depende no del significado de términos o sintagmas singulares, sino de la estructura lógica de los enunciados: en suma, del modo en que las palabras están conectadas entre sí.

4.2- Desglose del artículo 289 bis

Por lo que hace a este apartado, es importante descifrar lo establecido en el artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal, que es la base de esta investigación y el cual nos permitirá determinar si es o no aplicable el mismo en la práctica jurídica, siendo así que el artículo en comento se determina de la siguiente manera:

LIBRO PRIMERO. De las personas.

TÍTULO QUINTO. Del matrimonio.

CAPÍTULO X. Del divorcio.

“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 las circunstancias especiales de cada caso.”

4.2.1 Párrafo primero

Aquí en este capítulo entraremos al estudio y desglose del *Artículo 289 Bis*, motivo de esta Tesis, que a la letra dice:

“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:

Por lo que hace al término *demanda* analizaremos su significado:

Acto procesal – verbal o escrito – ordinariamente inicial del proceso en el que se plantea al juez una cuestión (o varias no incompatibles entre sí) para que la resuelva, previos los trámites legalmente establecidos, dictando la sentencia que proceda, según lo alegado y probado.

Debido a su calidad de acto formal la demanda está sujeta a requisitos predeterminados.¹¹³

¹¹³ PINA VARA, Rafael. de “Diccionario de Derecho”. Edit. Porrúa. 29° ed. México. 2000. p. 221.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (Artículo 255) prescribe que en ella se expresarán:

- 1) El tribunal ante el que se promueve.
- 2) El nombre del actor y la casa que señale para oír notificaciones.
- 3) El nombre del demandado y su domicilio.
- 4) El objeto que se reclame, con sus accesorios.
- 5) Los hechos en que el actor funde su petición numerándolos y narrándolos sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa.
- 6) Los fundamentos de derecho y la clase de acción procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables.
- 7) El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez

En cuanto al término de *divorcio* debemos entender: de acuerdo con la legislación mexicana, disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro (Artículos 266 a 291 del Código Civil para el Distrito Federal). En algunos regímenes matrimoniales se comprende dentro del término divorcio la mera separación de cuerpos sin disolución del vínculo.¹¹⁴

Estableceremos el término de *cónyuge*: Esposa. Esposo.¹¹⁵

Por lo que hace al término de *indemnización*: Cantidad de dinero o cosa que se entrega a alguien en concepto de daños o perjuicios que se le han ocasionado en su persona o en sus bienes. Importe del daño que la empresa aseguradora está obligada a resarcir al ocurrir el siniestro o la suma de dinero que debe pagar al producirse éste. Resarcimiento de un daño o perjuicio.¹¹⁶

En cuanto al término *valor*: Estimación o precio de las cosas.¹¹⁷

¹¹⁴ *Ibíd*em p. 126

¹¹⁵ *Ibíd*em p 195

¹¹⁶ *Ibíd*em p 317

¹¹⁷ *Ibíd*em p 494.

Respecto al término *bienes o bien*: Cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de carácter patrimonial. Al mencionarse el término carácter patrimonial, estaremos tocando lo relativo a *bienes de familia*, entendiendo por éstos: conjunto de bienes, libres de toda carga e impuestos, formado, por lo general, por una casa habitación y una parcela de tierra cultivable, destinado a asegurar a una familia la atención de sus necesidades esenciales en un nivel conveniente para su normal desarrollo.¹¹⁸

En el derecho mexicano recibe la denominación de patrimonio de familia (tema del cual se ha hecho referencia en capítulos anteriores); Artículos 723 a 746 del Código Civil para el Distrito Federal.

El valor máximo de los bienes afectos al patrimonio será la cantidad que resulte de multiplicar por 3,650 el importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

En relación al término *adquirido* nos remitimos al concepto *Adquisición*: Acto o hecho en virtud del cual una persona adquiere el dominio o propiedad de una cosa – mueble o inmueble – o algún derecho real sobre ella. Significa también cosa adquirida.¹¹⁹

Por lo que hace al término *Matrimonio*: Es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, por el cumplimiento de todos los fines de la vida. (Artículos 139 a 265 del Código Civil para el Distrito Federal).

Resumiendo el desglose del párrafo inicial antes citado, se entiende que en la demanda de divorcio los cónyuges tienen derecho a demandar del otro

¹¹⁸ *Ibíd*em p 127

¹¹⁹ *Ibíd*em p 64.

cónyuge, un 50% ya sea en cantidad de dinero o cosa, bien mueble o inmueble, con la finalidad de resarcir daños y perjuicios ocasionados durante el matrimonio.

4.2.2 Fracción I

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

Ahora bien, por lo que respecta al régimen de separación de bienes, éste pertenece al grupo de los sistemas de separación absoluta, ya que en este régimen cada cónyuge conserva la propiedad, usufructo y administración de su patrimonio, sin intervención del otro. La separación de los bienes normalmente es total, como también lo son los productos de los mismos y los bienes que se adquieran durante el estado matrimonial; de aquí que cada cónyuge pueda disponer de ellos sin necesidad de licencia o autorización del otro. En este régimen, la situación matrimonial de los cónyuges respecto a su patrimonio es la misma que tenía antes del matrimonio, exceptuando las obligaciones derivadas de éste para el sostenimiento económico del hogar y para darse alimentos en caso necesario.¹²⁰

4.2.3 Fracción II

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

En cuanto al desglose de esta fracción debemos entender por *demandante*: Persona que demanda.¹²¹

¹²⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía, BUENROSTRO BÁEZ. Ob.cit. pp. 98 – 100.

¹²¹ PINA VARA, Rafael de. “Diccionario de Derecho”_ p 222

Por lo que hace al término *dedicado* analizaremos su significado, que proviene del verbo *dedicar*: Consagrar, destinar una cosa al culto, o también a un fin o uso profano. Dirigir a una persona. Emplear, destinar, aplicar.¹²²

En relación al término *lapso*: Curso de un espacio de tiempo. // Caída en una culpa o error.¹²³

Por lo que hace al término *preponderantemente* analizaremos su significado, que proviene del verbo *preponderar*: *intr. Pesar más una cosa respecto de otra. Fig. Prevalecer o hacer más fuerza una opinión u otra cosa que aquella con la cual se compara. Fig. Ejercer una persona o un conjunto de ellas influjo dominante o decisivo*

*Preponderancia: F. Mayor peso de una cosa respecto a otra. Fig. Superioridad de crédito, consideración, autoridad, fuerza, etc.*¹²⁴

En cuanto al término *desempeño* del verbo *desempeñar*: Cumplir, hacer aquello a que uno está obligado.¹²⁵

Respecto al término *trabajo*: Actividad humana dirigida a la producción de cosas materiales o espirituales, o al cumplimiento de un servicio público o privado.¹²⁶

En relación al término *hogar*: Círculo familiar constituido por los parientes que conviven en un mismo domicilio, cualquiera que sea el grado de parentesco que entre ellos exista.¹²⁷

¹²² “Diccionario Enciclopédico Básico”_ Edit. Plaza & Janes, S.A. 10° ed. Madrid, España. 1974.

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Diccionario de La Lengua Española

¹²⁵ Diccionario Enciclopédico Básico

¹²⁶ PINA VARA, Rafael. De, Ob. cit. p 481

¹²⁷ Ibídem. p. 309.

Término *cuidado* del verbo *cuidar*. Poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de una cosa.¹²⁸

Resumiendo la fracción antes mencionada en este caso, el demandante que por lo regular suele ser la mujer, quien preponderantemente dedica mayor tiempo a las labores del hogar, al cuidado y dedicación de los hijos.

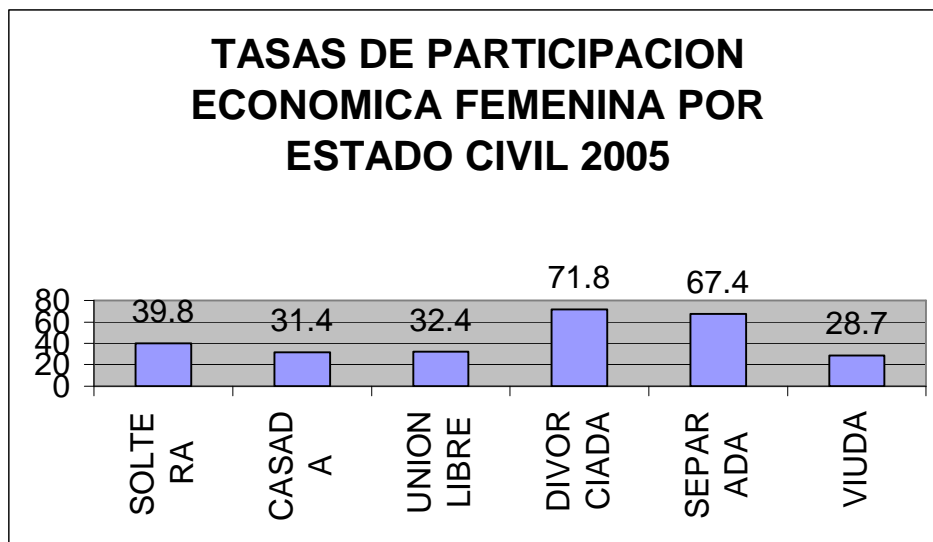
En el pasado reciente, la incursión de la mujer en el mercado de trabajo estaba limitada por el matrimonio o por la llegada de los hijos. Tradicionalmente cuando la mujer se casaba o iniciaba la crianza de su descendencia, tenía que asumir un número considerable de responsabilidades domésticas, las cuales se pensaba que eran incompatibles con el desempeño de alguna actividad económica (ver grafica 1).¹²⁹

En la actualidad la situación es diferente y la participación económica de las mujeres ha aumentado; por ejemplo, en 1970 la participación económica femenina fue de 17.6% y, en el presente tan sólo la de las mujeres casadas o en unión libre es de alrededor de 32%.

En 2005, las tasas de participación de la población económicamente activa femenina de acuerdo con el estado civil, indican que la mayor participación la tienen las mujeres divorciadas, donde 72 de cada 100 realizan actividades económicas; le sigue el grupo de mujeres separadas con una participación de 67.4%; a continuación están las mujeres solteras, con cerca de 40%. En el último grupo, con las tasas de participación económica más bajas, se encuentran las viudas, las casadas y las unidad libremente con porcentajes entre 32.4% y 28.7%.

¹²⁸ Diccionario Enciclopédico Básico Loc. cit

¹²⁹ Cfr. INEGI – STPS. Encuesta Nacional de Empleo, 2005

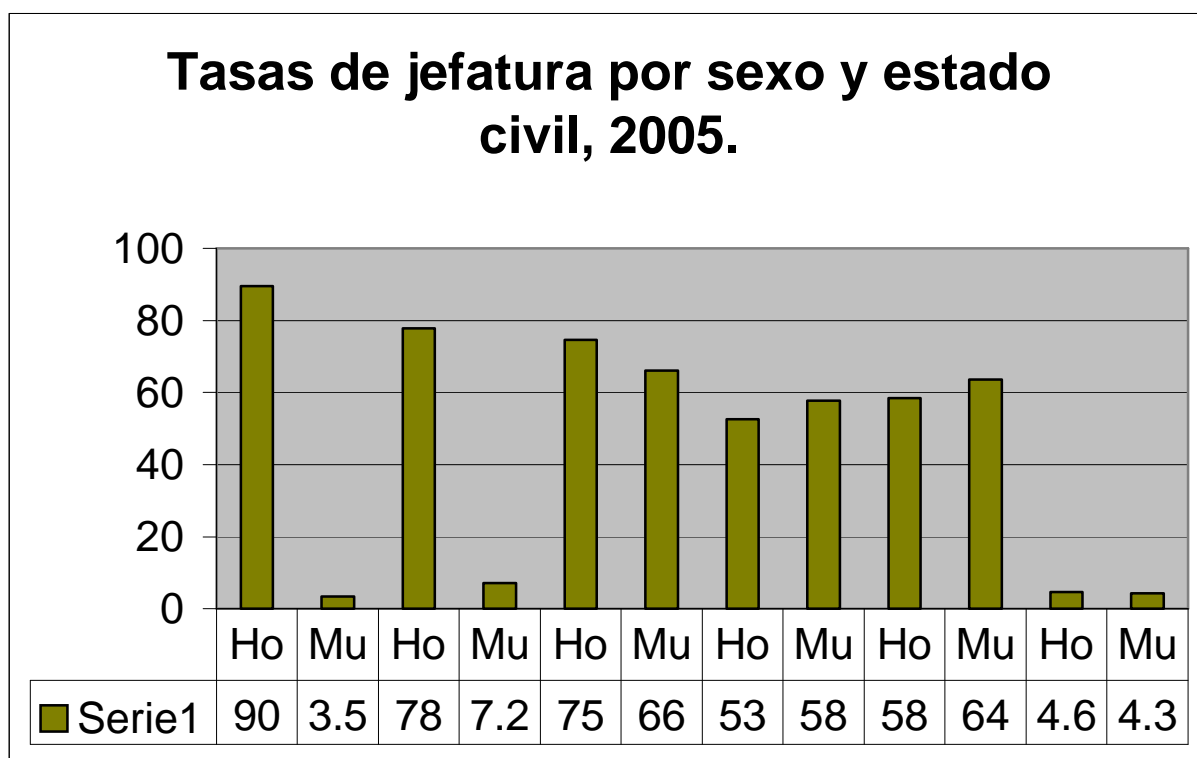


(Gráfica 1.)

La tasa de jefatura por estado civil indica la proporción de personas que son jefes del hogar. La mayor parte de los varones casados, en unión libre y viudos son jefes (9, 8 y 7 de cada diez, respectivamente); asimismo 58 de cada cien divorciados y 53 de cada cien separados son jefes, mientras que únicamente 5 de cada cien hombres solteros dirigen un hogar. Las tasas de jefatura femenina muestran que la mayoría de las mujeres viudas y divorciadas son jefes (7 y 6 de cada diez); tres de cada cinco son separadas, mientras que las jefas casadas, solteras y en unión libre son minoría (4, 4 y 7 por cada diez, respectivamente).

Un hecho que muestra la prelación de la cultura patriarcal consiste en que los hombres acceden a la jefatura del hogar uniéndose, mientras que las mujeres lo hacen en ausencia de varones adultos, generalmente por separación, divorcio o viudez. (Ver gráfica 2).

Gráfica 2.



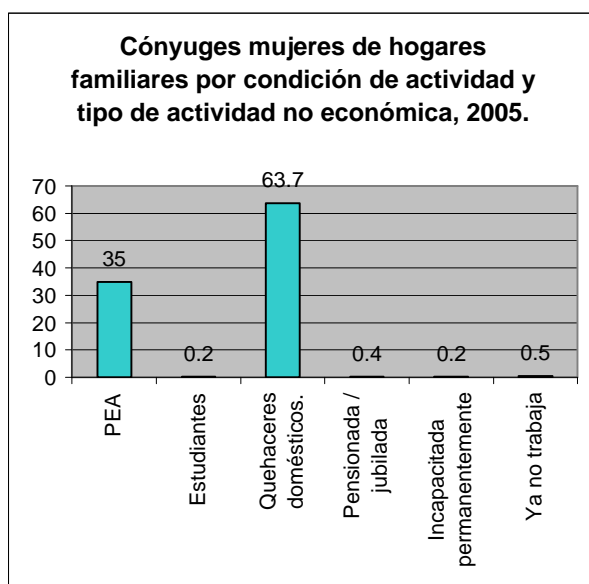
Las personas con el parentesco de cónyuge son predominantemente mujeres y son la pareja del jefe del hogar. Debido al papel que socialmente se les ha asignado, tienen a su cargo la realización de los quehaceres domésticos y el cuidado de los hijos, independientemente de que tengan empleo o no.

De hecho, 63.7% de las cónyuges declaran que su actividad principal son los quehaceres domésticos, mientras 35% de las mujeres que son cónyuges participan en el mercado laboral.

De hecho, 63.7 % de las cónyuges declaran que su actividad principal son los quehaceres domésticos, mientras 35% de las mujeres que son cónyuges participan en el mercado laboral.

El porcentaje de las cónyuges que declaran otros tipos de actividad principal es insignificante (1.3%). Entre éstas se encuentran las jubiladas o pensionadas con 0.4%, y las que ya no trabajan con 0.5%. (Ver gráfica 3).¹³⁰

Los jefes y jefas de los hogares familiares tienen un alto nivel de participación económica, pues 85.2% forma parte de la población económicamente activa. Este Comportamiento es diferencial por sexo: mientras 9 de cada diez jefes hombres desempeñan una actividad económica, sólo 5 de cada diez jefas se encuentran en esa situación.



Gráfica 3. PEA (Personas económicamente activas).

Con respecto a los jefes y jefas no económicamente activas, la proporción más alta que alcanzan los jefes varones corresponde a los pensionados y jubilados con 3.7%. En contraste, 4 de cada diez jefas no son económicamente activas y se dedican a los quehaceres del hogar. (Ver gráfica 4).

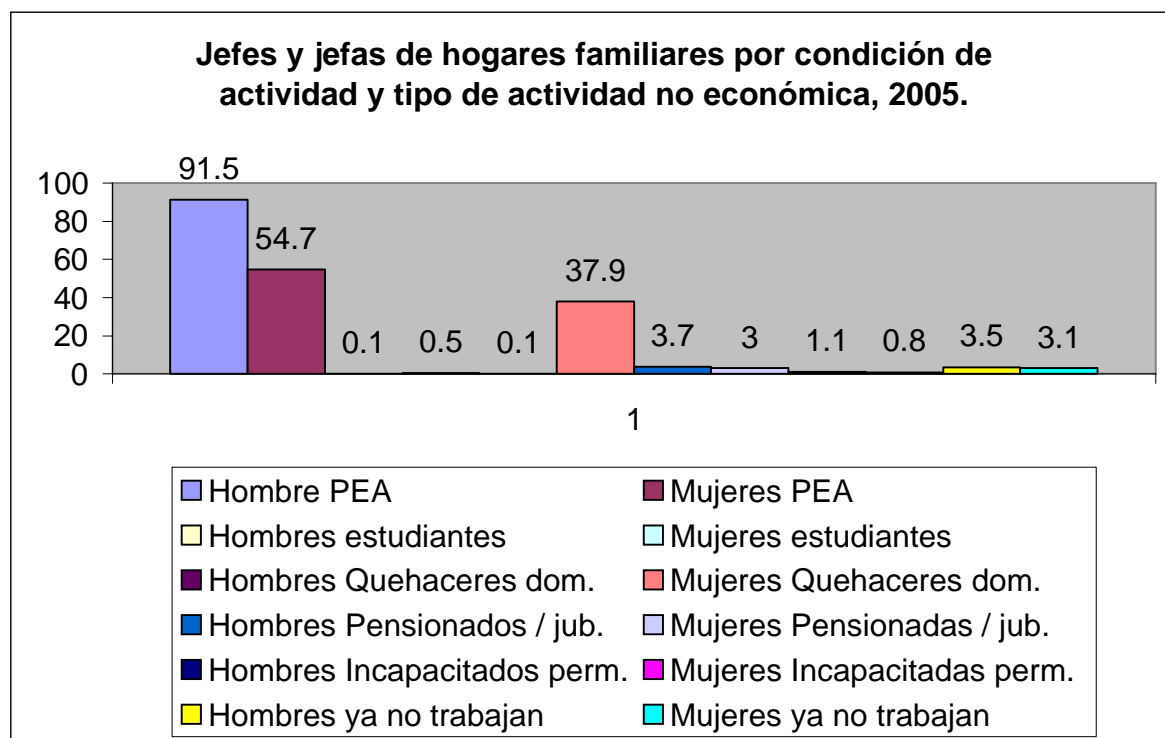
131

¹³⁰ Cfr. INEGI. Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica, 2005

¹³¹ Cfr. INEGI – STPS. Encuesta Nacional de Empleo, 2005. Base de datos

El estado civil es una variable que permite de manera indirecta conocer la estructura de la organización doméstica y los papeles que desempeñan hombres y mujeres en el hogar.

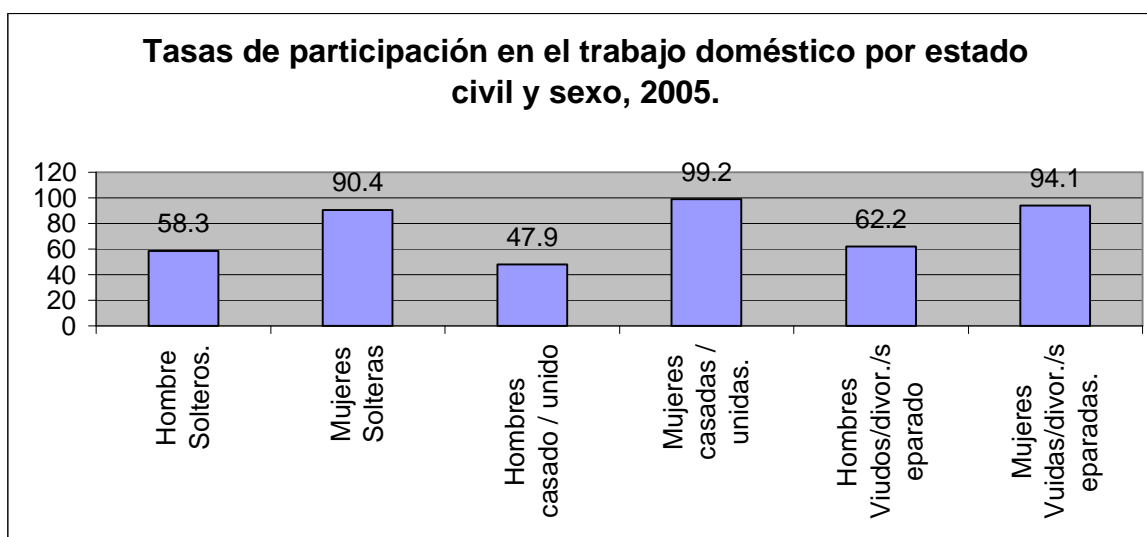
Cerca del 100% de las mujeres casadas o unidas libremente participan en las actividades domésticas; en contraste, los hombres con el mismo estado civil, reportan una tasa de participación de 47.9%, la cual es la menor de todas las tasas comparada con la registrada por los hombres que tienen cualquier otro estado civil.



Gráfica 4. PEA (Personas económicamente activas).

Los hombres viudos, separados y divorciados son los que más participan en las tareas del hogar, con una tasa de participación doméstica de 62.2%.

La participación masculina y femenina en las actividades domésticas por estado civil muestra cómo aún en la actualidad, las mujeres independientemente de su situación conyugal siguen siendo las responsables de las tareas domésticas que exige cada hogar. (Ver gráfica 5).¹³²



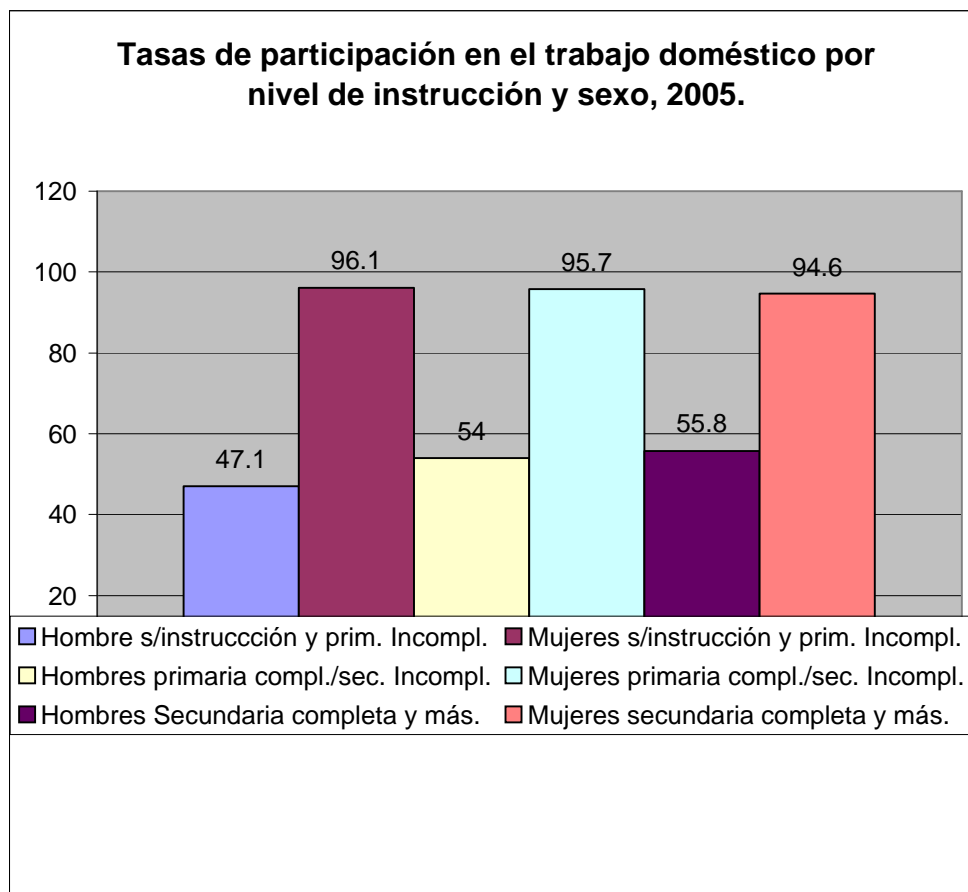
Gráfica 5.

*La tasa de participación en el trabajo doméstico de acuerdo con el nivel de instrucción alcanzado por los hombres y las mujeres, evidencia que las mujeres mantienen altos niveles de participación en las tareas del hogar, alrededor del 95%; en cambio, la de los hombres muestra una tendencia ascendente a mayor escolaridad, pero comparada con la de las mujeres, es significativamente menor. La tasa de participación doméstica de las mujeres sin instrucción y primaria incompleta, es 49 puntos porcentuales mayores que la de los hombres con igual escolaridad; en primaria completos y secundarios incompletos, y en secundaria completa y más, las diferencias son de 41.7 y 38.8 puntos porcentuales, respectivamente, a favor de las mujeres. (Ver gráfica 6).*¹³³

¹³² Cfr. INEGI – STPS. Encuesta Nacional de Empleo, 2005. Base de datos

¹³³ Cfr. INEGI – STPS. Encuesta Nacional de Empleo, 2005. Base de Datos

Gráfica 6



En la sociedad 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. Más aún, en muchos hogares mexicanos, la mujer desempeña una doble actividad, la que deviene del trabajo remunerado y la actividad no remunerada que se ejecuta como una obligación exclusiva derivada del matrimonio, como lo viene siendo el desempeño de los quehaceres domésticos.

Tomando en consideración las estadísticas y gráficas elaboradas anteriormente, hemos podido comprobar que a pesar de que las condiciones sociales y económicas que prevalecen en el país y de que estamos en pleno Siglo XXI, la situación de la mujer en comparación con los hombres no ha variado considerablemente; ya que como se ha visto sigue siendo la mujer quien preferentemente se dedica a las labores del hogar o quehaceres domésticos; así como a la educación y cuidado de los hijos. Siendo que en la actualidad la mayoría de las mujeres casadas, en unión libre, separadas, divorciadas con hijos o sin ellos, se dedican a trabajar y no exclusivamente como cita la fracción II en análisis, *“preponderantemente”* al hogar y al cuidado de los hijos.

Por lo tanto, considero que el término *“preponderantemente”* establecido en la fracción que nos ocupa, no es el adecuado, ya que como hemos citado en el desglose de ésta, su significado no concuerda con la realidad que actualmente vive la mujer que como ya hemos señalado tiene un trabajo por el cual percibe una remuneración y al mismo tiempo desempeña las labores del hogar. Por lo que, en mi opinión, el término preponderantemente debe ser cambiado en la redacción de la fracción arriba mencionada.

Cabe destacar que en esta iniciativa, el legislador básicamente busca proteger a la mujer, otorgándole derechos para una mejor defensa, en caso de así requerirlo, en cuestiones de pensión alimenticia, divorcio, violencia familiar, concubinato y otras.

Pese a lo señalado en el párrafo anterior, en nuestra realidad las cosas no son así, en virtud de que se dan situaciones como el caso que da origen a esta tesis, en que la actora recurrió al Amparo y Protección de la Justicia Federal con la finalidad de obtener justicia en cuanto a la sentencia definitiva dictada por el A quo y posteriormente por el Ad quem, siendo el resultado de ésta, que según el criterio de la Autoridad Judicial Federal no se cumplieron los supuestos previstos por la fracción II del Artículo 289 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, debido a

que la actora es Licenciada en Psicología, ha trabajado para la Universidad y esporádicamente ha realizado consultas particulares, y al momento de interponer su demanda de divorcio, sus hijos eran mayores de edad.

Entonces uno se pregunta: ¿Quién realizó las labores del hogar y cuidado de los hijos desde que nacieron hasta su mayoría de edad? ¿Después de cumplir la mayoría de edad los hijos ya no necesitan cuidados maternos?

Esto confirma que el término “*preponderantemente*” no es el adecuado en la redacción de la fracción en cita y tampoco va acorde con la realidad de la mujer; porque como ya ha sido mencionado anteriormente, ésta trabaja y está al cuidado del hogar.

4.2.4 Fracción III

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

Dentro de este párrafo se plantea una de las partes medulares del análisis, consistente en que tipo de bienes adquirieron los cónyuges durante el matrimonio. Toda vez que es de suma importancia determinar con que bienes cuentan los cónyuges en el momento de la tramitación del divorcio, en virtud de que el cónyuge demandante debe manifestar si cuenta con bienes o no, siendo así que debiera exhibir un inventario y avaluó para que proceda dicha petición, siendo necesario como lo establece el artículo que sean notoriamente menores a los del cónyuge demandado. En lo que respecta a notoriamente menores, consideramos que esta parte esta a consideración del juzgador porque qué consideramos notoriamente menores, si lo establecemos en porcentaje al 100% del 50% cuánto debe tener el actor para que sus bienes se consideren notoriamente menores. Asimismo el citado párrafo establece bienes, esto es que los derechos adquiridos

por el cónyuge demandado no se tomaran en cuenta, situación que también consideramos que no tomo en cuenta el legislador

Así también es de considerar que no se plantea el momento procesal de exhibir y acreditar que el cónyuge demandante debe de acreditar que no tiene bienes o son notoriamente menores al del demandado. Si bien es cierto le corresponde al actor acreditar los elementos de su acción de petición, en relación hasta el 50% de los bienes del demandado, también lo es que en lo que respecta al actor este debe desde un inicio acreditar tal situación.

4.2.5 Ultimo párrafo

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

Por lo que se refiere al desglose de los términos jurídicos de esta fracción, considero no necesario hacerlo debido a que en las fracciones I y II del Artículo que nos ocupa, ya han sido analizados.

En cuanto a este punto, uno se pregunta: ¿De qué se trata esto? Por lo siguiente, al momento de contraer matrimonio y por ende formar una familia, la pareja trata de que en el lapso del mismo y sobre todo por el bien de sus hijos, adquirir bienes para beneficio de éstos en un futuro.

Y por lo que cita la fracción antes mencionada, esto es una limitante hacia ambas partes, porque ahora resulta que si el demandante adquiere bienes, éstos deben ser menores a los de la contraparte. Sin referirse a lo que se debe de entender en qué “sean notoriamente menores”. ¿Menores en qué? ¿En cuantía?, ¿En Valor?, ¿En tamaño?

Entendiendo por *cuantía*: importe de lo reclamado en juicio. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal “Art. 255” dispone que la demanda debe expresar el valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez.¹³⁴

En cuanto al término *valor*: se entiende que es la estimación o precio de las cosas.¹³⁵

Respecto a la palabra *tamaño*, debemos entender dimensiones de una cosa.¹³⁶

Es decir, por citar un ejemplo, si el otro cónyuge o contraparte ha adquirido una casa por un valor de quinientos mil pesos; entonces el demandante se verá obligado a adquirir un bien inmueble por un valor menor a la cantidad antes mencionada, o de plano no poder adquirir bienes. Otro ejemplo sería el que el demandante adquiriera una camioneta Windstar de un valor aproximado de trescientos cincuenta mil pesos y la contraparte tiene un vehículo Volkswagen, con un valor estimado de setenta mil pesos. Cabe preguntarse ¿Qué pasa si los bienes del demandante son mayores a los de la contraparte y los bienes de éste son menores a los del demandante? Entonces podemos decir que, si la contraparte adquiere bienes durante el matrimonio “*notoriamente menores*” al demandante, ¿podrá demandar del otro cónyuge el derecho a recibir parte proporcional de los bienes de éste? Y si la situación se presenta en caso contrario, siendo el demandante quien haya adquirido bienes durante el matrimonio, “*notoriamente mayores*” a los de la contraparte, ¿podrá éste reclamar el derecho a recibir la parte proporcional de estos bienes?, o de plano no adquirir bienes.

Por lo que se refiere a los bienes, no se hace mención a la repartición de los mismos, en cuanto al tiempo y forma, dándoles amplias facultades a los

¹³⁴ PINA, Rafael de. Ob. cit. p 205.

¹³⁵ *Ibídem* p 494

¹³⁶ Diccionario Enciclopédico Básico loc. cit

Jueces de lo Familiar para resolver este tipo de controversias familiares. Cuando en la práctica se dan casos que ni los mismos Jueces saben resolver.

Tal es el caso que nos ocupa en la realización de este trabajo de tesis, en el que la resolución dictada por el *Ad quem* estableció que procedía el principio de retroactividad en perjuicio del demandado siendo que dicha autoridad no tomó en consideración que la acción se fundó en disposiciones que comenzaron a tener vigencia antes de la presentación de la demanda inicial (8 de Agosto del dos mil).

Lo anterior es así, en primer lugar, porque el divorcio no es un derecho u obligación derivado del matrimonio, y en segundo término, porque no obstante que el matrimonio se celebró con fecha 13 de Febrero de 1978 cuando todavía no se habían reformado, modificado y adicionado diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, como lo es la adición del Artículo 289 Bis, que nos ocupa, que surgió mediante decreto de fecha 25 de Mayo del dos mil, sin que la aplicación de las mencionadas normas jurídicas signifique retroactividad de la ley. Es pertinente señalar que por retroactividad debe entenderse el hecho de aplicar una ley o disposición legal a un hecho acaecido antes de iniciar su vigencia una nueva ley o precepto legal, como en este caso.

Ahora bien, en cuanto a la resolución de la Autoridad Judicial Federal, ésta resolvió desechando la resolución del *Ad quem* en relación con el principio de retroactividad a que se hizo mención; así como negando el pago de la indemnización reclamada a su contrario absolviendo a éste de esa prestación, sin que la circunstancia de que haya o no adquirido bienes propios durante la vigencia del matrimonio, resulta relevante al no encontrar satisfecho uno de los requisitos exigidos por el Artículo que se comenta.

De acuerdo a lo antes mencionado, se concluye que el término de que el *Juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio, resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso*, es un peligro; ya que cada juez tiene

criterio diferente y al ponerlo en práctica, da como resultado que se tenga que recurrir a otras instancias legales, como la apelación y el amparo, para obtener una mejor resolución.

Si bien es cierto, que en la actualidad se ha dictado jurisprudencia al respecto de la procedencia del citado artículo, también lo es que en la mayoría de los juzgados admiten la prestación pero no la conceden, en virtud de que ha dicho de ellos no cumplen con alguno de los requisitos marcados en la ley.

Para determinar la procedencia del artículo 289-bis se establecen los siguientes criterios:

No. Registro: 179,922

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XX, Diciembre de 2004

Tesis: 1a./J. 78/2004

Página: 107

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 acciones, 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.

Contradicción de tesis 24/2004-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Octavo y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

Tesis de jurisprudencia 78/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha tres de septiembre de dos mil cuatro.

No. Registro: 181,339

Tesis aislada

Materia(s): Civil

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

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).

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 acciones 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.

DÉCIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 656/2003. 13 de enero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos. Secretario: Gerardo Daniel Gatica López.

Nota: Esta tesis se aparta del criterio sostenido por el propio tribunal en la diversa I.13o.C.11 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, octubre de 2002, página 1365, de rubro: "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."

Esta tesis aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIX, febrero de 2004, página 1049; por

instrucciones del Tribunal Colegiado se publica nuevamente con la modificación que el propio tribunal ordena sobre la tesis originalmente enviada.

No. Registro: 182,196

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIX, Febrero de 2004

Tesis: I.13o.C.23 C

Página: 1049

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 acciones

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.

DÉCIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

*Amparo directo 657/2003. 13 de enero de 2004. Unanimidad de votos.
Ponente: Martín Antonio Ríos. Secretario: Gerardo Daniel Gatica López.*

Nota:

Esta tesis se aparta del criterio sostenido por el propio tribunal en la tesis I.13o.C.11 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, octubre de 2002, página 1365, de rubro: "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."

Esta tesis se volvió a publicar por instrucciones del Tribunal Colegiado con la modificación que ordenó, para quedar como aparece en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIX, junio de 2004, página 1435, de rubro: "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)."

Esta tesis contendió en la contradicción 24/2004-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 78/2004, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, diciembre de 2004, página 107, con el rubro: "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."

Sobre el tema tratado, la Primera Sala resolvió la contradicción de tesis 64/2004.

No. Registro: 183,810

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época**Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito****Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta****Tomo: XVIII, Julio de 2003****Tesis: I.8o.C.249 C****Página: 1125****INDEMNIZACIÓN PREVISTA POR EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL (VIGENTE A PARTIR DEL UNO DE JUNIO DE DOS MIL). SU NATURALEZA JURÍDICA.**

Del análisis del artículo 289 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, se aprecia que se estableció la posibilidad de que un cónyuge demandara del otro una indemnización de hasta el cincuenta por ciento de los bienes que hubiera adquirido el demandado durante el matrimonio, lo que podría producir de inicio convicción en el sentido de que lo que regula el precepto es una indemnización por un acto ilícito; sin embargo, esa apreciación inicial se ve totalmente desvirtuada si se toma en consideración que uno de los cónyuges puede demandar del otro la disolución del vínculo matrimonial, apoyándose sólo en la fracción IX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, hipótesis en la que no existe cónyuge culpable y, por ende, tampoco acto ilícito alguno. Además, si se analiza en su integridad el primer artículo de referencia se advierte que, en realidad, éste encierra una modificación al régimen de separación de bienes, pues se señalan como elementos para que pueda producirse el derecho a accionar, el que los cónyuges se hubieran casado bajo el régimen de separación de bienes y que el demandante no hubiere adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los de la contraparte.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

*Amparo directo 153/2003. 26 de marzo de 2003. Unanimidad de votos.
Ponente: Carlos Arellano Hobelsberger. Secretario: Ismael Hernández Flores.*

Los métodos utilizados en este último capítulo son el analítico y el exégesis. El primero de ellos es definido por el maestro Ponce de León de la siguiente forma: “El método analítico consiste en la comparación de fenómenos por sus semejanzas y diferencias, este método va de lo conocido a lo desconocido. Puede aplicarse en la modificación legislativa y en la elaboración de normas jurídicas...”¹³⁷

Y el segundo de ellos, lo define el jurista Jorge Witker como: “La exégesis considera a la norma como algo perfecto y estático. Este método utiliza los elementos pragmáticos, sistemáticos y extensivos entre otros...”¹³⁸

¹³⁷ PONCE DE LEON ARMENTA, ob.cit. p. 74.

¹³⁸ WITKER VELAZQUEZ, Jorge. “Metodología Jurídica” 2° Edición. Editorial Mc Graw Hill.p 235.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne

SEGUNDA: El matrimonio ha tenido a lo largo del tiempo distintas formas y más aun el divorcio, ya que de primera instancia se ha considerado como indisoluble. Pero han sido las circunstancias y la vida cotidiana que ha ido cambiado esa perspectiva, dando pauta a que los cónyuges puedan de manera libre determinar querer vivir o no en comunión.

TERCERA: La Familia, es el núcleo social del Estado y por lo tanto tiene una gran relevancia para el funcionamiento del mismo.

CUARTA: Uno de los medios legales para crear la familia es el matrimonio, el cual para que se pueda dar legalmente tiene que cumplir ciertos requisitos enmarcados por la ley.

QUINTA: Actualmente, el matrimonio esta en crisis, es decir, existen diversidad de problemas que afectan sobresalientemente la estabilidad del matrimonio y en consecuencia el desarrollo sano de la familia.

SEXTA: El efecto de la crisis matrimonial y familiar ha traído como consecuencia la desintegración de ambos, lo que ocasiona una desestabilidad social que origina otra serie de problemas para el matrimonio, la familia y el Estado.

SÉPTIMA: Una de las formas legales de disolver el matrimonio es el divorcio y que también trae como consecuencia, en muchas ocasiones, el rompimiento del núcleo familiar.

OCTAVA: Es muy común en la práctica, que los Jueces y los asesores legales de las partes nos concretamos a realizar los trámites legales para que se obtenga el divorcio, sin preocuparnos de los alcances que puede tener para la sociedad y para los sujetos que están inmiscuidos en el mismo.

NOVENA: Consideramos importante que uno de los temas a tratar durante y después del divorcio es el aspecto psicológico de los cónyuges y del los hijos, ya que este sólo se trata como medio de prueba para obtener un resultado favorable a las pretensiones de las partes, y que de ninguna manera se soslaya el interés que se debe tener el aspecto emocional por el que atraviesan los divorciantes y los hijos.

DÉCIMA: Como se estableció los hijos son indisociables a la familia. La cual forma parte del grupo social al que pertenece. La multiplicidad de las situaciones que engloban los términos “hijos del divorcio” e “hijos de familias reintegradas”, es razón suficiente para enfocar de manera más enfatizada una situación bastante compleja. La aparición de problemas psicológicos en los hijos después de la separación de sus padres no es ineluctable. El conocimiento de los elementos indiscutibles negativos, como lo son los conflictos y el abandono por parte de sus progenitores, resulta indispensable para prevenir tales problemas y para orientar la acción de todas las personas que intervienen en el caso, trátase de los padres o de los especialistas en problemas infantiles.

DÉCIMA PRIMERA: Los problemas que presentan los divorciados y sus hijos en el momento de la ruptura son la expresión de un sufrimiento efectivo que no consiguen procesar y que se manifiesta por medio de síntomas muy variados. La preponderancia de problemas conductuales es clara, cualesquiera que sea su edad. Los problemas de respuesta son semejantes a los que pueden observarse

cuando se presenta un duelo: ansiedad, culpabilidad, depresión y angustia de abandono.

DÉCIMA SEGUNDA: La ruptura parental y los conflictos que la preceden crean una situación familiar poco propicia. Los excónyuges deben aceptar que es el fin de su relación amorosa, la partida de una persona a la que a veces se ama todavía, el duelo por la familia ideal que habían proyectado para ellos y para sus hijos. Todas esas heridas afectivas son, en mayor o menor medida, abrumadoras, de acuerdo con la capacidad psicológica de cada uno de ellos para controlar sus emociones y para disociar su función parental de su vida personal. En caso de depresión, el adulto se coloca en una situación de dependencia psicológica respecto de su entorno y se vuelve incapaz de sostener una relación adaptada a las interacciones con sus hijos o con otras personas.

DÉCIMA TERCERA: Es importante pues, que las actuaciones judiciales y de los postulantes, no se concreten exclusivamente a proceder conforme a derecho, sino que hay que ver más allá. Y esto consiste en ver el aspecto emocional de los divorciantes durante y después del divorcio. Y uno de los aspectos que tenemos que tomar en cuenta, de acuerdo a nuestro sistema, es establecer una regulación más propicia para que por ley quien pretenda divorciarse, primeramente se sometan a una mediación familiar y a estudios psicológicos de los cónyuges y los hijos. Y que estos aspectos previos nos eviten quizás una ruptura matrimonial y familiar.

DÉCIMA CUARTA: Es indispensable que para que proceda tal petición sea reformada tomando en consideración que pueden existir casos en que alguno de los cónyuges trabaje y sus percepciones sean para el desarrollo físico e intelectual de los hijos y sostenimiento del hogar y todos los bienes estén a nombre del otro cónyuge y estén casados bajo el régimen de separación de bienes.

DÉCIMA QUINTA: Resulta fundamental que durante la tramitación del divorcio sean exhibidos los inventarios y el avalúo correspondientes a los bienes para que el Juez tenga mayores elementos para determinar el porcentaje a otorgar, evitando de esta manera caer en una resolución parcial y en consecuencia benéfica a alguno de los consortes. Lo anterior en razón de que en el Distrito Federal se ha estado otorgando el 50% sin tener elementos para condenar a lo máximo, tomando en consideración que citado artículo establece hasta el 50%.

DECIMA SEXTA. Lo que se intenta con las anteriores propuestas es que dicho artículo sea equitativo, en razón de que no sólo se puede tomar en consideración que alguno de los cónyuges se dedique al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos y el otro a trabajar fuera del hogar y que por consecuencia el cuidado personal de los hijos no se da, pero sí el que sus ingresos sean para provecho de la familia, y en un momento dado no tener un patrimonio personal durante su matrimonio y si a favor del otro cónyuge.

Propuestas

De acuerdo a lo anterior, proponemos lo siguiente:

Actualmente el artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal se encuentra de la siguiente manera:

LIBRO PRIMERO. De las personas.

TÍTULO QUINTO. Del matrimonio.

CAPÍTULO X. Del divorcio.

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 las circunstancias especiales de cada caso.

Proponemos que quedara de la siguiente forma:

LIBRO PRIMERO. De las personas.

TÍTULO QUINTO. Del matrimonio.

CAPÍTULO X. Del divorcio.

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 y derechos 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, al desempeño: de alguna actividad laboral para beneficio del hogar o de los hijos; al hogar o al cuidado de los hijos.

III Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes o derechos propios o habiéndolos adquirido, sean menores en valor a los de la contraparte. Y que en el momento de interponer la demanda, bajo protesta de decir verdad manifieste no tener bienes o derechos y en caso de tenerlos se acredite fehacientemente cuales son y el valor de los mismos.

IV. El demandado al contestar la demanda, deberá bajo protesta de decir verdad, exhibir un inventario de los bienes y derechos de propiedad, y en su momento el avalúo correspondiente. Y para el caso de ser necesario la enajenación de bienes o derechos debe solicitar autorización judicial.

V. En caso de que el demandado sea comerciante se nombrara un interventor con cuenta a la caja.

El Juez de lo Familiar en la sentencia de divorcio, habrá de establecer el porcentaje que debe de otorgarse en base a los bienes o derechos y avalúos respectivos.

La anterior propuesta consideramos apropiada en virtud de que para que pueda determinarse por sentencia hasta un monto máximo del 50% de los bienes o derechos del otro cónyuge se deben de dar los elementos necesarios como son el inventario o avalúo de los bienes de los cónyuges, para en su caso poder el juzgador establecer el porcentaje que por concepto de indemnización se conceda y no incurrir en desproporción a lo reclamado. Así como también acreditar las circunstancias de haberse dedicado al trabajo, al hogar o al cuidado de los hijos.

Así también es necesario crear un procedimiento sumario para poder realizar la liquidación correspondiente, siendo aplicable la reforma que pretendemos, en razón de que si tenemos el inventario y avalúo de los bienes y derechos presentados por las partes es más sencillo realizar la liquidación o adjudicación de dichos bienes o derechos.

ANEXO



México, Distrito Federal, a diecisiete de junio - -
del año dos mil dos.

1

PROCESO DE
FAMILIAR

PRE. MEMOR. DE LA
ALZADA

PRO. 2229/2001

PRO. 556

ALZADA
FAMILIAR

VISTO, por tercera ocasión, el toca número 2229/2001 para resolver el cumplimiento de la sentencia de amparo pronunciada por el H. Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el Distrito Federal, en el amparo directo número DC-376/2002, promovido por ROSA MARITZA MARTINEZ CARDENAS en contra de autos de esta Sala, con fecha de sentencia del diez de abril del año dos mil dos, dictada dentro del toca formado con motivo del diverso cumplimiento a la ejecutoria de amparo dictada por el mismo Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el Distrito Federal, en el amparo directo número DC-164/2002, que tuvo su origen en la resolución pronunciada por esta Alzada con fecha cuatro de enero del año en curso, con motivo del diverso cumplimiento a la ejecutoria de amparo que también pronunció el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el Distrito Federal, en el amparo directo número DC-174/2001, que se dictó con motivo del juicio de amparo interpuesto por la hoy quejosa en contra de la resolución pronunciada por esta Alzada, con fecha nueva de octubre del año dos mil uno, dictada dentro del toca formado con motivo del recurso de apelación interpuesto por ROSA MARITZA MARTINEZ CARDENAS en contra de la sentencia definitiva dictada el dos de julio del año dos mil uno, por el C. Juez Trigesimo Tercero de lo Familiar del Distrito Federal, en los autos del juicio MATRIMONIO CIVIL, DIVORCIO NECESARIO promovido por MARTINEZ CARDENAS ROSA



MARITZA en contra de JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERO; y

TERCERA SALA
FAMILIAR.

NO. 119-951 DE LA
C.D. MADRID.

EXH. 1234567

PREV. 550



S. V. de
M.

RESULTANDO:

1.- En los autos del juicio mencionado, el C. Juez Irigóien Jarcero de lo Familiar del Distrito Federal, dictó sentencia definitiva, cuyos puntos resolutiveos son los siguientes:

PRIMERO. - Ha sido procedente la vía ordinaria civil, en la cual la parte actora en el principal probó parcialmente los supuestos de la acción y el demandado justificó parcialmente sus excepciones y defensas.

SEGUNDO. - En consecuencia, por divorcio necesario, se decreta la disolución del vínculo matrimonial que mantiene unidos a los señores JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERO Y MARTINEZ BARRON ROSA MARITZA bajo el régimen de separación de bienes, mismo que se encuentra inscrito en la partida 20, libro 4, del año de mil novecientos setenta y ocho, en esta Ciudad. Asimismo, ambas partes quedan en aptitud de contraer nuevas nupcias.

TERCERO. - Se absuelva al demandado de las prestaciones marcadas con los incisos B y C, conforme a los razonamientos a que se refiere los considerandos V y III.

CUARTO. - Una vez que la presente resolución cause ejecutoria, cúmplase con lo ordenado por los artículos 114 y 291 del Código Civil, en relación con el 682 del Código de Procedimientos Civiles.

QUARTO (sic). - Se dejan sin efecto las medidas provisionales decretadas en autos y sin hacer especial condena en costas, por no encontrarse el presente asunto dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles.

NOTIFIQUESE.

2.- Inconforme con dicha sentencia, la



SECRETARÍA
FAMILIAR

MINISTERIO DE LA
JUSTICIA FEDERAL

TELEFONO 2220/0001

EXEMPT 100



SAL
LAR

3

actora ROSA MARITZA MARTINEZ GARDENAS interpuso en su contra recurso de apelación, mismo que fue admitido en ambos efectos, ordenando el Juez del Conocimiento la integración del testimonio de apelación respectivo para ser enviado a esta Sala para substanciación de la alzada. Una vez tramitada la apelación con fecha nueve de octubre del dos mil uno, esta revisora dictó sentencia, misma que cumplió con los siguientes puntos resolutivos:

PRIMERO.- Habiendo sido fundado el tercer agravio de la apelación, se modifica el tercer punto resolutivo del fallo combatido debiendo quedar del siguiente tenor literal:

"TERCERO.- Se absuelve al demandado de las prestaciones marcadas con los incisos B), C) y D), conforme a los razonamientos que se refieren el tercero y quinto considerandos de este fallo.

SEGUNDO.- No se hace especial condena en costas en esta instancia.

TERCERO.- Notifíquese y remítase testimonio de la presente resolución al juzgado de su origen y en su oportunidad archívese el presente tomo como asunto concluido.

5.- Inconforme con dicha resolución, la actora ROSA MARITZA MARTINEZ GARDENAS promovió juicio de garantías, en el cual el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el Distrito Federal, en el amparo directo número DC- 874/2001, concedió el amparo a la quejosa, y en cumplimiento a dicha ejecutoria, esta Sala, dictó nueva resolución con fecha cuatro del enero del Año en curso, misma que cumplió con los siguientes puntos resolutivos:

PRIMERO.- En cumplimiento a la ejecutoria de amparo que ha quedado debidamente precisada con antelación, se deja



DIRECCIÓN GENERAL
FAMILIAR.

NO. 10,000 DE LA
CIVIL MEXICANA

HECH: 27/07/2001

PRIV. 506

AL
19

4

insubsistente la sentencia dictada por esta revisora el nueve de octubre del dos mil uno, y se dicta una nueva, en la que se estudiaron los agravios planteados por la quejosa con relación a las prestaciones B y G de su escrito inicial de demanda y se determinó con base en los mismos, la acreditación o no de las mencionadas prestaciones, tal y como lo ordenó la Autoridad Judicial Federal; en consecuencia:

SEGUNDO.- Quedan intactas en lo que no fue materia del amparo las consideraciones expresadas por esta Sala en la Sentencia dictada en fecha nueve de octubre del año dos mil uno, al haber resultado parcialmente fundado el segundo agravio expresado, se modifica la Sentencia Definitiva de dos de julio del año dos mil uno, dictada por el C. Juez Trigésimo Tercero de lo Familiar del Distrito Federal, en los autos del Juicio Ordinario Civil, Divorcio Necesario promovido por MARTINEZ CARDENAS ROSA MARITZA en contra de JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERO, quedando sustituida en su parte considerativa conducente con los argumentos que en este fallo se contienen y cuyos puntos resolutivos quedan en los siguientes términos:

PRIMERO.- Ha sido procedente la vía ordinaria civil, en la cual la parte actora en el principal probó parcialmente los supuestos de la acción y el demandado justificó parcialmente sus excepciones y defensas.

SEGUNDO.- En consecuencia, por divorcio necesario, se decreta la disolución del vínculo matrimonial que mantiene unidos a los señores, JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERO Y MARTINEZ CARDENAS ROSA MARITZA bajo el régimen de separación de bienes, mismo que se encuentra inscrito en la partida 29, libro 4, del año de mil novecientos noventa y ocho, en esta Ciudad, por causa imputable al demandado.

TERCERO.- Ambas partes quedan en aptitud de contraer nuevas nupcias.

CUARTO.- Se absuelva al demandado de la indemnización de hasta el 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio, que le fue reclamada por la actora en el inciso B del capítulo de prestaciones de la demanda.

QUINTO.- Se condena a JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERO, cónyuge culpable del divorcio a indemnizar a ROSA MARITZA MARTINEZ CARDENAS, por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado, reclamo que deberá formularse en Juicio Ordinario Civil,



TERCERA SALA
FAMILIAR.

NO. 1530001 DE LA
D.F. 10/07/2002

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

1004 27000001

con fundamento en los artículos 55 y 92 del Código de Procedimientos Civiles.

SEXTO.- No se hace condena en costas en esta instancia por no encontrarse el presente asunto dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles.

SEPTIMO.- Una vez que la presente resolución causa ejecutoria, cúmplase con lo ordenado por los artículos 114 y 291 del Código Civil, en relación con el 642 del Código de Procedimientos Civiles.

OCTAVO.- Se dejan sin efecto las medidas provisionales decretadas en autos.

NOVENO.- NOTIFIQUESE.

TERCERO.- Notifíquese y de inmediato, mediante atento oficio remítase testimonio debidamente autorizado de la presente resolución al C. Presidente del Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil en el Distrito Federal, informando del cumplimiento de la sentencia de amparo a que se ha hecho referencia. Asimismo, mediante atento oficio remítase al C. Juez Trigésimo Tercero Familiar del Distrito Federal, testimonio debidamente autorizado de la presente resolución para su conocimiento y en su oportunidad, archívese el presente como asunto concluido.

4.- Inconforme nuevamente con dicha resolución, la actora ROSA MARITZA MARTINEZ GARDENAS promovió juicio de garantías, en el cual al mismo Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el Distrito Federal, en el amparo directo número DG-164/2002, concedió el amparo a la quejosa, y en cumplimiento a dicha ejecutoria, esta Sala, dictó nueva resolución con fecha diez de abril del año en curso, misma que culminó con los siguientes puntos resolutivos:

PRIMERO.- En cumplimiento a la ejecutoria de amparo número D.C.-164/2002, que ha quedado debidamente precinada con antelación, se deja insubsistente la sentencia dictada por esta revisora el cuatro de enero del dos



6

en el día, en lo que fue materia del amparo, y se dicta una nueva en la que se establece el primer agravio planteado por la quejosa con relación a la prestación B de su marido inicial de demandante, el cual resultó parcialmente fundado pero insuficiente para revocar la Sentencia definitiva dictada en su parte condenatoria en consecuencia:

SEGUNDO. Que en lo que no fue materia del amparo las consideraciones expresadas por esta Sala en las Sentencias dictadas en fecha nueve de octubre del año dos mil uno y cuatro de mayo del año dos mil dos; habiendo resultado en ésta última parcialmente fundado el segundo agravio planteado, por lo cual se revocará la Sentencia definitiva de dos de julio del año dos mil uno, dictada por el J. J. Luis Triguero Insular de lo Familiar del Distrito Federal, en los autos del Juicio Ordinario Civil, Divorcio Necesario promovido por MARLENE CARRERAS ROSA RABILLA de contra de JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERA, y toda vez que el primer agravio planteado por la apelante, resultó fundado pero insuficiente para revocar la Sentencia de Primer Grado; sus puntos resultantes quedan en los siguientes términos:

PRIMERO - Ha sido procedente la vía ordinaria civil, en la cual la parte actora es el principal probó parcialmente los supuestos de la acción y el demandado justificó parcialmente sus excepciones y defensas.

SEGUNDO - En consecuencia, por divorcio necesario, se decreta la disolución del vínculo matrimonial que mantiene unidos a las señoras, JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERA y MARLENE CARRERAS ROSA RABILLA bajo el régimen de separación de bienes, mismo que no encuentra sanción en la Ley 29, Libro 4, del año de mil novecientos sesenta y ocho, en esta virtud, por causa imputable al demandado.

TERCERO - Deben pagarse costas en virtud de haberse incurrido en costas.

CUARTO - Se abstiene el demandado de la indemnización de hasta el 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio, que le fue reclamada por la actora en el ítem B del capítulo de prestaciones de la demanda.

QUINTO - Se condena a JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERA, compareciente del Divorcio a indemnizar a DOÑA MARLENE CARRERAS ROSA RABILLA, por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado, reclamo que deberá

TRUJILLO 2004
F. A. N. 11. 1. 0. 0

EST. LIBRE ASOCIADO DE P.R.
CALLE MEXICO 127

TEL. (787) 733-1111



SALA
IV



0

terceramente en tanto se dictaren las providencias que correspondan en los autos de la presente materia.

SEXTO.- Que se den cumplimiento en el presente asunto dentro de los términos a que se refiere el artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles.

SEPTIMO.- Una vez que la presente causa fuere concluida, complida con la sentencia en los artículos 114 y 291 del Código Civil, en relación con el 692 del Código de Procedimientos Civiles.

ACTUAL.- Se dicten en estos autos las providencias procedenciales de acuerdo a lo que.

NOVENO.- NOTIFICAR.

DIECIMO.- Notifíquese y de inmediato, mediante el oficio competente, oportunamente autorizado en la presente resolución al C. Presidente del Órgano Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil en el Distrito Federal, Intercambio del cumplimiento de la sentencia de autos a que se ha hecho referencia, así como, mediante el oficio competente al C. Jefe del Órgano Tercero Familiar del Distrito Federal, para que oportunamente autorice de la presente resolución para su cumplimiento y en su oportunidad, archiven el presente expediente con el número que a continuación se establece.

SEPTIMO DE ABRIL DE 1961
D.F.

SAL
AR

Resolución expedida con el folio número 1059. ROSA MARICELA MARTINEZ CARDENAS, demandada, contra el juicio de nulidad del que es parte el propio Órgano Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el Distrito Federal, en el asunto directo número de expediente 1059/61, que hoy se cumplimenta y que concluye con las siguientes pautas resolutorias:

ORDEN.- La Justicia de la Union otorga y PROTEGE a ROSA MARICELA MARTINEZ CARDENAS, contra el acto que celebra de la Tercera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, consistente en la sentencia de autos de fecha 27 de abril del año 1961, en cumplimiento a la resolución de autos de fecha en el expediente FC 1059/61, toda relativa a la apelación hecha antes



(R)

en el juicio ordinario civil divorcio
necesario número 980/2000.

TERCERA SALA
FAMILIAR.
PAG. 102/104 DE LA
CASA REFORMADA
NÚM. 2227/009
PAG. 254

6.- Mediante resolución de fecha trece de junio del año en curso, esta sala tuvo por recibido el oficio número 1870, suscrito por la Secretaría de Acuerdos del Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, mediante el cual se hizo del conocimiento de esta Sala el amparo solicitado por la quejosa, por lo cual se ordenó traer los presentes autos a la vista para dictar la resolución que hoy se pronuncia, y:

CONSIDERANDO :

I.- La autoridad federal antes señalada para conceder el amparo y protección de la justicia federal a la parte quejosa, se fundó en las ~~exposiciones~~ vertidas en el quinto considerando de la sentencia que hoy se cumplimenta, que en lo conducente señala:

"... con la decisión asumida por la responsable, se viola en perjuicio de la quejosa la garantía de legalidad prevista en los artículos 14 y 16 Constitucionales, ya que no atiende al texto expreso del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con la generalidad de los hechos y pruebas aportadas por la actora al juicio y, por ende, no hace una correcta valoración de las mismas, por lo que a fin de restituirla en el goce de la garantía individual violada, lo procedente es concederle el amparo y protección de la justicia de la unión que solicita..."

II.- Esta Sala, en acatamiento a lo resuelto por la autoridad federal preñada, deja insubsistente el fallo que dictó el diez de abril del año dos mil dos, y dicta uno nuevo para

A SALA
LIAR



TERCERA SALA
FAMILIAR.

AV. VERDE DE LA
CALLE HERRERA

DOA: 2228/2005

PRIM. SALA

9

cumplimentar la ejecutoria de antecedentes, en los siguientes términos:

El primer agravio que expresa la inconforme, atento al contenido de la ejecutoria de amparo que se cumple, y que debe tenerse por reproducido íntegramente en este espacio, en lo que interesa como si a la letra se insertara en obvio de inútiles repeticiones, es fundado para modificar la Sentencia Definitiva apelada y condenar a JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERO, al pago de la indemnización del 50% del valor de los bienes adquiridos durante el matrimonio, que le reclamó la actora en el inciso b) del capítulo de prestaciones de su demanda.

En el contexto, toda vez que la ejecutoria de amparo que se cumple no hizo consideración alguna respecto del análisis realizado por ésta Alzada del segundo agravio expresado por la apelante en la Sentencia de fecha cuatro de enero del año en curso, y en la de diez de abril del mismo año, debe quedar intocado lo resuelto sobre éste punto, y para una mayor claridad se transcribe a continuación:

El segundo agravio que expresa la apelante es parcialmente fundado pero suficiente, para modificar la Sentencia Definitiva en la parte que interesa, relativa a la indemnización por los daños y perjuicios que el divorcio le haya ocasionado, con fundamento en el artículo 288 párrafo cuarto del Código Civil, por lo siguiente:

En efecto, el artículo 288 párrafo



10

cuarto del Código Civil en vigor a partir del primero de junio del año dos mil señala:

"...el cónyuge inocente tiene derecho además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este código para los hechos ilícitos..."

Ahora bien, es como se advierte de la lectura de la Sentencia Definitiva dictada por el Juez Tricésimo tercero de lo Familiar, dicha autoridad decretó el divorcio de las partes, por estimar acreditadas las fracciones XII y XVII del artículo 247 del Código Civil, relativas a "XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento sin justa causa, de la Sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 148... XVII.- La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos..."; siendo lo anterior por causa imputable al demandado; entonces, resulta incontrovertible que la cónyuge inocente tiene derecho a que el culpable la indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado, lo cual así debió ser decretado por el Juez Primario en la Sentencia definitiva impugnada, y al no haberlo hecho así, el agravio expresado resulta fundado, por lo cual proceda modificar la Sentencia Definitiva que se

TERCERA SALA
FAMILIAR.

PRO. VELAZCO DE LA
OSAS REFORMACION.

ROM: 2228-2008

PRO. VELAZCO DE LA OSAS REFORMACION.

SALA
FAMILIAR



11

revisa en esta parte.

TERCERA SALA
FAMILIAR.

DEL JUICIO DE LA
CAUSA RECORRIDA.

NUM. 3270/2001

PAG. 555

AL
3

Es importante precisar a la apelante que respecto de la fracción IX del artículo 267 del Código Civil, por su naturaleza jurídica, se ha considerado que en la misma no existe cónyuge culpable, y de ahí que esta parte de su agravio resulte infundada.

Ahora bien, si conforme a lo dispuesto por el artículo 92 del Código de Procedimientos Civiles, la Sentencia firme produce acción y excepción contra los que litigaron y contra terceros llamados legalmente a juicio; entonces, es precisamente la Sentencia Definitiva que declara el divorcio de las partes, por causa imputable a uno de ellos, y que condena al cónyuge culpable a cubrir al inocente una indemnización por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado, el documento básico para que quien haya resultado cónyuge inocente en el divorcio, ejercite su acción en la vía Ordinaria Civil, en la cual exprese cuales son los hechos relativos a los daños y perjuicios que el divorcio le haya ocasionado, a fin de que su contrario pueda excepcionarse, y una vez seguido éste juicio distinto y autónomo del que ahora se resuelve, el Juezador determinará sobre la procedencia de la acción, en base a las pruebas que ambas partes rindan en dicho juicio y con las cuales se acrediten o no los daños y perjuicios reclamados, a fin de obtener la indemnización que se solicite.

Por lo tanto, las pruebas ofrecidas al juicio de divorcio, por la hoy incoformada



12

TERCERA SALA
FAMILIAR.

PRO. VOLUNTAD DE LA
OJAL REFORMACION.

FOCA- 2226/2002

PROY. 206



AL

tendientes a acreditar la procedencia de sus pretensiones reclamadas en el mismo, evidentemente son ajenas al nuevo reclamo que debe formular respecto de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el divorcio, en tanto que se trata de acciones diversas, ya que ésta última encuentra su documento básico en la Sentencia Definitiva de divorcio, que obviamente no existía al inicio de este juicio.

En mérito de lo anteriormente considerado, al haber resultado fundado el primer agravio expresado, atento al sentido de la alicuotía de amparo que se cumplimenta y parcialmente fundado el segundo agravio expresado, lo que procede es modificar la Sentencia Definitiva impugnada en la parte considerada conducente, para quedar sustituida con los argumentos que en este fallo se contienen, y cuyos puntos resolutiveos deben quedar como más adelante se señala.

Bien entendido que respecto de lo que no fue materia del amparo concedido, deben quedar subsistentes las consideraciones expresadas por esta revisora en las Sentencias dictadas el nueve de octubre del año dos mil uno, cuatro de enero del año dos mil dos y diez de abril de éste año, en tanto que la Autoridad Judicial Federal, no hizo consideración alguna respecto de los demás puntos que en las mismas se contienen, en los diversos cumplimientos ordenados en los amparos números D.C.-874/2001, D.C. 144/2002 y en el que ahora se cumplimenta D.C. 370/2002.



13

Por lo anteriormente expuesto y fundado, es de resolverse y se:

TERCERA SALA
FAMILIAR.

RESUELVE:

PRIMERA SALA DE LA
CIRCUITO FEDERAL.

1001/2225/2011

1001/2225/2011

PRIMERO.- En cumplimiento a la ejecutoria de amparo número D.C. 370/2002, que ha quedado debidamente precizada con antelación, se deja insubsistente la sentencia dictada por esta revisora el diez de abril del dos mil dos, en lo que fue materia del amparo, y se dicta una nueva, en la que se declara fundado el primer agravio planteado por la quejosa con relación a la prestación R de su escrito inicial de demanda, en estricta observancia al contenido de la ejecutoria de amparo que se cumple, que debe tenerse por reproducido en este fallo como si a la letra se insertara, en obvio de inútiles repeticiones; en consecuencia:

SEGUNDO.- Quedan intactas en lo que no fue materia del amparo las consideraciones expresadas por esta Sala en las Sentencias dictadas en fecha nueva de octubre del año dos mil uno, cuatro de enero del año dos mil dos y diez de abril del año dos mil dos; y habiendo resultado fundado el primer agravio y parcialmente fundado el segundo agravio expresados por la apelante; en consecuencia, debe modificarse la Sentencia de Primer Grado, cuyos puntos resolucivos quedan en los siguientes términos:

"PRIMERO.- No es procedente la vía ordinaria civil, en la cual la parte



14

actora en el principal probó su acción y el demandado no justificó sus excepciones y defensas.

SEGUNDO.- En consecuencia, por divorcio necesario, se decreta la disolución del vínculo matrimonial que mantiene unidos a los señores, JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERO y MARTINEZ CARDENAS ROSA MARITZA bajo el régimen de separación de bienes, mismo que se encuentra inscrito en la partida 29, libro 4 del año de mil novecientos setenta y ocho, en esta Ciudad, por causa imputable al demandado.

TERCERO.- Ambas partes quedan en aptitud de contraer nuevas nupcias.

CUARTO.- Se condena al demandado al pago de la indemnización del 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio, que le fue reclamada por la actora en el inciso B del capítulo de prestaciones de la demanda.

QUINTO.- Se condena a JOSE GUILLERMO GONZALEZ RIVERO, cónyuge culpable del divorcio a indemnizar a ROSA MARITZA MARTINEZ CARDENAS, por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado, reclamo que deberá formularse en Juicio Ordinario Civil, con fundamento en los artículos 55 y 92 del Código de Procedimientos Civiles.

SEXTO.- No se hace condena en costas en esta instancia por no encontrarse el presente asunto dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles.

SÉPTIMO.- Una vez que la presente resolución cause ejecutoria, cúmplase con lo ordenado por los artículos 114 y 291 del Código Civil, en relación con el 682 del Código de Procedimientos Civiles.

OCTAVO.- Se dejan sin efecto las medidas provisionales decretadas en autos.

NOVENO.- NOTIFIQUESE.

TERCERO.- Notifíquese y de inmediato, mediante atento oficio, remítase testimonio debidamente autorizado de la presente resolución al C. Presidente del Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil en el Distrito

TERCERA SALA
FAMILIAR.

PROY. 655

PROY. 655

PROY. 655



TERCERA SALA
FAMILIAR



TERCERA SALA FAMILIAR

PROV. VOLANDA DE LA CRUZ MONDRAGON

1004-2226/2001

PROV. 504



SALA FAMILIAR

Federal, informando del cumplimiento de la sentencia de amparo número 330/2002, en el que fue quejosa ROSA MARITZA MARTINEZ CARDENAS, a que se ha hecho referencia. Asimismo, mediante atento oficio remítase al C. Juez Trigésimo Tercero Familiar del Distrito Federal, testimonio debidamente autorizado de la presente resolución para su conocimiento y en su oportunidad, archívese el presente tope como asunto concluido.

A S. L. por unanimidad de votos, lo resolvieron y firmaron las CC. Magistradas que integran la Tercera Familiar del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Licenciadas VOLANDA DE LA CRUZ MONDRAGON, REBECA FLORENTINA PUJOL ROSAS y ADRIANA CANALES PEREZ, siendo ponente la primera de ellas, en términos de lo dispuesto por el artículo 45, último párrafo de la ley Orgánica de este H. Tribunal, quienes actúan asistidas del C. Secretario de Acuerdos, quien autoriza y da fe.

SENTENCIA

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

ALZAMORA VALDEZ, Mario: "Introducción a la Ciencia del Derecho". Tipografía Sesator. Octava Edición. Lima, Perú. 1982

ANTONIO DE IBARROLA, "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, México 1978

BAQUEIRO ROJAS Edgar y Rosalía Buen rostro Báez."Derecho de Familia y Sucesiones" Editorial Harla México 1990

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, "Derecho civil", Editorial Harla, México 1997,

CASTAN TOBEÑAS, José. "La Crisis del Matrimonio ", Editorial Rehus, Madrid 1980

CASTAN TOBEÑAS, José. "Derecho de Familia". Volumen I. España 1976.

CESAR CANTU, "Historia Universal", Tomo I. Gassó Hermanos Editores Barcelona.

CHAVEZ ASCENSIO, Manuel. "La familia en el Derecho de familia y Relaciones Jurídicas Familiares". Volumen II. Porrúa México, 2001.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. "La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales". Editorial. Porrúa. 5° ed. México. 2000.

COVIELLO, Nicolás. "Doctrina General del Derecho Civil". 4ª edición italiana revisada por el Profr. Leonardo Coviello; traducción por Felipe de Jesús Tena; concordancias de derecho mexicano por Raúl Berrón Mucel. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México 1938

D'ORS, Álvaro. "Derecho Privado Romano ", Universidad de Navarra, Pamplona España 1989

DE IBARROLA, Antonio. "Derecho de Familia." Editorial Porrúa. 2° ed. México. 1981.

ESQUIVEL OBREGON, Toribio. "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Tomo III. Editorial Polis, México 1937.

EUGENE PETIT, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid

FROSINI, Vittorio. "Teoría de la Interpretación Jurídica". Editorial Temis. Santa fe de Bogotá. 1991.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho civil". Vigésima Edición. Editorial Porrúa. México 2000.

GOLDSCHMIDT, Werner: "Introducción Filosófica al Derecho". Editorial Depalma. Sexta edición. Buenos Aires, Argentina. 1983

GUASTINI, Riccardo. "Estudios sobre interpretación jurídica" Editorial Porrúa. Segunda edición México, 2000.

GUITRON FUENTE VILLA, Julián. Derecho Familiar, México

HERNÁNDEZ RAMÍREZ, José Luis: "Análisis de la fórmula: 'interpretación jurídica' del párrafo cuarto del artículo 14 constitucional". División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara. Marzo, 1995

JOSE LUIS DE LA CRUZ BERDEJO Y FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBUDILLA, "Derecho de familia", Librería Bosch, Barcelona, 1974. Tomo 1

KELSEN, Hans: "Teoría Pura del Derecho". Editorial Universitaria de Buenos Aires. Decimoctava Edición. Buenos Aires, Argentina. 1982

LARENZ, Karl: "Metodología de la Ciencia del Derecho". Editorial Ariel. Traducción de la 4ª edición alemana. Barcelona, España. 1980.

MAGALLON IBARRA, Jorge M. "El Matrimonio, Sacramento, Contrato, institución" Editorial Tipográfica Editorial Mexicana, México. 1989

MAZEUD, Henri León." Lecciones de Derecho Civil." Parte Primera. Vol. IV. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, Argentina. 1965.

ODERIGO, Mario A.: "Lecciones de Derecho Procesal" Tomo I. Editorial Depalma. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. 1981

ORIZABA MONROY, Salvador. "Matrimonio y Divorcio Efectos Jurídicos"

PALLARES Eduardo. "El Divorcio en México." Editorial Porrúa. México. 1979.

PONCE DE LEON ARMENTA, Luis. Metodología del Derecho. Editorial Porrúa, México 1999.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia". Editorial. Porrúa. 2° ed. México. 1975.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Introducción, Personas y Familia". México, Porrúa 2001.

SÁNCHEZ MÁRQUEZ Ricardo, "El Parentesco en el Derecho Comparado", Editorial Porrúa, México 2003

TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones de Derecho Civil". 2 tomos. Editorial Revista de Derecho Privado. Primera Edición. Madrid, España. 1967

WILL DURANT, La vida de Grecia, Tomo I,

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

ATWOOD, Roberto. "Diccionario Jurídico" Ediciones Librería del Abogado. México 1997.

BRENA SESMA Ingrid, "Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano", Editorial Porrúa, México DF. 2001.

PINA VARA, Rafael " Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa. 29° ed. México. 2000.

TAMAYO Y TAMAYO, Mario. "Diccionario de la Investigación Científica" Editorial Limusa, 2° edición, México 1990.

Diccionario De La Lengua Española

Diccionario Enciclopédico Básico". Editorial. Plaza & Janes, S.A. 10° ed. Madrid, España. 1974.

Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Océano Grupo Editorial Uno. Edición 1995. España.

Diccionario jurídico mexicano. Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tomo IV. México Porrúa 2001.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI. Sociedad Bibliográfica. Argentina, 1980

Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense", Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México 1993

REVISTAS JURIDICAS

Revista de la Facultad de Derecho. Tomo LIII, numero 240, México 2003.

Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM. 1° Coedición, México 1996.

Adame Godart, Jorge. “El matrimonio Civil en México 1859-2000”, México UNAM 2000.

Flores García Fernando. “Ensayos Jurídicos”. Editorial Laguna.

INTERNET

WWW: Orden Jurídico.gob.mx

WWW.INEGI – STPS. Encuesta Nacional de Empleo, 2005. Base de datos

DISCOS COMPACTOS

IUS 2000

VISION JURIDICA

JURISPRUDENCIA

No. Registro: 179,922

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XX, Diciembre de 2004

Tesis: 1a./J. 78/2004

Página: 107

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.

TESIS

No. Registro: 181,339

Tesis aislada

Materia(s): Civil

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

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).

No. Registro: 182,196

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIX, Febrero de 2004

Tesis: I.13o.C.23 C

Página: 1049

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)

No. Registro: 183,810

Tesis aislada

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVIII, Julio de 2003

Tesis: I.8o.C.249 C

Página: 1125

INDEMNIZACIÓN PREVISTA POR EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL (VIGENTE A PARTIR DEL UNO DE JUNIO DE DOS MIL). SU NATURALEZA JURÍDICA.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 18. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General. 1948.

Código de Comercio

Ley Agraria

Ley del Seguro Social

Ley Federal del Trabajo

Código civil vigente para el Distrito Federal.

Código Civil vigente para el Estado libre y soberano de Jalisco

Código Civil vigente para el Estado libre y soberano de Morelos

Código Civil vigente para el Estado libre y soberano de Baja California Sur

Código Civil vigente para el Estado libre y soberano de Morelos

Código Civil vigente para el Estado libre y soberano de Puebla

Código Civil vigente para el Estado libre y soberano de Yucatán.

Código Civil vigente para el Estado libre y soberano del Estado de México.

Código Familiar de Zacatecas

Código Familiar Reformado para el Estado de Hidalgo.