



**U N I V E R S I D A D N A C I O N A L
A U T O N O M A D E M É X I C O**

F A C U L T A D D E D E R E C H O

**“PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 289-BIS Y OTROS
DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DADO LOS
EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE ESTOS, RESPECTO AL
RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES”**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:**

GERARDO ANTONIO ORTIZ ESCALONA

ASESOR: LIC. JORGE ANTONIO IBARRA RAMÍREZ

MÉXICO, D.F.

2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

A MIS PADRES:

Gerardo Ortiz Benítez e Isabel Escalona López, mi más profundo y cariñoso agradecimiento por su apoyo incondicional, amor y sacrificios, ya que a ustedes debo mi formación académica y personal.

A MIS HERMANOS:

Angélica, Germán y Gustavo, porque con su cariño, confianza y ayuda, me motivaron a culminar este trabajo.

A MI ESPOSA:

Imelda, por brindarme tu amor, apoyo y confianza en todo momento.

A MI ASESOR:

El distinguido Licenciado Jorge Antonio Ibarra Ramírez, mi eterno agradecimiento por obsequiarme su tiempo y conocimientos para la elaboración de la presente tesis.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO:

Mi alma matter, con infinita gratitud, porque entre sus
aulas encontré el conocimiento, valores
y principios que dirigen mi vida.

A LA FACULTAD DE DERECHO:

Gracias, porque en ella adquirí los conocimientos
y herramientas que me formaron
como profesionista.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DRA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS.
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.
PRESENTE .

El alumno de esta Facultad **GERARDO ANTONIO ORTIZ ESCALONA**, con número de cuenta 8936329-2, ha concluido bajo la dirección del suscrito la tesis profesional intitulada **“PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 289-BIS Y OTROS DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DADO LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE ESTOS, RESPECTO AL REGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES”**, mismo que pretende someter a sínodo para optar al título de Licenciado en Derecho.

Estimo que el trabajo recepcional aludido reúne satisfactoriamente las calidades académicas que son exigibles a los de su especie por este Seminario a su digno cargo, razón por la cual le suplico que si no existe inconveniente para ello, lo autorice para que sea sometido a sínodo en el examen profesional correspondiente.

Agradeciendo la atención que se sirva dar a la presente, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Ciudad Universitaria, a 29 de octubre de 2007.


LIC. JORGE ANTONIO IBARRA RAMIREZ.

JAIR/efa.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OFICIO INTERNO SEMCIV/31/03/08/33
ASUNTO: Aprobación de Tesis**

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E .**

El alumno **GERARDO ANTONIO ORTIZ ESCALONA**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Jorge Antonio Ibarra Ramírez, la tesis denominada **"PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 289-BIS Y OTROS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DADO LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE ESTOS, RESPECTO AL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES"** y que consta de 149 fojas útiles.

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

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

Reciba un cordial saludo.

**"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. 31 de marzo del 2008**

R. Castañeda R

DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
Directora del Seminario



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

MLCR'egr.

**PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 289-BIS Y OTROS DEL CÓDIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DADO LOS EFECTOS Y
CONSECUENCIAS DE ESTOS, RESPECTO AL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN
DE BIENES.**

	Páginas
INTRODUCCIÓN	I

CAPÍTULO I

“EL MATRIMONIO”

I.1.- Concepto de matrimonio.....	1
I.2.- Naturaleza jurídica del matrimonio.....	4
I.2.1.- El matrimonio como institución jurídica.....	4
I.2.2.- El matrimonio como contrato.....	6
I.2.3.- El matrimonio como acto jurídico.....	7
I.3.- Elementos de existencia del matrimonio.....	8
I.3.1.- Consentimiento.....	8
I.3.2.- Objeto.....	9
I.3.3.- Solemnidad.....	10
I.4.- Elementos de validez del matrimonio.....	11
I.4.1.- Capacidad.....	11
I.4.2.- Ausencia de vicios.....	12
I.4.2.1.- Error de persona.....	13
I.4.2.2.- Violencia.....	13
I.4.3.- Licitud.....	14
I.4.3.1.- Forma.....	16
I.4.3.2.- Impedimentos para celebrar matrimonio.....	20
I.5.- Derechos y obligaciones que nacen con el matrimonio.....	26
I.5.1.- En relación con los cónyuges.....	26
I.5.1.1.- De la igualdad jurídica.....	27
I.5.1.2.- Respeto y ayuda mutua.....	27
I.5.1.3.- Del derecho y deber de cohabitación.....	30

I.5.1.4.- Del débito carnal.....	31
I.5.1.5.- De la fidelidad recíproca.....	33
I.5.1.6.- De la vocación hereditaria recíproca.....	34
I.5.1.7.- De la tutela legítima.....	34
I.5.2.- Efectos jurídicos del matrimonio con relación a los hijos.....	35
I.5.3.- Efectos del matrimonio con relación a los bienes.....	36

CAPÍTULO II

“CAPITULACIONES MATRIMONIALES”

II.1.- Concepto de capitulaciones matrimoniales.....	39
II.2.- Naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales.....	41
II.3.- Capacidad para celebrar capitulaciones matrimoniales.....	43
II.4.- El dominio de los bienes que se incluyen en las capitulaciones matrimoniales.....	44
II.5.- Otorgamiento, modificación y extinción de las capitulaciones matrimoniales.....	45
II.6.- Los efectos y consecuencias de no celebrar capitulaciones matrimoniales.....	47

CAPÍTULO III

“REGÍMENES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO”

III.1.- Concepto de régimen patrimonial.....	49
III.2.- La naturaleza jurídica del régimen patrimonial en el matrimonio.....	50
III.2.1.- La trascendencia de establecer un régimen patrimonial en el matrimonio.....	51
III.3.- Régimen de sociedad conyugal.....	52
III.3.1.- Concepto de sociedad conyugal.....	52
III.3.2.- Forma de constituir la sociedad conyugal.....	53
III.3.3.- Bienes que comprende la sociedad conyugal.....	54

III.3.4.- Dominio de los bienes comunes.....	56
III.3.5.- Administración de la sociedad conyugal.....	57
III.3.6.- Pérdida, cesación, terminación y liquidación de la sociedad conyugal.....	58
III.4.- Régimen de separación de bienes.....	60
III.4.1.- Concepto de separación de bienes.....	61
III.4.2.- Como se constituye el régimen de separación de bienes.....	61
III.4.3.- El objeto de elegir el régimen patrimonial de separación de bienes para el matrimonio.....	62
III.5.- Régimen mixto.....	64
III.5.1.- Concepto y naturaleza del régimen mixto.....	65

CAPÍTULO IV

“EL DIVORCIO”

IV.1.- Concepto de divorcio y clasificación.....	67
IV.2.- Divorcio voluntario administrativo.....	68
IV.2.1.- Requisitos del divorcio voluntario administrativo.....	69
IV.2.2.- Efectos jurídicos del divorcio administrativo.....	70
IV.2.2.1.- Respecto a los cónyuges.....	71
IV.2.2.2.- Respecto a los hijos.....	71
IV.2.2.3.- Respecto a los bienes.....	71
IV.3.- Divorcio voluntario judicial.....	72
IV.3.1.- Requisitos del divorcio voluntario judicial.....	72
IV.3.2.- Contenido del convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal en el divorcio voluntario.....	73
IV.3.2.1.- Respecto a los hijos.....	73
IV.3.2.2.- Respecto a los cónyuges.....	74
IV.3.3.- Efectos definitivos del divorcio voluntario judicial.....	75
IV.3.3.1.- Respecto a los cónyuges.....	75
IV.3.3.2.- Respecto a los hijos.....	76
IV.3.3.3.- Respecto a los bienes.....	77
IV.4.- Divorcio necesario.....	77

IV.4.1.- Causales de divorcio del Código Civil para el Distrito Federal.....	77
IV.4.2.- Medidas provisionales en el proceso de divorcio necesario.....	79
IV.4.2.1.- Respecto a los cónyuges.....	80
IV.4.2.2.- Respecto a los hijos.....	82
IV.4.2.3.- Respecto a los bienes.....	83
IV.4.3.- Efectos definitivos del divorcio necesario.....	84
IV.4.3.1.- Respecto a los cónyuges.....	85
IV.4.3.2.- Respecto a los hijos.....	87
IV.4.3.3.- Respecto a los bienes.....	90

CAPÍTULO V

“EFECTOS Y CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES POR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PROPUESTA DE REFORMAS”

V.1.- El artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, elementos y requisitos para poder reclamar en demanda de divorcio lo establecido por éste.....	94
V.2.- El artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, su controversia con el régimen patrimonial de “separación de bienes”, así como al acuerdo de voluntades para elegir a éste como “régimen patrimonial”.....	95
V.2.1.- Controversia del artículo 289-Bis con el acuerdo de voluntades de los cónyuges al elegir estos, el régimen patrimonial de separación de bienes para el matrimonio.....	97
V.3.- La finalidad del régimen patrimonial de separación de bienes.....	99
V.3.1.- Contradicción del artículo 289-Bis, con lo establecido por los artículos 212 primer párrafo, 213 y 216 del Código Civil para el Distrito Federal.....	100
V.4.- El incorrecto concepto de “indemnización” utilizado por el artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, para reclamar en demanda de divorcio lo establecido por éste artículo.....	104
V.4.1.- Concepto de indemnización.....	107
V.4.2.- Tipos de indemnización.....	107
V.4.3.- Naturaleza jurídica de la indemnización establecida por el artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	109

V.4.4.- Equivalencia o duplicidad entre la indemnización contenida en el artículo 289-Bis, con la establecida por el artículo 288 segundo y cuarto párrafo del Código Civil para el Distrito Federal.....	110
V.4.5.- Problemática para determinar la cuantía de la indemnización en caso de aplicar el artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	112
V.5.- La garantía de irretroactividad frente a la aplicación del artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	113
V.5.1.- La garantía de irretroactividad, artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	115
V.5.2.- La no-retroactividad en ordenamientos de orden público e interés social.....	118
V.5.3.- Criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia respecto a la aplicación del artículo 289-Bis.....	121
V.6.- La omisión por parte del legislador en determinar con mayor precisión las circunstancias especiales que el Juez deberá atender para resolver en la sentencia de divorcio lo establecido en el artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	123
V.7.- La exposición de motivos hecha por el legislador respecto al artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	125
V.7.1.- El espíritu del legislador en la creación del artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	133
V.7.2.- El trabajo en el hogar y el cuidado de los hijos.....	133
V.7.3.- La intención del legislador de procurar equidad patrimonial al enfrentar y consumar un divorcio.....	135
V.8.- Propuesta de reforma al artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal.....	136
V.9.- Propuesta de reforma a los artículos 212 primer párrafo, 213 y 216 del Código Civil para el Distrito Federal.....	139
CONCLUSIONES.....	142
BIBLIOGRAFÍA.....	145

INTRODUCCIÓN

En México, las constantes transformaciones sociales, han originado la necesidad de crear diversas iniciativas por parte del legislador para llevar a cabo cambios significativos que transformen y adecuen nuestra legislación, con el objeto de crear un marco jurídico vigente que se ajuste y regule la realidad social que se vive hoy en nuestro país.

Como respuesta a esta necesidad, en los últimos años, se han realizado diversas reformas y adiciones en distintas ramas del derecho, procurando atender los urgentes cambios que demandan muchas de las instituciones del derecho mexicano vigente, destacando particularmente las reguladas por el derecho de Familia, contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal, el cual, contiene el marco jurídico de regulación de uno de los pilares más importantes del derecho civil mexicano “la familia”.

El derecho de familia en nuestro país, ha evolucionando de manera significativa en los últimos años, dejando poco a poco atrás los prejuicios y costumbres de antaño, donde el hombre era el único que gozaba del papel protagónico dentro de la familia y en consecuencia también dentro de la sociedad; hoy en día, gracias a diversos esfuerzos sociales, políticos, culturales y legislativos, se han logrado cambios favorables para reconocer la igualdad de géneros entre el hombre y la mujer, logrando la incorporación por parte de la mujer en todos los campos económicos y profesionales de la sociedad, pero más aun, se ha procurado reconocer y valorar el papel y participación de la mujer dentro de la propia familia; es decir, que ya no solo se toma en cuenta como mujer, sino también como esposa, reconociendo y valorando a la mujer en su actividad como ama de casa y principal encargada de la atención y cuidado de los hijos, estimando como contribución económica en el hogar esta actividad; sin olvidar que también cada vez con mayor frecuencia, la mujer desarrolla un papel coadyuvante con su esposo como proveedora económica de todo lo necesario en el hogar, sin que esto implique el abandono a su papel como esposa, madre y ama de casa.

De acuerdo a lo anterior, una de las relaciones de familia más importantes la encontramos en el matrimonio y todo el marco legal que lo regula, comenzando con los requisitos para contraerlo, el régimen patrimonial que se elegirá para regular los bienes durante el matrimonio, y el conjunto de derechos y obligaciones que nacen con éste, principalmente con respecto a los cónyuges, hijos y bienes. Así mismo, nuestra legislación establece las vías existentes para extinguir el vínculo matrimonial, siendo una de ellas el instrumento legal denominado “divorcio” a través de sus distintas modalidades según sea el caso, resaltando el conjunto de efectos y consecuencias que devienen respecto a los cónyuges, bienes e hijos con motivo del divorcio, los cuales, dependiendo de las causas y circunstancias que motivaron terminar con el vínculo matrimonial, generaran mayores o menores obligaciones para alguno de los ex-cónyuges con respecto a sus hijos y su ex-pareja, o también verse afectado alguno de ellos en sus bienes o patrimonio.

En el mes de mayo del año 2000, se reformaron y adicionaron diversos artículos al Código Civil para el Distrito Federal, destacando las hechas en materia de derecho familiar, y en particular la adición al Código Civil para el Distrito Federal del artículo 289-Bis, el cual, desde su entrada en vigor y hasta la fecha ha generado diversos puntos de vista respecto a su aplicación y consecuencias, comenzando con la interrogante de si es o no susceptible de aplicación a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicho precepto, y si con esto se viola o no la garantía de irretroactividad de la ley; pero fundamentalmente respecto a los efectos y consecuencias que produce frente al régimen patrimonial de separación de bienes, ya que modifica la esencia y objeto del propio régimen, dejando sin materia la finalidad principal de los cónyuges al elegir como régimen patrimonial para su vida matrimonial a la separación de bienes, ya que lo dispuesto por este artículo, puede influir fundamentalmente en los efectos económicos del divorcio, ya que contempla la posibilidad de que en caso de divorcio, los cónyuges puedan reclamar del otro hasta el 50% del valor de los bienes que se hubieren adquirido durante el matrimonio, siempre que los cónyuges hayan estado casados bajo el régimen de separación de bienes, que el demandante se haya dedicado durante el lapso que duro el matrimonio preponderantemente al desempeño del trabajo en el hogar y en su caso al cuidado de los hijos, y que por este motivo el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos

adquirido estos sean notoriamente menores a los del otro cónyuge. Las consecuencias que genera la creación de este precepto legal son muy importantes y trascendentales en la vida social de nuestro país, dicho precepto viene a revolucionar, cuestionar y modificar el ánimo de los futuros matrimonios para elegir el régimen patrimonial que regirá las condiciones de administración, manejo y dominio de los bienes durante el matrimonio, hoy existe la posibilidad de que al contraer matrimonio bajo el régimen patrimonial de separación de bienes, y si en un futuro la pareja tiene la necesidad de enfrentar un divorcio, cualquiera de los cónyuges si cumple con los requisitos establecidos por dicho artículo puede afectar la propiedad de los bienes del otro cónyuge, independientemente de haber elegido al régimen patrimonial de separación de bienes al momento de haber contraído matrimonio, rompiendo con la seguridad que hasta antes de la creación del artículo 289-Bis se tenía con lo dispuesto en los artículos 212 y 213 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que hoy, con la aplicación a casos concretos del artículo 289-Bis, hemos visto que se pierde la esencia y objeto principal del régimen de separación de bienes de acuerdo con la regulación que al día de hoy tenemos en el Código Civil para el Distrito Federal respecto a este tema, siendo esto considerado por algunos, como un atropello y violación al marco legal que regula el régimen patrimonial de separación de bienes, y más aun, que atenta a la subsistencia dentro del marco jurídico actual de este régimen patrimonial.

Es importante destacar que aunque existen opiniones en contra respecto a lo dispuesto por el artículo 289-Bis, es importante analizar las razones y motivos que llevaron al legislador para crear este artículo, mismas que se traducen principalmente en la necesidad de ajustar del marco legal vigente para combatir la inequidad que en muchas ocasiones prevalecía al momento de disolverse un matrimonio, considerando que en innumerables ocasiones se dejaba en estado de indefensión económica al cónyuge que durante el matrimonio se dedico preponderantemente al trabajo en el hogar o al cuidado de los hijos, mismo que en la mayoría de las ocasiones en la sociedad mexicana este papel es desempeñado por la mujer, trayendo como consecuencia que no haya tenido la posibilidad de adquirir bienes propios, o estos, sean notoriamente menores al de su cónyuge, es claro que la intención del legislador es legítima y sana; con la creación del artículo 289-Bis el legislador pretendió atenuar las condiciones tan desventajosas a las que en muchas de las

ocasiones se enfrenta la mujer al momento de disolver su matrimonio por causas de un divorcio, considerando que con frecuencia quedaba en un total abandono e indefensión económica; por otro lado, también era fundamental que el legislador hubiere contemplado adecuar y ajustar el marco legal afectado en materia de regímenes patrimoniales con algunas reformas que ajustaran y armonizaran las nuevas condiciones de regulación del régimen de separación de bienes, considerando las nuevas excepciones que el propio Código Civil actualmente contempla en el artículo 289-Bis en cuanto al dominio de los bienes en caso de divorcio, todo esto con la intención de no atropellar con adiciones y reformas bien intencionadas a instituciones de derecho de familia como los regímenes patrimoniales, y particularmente como en este caso al régimen patrimonial de separación de bienes.

Por ello resulta conveniente, llevar acabo reformas, en las que además de modificar algunos aspectos del derecho de familia, como fue la adición del artículo 289-Bis, también se atienda con las reformas que sean necesarias, a aquellos preceptos legales que puedan haberse violentado, atacado o modificado con estas nuevas disposiciones, ajustando el marco legal que regula a las instituciones de que se trate, con las reformas necesarias que justifiquen y armonicen las disposiciones legales de nueva creación con el marco legal preexistente, soportando estas reformas, con una exposición de motivos que funde la necesidad de llevar acabo las reformas necesarias para ajustar el derecho a la realidad social que se vive hoy en nuestro de un país.

Hoy es una realidad que con el artículo 289-Bis, ha cambiado la concepción que se tenía respecto al régimen de separación de bienes, antes se mantenían intactos los derechos de dominio y administración de todos y cada uno de los bienes de cada uno de los cónyuges casados por separación de bienes, pero hoy en día, existe la posibilidad de afectar las condiciones patrimoniales de los cónyuges al enfrentar un divorcio, si el cónyuge demandante satisface los requisitos establecidos por el artículo 289-Bis del Código Civil, sin importar lo previamente convenido por los cónyuges al momento de elegir éstos al Régimen de Separación de Bienes para su vida matrimonial. Por tal motivo en la presente tesis, se proponen reformas al capítulo VI del Código Civil para el Distrito Federal titulado

“De la Separación de Bienes”, para establecer con mayor claridad las actuales condiciones que deberán regir al Régimen Patrimonial de Separación de Bienes, y con ello, los futuros matrimonios puedan contemplar, considerar y conceptuar a un nuevo régimen de separación de bienes, y no caer en desengaños futuros en caso de enfrentar un divorcio. También se propondrá en la presente tesis, reformar el artículo 289-Bis del Código Civil, con la intención de aclarar la naturaleza y origen del pago que por concepto de indemnización se reclama en dicho precepto, ya que el legislador no fundamenta el porqué determina que sea con el carácter de indemnización el pago de este reclamo, además de que hoy, ya se cuenta con la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a este tema, después de resolver la discrepancia de criterios que prevalecía entre las Tesis emitidas por las Salas. También dentro de la reforma propuesta al artículo 289-Bis, es necesaria una modificación al texto hoy vigente, en la que se incluya el precisar en el texto de este artículo, cuales son las llamadas circunstancias “especiales” que el Juez de lo Familiar deberá atender antes de dictar su sentencia en la que condene al pago de la indemnización prevista por el mismo, con lo que se procurara evitar posibles injusticias causadas por la diversidad de criterios que pudieran existir entre los Jueces de lo Familiar al momento de determinar a su personal criterio que circunstancias tienen mayor importancia o valor a favor o en contra de uno u otro cónyuge, ya que del valor o importancia que determine el Juez de lo Familiar, será parte fundamental para establecer el porcentaje del valor de los bienes a pagar bajo el mal llamado concepto de indemnización.

CAPÍTULO I

“EL MATRIMONIO”

I.1.-CONCEPTO DE MATRIMONIO.

En principio es necesario precisar el origen y concepto de la palabra matrimonio, Jorge Mario Magallón, menciona que “la palabra matrimonio proviene del latín MATRIMONIUM, matriz, madre y monium, cargas, o sea que el significado etimológico del matrimonio parece comprender las cargas de la madre”¹ mientras que diversos diccionarios simplemente señalan que el matrimonio es la unión perpetua de un hombre y una mujer para hacer vida común, con arreglo a derecho, pero el verdadero sentido etimológico de la palabra matrimonio es un tanto incierto.

Julián Bonnacasse define al matrimonio como "un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer y crea un vínculo permanente, pero disoluble, bien por voluntad de los cónyuges bien por disposición de la ley"². Al respecto este autor contempla en su definición la diversidad de sexos que debe de existir en el matrimonio, de la misma forma maneja que este vínculo jurídico es disoluble, y toma las mismas formas que maneja el Código Civil para el Distrito Federal.

Los autores Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro definen al matrimonio como ese "acto jurídico complejo y estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer..."³ Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado

¹ MAGALLON IBARRA. Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Derecho de Familia*. México. Porrúa 1990. p. 103.

² BONNECASSE. Julián. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México. Pedagógica Iberoamericana. Colección Clásicos del Derecho. 1995. p. 46.

³ BAQUEIRO ROJAS. Edgar y BUENROSTRO BAEZ. Rosalía. *Derecho de Familia*. México. Harla. 1990. p. 40.

designa para realizarlo. Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida".⁴

Ignacio Galindo Garfias define al matrimonio como el estado civil, que trae como consecuencia una serie de deberes y facultades, derechos y obligaciones para con los hijos y con ellos mismos.

El conjunto de deberes y facultades, obligaciones y derechos que constituyen ese complejo de relaciones jurídicas matrimoniales, se presentan convergentes y coordinadas hacia los fines del matrimonio, que para ser realizados requieren del esfuerzo de ambos cónyuges.

Definir al matrimonio con precisión sería en vano, simplemente se debe definir éste por sus características, mismas que son: la unidad, la monogamia, la permanencia y la legalidad. "Tan altas finalidades exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prologada mientras subsiste el lazo conyugal. Tal colaboración y coordinación de intereses, encuentra en el derecho los medios para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas, la solidez y permanencia de la unión entre los consortes. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado".⁵

Ignacio Galindo Garfias aborda al matrimonio como un fenómeno social, como lo que realmente es, ya que no se necesitó de la religión ni del derecho para que una pareja se uniera en cuerpo y alma, y compartieran lo hermoso y difícil de la vida, al tener una función vital en la constitución de la sociedad, es que hace al matrimonio como un fenómeno social de interés público, en donde forzosamente debe de intervenir el Estado, sin que por eso el matrimonio tenga que ser un acto de poder estatal, es por eso que la

⁴ Ibid. p. 41.

⁵ GALINDO GARFIAS. Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia.* México. Vigésima Segunda Edición. Porrúa. 2003. p. 493.

sociedad regula al matrimonio en un marco jurídico, por la importancia y trascendencia que este tiene para la buena constitución de la sociedad y del Estado.

Como se puede apreciar de las anteriores definiciones y comentarios que se han hecho al respecto, no existe una unificación de criterios para definir al matrimonio, ya que en estas definiciones se puede ver el punto de vista de cada autor para ceñir la naturaleza y concepto del mismo; naturaleza que será estudiada más adelante.

Tratando de resumir lo expuesto en los diversos criterios que se han expuesto, podemos definir al matrimonio como *"la unión regulada por el derecho que tiende a ser permanente entre una sola mujer con un solo hombre, con los mismos derechos y obligaciones que las leyes y la sociedad les imponen, teniendo como objeto una vida en común en donde debe imperar el amor, respecto, igualdad, la ayuda mutua y procurar la procreación en forma responsable."*

Se ha mencionado la importancia que tiene el matrimonio en cualquier sociedad, e incluso se ha hablado de la naturaleza del mismo, que si es una institución, un acto jurídico o que es un contrato; lo cierto es, que el matrimonio es la "célula de la sociedad".

El matrimonio es la base fundamental de las sociedades modernas, tiene su fundamento en la creación misma del hombre como una "Institución" necesaria a la naturaleza humana, y por medio de la cual, designamos a la comunidad formada por el hombre y la mujer.

El matrimonio es una realidad del mundo jurídico, es la organización social necesaria para la convivencia humana, presentada como una manifestación libre de voluntades de un hombre y una mujer sancionada por la Ley, con el objeto de formar una comunidad destinada a perpetuar la especie y a socorrerse mutuamente, la cual, es susceptible de disolverse por su voluntad de los cónyuges o por disposición de la ley, siempre que se cumplan los requisitos y formalidades que la propia ley establece.

Concepto de Matrimonio en el Código Civil para el Distrito Federal.

“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. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”.

1.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

El matrimonio para constituirse requiere de un acuerdo de voluntades o manifestación de voluntad de los contrayentes, este acuerdo de voluntades produce una serie de efectos jurídicos y establece derechos, deberes y obligaciones recíprocos entre los cónyuges, que están previamente determinados en la ley, se crea un estado de vida matrimonial entre los cónyuges vínculo jurídico y unión conyugal por lo que se contemplan deberes, facultades y obligaciones de contenido extra-patrimonial, por ello se debe de tener en cuenta la naturaleza del matrimonio prohibiendo cualquier pacto que sea contrario a los fines de esta institución

Para entender mejor al fenómeno social del matrimonio es necesario estudiar la naturaleza del mismo, y que según los distintos estudiosos de la materia es la forma de explicar el porqué, fines y alcances de esta relación a la cual se le ha llamado matrimonio; se analizará la naturaleza del matrimonio desde tres puntos de vista, como lo son el matrimonio como institución jurídica, como contrato y acto jurídico.

1.2.1.- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA.

Hay muchos autores que sostienen esta teoría de la naturaleza del matrimonio como institución jurídica; el que más ha influido en la misma es Julián Bonnecasse, en sus obras: "La filosofía del código de Napoleón aplicable al derecho de familia" y en el

"Tratado elemental de derecho civil" en donde categóricamente defiende la teoría institucional del matrimonio.

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

Eduardo Pallares define la institución como un conjunto de normas jurídicas debidamente unificadas, que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial.

Partiendo de Julián Bonnacase como principal exponente de la teoría de que el matrimonio es una Institución, menciona que se debe entender por una institución al conjunto de reglas de derecho, que se penetran unas a otras hasta el punto de constituir un todo orgánico, que comprende una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de derecho, y derivadas todas de un hecho único fundamental, de orden físico, biológico, económico, moral, o meramente social, cuando no se reúnen en el todos esos diversos aspectos; este hecho origen y base de la institución la domina necesariamente, ordenando su estructura y desarrollo"⁶ y aplicada esta definición al matrimonio, menciona que la institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho.

De todas las anteriores definiciones se puede concluir que efectivamente el matrimonio está regulado por una serie de disposiciones contempladas en el Código Civil que lo hacen una institución jurídica; y desde nuestro punto de vista el matrimonio en sentido amplio si es una institución jurídica, ya que la institución referida al matrimonio es ese conjunto de normas que tienen como fin el reglamentar la vida conyugal.

⁶ BONNECASSE. Julián. Op. Cit. p. 47.

Para Rafael Rojina Villegas el matrimonio "constituye una verdadera institución, por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones".⁷

I.2.2.- EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.

El matrimonio como contrato civil ha sido y es una de las posturas más fuertes sobre la naturaleza del matrimonio, muchos autores han estado a favor de esta postura, pero actualmente el matrimonio ya no es visto como un contrato civil, aun cuando no se crea que éste sea un contrato, sí se debe de reconocer que el matrimonio a primera vista tiende a parecerlo.

Si bien es cierto que, para la celebración del matrimonio se tienen que observar elementos esenciales y de validez como los hay también en los contratos civiles, esto no quiere decir que se le tenga que clasificar como tal, ya que si el legislador puso estos requisitos esenciales, es por la importancia que tiene el matrimonio en la sociedad, ya que aquel es la "célula" de ésta.

El primer opositor sobre la naturaleza contractual del matrimonio fue Julián Bonnecasse, es necesario recordar que este autor solamente acepta la naturaleza institucional del matrimonio, y al respecto menciona, que la noción del contrato y la del matrimonio no se avienen; son absolutamente incompatibles, Bonnecasse sustenta su teoría en contra del matrimonio como contrato, en razón de que el matrimonio no se encuentra regulado en el apartado de los contratos, esto en el Código Civil, además en el matrimonio no existe la supremacía de la voluntad, como ocurre en los contratos, esto es, la voluntad se encuentra limitada, su objeto no es de carácter económico, como ocurre en todos los contratos.

⁷ ROJINA VILLEGAS. Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción. Personas y la Familia.* México. Porrúa. 2003. p. 241.

I.2.3.- EL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO.

Para poder entender mejor el matrimonio como acto jurídico es necesario explicar que es un acto jurídico, el cual se puede definir como la conducta del ser humano en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando una norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad, y sancione los efectos deseados por el autor. Lo anterior aplicado al matrimonio se puede deducir a la naturaleza del matrimonio, y que se sobrepone a todas las demás clasificaciones de la naturaleza del mismo, porque es aquí de donde nace el matrimonio, de un acto jurídico, traducido en la declaración de la voluntad por parte de los contrayentes con la intención de producir una consecuencia de derecho que está regulada por una norma jurídica, sea el caso del matrimonio que trae como consecuencia, derechos y obligaciones entre los que adquieren esa calidad de casados.

Concluyendo, que el matrimonio es al mismo tiempo una institución y un acto jurídico, creemos que estas dos formas de ver al matrimonio son su naturaleza, cada una es el complemento de la otra, no se puede encerrar al matrimonio en una sola, deben de ser las dos ya que estas al mismo tiempo dan el significado de lo que realmente es el matrimonio, no nada mas es necesario un acto de voluntad para que se origine el matrimonio, sino que este acto de voluntad que es lo que debe de existir en un principio se debe de regir por un conjunto de normas que le van a dar un nombre y una regulación especial, sea el caso de la institución del matrimonio, y que al celebrar dicho acto se adquiere un estado de vida, que trae como consecuencia una relación jurídica entre los cónyuges, entre ellos con la sociedad y también con su descendencia. Es por eso que creemos que el matrimonio es el conjunto de estos dos aspectos, definiendo la naturaleza del matrimonio como: El acto de voluntad por parte de los contrayentes ante el Juez del Registro Civil para accionar el mecanismo de la institución del matrimonio y así poder obtener la calidad de marido y mujer, que se traduce en un estado de vida con derechos y obligaciones recíprocos, los cuales se encuentran previamente regulados en el Código Civil.

I.3.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

Los elementos esenciales del matrimonio son aquellos que son indispensables para su existencia.

En el Código vigente se reconoce que el matrimonio debe celebrarse entre el hombre y la mujer. Es indiscutible que un requisito esencial para la existencia del matrimonio es la diferencia de sexos. Esto es acorde con la naturaleza de la institución y con los fines de la misma.

1) Elementos esenciales del matrimonio. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1794 y 2224 del Código Civil, los elementos esenciales de todo acto jurídico son la manifestación de voluntad (consentimiento) de quienes intervienen en el mismo y el objeto que pueda ser materia de dicho consentimiento. También se considera un elemento estructural de éste acto jurídico la solemnidad.

I.3.1.- CONSENTIMIENTO.

El consentimiento, es la exteriorización de la voluntad acorde de los contrayentes de unirse en matrimonio en un vínculo permanente, así como la manifestación del Juez del Registro Civil, al declararlos legalmente unidos en matrimonio, tal y como lo establece el artículo 102 del Código Civil para el Distrito Federal.

Es decir, el Consentimiento es “el acuerdo de voluntades de los contrayentes para celebrar entres sí el matrimonio, es un elemento esencial del acto. Es un elemento de existencia del matrimonio. El consentimiento se ha de manifestar libremente, en forma expresa e incondicional por cada uno de los contrayentes. Debe declararse en primer lugar en la solicitud para contraer matrimonio y después en el momento mismo de la celebración y ha de manifestarse en presencia del Juez del Registro Civil”.⁸

⁸ GALINDO GARFIAS. Ignacio. Op.Cit. p. 260. 261.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1803, el cual señala: “*El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultara de hechos o de actos que o presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente*”.

I.3.2.- OBJETO.

“El objeto de un acto jurídico se ha dividido en dos, el primero denominado directo consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones; y el segundo indirecto consiste en dar una cosa o ejecutar o no un hecho.

Tratándose del matrimonio consideramos que su objeto directo consiste, precisamente, en crear una serie de derechos y obligaciones, tanto extra patrimoniales como indirectamente patrimoniales los cuales serán analizados más adelante, que se derivan de la comunidad de vida establecida por los consortes.

En cambio, el objeto indirecto será muy variable, depende de las obligaciones de dar, de hacer o no hacer que se derivan de los derechos y obligaciones creados directamente por el acto (objeto directo)”.⁹ “El objeto indirecto podría consistir en un no ejecutar ciertos hechos como por ejemplo, no utilizar métodos de reproducción asistida sin el consentimiento del otro cónyuge”.¹⁰

En el matrimonio los derechos y obligaciones surgen entre los contrayentes como consecuencia del acto jurídico que da nacimiento al mismo. Estos derechos y obligaciones no pueden pactarse libremente por los cónyuges, toda vez que los mismos deben ser conformes a la naturaleza de esta institución y a su regulación jurídica.

⁹ DE LA MATA PIZAÑA. Felipe y GARZON JIMÉNEZ. Roberto. *Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a la Legislación del Distrito Federal*. Primera edición. México. Porrúa. 2004. p. 104. 105.

¹⁰ Ibid. p. 105.

El objeto del matrimonio también debe ser físicamente posible y por ello es necesario que los contrayentes sean de sexos opuestos ya que de no ser así resultaría imposible cumplir con los fines naturales del mismo.

I.3.3.- SOLEMNIDAD.

Es importante distinguir entre las solemnidad y forma que se deben de observar para la celebración del matrimonio, las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, en tanto que las formalidades solo se requieren para su validez, esto quiere decir que si faltan las solemnidades del matrimonio este será inexistente, en cambio si no se observan las formalidades requeridas por la ley, el matrimonio será existente pero nulo. De lo expresado anteriormente se puede concluir que la solemnidad es una formalidad elevada a la categoría de un elemento de existencia. En el matrimonio aun que el Código Civil para el Distrito Federal no lo determina de manera expresa, se pueden distinguir solemnidades cuya inobservancia originaria la inexistencia del mismo, en los artículos 102 y 103 del Código Civil para el Distrito Federal podemos identificar dichas solemnidades, mismas que son las siguientes:

En el artículo 102, estas se desprenden del consentimiento de los contrayentes y la del representante del Estado, el Juez del Registro Civil, haciéndose notar no obstante que no basta el consentimiento de los primeros para que exista el matrimonio, si no que es indispensable para que ello suceda, la declaración que hace el segundo de unirlos en matrimonio en nombre de la ley y la sociedad, sin cuya declaración no existe el matrimonio. Y en el artículo 103 las referidas solemnidades las encontramos tanto en la expedición del acta de matrimonio que levanta el Juez del Registro Civil como en que dicha acta conste como elemento esencial lo señalado en las fracciones I, VI y IX en esta última en sus últimos dos párrafos, esto es, los nombres y apellidos de los contrayentes y declaración de ser su voluntad de unirse en matrimonio y la de haber quedado unidos que hará el citado Juez en nombre de la ley y de la sociedad, así como que ésta sea firmada por el aludido Juez y los contrayentes, imprimiendo también los contrayentes sus huellas digitales.

Por lo antes expuesto, se puede concluir que el matrimonio es un acto jurídico solemne y por ello el consentimiento debe otorgarse precisamente ante el Juez del Registro Civil.

I.4.- ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

“En cuanto a los elementos de validez, en el matrimonio se requiere, como para todos los demás actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo o fin del acto”.¹¹

Los elementos de validez del matrimonio, son aquellos cuya inobservancia produce la nulidad absoluta o relativa del matrimonio, los cuales se estudiarán a continuación.

I.4.1.- CAPACIDAD.

Para contraer matrimonio es necesario que los contrayentes sean mayores de edad, es decir, que hubieran llegado a la mayoría de edad y por ello tengan capacidad de ejercicio.

Los menores de edad, únicamente podrán contraer matrimonio si ambos han cumplido 16 años, requiriendo en este supuesto el consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad, o en su defecto la tutela; a falta, por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar podrá suplir dicho consentimiento, atendiendo a las circunstancias especiales del caso, como se dispone en el segundo párrafo del precepto comentado.

La falta de edad requerida por la Ley. A partir de la entrada en vigor de las reformas al Código Civil, los menores de 16 años no pueden contraer matrimonio, de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 148 de dicho

¹¹ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Op. Cit. p. 289.

ordenamiento. Este impedimento es dispensable de conformidad con el párrafo tercero del artículo en comento, y solo en los supuestos comentados en éste.

La falta de consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o del Juez de lo Familiar, en sus respectivos casos. No obstante lo anterior, el matrimonio celebrado entre el hombre o la mujer menores de edad dejará de ser causa de nulidad cuando el menor hubiera llegado a los 18 años, y ni él ni su cónyuge hubieren intentado la acción de nulidad artículo 237 del Código; esto significa que en el supuesto apuntado, el matrimonio se convalida por el simple transcurso del tiempo.

En lo que se refiere a la acción de nulidad derivada de la falta de "consentimiento" de quienes ejerzan la patria potestad, sólo puede alegarse por aquél a quien tocaba otorgarlo y dentro de un plazo de 30 días a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la celebración del matrimonio artículo 238 del Código. Esta causa cesará si dentro del plazo señalado, quienes ejercen la patria potestad han consentido expresa o tácitamente con el matrimonio. Las hipótesis del consentimiento tácito se contemplan en la fracción II del artículo 239 del mismo ordenamiento y son las siguientes; *"Si quienes ejercen la patria potestad han hecho donación a los hijos en consideración al matrimonio; o si han recibido a los consortes a vivir a su casa; o presentado a la descendencia como de los cónyuges en el Registro Civil, o han practicado actos análogos, de los que a juicio del Juez de lo Familiar se infiera dicho consentimiento"*.

I.4.2.- AUSENCIA DE VICIOS.

Para la eficacia de todo acto jurídico, el consentimiento debe manifestarse sin que existan vicios de la voluntad. Los vicios del consentimiento con relación a los actos jurídicos en general, son el error, el dolo, la violencia o la lesión. En cuanto al matrimonio, son causas de nulidad del matrimonio, las contempladas en los artículos 235 fracciones I, II y III, y 245 fracciones I, II y III del Código Civil.

I.4.2.1.- ERROR DE PERSONA.

La acción de nulidad por causa del error respecto de la persona con la que se pretendía contraer, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado. Si éste no denuncia el error dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que lo advierte, el consentimiento se tendrá por ratificado y el matrimonio subsistirá a no ser que exista otro impedimento que lo anule como se dispone en el artículo 236 del Código.

Nótese que antes de las reformas la acción de nulidad por causa de error debería intentarse por el cónyuge engañado inmediatamente que lo hubiere advertido. Ahora se extiende el plazo para intentar la acción correspondiente a 30 días. Y además se destaca que el error se limita a la persona y no en cuanto a las cualidades individuales de la misma.

I.4.2.2.- VIOLENCIA.

Violencia física o moral. En lo que se refiere a la violencia física o moral, para anular el matrimonio deberá reunir los siguientes requisitos: a) que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes; b) que la violencia haya sido causada al cónyuge, a las personas que lo tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, a sus demás ascendientes o descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado; c) que haya subsistido al momento de celebrarse el matrimonio.

La acción de nulidad por violencia física o moral sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, precisamente dentro de los sesenta días a partir de que hubiera cesado la misma, de acuerdo a lo previsto por el artículo 245 del Código Civil, para el Distrito Federal. Este vicio del consentimiento para anular el matrimonio puede recaer sobre el cónyuge, los ascendientes, descendientes, a los parientes consanguíneos en línea recta y a los colaterales hasta el cuarto grado.

I.4.3.- LICITUD.

“La licitud del objeto, motivo o fin, puede reducirse a entender que el mismo no debe ser contrario a una norma imperativa o a una norma prohibitiva, entendidas éstas como normas jurídicas en el caso del derecho o normas de conducta en el caso de las buenas costumbres”.¹²

El matrimonio no debe ser contrario a las leyes para evitar se provoque la nulidad o ilicitud del mismo. El matrimonio para que sea lícito debe contraerse sin que existan prohibiciones legales para su celebración, mismas que al respecto aparecen en el Código Civil para el Distrito Federal bajo la denominación de impedimentos para celebrar matrimonio, toda vez que de celebrarse éste existiendo cualquiera de los impedimentos previstos en la ley, traería aparejada su nulidad, impedimentos a los cuales en forma detallada me referiré más adelante en el punto I.4.3.2.

Los matrimonios ilícitos son aquellos que, encontrándose viciados por alguna causa que no importe gravedad extrema, no son considerados jurídicamente nulos, limitándose el legislador, frente a ellos a imponer una sanción civil a los contrayentes.

El Código Civil califica de ilícito el matrimonio, cuando se ha contraído estando pendiente al decisión de un impedimento susceptible de dispensa, y cuando no se ha otorgado la dispensa que se requiere para contraerlo por el tutor con la persona que ha estado o este bajo su guarda, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos señalados en los casos de disolución de otro anterior.

En estos casos el matrimonio no es nulo, pero los que lo contraigan incurriendo en las causas de ilicitud señaladas, así como los mayores de edad que lo contraigan con un menor sin la autorización de los padres de éste, del tutor o del Juez, los que los autoricen, incurrirán en las penas que señala el código de la materia.

¹² GARCÍA MAYNEZ. Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México. Porrúa. 1998. p. 144.

Finalmente, en lo que se refiere a los impedimentos impeditivos es decir, aquellos que provocaban la ilicitud del matrimonio pero no lo anulaban, nótese que fue derogado el artículo 264 del Código Civil que disponía lo siguiente:

"Artículo 264. Es ilícito, pero no nulo el matrimonio; I. Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa; II. Cuando no se haya otorgado la previa dispensa a que se refiere el artículo 159; y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289".

Ya no se considera ilícito el matrimonio celebrado estando pendiente la resolución a una solicitud de dispensa, cuando es posible obtener la misma; o si el tutor contrae matrimonio con el pupilo sin obtener dispensa previa. Al haberse reformado el artículo 289 del Código, tampoco es necesario que los cónyuges divorciados esperen el plazo de uno o dos años a partir de que se decretó el divorcio, para contraer nuevo matrimonio.

Esta modificación es un desacierto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Considero que en los casos de divorcio sea voluntario o contencioso, no debe permitirse la celebración de un nuevo matrimonio de manera inmediata a la disolución del vínculo matrimonial anterior. El divorcio implica un fracaso en un proyecto de vida común que puede ser imputable a uno o a ambos divorciantes. El proceso de separación respectivo implica un gran desgaste emocional y psicológico de los divorciantes, así como de los hijos procreados por los mismos, quienes resultan seriamente afectados y son víctimas inocentes del fracaso de sus padres.

Por lo anterior, debe impedirse un nuevo matrimonio de inmediato, que puede resultar precipitado o contraerse por despecho, soledad o frustración. Considero que se debe otorgar a los divorciantes un compás de espera, un plazo razonable, con el objeto de que puedan reflexionar y meditar mesuradamente sobre la conveniencia, la oportunidad y la viabilidad de un nuevo matrimonio. Además, en caso de haber procreado hijos en común, tanto el legislador como los cónyuges divorciantes deben tomar en cuenta ante todo el interés primordial de los hijos y otorgarles la oportunidad de adaptarse a una

forma de vida totalmente diferente. El matrimonio no es un simple contrato de contenido patrimonial; es un vínculo íntimo que se da entre los contrayentes que debe ser estable, permanente y debe dar seguridad jurídica y estabilidad a los cónyuges, a la familia y principalmente a los menores hijos que hubieran procreado.

I.4.3.1.- FORMA.

Por forma se entienden aquellos signos sensibles que se requieren para exteriorizar la voluntad o el consentimiento en su caso; es, pues, la manera de manifestar la voluntad. Los actos, por su forma pueden ser formales, consensuales o reales.

Por consensuales se entienden aquellos que son perfectos con el mero consentimiento y por reales aquellos que para perfeccionarse requieren la entrega de la cosa materia del contrato.

Los formales son aquellos que deben de cumplir ciertos requisitos establecidos en la ley los cuales, en el caso del matrimonio, están previstos en los artículos 97 a 113 del Código Civil vigente”.¹³

Existen dos clases de formalidades que se deberán de cumplir para la celebración del matrimonio, el código civil vigente para el Distrito Federal en los artículos 97 al 101, regula la formalidades anteriores al matrimonio; y los artículos 102 y 103 comprenden las formalidades que se deben cumplir al momento de la celebración del matrimonio. La inobservancia a las formalidades requeridas por la ley, tendrá como consecuencia la existencia del matrimonio, pero éste será nulo.

Respecto a las formalidades anteriores al matrimonio son aquellas que se encuentran reguladas en los artículos 97 al 101, y se deberán cumplir antes de la celebración del matrimonio, las cuales se transcriben a continuación:

¹³ DE LA MATA PIZAÑA. Felipe. GARZON JIMÉNEZ. Roberto. Op. Cit. p. 118.

“El artículo 97 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal a la letra establece:

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

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

II.- Que no tienen impedimento legal para casarse, y

III.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.

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

Para el caso de matrimonios fuera de las oficinas del Registro Civil deberá observarse lo establecido en el Reglamento del Registro Civil”.

El artículo 98 del Código Civil para el Distrito Federal establece en diversos numerales la documentación que se deberá de acompañar al escrito de solicitud de matrimonio los cuales son los siguientes:

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

II.- La constancia de que otorguen su consentimiento las personas a que se refiere el artículo 148 de este código, para que el matrimonio se celebre.

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

IV.- derogado.

V.- El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son mayores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio ni aun con el pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio.

Al firmarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el juez del Registro Civil deberá de tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que soliciten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.

Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañara un testimonio de esa escritura.

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

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

“Las formalidades que se deberán cumplir al momento de la celebración del matrimonio” son las que deberán de observarse en el acto de celebración del matrimonio y en la redacción del acta correspondiente y se establecen en los artículos 102 y 103 del Código Civil para el Distrito Federal vigente.

“Artículo 102.- En el lugar, día y hora designados para la celebración de el matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.

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

“Artículo 103.- Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

- I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;*
- II.- Si son mayores o menores de edad;*
- III.- los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;*
- IV.- En su caso, el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, la tutela o las autoridades que deban suplirlo;*
- V.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;*
- VI.- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad en unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la Ley y de la sociedad;*
- VII.- La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.*

VIII.- (Derogado)

IX.- *Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.*

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes”.

I.4.3.2.- IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR MATRIMONIO.

“Los impedimentos son aquellas prohibiciones establecidas en la Ley que afectan a determinada persona para contraer un determinado matrimonio. Tienen en hechos o en situaciones jurídicas, preexistentes y anteriores, a que determinadas personas puedan contraer matrimonio”.¹⁴

A continuación, brevemente analizaré algunos de los impedimentos para contraer matrimonio que fueron sustancialmente modificados por la 1º Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Por impedimentos para contraer matrimonio se entienden aquellas circunstancias objetivas que no permiten la celebración del mismo. En su caso pueden provocar la nulidad o la ilicitud del mismo, dependiendo si se trata de impedimentos dirimentes o impedientes. Dirimente es el impedimento que de existir al momento de contraer matrimonio producirá su nulidad, en tanto el impediente provoca la ilicitud de dicho acto pero no afecta su validez y eficacia jurídica, es decir, no anula el matrimonio aún cuando su celebración sea ilícita.

La doctrina también hace la distinción entre los impedimentos absolutos, es decir, aquellos que no permiten a un individuo contraer matrimonio con ninguna otra persona, y los impedimentos relativos, que impiden la celebración de dicho acto con determinadas personas. Son impedimentos absolutos, entre otros, los previstos en el artículo 156 del

¹⁴ Ibid. p. 110.

Código Civil fracción III parte inicial, en cuanto el parentesco por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente, y en línea colateral en relación con los hermanos y medios hermanos, y las fracciones X, XI y XII del mismo artículo.

Los impedimentos relativos son aquellos que impiden contraer válidamente el matrimonio con determinadas personas, se ubican en las hipótesis previstas en las fracciones III parte inicial a media, en cuanto al parentesco en línea colateral en tercer grado, y no hayan obtenido dispensa, y fracciones IV, V, VI, VIII y IX del mismo precepto comentado. En este sentido, son impedimentos absolutos; padecer alguna de las incapacidades previstas en la fracción II del artículo 450 del Código Civil; el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con la que se pretende contraer; el parentesco por consanguinidad en la línea recta sin limitación de grado y en la colateral en segundo grado. En los demás supuestos los impedimentos son relativos. Finalmente la legislación distingue entre los impedimentos dispensables y los no dispensables. Como sus nombres lo indican, los primeros admiten dispensa, en tanto que los segundos no.

De celebrarse el matrimonio presentándose alguno de los impedimentos dirimentes que prevé el artículo 156 del Código Civil, el mismo será nulo, como se prevé en la fracción II del artículo 235 de dicho ordenamiento legal.

Los impedimentos para celebrar matrimonio previstos actualmente en el precepto legal citado son los siguientes:

- I.- La falta de edad requerida por la ley;*
- II.- La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar, en sus respectivos casos;*
- III.- El parentesco por consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente; en la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos; en la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;*

- IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;*
- V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;*
- VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados, para contraer matrimonio con el que quede libre;*
- VII.- La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;*
- VIII.- La impotencia incurable para la cópula;*
- IX.- Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;*
- X.- Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;*
- XI.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer;*
- XII.- El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.*

De los impedimentos enunciados únicamente son dispensables en la legislación vigente los contemplados en las fracciones III parte media al final, es decir el parentesco por consanguinidad en la línea colateral desigual en el tercer grado; la impotencia incurable, siempre que sea conocida y aceptada por el otro contrayente, así como las enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias. Antes de las reformas, únicamente se permitía la dispensa por la falta de edad y el parentesco por consanguinidad en la línea colateral desigual.

Obviamente no puede dispensarse el matrimonio entre parientes consanguíneos en línea recta ascendente o descendente, ni en la colateral hasta el segundo grado es decir, el matrimonio entre hermanos o medios hermanos. Dichas uniones conyugales son contrarias a la naturaleza y resultarían incestuosas; romperían con la estructura básica de la familia. En efecto, las relaciones consanguíneas de filiación y fraternidad por ningún motivo deben transformarse en una relación conyugal por ser contrarias al derecho natural. Un padre no debe ser esposo de su hija y padre de su nieto; un hermano no debe

ser esposo de su hermana y padre de su sobrino, entre otros supuestos. Con referencia al impedimento originado por la impotencia incurable para la cópula, el mismo actualmente es dispensable. Para ello es necesario que ese hecho sea conocido y aceptado por el otro contrayente.

En el Código Civil vigente, la impotencia incurable para la cópula sigue siendo un impedimento, pero es dispensable. El legislador ha considerado que los cónyuges pueden llevar una vida en común y cumplir con los demás fines del matrimonio, sin que entre los mismos se de la unión sexual, es decir, sin que exista unión conyugal. Sin embargo, es un requisito necesario que el impedimento sea conocido y aceptado por la otra parte con objeto de obtener la dispensa respectiva.

Tratándose de las enfermedades que se consideran por el legislador como impedimentos para contraer matrimonio señaladas en la fracción IX del artículo 156 del Código, para obtener la dispensa se requiere que los contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista una constancia que indique con precisión; el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento.

La falta de edad requerida por la Ley. A partir de la entrada en vigor el 13 de enero de 2004 de las reformas al Código Civil, los menores de 16 años no pueden contraer matrimonio, de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 148 de dicho ordenamiento.

La falta de consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o del Juez de lo Familiar, en sus respectivos casos. No obstante lo anterior, el matrimonio celebrado entre el hombre o la mujer menores de edad dejará de ser causa de nulidad cuando el menor hubiera llegado a los 18 años, y ni él ni su cónyuge hubieren intentado la acción de nulidad artículo 237 del Código. Ello significa que en el supuesto apuntado, el matrimonio se convalida por el simple transcurso del tiempo.

En lo que se refiere a la acción de nulidad derivada de la falta de "consentimiento" de quienes ejerzan la patria potestad, sólo puede alegarse por aquél a quien tocaba otorgarlo y dentro de un plazo de 30 días a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la celebración del matrimonio artículo 238 del Código Civil. Esta causa cesará si dentro del plazo señalado, quienes ejercen la patria potestad han consentido expresa o tácitamente con el matrimonio. Las hipótesis del consentimiento tácito se contemplan en la fracción II del artículo 239 del mismo ordenamiento y son las siguientes; Si quienes ejercen la patria potestad han hecho donación a los hijos en consideración al matrimonio; o si han recibido a los consortes a vivir a su casa; o presentado a la descendencia como de los cónyuges en el Registro Civil, o han practicado actos análogos, de los que a juicio del Juez de lo Familiar se infiera dicho consentimiento.

Ausencia de vicios del consentimiento. Para la eficacia de todo acto jurídico, el consentimiento debe manifestarse sin que existan vicios de la voluntad. Los vicios del consentimiento con relación a los actos jurídicos en general, son el error, el dolo, la violencia o la lesión. En cuanto al matrimonio, los vicios de la voluntad que pueden anularlo son los siguientes:

- a) El error de la persona con la que se contrae;
- b) La violencia física o moral.

Estos se encuentran previstos en los artículos 235 fracción I, 236 y 245 fracciones I, II y III del Código Civil y se les regula de la siguiente forma:

Error. La acción de nulidad por causa del error respecto de la persona con la que se pretendía contraer, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado. Si éste no denuncia el error dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que lo advierte, el consentimiento se tendrá por ratificado y el matrimonio subsistirá a no ser que exista otro impedimento que lo anule como se dispone en el artículo 236 del Código. Nótese que antes de las reformas la acción de nulidad por causa de error debería intentarse por el cónyuge engañado inmediatamente lo hubiere advertido. Ahora se extiende el plazo para intentar la acción

correspondiente a 30 días. Nótese que el error se limita a la persona y no en cuanto a las cualidades individuales de la misma.

Violencia física o moral. En lo que se refiere a la violencia física o moral, para anular el matrimonio deberá reunir los siguientes requisitos:

a) que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

b) que la violencia haya sido causada al cónyuge, a las personas que lo tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, a sus demás ascendientes o descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado;

c) que haya subsistido al momento de celebrarse el matrimonio.

La acción de nulidad por violencia física o moral sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, precisamente dentro de los sesenta días a partir de que hubiera cesado la misma. Se aprecia que la redacción del artículo 245 del Código comentado es similar a la que tenía el texto original de ese precepto. Sin embargo, en lugar de indicar el miedo y violencia, en el artículo modificado en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1818 y 1819 del mismo ordenamiento, se hace referencia a la violencia física o moral. Este vicio del consentimiento para anular el matrimonio puede recaer sobre el cónyuge, los ascendientes, descendientes, a los parientes consanguíneos en línea recta y a los colaterales hasta el cuarto grado.

Por otra parte se aprecia que deja de ser dispensable el impedimento derivado de la falta de edad requerida por la ley para contraer matrimonio. Los menores de dieciséis años no pueden obtener dispensa alguna y por ende no pueden contraer matrimonio válidamente.

I.5.- DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN CON EL MATRIMONIO.

Al momento de la celebración del matrimonio, se modifica el estado civil de los contrayentes de solteros a casados, y se sujetarán a un régimen jurídico regulado por disposición de Ley, con independencia de la voluntad de los consortes, del cual no se podrán sustraer, si no agotando el procedimiento previamente establecido por la ley al cual, deberá recaer una resolución dictada por autoridad competente que disuelva el vínculo. También con la celebración del matrimonio, se generan derechos y obligaciones recíprocos e irrenunciables, los cuales son considerados de orden público e interés social.

Estos derechos y obligaciones que nacen con el matrimonio, se manifiestan principalmente con respecto a los cónyuges, respecto a los bienes de éstos, y con respecto a los hijos que lleguen a procrear.

I.5.1.- EN RELACIÓN CON LOS CÓNYUGES.

Los derechos y obligaciones entre los cónyuges se caracterizan:

1.- “Por ser de orden público y no simplemente de orden privado, los cónyuges no pueden renunciar a ellos ni antes, ni durante el matrimonio. La cláusula donde se estipule lo contrario es nula y no producen efecto legal alguno;

2.- Los cónyuges una vez casados quedan sometidos a las normas imperativas que reglamentan el matrimonio, cuyo objeto es la realización de los altos fines morales y sociales que persigue esa institución”.¹⁵

Por lo que se refiere a los deberes y obligaciones que surgen del matrimonio con relación a los cónyuges, estos son recíprocos y personalísimos, los cuales se dividen de la siguiente forma: respecto a la igualdad jurídica, de la ayuda mutua, del derecho y deber

¹⁵ LOZANO RAMÍREZ. Raúl. *Derecho Familiar. Tomo I.* México. Pac. Primera Edición. 2005. p. 76. 77.

de cohabitación, del debito carnal, de la fidelidad reciproca, de la vocación hereditaria reciproca y de la tutela legitima; los cuales analizaremos a continuación:

I.5.1.1.- DE LA IGUALDAD JURÍDICA.

En nuestra legislación la igualdad del hombre y de la mujer, y posteriormente como cónyuges, esta reconocida en nuestra legislación, el artículo 4° Constitucional consagra la igualdad al señalar que “el varón y la mujer son iguales ante la ley”, dicho precepto es confirmado por el artículo 2° Código Civil para el Distrito Federal, el cual, previene que *“la capacidad jurídica es igual para el hombre y para la mujer.....”*, en consecuencia la mujer no esta sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

La igualdad del hombre y de la mujer se ratifica en el matrimonio y en la familia por lo dispuesto en el artículo 168 del El Código Civil para el Distrito Federal, el cual, señala que “los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones “iguales”, y resolverán de común acuerdo lo relativo al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos, así como a la administración de los bienes de éstos, correspondiendo al Juez la avenencia de los cónyuges en caso de desacuerdo”.

Con base a esta Igualdad y Libertad, los cónyuges tienen la capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercer las acciones y oponer las excepciones que a ellos correspondan, sin que para tal efecto se necesite el consentimiento del esposo o de la esposa, según sea el caso, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.

I.5.1.2.- RESPETO Y AYUDA MUTUA.

Respeto, este significa que no se genere violencia familiar, que los cónyuges se respeten en todos los ámbitos de sus relaciones familiares, y por consecuencia no se generen actos de violencia familiar tanto física, psicológica, emocional, económica y

sexual, mismas que están previstas en el Título sexto, Capítulo tercero en los artículos 323-Bis al 323-Sextus del Código Civil para el Distrito Federal.

La ayuda mutua impone a ambos cónyuges la obligación y el deber legal y natural de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar conyugal, a su alimentación y a la de sus hijos. “El artículo 162 del Código Civil enuncia el deber de asistencia, de ayuda recíproca. Impuesto a cada uno de los cónyuges. Marido y mujer deben socorrerse mutuamente. La ayuda recíproca, el mutuo auxilio que se deben entre si los consortes, constituye sin duda un elemento esencial, muy principal del matrimonio. El socorro mutuo que deben prestarse los cónyuges es un deber más amplio que la obligación de dar alimentos. Esta obligación se refiere a la satisfacción de las necesidades de subsistencia del acreedor alimenticio. El socorro reciproco comprende además el consejo, la dirección, el apoyo moral con los que un cónyuge debe ayudar al otro, en las vicisitudes de la vida”.¹⁶ También impone el deber del padre y de la madre de educar a sus hijos, sin perjuicio de distribuirse la carga correspondiente en la forma y proporción que acuerden y según sus posibilidades, atento lo previsto en el artículo 164 del Código.

La obligación de contribuir al sostenimiento del hogar conyugal y proporcionarse alimentos que comprenden los conceptos enunciados en el artículo 308 del Código es un deber natural que regula expresamente la ley. Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. Si cualquiera de ellos incumple con la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar conyugal artículo 164 o se niega a cubrir los alimentos estando obligado a ello, se podrá demandar el divorcio. Dicha causal está prevista en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil. Asimismo, ante el incumplimiento reiterado a cumplir con la obligación alimentaria inherente a la paternidad, se podrá demandar judicialmente la pérdida de la patria potestad, de conformidad con lo establecido en el artículo 444 fracción IV del mismo ordenamiento.

¹⁶ GALINDO GARFIAS. Ignacio. Op. Cit. p. 570. 571.

El incumplimiento de los cónyuges a lo dispuesto en el artículo 164 del Código Civil a la obligación alimentaria y al sostenimiento del hogar familiar también es una causal de divorcio frecuentemente invocada ante los Juzgados de lo Familiar.

Como un reconocimiento expreso a la dignidad e igualdad que corresponde a ambos consortes, en el artículo 168 del Código Civil se prevé que los mismos tendrán en el hogar conyugal autoridad y consideraciones iguales y resolverán de común acuerdo todo lo concerniente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos, así como a la administración de los bienes de los hijos. Se permite a ambos esposos el derecho de desempeñar cualquier actividad, siempre que la misma sea lícita. Respecto a lo anterior, es evidente que ninguno de los cónyuges podrá realizar actividades inmorales o que dañen la estructura fundamental de la familia. Ello atentaría en contra de los intereses superiores que debe de tutelar el Derecho Familiar y pondría en riesgo la adecuada formación y educación de los hijos así como la estabilidad y seguridad que deben prevalecer en el matrimonio y sería contrario a la estructura fundamental de la familia.

Por otra parte, se adicionó el artículo 164 bis, para reconocer que el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimarán como contribución económica al sostenimiento del hogar conyugal.

Deber de asistencia, Además del deber de ayuda, se encuentra el de asistencia recíproca que es natural al matrimonio. Este consiste en el auxilio mutuo que se deben ambos cónyuges, no únicamente en casos de enfermedad, sino también para soportar unidos las dificultades y cargas de la vida. El mismo implica un deber moral de los esposos de cuidarse de cualquier enfermedad o contingencia de la vida. Se distingue, pues, del deber de ayuda en que mientras éste es constante, sucesivo y permanente, el deber de asistencia, aunque debe prolongarse toda la vida del matrimonio, es esporádico, aislado y se presenta de vez en cuando.

I.5.1.3.- DEL DERECHO Y DEBER DE COHABITACIÓN.

“Cohabitar significa habitar una misma casa, vivir bajo el mismo techo el marido y la mujer. Este deber jurídico, la vida común de los cónyuges, es esencial en el matrimonio. El vínculo jurídico por el cual los cónyuges están obligados a vivir juntos, se impone a los consortes, porque como elemento esencial del estado de matrimonio, hace posible en forma natural, el cumplimiento de los deberes de fidelidad y de ayuda recíproca. El cumplimiento del deber de cohabitación, es un supuesto o condición indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio”.¹⁷ Constituye una obligación personalísima e íntima para ambos cónyuges, teniendo como origen la naturaleza del propio matrimonio.

Comprende la obligación de los esposos de vivir juntos en el domicilio conyugal, el cual establecerán de mutuo acuerdo. Por ello el artículo 163 del Código Civil dispone:

"Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges y en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales. Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de dicha obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en un lugar que ponga en riesgo su salud e integridad".

La obligación de cohabitar en el mismo domicilio comprende, además, el débito conyugal (independientemente del contenido del artículo 146 del Código Civil vigente), esto significa que los cónyuges tienen el derecho y el deber a la paternidad y maternidad responsables y de contribuir a la procreación de la especie así como la obligación de educar a sus hijos, para que éstos se desarrollen en un ambiente adecuado para su formación integral. Por regla general el matrimonio unión conyugal o marital por su naturaleza, lleva implícito el débito conyugal, es decir, la unión íntima, sexual y complementaria entre el esposo y esposa. De faltar este elemento estructural no se puede

¹⁷ Ibid. p. 565.

hablar correctamente de matrimonio. Por ende, los contrayentes no pueden establecer condición o pacto alguno que sea contrario a los fines del matrimonio, y los más importantes de éste son el débito conyugal y la procreación. Únicamente por excepción se podrá eximir a los cónyuges del débito marital, (bien por enfermedad transmisible por herencia, por la imposibilidad para la cópula, por impotencia o incompatibilidad genética, etcétera). Pero es evidente que las causas de excepción deben de encontrarse debidamente justificadas, toda vez que el efecto del matrimonio legalmente contraído es un vínculo jurídico que se genera entre los cónyuges, cuyo contenido son derechos, deberes y obligaciones para ambos, iguales y recíprocos que derivan de la propia naturaleza de la unión conyugal. De no cumplirse con el deber de cohabitación, nuestra legislación positiva prevé como causales de divorcio las siguientes, “La separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses y la separación de los cónyuges por más de un año, independiente mente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos" fracciones VIII y XI del artículo 267 del Código. Estas causales originadas por la separación de los cónyuges se prevén en virtud de que la separación de los cónyuges es contraria al deber de cohabitar e implican un profundo distanciamiento entre los mismos, así como la ruptura del vínculo afectivo que unía a los esposos.

En la hipótesis de la separación por más de un año, independientemente de la causa que la ha originado, puede tratarse inclusive de un verdadero repudio de parte de alguno de los consortes.

I.5.1.4.- DEL DÉBITO CARNAL.

El débito carnal se puede definir de manera general como la unión sexual entre los esposos como un derecho y deber personalísimo, recíproco y exclusivo de los cónyuges.

El débito carnal conyugal está implícito en la relación matrimonial, Los canonistas definen al débito como la obligación que en matrimonio tiene cada uno de los cónyuges de realizar la cópula con el otro cuando éste lo exija o pida.

Para Rojina Villegas con el matrimonio surgen varios derechos subjetivos que se manifiestan en facultades y una de ellas es el derecho a la relación sexual con el débito carnal correspondiente, evidentemente que como en todos los problemas de derecho de familia, debe prevalecer el interés superior de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio. Esta afirmación parte de las concepciones doctrinales que determinan la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en tal virtud debe entenderse que cada cónyuge está facultado para exigir el débito conyugal. En la actualidad con el desarrollo de los derechos humanos no es posible concebir al débito carnal como un deber que vaya en contra del respeto a la intimidad e integridad del ser humano. Las personas no son el objeto para la consecución de un fin sino son sujetos con dignidad y con derecho a ejercer su libertad a la intimidad sexual y la procreación, por ello en primer termino el debito carnal se debe de dar entre los cónyuges de mutuo acuerdo, para que en consiguiente se procure la procreación si es su voluntad, ya que de no darse dicho mutuo consentimiento se podría incurrir en el delito de violación previsto en el Código Penal para el Distrito Federal.

Con base en los argumentos expuestos, las últimas reformas señalan a la procreación como un fin del matrimonio susceptible de ser elegido. La pareja es libre para decidir si quiere asumir el compromiso de la maternidad o de la paternidad y, en todo caso, de decidir el número y espaciamento de sus hijos. En ese mismo sentido se expresa tanto en el artículo 4º Constitucional como el artículo 162 segundo párrafo del Código Civil para el Distrito Federal cuando establece: *"Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable sobre el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señale la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges"*.

La procreación también puede ser una finalidad de la unión matrimonial, pero sólo como una posibilidad y no como un fin necesario, esto puede entenderse como una nueva concepción del matrimonio, originado por las transformaciones que ocurren en la

estructura de la relación de pareja dentro del matrimonio, y formalizándose con las recientes reformas al Código de la materia.

I.5.1.5.- DE LA FIDELIDAD RECÍPROCA.

Deber de fidelidad. La fidelidad también es un deber recíproco, personalísimo e íntimo que corresponde a los cónyuges y se encuentra estrechamente vinculada al deber de cohabitación. La fidelidad no la debemos entender únicamente desde el punto de vista material, sino, además, como el deber jurídico de respetar un bien honesto y moral que corresponde a ambos cónyuges. Este deber comprende la intimidad sexual y exclusiva que se deben marido y esposa. Obviamente, para ser fiel con el cónyuge, la persona ante todo, debe ser fiel con sus principios y convicciones. Quien no es honesto consigo mismo, no tiene la capacidad de ser fiel a nadie más.

“El matrimonio se funda en la fe que un cónyuge tiene en el otro de ser fiel. Es decir, que no puede tener relaciones sexuales con otra persona de diverso sexo, que produzca la deshonra del otro cónyuge. El incumplimiento de esta obligación, trastoca los más profundos sentimientos humanos y la moral, cuando no se guardan las consideraciones, respeto y decoro recíproco entre los consortes, pues con estos actos se destruye la familia y da origen al divorcio”.¹⁸

El incumplimiento al deber de fidelidad puede tener distintas consecuencias jurídicas; el adulterio es una de las causales de divorcio previstas en la ley que se invoca con gran frecuencia en los tribunales bastando que se acredite el mismo por cualquier medio para que prospere la acción correspondiente. Por otra parte, el adulterio estaba tipificado como delito en el Código Penal cuando se cometía en el domicilio conyugal o con escándalo, además de que debía acreditarse el adulterio consumado (este delito ha sido derogado); la bigamia es un delito, al atentar gravemente en contra de la fidelidad que se deben los cónyuges.

¹⁸ LOZANO RAMÍREZ. Raúl. Op. Cit. p. 80.

El Código Civil para el Distrito Federal no establece expresamente a cargo de los cónyuges la obligación o deber de fidelidad. Éste se infiere al conservarse como impedimento para contraer matrimonio y como causal de divorcio fracción V del artículo 156 y fracción I del 267, respectivamente.

La fidelidad, la honestidad, la probidad y rectitud, son valores éticos que deben ser transmitidos a los hijos y a los educandos desde la más tierna edad, en la familia, en las escuelas, por conducto de los medios de comunicación y desde luego con la intervención del Estado, es indispensable reconquistar los valores fundamentales de la familia, educando a los niños y jóvenes, con absoluto respeto a la dignidad que corresponde a toda persona. Este respeto a la dignidad se proyecta directa e inmediatamente en la fidelidad conyugal.

I.5.1.6.- DE LA VOCACIÓN HEREDITARIA RECÍPROCA.

Es un conjunto de derechos que la ley otorga al cónyuge que le sobrevive a otro, para así concurrir a la sucesión legítima, de acuerdo a los casos previstos por la Ley principalmente cuando no existe disposición testamentaria por parte del cónyuge fallecido, y conforme al artículo 1602 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal, este derecho será en la proporción que señale dicho código en sus artículos 1624 al 1629, de acuerdo a los supuestos legales cuando concurre con descendientes, ascendientes o colaterales.

I.5.1.7.- DE LA TUTELA LEGÍTIMA.

Cuando uno de los cónyuges se encuentre incapacitado por causas de enfermedad o declarado en estado de interdicción, será obligación del otro cónyuge ser tutor, y como consecuencia cuidar de la persona, así como de los bienes del cónyuge incapacitado.

Nuestro Código Civil vigente en su artículo 486 establece como legítima y forzosa esta obligación.

“La tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción, corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge”.

I.5.2.- EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO EN RELACIÓN A LOS HIJOS.

En relación con los hijos, el matrimonio produce diversos efectos como son los siguientes:

El matrimonio es un medio de prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, entendiendo por filiación como la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia, haciéndose notar al respecto que la ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la misma cualquiera que sea su origen.

De acuerdo con el artículo 340: *“La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento”.*

A falta del acta o si esta fuere defectuosa, incompleta o falsa se probará con la posesión constante de estado de hijo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 341, del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

a) Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

b) Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio,

siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contara, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”.

Se tiene por hijo de matrimonio al que se encuentre en el caso establecido en el artículo 343 del Código Civil, que establece: Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;

b) Que el padre y la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

c) Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el Art. 361 es decir, debe tener la edad requerida para contraer matrimonio.

I.5.3.- EFECTOS DEL MATRIMONIO EN RELACIÓN A LOS BIENES.

Los efectos jurídicos del matrimonio en relación con los bienes, comprenden, las donaciones antenupciales, los regímenes matrimoniales y las donaciones entre consortes.

1.- Donaciones Antenupciales: Son aquellas realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado. Este tipo de donaciones entre futuros cónyuges no podrán exceder reunidas, la sexta parte del patrimonio del donante.

Las que un tercero hace a alguno, o a ambos de los futuros cónyuges, en consideración al matrimonio. Ambos tipos de donaciones se encuentran reguladas en el artículo 219 del Código Civil vigente.

2.- Regímenes Matrimoniales: De acuerdo con el artículo 178 del Código Civil, "El matrimonio deberá celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes".

Uno de los efectos más importantes del matrimonio en relación con los bienes es que los contrayentes en el acto mismo de celebrar su matrimonio deberán elegir expresamente y reglamentaran su vida matrimonial eligiendo a la sociedad conyugal o bien la separación de bienes como régimen patrimonial.

En la exposición de motivos del Código Civil de 1928, se obligó a que al contraerse matrimonio, forzosamente pactaran los cónyuges acerca de si establecían comunidad o separación de bienes, procurándose por este medio garantizar debidamente los intereses de la esposa en el momento más propicio, cuando el hombre desea hacer a la mujer compañera de su vida; con lo cual se creía se combatirían prejuicios muy arraigados que impiden, por vergüenza o mal entendida dignidad, tratar de asuntos pecuniarios cuando se funda una familia, que necesaria e imperiosamente exige muchos y continuos gastos.

Actualmente el Código Civil para el Distrito Federal vigente en su artículo 178, establece claramente como obligación lo siguiente: El matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes.

Por otra parte, el artículo 179 del mismo Código Civil, establece que las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual, deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario.

3.- Donaciones entre Consortes: En cuanto a este punto, el Código Civil vigente en sus artículos del 232 al 234 nos señalan que: Los consortes pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios.

Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas, en los términos del artículo 228 del mismo Código Civil. Estas donaciones no se anularan por la supervivencia de hijos; pero se reducirán cuando sean inoficiosas, en los mismo términos que las comunes.

CAPÍTULO II

“CAPITULACIONES MATRIMONIALES”

II.1.- CONCEPTO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Proviene de la palabra “capitular”, que etimológicamente deriva del verbo latino “capitulare” que significa pactar, hacer ajustes o concierto, realizar una convención.

Algunos autores definen a las capitulaciones matrimoniales de la siguiente forma:

Ignacio Galindo Garfias las define como “El convenio que celebran entre si los cónyuges, para establecer el régimen de propiedad y disfrute de los bienes que les pertenecen o que en lo futuro les pertenezcan, así como de los frutos de estos bienes”.¹⁹

Rafael de Pina las define como “Los pactos que los esposos celebran, antes de unirse en matrimonio o durante él, para establecer el régimen económico del mismo, pudiendo comprender no solamente los bienes de que sean dueños en el momento de hacer el pacto, si no también los que adquieran después”.²⁰

Las capitulaciones matrimoniales pueden celebrarse para cualquiera de los regímenes patrimoniales que existen en nuestra legislación indistintamente, ya sea Sociedad Conyugal o Separación de Bienes, y precisamente se encargaran de especificar los términos en que se pacta cada uno.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 179 define a las capitulaciones matrimoniales de la forma siguiente: las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su

¹⁹ GALINDO GARFIAS. Ignacio. Op. Cit. P. 563.

²⁰ DE PINA. Rafael. *Derecho Civil*. México. Porrúa. 1994. p. 238.

matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual, deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario.

Con las Capitulaciones Matrimoniales se fijan situaciones tan importantes como las siguientes: Quien será el administrador de la sociedad conyugal, que bienes la comprenden entre otros puntos, la mayoría de nosotros firmamos estas capitulaciones al momento de contraer matrimonio y son formatos ya preestablecidos en el Registro Civil, sin revisarlas y mucho menos sin comentarlas con nuestra pareja.

Al celebrar el matrimonio se pueden establecer capitulaciones matrimoniales en las cuales se combinen los diferentes regímenes y ser en parte sociedad conyugal y parte separación de bienes como por ejemplo que los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio no ingresen a la sociedad conyugal, pero si los bienes muebles, también se puede establecer que los bienes adquiridos por herencia no ingresen a la sociedad conyugal.

Con las reformas de mayo del 2000 en el Distrito Federal, si no existen las capitulaciones se presume sociedad conyugal salvo pacto en contrario, los bienes adquiridos después del matrimonio por herencia, legado, donación también forman parte de la Sociedad Conyugal. La separación de bienes puede ser absoluta o parcial, en el segundo caso los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la Sociedad conyugal que deben constituir los esposos.

De acuerdo con el artículo 182-Quintus fracciones I, II, III, IV, V, VI y VII del Código Civil para el Distrito Federal, en la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales:

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

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

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

Los bienes que se adquieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios.

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

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

II.2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

“Respecto a la naturaleza jurídica de la capitulaciones matrimoniales se ha discutido su verdadera esencia jurídica. Se han considerado como un contrato accesorio al matrimonio, estableciendo que si se otorga antes de su celebración, quedaría sujeto a la condición suspensiva de la misma celebración del matrimonio. También se ha establecido que si las capitulaciones matrimoniales establecen el régimen de separación de bienes, su naturaleza no puede ser contractual dado que su único efecto es declarativo. Las

capitulaciones matrimoniales donde se establezca la separación de bienes pueden ser incluso consideradas un convenio, si se otorgan durante el matrimonio, ya que pueden modificar, transmitir o extinguir derechos. En cambio, si se celebran capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio bajo el régimen de separación de bienes la cuestión es muy discutible ya que estamos de acuerdo que su función es meramente declaratoria, reconociéndose al efecto derechos pero sin crear, transmitir, modificar o extinguir los mismos”.²¹

Existe discusión entre los estudiosos en esta materia, para definir si las capitulaciones matrimoniales comparten la calidad de contrato accesorio que no puede existir por si mismo, en virtud de que depende de un acto jurídico principal que es el “Matrimonio”, o si es parte integrante del mismo.

De la reflexión a la hipótesis planteada anteriormente, se puede concluir que no puede existir por si mismo, por depender de un acto jurídico sui generis como es el “matrimonio”, por lo que no es posible concebir la existencia de contratos de sociedad conyugal o de separación de bienes fuera de la Institución del Matrimonio, por lo que podemos concluir que las capitulaciones matrimoniales son parte integrante de éste.

Además si se le atribuye la calidad de contrato accesorio, esta es una acepción muy restringida pues se refiere únicamente al acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial y que solo sería así en el caso en el caso que se pacte Sociedad conyugal o alguna modalidad de participación de ambos cónyuges en los bienes obtenidos durante el matrimonio, pero cuando en las capitulaciones se pacte un estricto régimen de separación de bienes, no estaríamos frente a la creación o transmisión de derechos y obligaciones, de esta forma, únicamente se podría encuadrar bajo la categoría de contrato, a las capitulaciones matrimoniales que generen derechos y obligaciones recíprocos e independientes, y por lo tanto se dejaría fuera del contexto al régimen patrimonial de separación de bienes.

²¹ DE LA MATA PIZANA. Felipe. GARZON JIMÉNEZ. Roberto. Op. Cit. p. 124.

Algunos autores pretenden calificar a las capitulaciones matrimoniales como un contrato, con la característica de ser accesorio, sin embargo esta teoría no es la más correcta, si se considera al contrato como un acuerdo par crear o transmitir derechos y obligaciones, resultaría que tratándose de la separación de bienes celebrada con anterioridad al matrimonio a través de las capitulaciones matrimoniales, no encajarías con la finalidad del contrato. De tal forma que se puede concluir que en relación a las capitulaciones matrimoniales mediante las cuales se finca la separación de bienes, no se trata propiamente de un contrato, si no solamente de un convenio en sentido estricto, y en cuanto a las capitulaciones mediante las cuales se instaura la sociedad conyugal, efectivamente, si tienen como fin crear derechos y obligaciones, mismas que si poseen una esencia contractual.

De lo anterior se puede concluir que las capitulaciones matrimoniales en las que se constituye la sociedad conyugal, siempre tienen naturaleza contractual, y las capitulaciones en las que se acuerda la separación de bienes o se disuelve la sociedad conyugal, solo son un convenio. Las capitulaciones matrimoniales no son un accesorio del acto jurídico del matrimonio, son un requisito y parte integral de éste.

II.3.- CAPACIDAD PARA CELEBRAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

La capacidad para celebrar capitulaciones matrimoniales es la genérica, luego de la consagración de viejo principio “Hábilis ad nuptias hábilis ad pacto nuptialia”, aunque sin llegar a todas sus consecuencias, nuestro legislador dispuso en el artículo 181 del Código Civil para el Distrito Federal que *“El menor con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuales serán validas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio”*. Sin embargo el principio antes señalado debe de tomarse con ciertas limitaciones, pues podría resultar alguien con capacidad para capitular sin estar capacitado para contraer matrimonio, en virtud de poseer un impedimento excusable, y que dicha excusa no se le ha concedido.

Podría presentarse el caso en que los ascendientes o tutores presten su consentimiento para la celebración del matrimonio pero no así en cuanto a la celebración de las capitulaciones.

II.4.- EL DOMINIO DE LOS BIENES QUE SE INCLUYEN EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Como se precisa anteriormente, las capitulaciones matrimoniales, tienen por objeto determinar el régimen de propiedad y disfrute de los bienes de cada uno de los consortes, incluyendo los bienes de los cuales son dueños al momento de celebrar el matrimonio, como los que se adquieran durante la vida conyugal, es decir, son las cláusulas bajo las cuales, se regirá el patrimonio presente y el patrimonio futuro de cada uno los consortes durante su vida en común.

El dominio de los bienes comunes reside en ambos mientras subsista la sociedad conyugal, a diferencia de lo que se disponga en las cláusulas de las capitulaciones matrimoniales, en las que se establezca el dominio único y exclusivo de alguno de los cónyuges respecto de los bienes que decida no llevar a la Sociedad Conyugal, tanto de los bienes con los que llega al momento de la celebración del matrimonio, así como de otros bienes los cuales se deberán de determinar, que tipo y características, los cuales, no se incluirían en la sociedad conyugal si en un futuro se llegaren a adquirir por parte del cónyuge.

Respecto a las capitulaciones matrimoniales mediante las cuales se finca la separación de bienes, simplemente se dicta el convenio mediante el cual se acuerda por ambos cónyuges que durante la vida matrimonial y mientras exista éste, cada uno de los cónyuges mantendrá la propiedad de todos y cada uno de los bienes que adquieran así como de las deudas que llegaren a adquirir.

II.5.- OTORGAMIENTO, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Son dos los momentos en que pueden otorgarse las capitulaciones: antes y durante el matrimonio. De acuerdo al artículo 180 del Código Civil para el Distrito Federal “*Las capitulaciones matrimoniales se otorgaran antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse y modificarse durante el matrimonio, ante el Juez de lo Familiar o ante Notario, mediante escritura Publica*”.

En el sistema de nuestro Código Civil, las capitulaciones Matrimoniales pueden otorgarse por los pretendientes o en su caso por los cónyuges, dependiendo en que momento se realice el convenio, es decir, tendrán el carácter de pretendientes hasta antes de la celebración del matrimonio, pero en este caso algunos autores manifiestan que nos estaríamos refiriendo a un negocio condicionado, sujeto a la condición suspensiva de la realización del matrimonio, ya que sería inconsecuente que pudieran comenzar a surtir efecto las capitulaciones matrimoniales antes de la realización del matrimonio, razonamiento que es incontrovertible; y podrán celebrarse con el carácter de cónyuges cuando se celebren durante la vigencia del matrimonio.

El artículo 98 fracción V del Código Civil, establece que se deberá acompañar al escrito de solicitud señalado en el artículo 97, el convenio o capitulaciones matrimoniales que deberán celebrar los pretendientes con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio, ya que esta información y la requerida en los artículos 97 y 98 del Código Civil, se constituyen como un requisito para que se pueda celebrar el matrimonio en los ocho días siguientes en el día y hora que señale el Juez de conformidad con lo establecido en el artículo 101 del mismo ordenamiento.

La modificación de las capitulaciones matrimoniales como lo establece el artículo 180 del Código Civil, podrán modificarse durante el matrimonio, ya sea para dar por terminada la Sociedad Conyugal, o para realizar cambios a las condiciones de participación o dominio patrimonial respecto a los bienes de los cónyuges con respecto a

las condiciones previamente pactadas al momento en que se constituyó la sociedad conyugal.

Las capitulaciones Matrimoniales pueden extinguirse con la disolución del vínculo matrimonial, es decir, con el divorcio, en virtud de que al darse por terminado el matrimonio, también se dan por terminadas las condiciones que regían los aspectos patrimoniales de los cónyuges, ya que con el divorcio se terminan y extinguen las condiciones y cláusulas de las capitulaciones. Otra forma en que las capitulaciones matrimoniales se extinguen, es con la muerte de uno o de ambos cónyuges, en virtud de que el evento de la muerte extingue el vínculo matrimonial y como consecuencia todo lo relacionado a las condiciones patrimoniales que regían su vida matrimonial.

En relación con lo anterior, el artículo 197 del Código Civil establece lo siguiente: La sociedad conyugal termina, por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y en los casos previstos en el artículo 188 del mismo Código Civil.

Respecto al artículo 188 del Código Civil, enumera otras causas por las cuales se podrá dar por terminada la sociedad conyugal durante el matrimonio a petición de alguno de los cónyuges, a causa de alguno de los motivos siguientes:

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

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

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

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

II.6.- LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE NO CELEBRAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Como hemos apuntado anteriormente, de acuerdo a los artículos 98 fracción V y 99 del Código Civil, es una obligación de los contrayentes de matrimonio acompañar al acta matrimonial el convenio en el que establezcan las condiciones patrimoniales y de dominio respecto de los bienes presentes y futuros que adquieran durante el matrimonio.

En el artículo 99 del Código Civil se establece la obligación del Juez del Registro Civil de ayudar y asistir a los pretendientes que no puedan, o no sepan redactar sus capitulaciones matrimoniales por falta de conocimiento.

Aun cuando lo anterior es una obligación, en la realidad y practica, generalmente se omite el cumplimiento de estos requisitos, con la finalidad de reducir y abreviar los tramites, de tal forma, que los pretendientes desconocen el sentido y alcance de la omisión de celebrar las capitulaciones matrimoniales, más aun, de las consecuencias que en un futuro se podrán presentar.

El cumplimiento de las disposiciones anteriormente citadas evitaría problemas posteriores que surgen durante el matrimonio y sobre todo cuando por desavenencias conyugales, se decide terminar con la relación matrimonial por alguno o por ambos cónyuges, es en este momento cuando se descubre que la condiciones de la liquidación patrimonial no son como equivocadamente se pensaba, por ejemplo, a partir del 25 de mayo del 2000 en el Distrito Federal, si no existen las capitulaciones matrimoniales con pacto en contrario, se presumen en sociedad conyugal los bienes adquiridos después del matrimonio por herencia, legado y donación..

Es recomendable que los contrayentes elaboren con anticipación sus capitulaciones matrimoniales, las platiquen en pareja y en caso necesario las modifiquen de común acuerdo, de ser posible, asesorarse legalmente para evitar conflictos posteriores. Al celebrar el matrimonio se pueden establecer capitulaciones matrimoniales en las cuales se

combinen los diferentes regímenes y constituir un régimen parte sociedad conyugal, y parte separación de bienes, de acuerdo a sus decisiones y fines patrimoniales de cada uno.

CAPÍTULO III

“RÉGIMENES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO”

III.1.- CONCEPTO DE RÉGIMEN PATRIMONIAL.

“El régimen patrimonial es 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, entre los cónyuges y terceros, tanto al momento de celebrarse el matrimonio, mientras dure y cuando llegare a disolverse”.²²

El régimen patrimonial dentro el matrimonio, constituye el marco legal que regula el ámbito patrimonial del matrimonio, el cual, se define por medio de las capitulaciones matrimoniales, y cuyo propósito es el procurar prever todos los efectos patrimoniales del matrimonio, estableciendo y determinando las reglas para su administración, aprovechamiento y liquidación, esta regulación es aplicable para las relaciones que se dan entre los cónyuges entre si, y las relaciones que se dan entre éstos frente a terceros.

Es necesario y forzoso el que todos los matrimonios establezcan un régimen patrimonial, ya sea de forma directa cuando se pactan capitulaciones matrimoniales, o cuando las capitulaciones matrimoniales son parciales y establecen un régimen mixto, o también cuando se determina de manera supletoria por la ley, o por resolución judicial en los casos cuando se resuelve alguna controversia.

²² BAQUIERO ROJAS. Edgar. BUENROSTRO BAEZ. Rosalía. Op. Cit. p. 85.

III.2.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO.

“La naturaleza jurídica de los regímenes patrimoniales, es la protección jurídica de las personas con relación a sus bienes, al momento de unirse en matrimonio, y se refiere a la reglamentación sobre la propiedad de los bienes de los contrayentes, en esta reglamentación se prevé la propiedad no solo actual, sino futura de los bienes de estos, ya que la ley permite tal supuesto. En virtud de que el matrimonio, no solo produce efectos sobre la persona de los consortes, sino que además los efectos se extienden entre otros a los bienes de estos, es por esto que surge la necesidad de reglamentar además la propiedad de los bienes en el matrimonio”.²³

Durante el siglo pasado la naturaleza jurídica del régimen patrimonial era equiparada comúnmente con la naturaleza contractual, ya que el matrimonio estaba regulado dentro del capítulo de los contratos, por lo tanto, el régimen patrimonial compartía una naturaleza del mismo tipo, es decir de carácter contractual, ya fuere de manera expresa al manifestarse a través de las capitulaciones matrimoniales o tácita, cuando se aplicaba el régimen propuesto por la ley.

En la actualidad nuestro Código Civil separa al matrimonio del capítulo relativo a los contratos regulados por el derecho común, pasando a ser materia del derecho familiar, dentro de un todo orgánico que se refiere al acto jurídico del matrimonio, y que como sabemos es un acto jurídico sui generis, bilateral, solemne, con el carácter de “Institución Jurídica”, y de acuerdo con la doctrina de Bonnacasse, el régimen patrimonial comparte esta misma calidad de institución jurídica, no como una realidad social típica y claramente regulada por normas jurídicas, sino que se constituye como una parte y complemento ineludible de la institución del matrimonio, por ser parte integrante de éste; ya que no se puede concebir la existencia de un régimen patrimonial del matrimonio sin que primero exista un matrimonio, y no puede existir un matrimonio sin régimen

²³ MAGALLON IBARRA. Jorge Mario. Op. Cit. p. 146.

patrimonial, es por eso que ambas instituciones comparten su naturaleza y forman parte de la misma institución.

III.2.1.- LA TRASCENDENCIA DE ESTABLECER UN RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO.

Además de ser una obligación de acuerdo con el artículo 178 del Código Civil, el celebrar el matrimonio bajo un régimen patrimonial, la trascendencia e importancia de los regímenes patrimoniales, radica en la manifestación libre de la voluntad que hacen los contrayentes o futuros cónyuges, de acordar las condiciones patrimoniales sobre las cuales regirán su vida matrimonial, debiendo considerar sus necesidades e intereses personales y los de su vida matrimonial en común. Es de considerarse esencial y fundamental que los cónyuges analicen y determinen sobre los alcances del régimen económico que pretendan elegir.

En nuestro derecho los regímenes patrimoniales previamente establecidos conforme al artículo 178 del Código Civil para el Distrito Federal son la sociedad conyugal y la separación de bienes, de los cuales los cónyuges pueden elegir y convenir utilizando para una mayor precisión y eficacia las capitulaciones matrimoniales, o en todo caso coexistir ambos regímenes y dar origen a un régimen mixto.

En consecuencia, el matrimonio deberá de celebrarse bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal o separación de bienes, o en caso de coexistir ambos regímenes en un régimen mixto, debiendo los contrayentes pactar las correspondientes capitulaciones matrimoniales para constituir uno u otro régimen y así establecer las reglas de administración de los bienes para cada caso.

III.3.- RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL.

Como se señaló en el numeral que antecede, éste régimen patrimonial se desprende en la parte inicial del artículo 178 del Código Civil para el Distrito Federal. “El matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes”.

III.3.1.- CONCEPTO DE SOCIEDAD CONYUGAL.

“La sociedad conyugal es el régimen patrimonial en virtud del cual, los cónyuges convienen en que los bienes muebles y/o inmuebles, presentes y/o futuros, que a cada uno les pertenezcan o le lleguen a pertenecer bajo cualquier título legal, formen una comunidad de bienes, afectada a fin de sostener el hogar y a la familia y la que, al disolverse el matrimonio, se repartirá entre los cónyuges o sus herederos de la manera pactada en las capitulaciones matrimoniales en que se otorguen”.²⁴

Es el régimen patrimonial del matrimonio formado por una comunidad de bienes entre los consortes, en el que se pacta hacerse coparticipes de sus bienes presentes o futuros ya sea de forma total o parcial, y que se regirá principalmente por lo pactado en las “capitulaciones matrimoniales”, donde se deberá establecer las reglas de administración de los bienes durante el matrimonio.

Nuestro Código Civil no define de manera clara a la sociedad conyugal, únicamente en el artículo 184 del mencionado ordenamiento señala: “*La sociedad conyugal nace al celebrarse e matrimonio o durante éste y podrán comprender, entre otros, los bienes los bienes de que sean dueños los otorgantes al formularla*”.

Además el artículo 183 del Código Civil para el Distrito Federal señala respecto a las capitulaciones matrimoniales lo siguiente: “*La sociedad conyugal se regirá por las*

²⁴ MARTINEZ ARRIETA. Sergio. *Régimen Patrimonial del Matrimonio en México*. México. Porrúa. Tercera Edición. México. 1991. p. 9.

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

III.3.2.- FORMA DE CONSTITUIR LA SOCIEDAD CONYUGAL.

El matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes. En consecuencia, expresamente la ley considera que por lo que se refiere a los bienes, los consortes deben celebrar un contrato pactando uno u otro sistema.

Dicho contrato lleva el nombre especial de "Capitulaciones Matrimoniales" que se define como el pacto que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de estos en uno y en otro caso; las cuales, pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante el y comprender no solamente los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también de los que se adquieran después.

Para constituir la sociedad conyugal vale la pena señalar sus elementos de existencia y validez, de dicho sistema:

a) Consentimiento: “Los cónyuges se obligan mutuamente a combinar sus recursos y esfuerzos para la realización de un bien común, que sea preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial y para ello crean la sociedad conyugal. Es decir, consistirá en el acuerdo de voluntades entre los pretendientes o consortes para crear una sociedad en cuanto a determinados bienes”.²⁵

b) Objeto: El matrimonio es una institución de carácter social y de interés público, cuyas bases fundamentales son los sentimientos morales, pero también tiene un aspecto patrimonial muy importante, que permite a la familia subsistir. Es por ello que la sociedad conyugal tiene por objeto directo el constituir una persona moral con patrimonio

²⁵ LOZANO RAMÍREZ. Raúl. Op. Cit. p. 91.

propio e independiente de cada uno de los contrayentes, mediante la aportación de los bienes que constituyen el activo de la misma y las deudas que integran su pasivo. El objeto indirecto está representado por el conjunto de bienes presentes o futuros.

c) Forma: Deberán constar en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes y transferirse la propiedad de bienes para que la traslación sea válida.

e) Capacidad: Para el contrato de sociedad conyugal se requiere la capacidad que exige la ley para celebrar el matrimonio.

III.3.3.- BIENES QUE COMPRENDEN LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Como ya se señaló anteriormente de acuerdo al código civil vigente, en su artículo 183 segundo párrafo, como regla general expresamente señala: “Los bienes adquiridos durante el matrimonio formaran parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario”.

Así mismo, en el artículo 182-Quintus del Código Civil vigente se establece también como regla general lo siguiente:

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

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

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

III.- Los bienes adquiridos por cualquier título propio que sea anterior al matrimonio, aunque la adjudicación se haya hecho después de la celebración de éste;

siempre que todas las erogaciones que se generen para hacerlo efectivo, corran a cargo del dueño de éste;

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

V.- Objetos de uso personal;

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

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

Con motivo de lo anterior es necesario establecer con claridad que tipo de bienes y bajo que condiciones estos formaran parte de parte de la sociedad conyugal, el modo de administrarla y las bases para liquidarla, por ello de la importancia en pactar lo más detalladamente las capitulaciones matrimoniales señalando con claridad los siguientes puntos fundamentales, de conformidad con el artículo 189 del Código Civil:

1.- Lista detallada de los bienes inmuebles y muebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten.

2.- Nota pormenorizada de las deudas que tengan cada uno al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas, o únicamente de las

que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos.

3.- La declaración expresa de si la sociedad conyugal, ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso, cuales son los bienes que entran a la sociedad.

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

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

6.- La declaración terminante acerca de quién debe ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden.

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

8.- Establecer las bases para la liquidación de la sociedad conyugal.

III.3.4.- DOMINIO DE LOS BIENES COMUNES.

Conforme a la parte inicial del artículo 194 del Código Civil para el Distrito Federal, el mismo reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal.

III.3.5.- ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

El Código Civil vigente establece como regla general en su artículo 182-Sextus que *“Los bienes de la sociedad conyugal serán administrados por ambos cónyuges, salvo pacto en contrario en las capitulaciones”*. De lo anterior, se puede concluir que la voluntad de los cónyuges está primero que las disposiciones generales respecto este particular.

Asimismo, en el artículo 189 del Código Civil se establece *“Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:*

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

En virtud de lo anterior, las Capitulaciones Matrimoniales con relación a la administración de los bienes deberán de ser claras, principalmente en cuanto a determinados bienes, debiendo señalar y determinar con claridad el ámbito de competencia y alcance del administrador respecto de determinado tipo de bien o bienes, ya que lo que no sea puntualizado se tendrá por puesto para este respecto, y en estos casos, se estará a lo mencionado en un principio, la administración correrá a cargo de ambos cónyuges por igual.

Todo lo anterior es confirmado por la segunda parte del artículo 194 del Código Civil, en el cual se menciona: que *“La administración quedara a cargo de quien los cónyuges hubiesen designado en las capitulaciones matrimoniales, estipulación que podrá ser libremente modificada, sin necesidad de expresión de causa, y en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente”*.

En caso de que muera uno de los cónyuges, continuara el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social con intervención del representante de la

sucesión mientras no se verifique la partición, lo anterior conforme a lo indicado en el artículo 205 del Código Civil para el Distrito Federal.

En conclusión, cuando estemos en el supuesto anterior “la administración de la sociedad conyugal corresponderá al cónyuge designado en las capitulaciones matrimoniales y, en su defecto, a ambos. Dicha administración no puede conferirse a un tercero; el administrador tendrá las facultades otorgadas para conservar y acrecentar los bienes no para dilapidarlos”.²⁶

III.3.6.- PÉRDIDA, CESACIÓN, TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Respecto de la pérdida del derecho a la parte correspondiente de los bienes de la sociedad conyugal a favor del otro cónyuge, el artículo 194-Bis del Código Civil para el Distrito Federal indica: “El cónyuge que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes a favor del otro cónyuge. En caso de que los bienes dejen de formar parte de dicha sociedad de bienes, el cónyuge que haya procedido en los términos señalados en este artículo, deberá pagar al otro la parte que le correspondía de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que se le ocasionen”.

Por otra parte, la Sociedad Conyugal puede “Cesar” por motivos expresamente establecidos en nuestra legislación civil, ello en el artículo 196 que dice: “El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges hace cesar para él, desde el día de abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; estos no podrán comenzar de nuevo si no por convenio expreso”.

²⁶ Ibid. p. 133.

También nuestra legislación civil menciona que por sentencia que declare la ausencia de alguno de los cónyuges, modifica o suspende la sociedad conyugal en los casos señalados por el propio Código Civil.

En relación con la terminación de la Sociedad Conyugal esta se encuentra regulada principalmente en los artículos 187, 188 y 197 del Código Civil para el Distrito Federal, resumiendo de los citados artículos lo siguiente:

La Sociedad Conyugal termina:

- 1.- Por disolución del matrimonio que puede ocurrir por divorcio, nulidad o muerte de alguno de los cónyuges.
- 2.- Por voluntad de los consortes liquidando la Sociedad.
- 3.- Por declaratoria de presunción de muerte del cónyuge ausente.
- 4.- Por los casos previstos en el artículo 188 del Código Civil.

Con relación a las causas de “terminación” de la Sociedad Conyugal previstas en el artículo 188 del Código Civil, de manera general se puede señalar que estas proceden a petición de uno de cónyuges en los siguientes casos:

- a).- Cuando por notoria negligencia de uno de los cónyuges amenaza arruinar al otro o disminuir considerablemente los bienes comunes, por su notoria negligencia en la administración de los bienes;
- b).- Por ceder uno de los cónyuges sin el consentimiento expreso del otro, bienes de la sociedad conyugal a sus acreedores;
- c).- Cuando uno de los cónyuges es declarado en quiebra o concurso;
- d).- Por cualquier otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.

En cuanto a Liquidación de la sociedad conyugal, en los casos que se haya previsto, se deberán de considerar las bases para la liquidación de la sociedad establecidas en las capitulaciones matrimoniales; en todos los demás casos comprende la realización de un procedimiento, mismo que se desprende de los artículos 203, 204 y 206 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual, se encuentra integrado de manera general de la siguientes etapas:

- a) Disuelta la sociedad se deberá de proceder a formar inventario, del cual quedaran excluidos el lecho, los vestidos ordinarios, los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges que serán de estos o de sus herederos.
- b) Se deberán de pagar los créditos que hubiere contra el fondo social y el sobrante si lo hubiere, se dividirá entre los cónyuges en los términos pactados en las capitulaciones matrimoniales, y a falta de éstas, a lo dispuesto por las disposiciones generales de la sociedad conyugal, en caso de que hubiere perdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada cónyuge en proporción a las utilidades que debían corresponderles, en caso de que solo uno haya llevado el capital, de éste se deducirá la pérdida total.
- c) Todo lo relativo a la formación de inventarios y solemnidades de partición y adjudicación de los bienes, se registrá en lo que corresponda, por lo dispuesto en el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles en materia de sucesiones.

III.4.- RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Como ya se menciona anteriormente en nuestra legislación civil, el Código Civil para el Distrito Federal, señala en su artículo 178, lo siguiente: “*El matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes*”, por lo que los contrayentes, o en su caso los cónyuges, podrán elegir al régimen

de separación de bienes para su vida matrimonial, la que se sujetara a lo establecido por la ley respecto a este régimen.

III.4.1.- CONCEPTO DE SEPARACIÓN DE BIENES.

“El régimen patrimonial de separación de bienes, es aquel que se celebra con motivo del matrimonio, mediante la celebración de capitulaciones matrimoniales, en las que los otorgantes expresan su voluntad de permanecer en pleno dominio de los bienes de su propiedad, excluyendo de los alcances de la sociedad conyugal los mismos, en virtud de este régimen patrimonial, los cónyuges preservan la propiedad de los bienes bajo los cuales se haya suscrito dicho régimen”.²⁷

La separación de bienes es el régimen patrimonial por virtud del cual, los consortes conservan cada uno de ellos de forma exclusiva la propiedad, dominio y administración de los bienes que les pertenecen, pudiendo comprender no solo los bienes de que sean dueños los cónyuges al momento de celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran cada uno de ellos después de celebrado éste, así como sus frutos y acciones.

III.4.2.- COMO SE CONSTITUYE EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

El artículo 207 del Código Civil, menciona la forma de constituirse el régimen de separación de bienes, el cual, menciona lo siguiente: *“Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial.....”*

Del texto anterior, se puede advertir que cuando se habla de la celebración de capitulaciones anteriores al matrimonio, se refiere al convenio señalado en la fracción V del artículo 98 del Código Civil referente a las personas que pretendan contraer matrimonio. Y durante éste, cuando los cónyuges por mutuo acuerdo deciden cambiar el

²⁷ MAGALLON IBARRA. Jorge Mario. Op. Cit. p. 178.

régimen patrimonial establecido hasta esa fecha, estaremos frente a la modificación de este régimen a través de un convenio, y por ultimo, por sentencia judicial, derivado de una controversia causada por diversas conductas que hayan motivado a uno de los cónyuges a acudir al Juez de lo Familiar para cambiar el régimen patrimonial anteriormente existente.

Al constituirse el régimen de separación de bienes de acuerdo a lo que se establece en el artículo 212 del Código Civil, los cónyuges conservaran 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; a lo anterior si sumamos lo señalado en el artículo 213 del mismo Código Civil, el cual, establece que serán propios de cada uno de los cónyuges los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvieren por servicios profesionales, por el desempeño de un empleo o por el ejercicio de una profesión, comercio o industria, estaríamos frente a una autentica y absoluta separación de bienes, la que comprende no solo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después de celebrado éste por cualquier título.

En cuanto a las cargas matrimoniales como la establecida en el artículo 164 del Código Civil y el segundo párrafo del artículo 212 del mismo ordenamiento, señala que aunque los bienes, salarios, sueldos y demás ganancias serán de la propiedad de cada cónyuge, éstos se deberán de emplear preponderantemente para la satisfacción de los alimentos de su cónyuge y el de sus hijos, así como para la educación de estos, y contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, por lo que los cónyuges están obligados a distribuirse las cargas en la forma y proporción que convengan.

III.4.3.- EL OBJETO DE ELEGIR EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES PARA EL MATRIMONIO.

Como resultado del análisis de lo expuesto anteriormente, podemos concluir, que el Régimen Patrimonial de Separación de Bienes, es por virtud del cual, cada uno de los

cónyuges conserva plena autonomía en la propiedad, goce y administración de sus bienes, sin perjuicio de sus obligaciones derivadas de la relación de matrimonio. Se considera que la implantación del régimen patrimonial de separación de bienes es un avance en el ámbito legislativo, ya que tiene como efecto principal y fundamental que los cónyuges aun después de celebrado el matrimonio sigan ejerciendo el dominio y administración de sus propios bienes, y que al momento de celebrarse el matrimonio mantengan el estado patrimonial que ostentaban hasta antes de la celebración de éste.

De acuerdo a lo anterior, podríamos afirmar que el Régimen Patrimonial de Separación de Bienes, es la mejor opción para aquellos que deseen contraer matrimonio excluyéndose de la obligación de aportar a un fondo común patrimonial sus bienes presente y futuros, ya que éste régimen patrimonial tiene como característica fundamental, el que los cónyuges mantengan su independencia y libertad económica, impidiendo la transmisión de riesgos entre los patrimonios de los cónyuges, delimitando los patrimonios de cada uno y sus obligaciones respecto a estos, eliminando la problemática de la liquidación de bienes en caso de divorcio, además de no existir la obligación de requerir en lo absoluto de licencia o autorización del otro cónyuges para disponer de los bienes que le son propios.

Por lo anterior, es importante reconocer que las parejas hasta hoy venían prefiriendo elegir a la separación de bienes como régimen patrimonial para la regulación en su matrimonio por convenir a sus intereses todas y cada una de las características que ya se han mencionado, así como por la autonomía que brinda en el manejo de los bienes propios de cada individuo. Pero aun mas allá por la seguridad y certidumbre legal que existía hasta antes de la implementación del artículo 289-Bis al Código Civil para el Distrito Federal, respecto de los bienes de cada uno de los cónyuges en caso de que se tuviese que enfrentar un divorcio y quedare disuelto el matrimonio, hasta antes de la entrada en vigor del mencionado artículo, cada uno de los excónyuges conservaban en su totalidad los bienes que eran de su propiedad mientras subsistió el matrimonio, situación que con la entrada en vigor del mencionado artículo se pone en duda, además de atentar contra lo previamente establecido de común acuerdo por los entonces cónyuges, al elegir

el régimen patrimonial de separación de bienes en donde establecieron de conformidad las reglas patrimoniales para su vida matrimonial, así como las reglas respecto del patrimonio de cada uno de ellos en caso de terminar éste, aun por vía de divorcio necesario.

La problemática anterior, es el punto fundamental de debate de la presente tesis, donde analizaremos las causas, motivos efectos y consecuencias de la entrada en vigor y aplicación del artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, con respecto al régimen patrimonial de separación de bienes en el matrimonio y a la terminación de este por vía de divorcio necesario, así como el de otros artículos del Código Civil para el Distrito Federal relacionados con el tema, por ello se propondrán más adelante diversas reformas y consideraciones a la actual legislación para no violentar el derecho de terceros y adecuar la legislación actual relacionada con el tema para procurar no afectar ni atacar el objeto y espíritu del régimen patrimonial de separación de bienes, o en su caso, establecer las condiciones de un nuevo régimen de separación de bienes.

III.5.- RÉGIMEN MIXTO.

En el Código Civil para el Distrito Federal, los únicos regímenes patrimoniales expresamente reconocidos son la Sociedad Conyugal y la Separación de Bienes, pero nuestro sistema reconoce la posibilidad de la existencia de ambos regímenes patrimoniales en un mismo matrimonio, como puede ser el caso, cuando el matrimonio se constituya bajo el régimen de separación de bienes respecto solo de algunos bienes y el régimen de sociedad conyugal respecto de otros, de tal forma que exista una combinación de estos dos, constituyendo así al “Régimen Mixto”.

“Aunque el Código Civil no habla directamente de este régimen, lo reconoce en dos artículos, uno ubicado en el capítulo relativo a la sociedad conyugal y el otro, a la separación de bienes.

El primer artículo es el 189, en sus fracciones IV, V, VI y VIII, donde se admite que en las capitulaciones matrimoniales se pueden excluir ciertos bienes del régimen de sociedad conyugal.

El segundo artículo es el 208 donde se establece que la separación de bienes puede ser absoluta o parcial, admitiendo la posibilidad de que coexistan el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes”.²⁸

Es importante destacar que el régimen mixto esta regulado de forma incorrecta, ya que sobre este impera el principio de exclusión, de tal forma que los bienes que no queden pactados dentro de las capitulaciones se separación, serán considerados como parte de los que integren la sociedad conyugal; considerando a la omisión de los pretendientes o de los cónyuges, según sea el caso, causa suficiente para suplir la voluntad de estos para aportar ciertos bienes a un acervo común de sociedad conyugal, sin haber expresado en ningún momento su voluntad.

III.5.1.- CONCEPTO Y NATURALEZA DEL RÉGIMEN MIXTO.

“El régimen patrimonial mixto es aquel que comprende en un mismo matrimonio ambos regímenes patrimoniales conocidos y reconocidos por la ley, tales como lo son el de sociedad conyugal y el de separación de bienes; coexistan en un mismo momento o en diferentes momentos pero siempre en el mismo matrimonio con base en una modificación de régimen patrimonial”.²⁹

En resumen, se denomina como régimen mixto al que comparte bienes regidos por la sociedad conyugal y otros que pertenecen a la separación de bienes en un mismo matrimonio y en un mismo tiempo.

²⁸ DE LA MATA PIZANA. Felipe. GARZON JIMÉNEZ. Roberto. Op. Cit. p. 147.

²⁹ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Op. Cit. p. 335.

Podemos encontrar como fundamento o naturaleza jurídica de este régimen mixto, en el artículo 208 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual, establece lo siguiente: *“La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos dentro de las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos”*.

CAPÍTULO IV

“EL DIVORCIO”

IV.- CONCEPTO DE DIVORCIO Y CLASIFICACIÓN.

“La palabra divorcio proviene de la voz latina *divortium*, *divertere*, que significa separar lo que estaba unido, o bien, tomar líneas divergentes”.³⁰ El divorcio es el rompimiento del vínculo, de lo que estaba unido.

“El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley. La voz latina *divortium*, evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial”.³¹

El divorcio a diferencia del matrimonio sí se encuentra definido en la legislación civil sustantiva, esto en el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, que a continuación transcribo:

"Artículo 266: el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro"

³⁰ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Porrúa. México. 1995. p. 1184.

³¹ GALINDO GARFIAS. Ignacio. Op. Cit. p. 597.

Esta definición se puede complementar con lo que menciona el artículo 289 del mismo ordenamiento legal, al manifestar: *"En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio"*. De lo que se concluye que el citado Código Civil para el Distrito Federal, si permite la disolución del vínculo matrimonial, y con la obvia consecuencia de que los cónyuges puedan contraer nuevas nupcias.

En el párrafo segundo del referido artículo 266 del Código Civil, se encuentran contenidas las siguientes clases de divorcio:

Divorcio Voluntario: Que puede ser Administrativo o Judicial, y el Divorcio Necesario o Contencioso, que implica la existencia de una o varias causales que legitime a alguno de los cónyuges para demandar la disolución del vínculo matrimonial ante el Juez de lo Familiar. Respecto a este último, el Código Civil prevé una serie de causales de divorcio en el artículo 267, siendo estas las que se mencionan en las fracciones I a la XXI.

IV. 2.- DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

Esta clase de divorcio se encuentra regulada tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, únicamente en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece:

"Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no este embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantara un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen

a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior”.

IV.2.1.- REQUISITOS DEL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

De acuerdo con el Código Civil vigente, los requisitos para que proceda el divorcio voluntario administrativo, son los siguientes:

- a) Que haya transcurrido más de un año a partir de la celebración del matrimonio.
- b) Que ambos cónyuges sean mayores de edad.
- c) Que hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si se hubieran casado en ese régimen o se hubiera contraído el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes.
- d) Que la cónyuge no esté embarazada.
- e) Que los divorciantes no tengan hijos en común, o habiéndolos tenido, éstos sean mayores de edad y no requieran alimentos.
- f) Que ninguno de los cónyuges divorciantes requiera alimentos.

En cuanto a la procedencia del divorcio voluntario administrativo, en las últimas reformas se agregaron los tres requisitos anteriores, cabe destacar los siguientes puntos, ya que de no cumplir con los requisitos que estos mencionan podría cambiar la vía para la disolución del matrimonio, por lo que es importante considerar lo siguiente:

1.- “Es necesario acreditar que la cónyuge no se encuentra embarazada. Este requisito no se contemplaba expresamente antes de la reforma; sin embargo, en la práctica los Jueces del Registro Civil comúnmente solicitaban una constancia de no embarazo para proceder a dar trámite a la solicitud de divorcio respectiva, de acuerdo a los instructivos, lo que en la actualidad comúnmente ya no ocurre. Por ende, en el supuesto de que la cónyuge se encuentre embarazada y las partes opten por divorciarse, deberán tramitar el divorcio voluntario ante el Juez de lo Familiar, con la finalidad de que

se otorgue el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código y se tutele el interés superior del menor en gestación.

2.- Procede aún cuando los divorciantes hubieran procreado hijos en común, siempre que éstos sean mayores de edad y no tengan necesidad de alimentos. Considero adecuada la reforma en este sentido, ya que en muchas ocasiones se presentaba el supuesto previsto en la ley (los divorciantes habían procreado hijos en común, los cuales habían llegado a la mayoría de edad y no requirieran alimentos) y sin embargo, se tenía que promover el Juicio de Divorcio Voluntario ante el Juez de lo Familiar en un trámite más complejo y costoso.

3.- Que ninguno de los cónyuges requiera alimentos. Sobre este particular es evidente que el legislador tutela los intereses del cónyuge que requiera alimentos, impidiendo el trámite del divorcio administrativo. Este supuesto obliga a las partes a acudir ante el Juez de lo Familiar y celebrar el convenio previsto en el artículo 273 del Código. En ese convenio las partes deberán fijar el monto y garantía de los alimentos que el cónyuge deudor deberá pagar al cónyuge que necesita alimentos”.³²

IV.2.2.- EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO ADMINISTRATIVO.

Los efectos jurídicos en el divorcio administrativo, son de carácter definitivo, en virtud de que disuelve el vínculo matrimonial y por consiguiente, todos los derechos y obligaciones que tenían los cónyuges entre si mientras subsistió el matrimonio, y dado los requisitos que la legislación vigente establece para que proceda el divorcio por esta vía, no presenta complejidad en sus efectos respecto a cada uno de los puntos que a continuación se detallan.

³² TORREBLANCA SENTÍES. José Manuel. *Perspectiva de la Familia en el siglo XXI. Reformas al Código Civil para el Distrito Federal*. México. Porrúa. 2005. p. 87.

IV.2.2.1.- RESPECTO A LOS CÓNYUGES.

Con relación a los efectos del divorcio administrativo respecto a los cónyuges, básicamente consisten en que éstos recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, de conformidad con lo establecido por el artículo 289 el Código Civil para el Distrito Federal. Así mismo, no existirá ninguna obligación alimentaria entre los divorciantes, de acuerdo a los requisitos de procedencia de divorcio por esta vía.

IV.2.2.2.- RESPECTO A LOS HIJOS.

En relación con los efectos del divorcio administrativo respecto a los hijos, al existir como requisito previo para la procedencia del divorcio por esta vía, la inexistencia de hijos en común entre los cónyuges, o en caso de existir hijos, estos deberán ser mayores de edad y no requerir de alimentos; el divorcio de los padres no repercute con respecto a los hijos de acuerdo al último supuesto, ya que éstos al ser mayores de edad pueden proveerse de manera independiente sus necesidades básicas de alimentos.

IV.2.2.3.- RESPECTO A LOS BIENES.

En el divorcio voluntario administrativo, respecto a los bienes de los cónyuges divorciantes, éstos no enfrentan problemática alguna, como ya se analizó anteriormente, para que proceda esta clase de divorcio, es requisito previo para los cónyuges divorciantes haberse casado bajo el régimen de separación de bienes, y en caso de haber contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, deberán haber liquidado dicha sociedad; por lo que, al ser declarados divorciados por medio del acta respectiva, cada uno de ellos conservará intactos los bienes de su propiedad, o en su caso al momento de liquidar la sociedad conyugal, ya establecieron de mutuo acuerdo los bienes que serán de la propiedad exclusiva para cada uno de ellos.

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

IV.3.- DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

"El divorcio por mutuo consentimiento o divorcio voluntario substanciado judicialmente es procedente, cuando lo solicitan de común acuerdo ambos cónyuges, ante el Juez de lo Familiar, mismos que en caso de no llenar los requisitos solicitados para el divorcio administrativo, tendrán que tramitarlo por la vía judicial, esto es cuando sean menores de edad, tengan hijos menores, o bien, estén casados bajo el régimen de Sociedad Conyugal y no se haya liquidado dicha sociedad".³³

IV.3.1.- REQUISITOS DEL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Esta clase de divorcio procede cuando los cónyuges no se encuentran en las hipótesis previstas en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, reguladoras del Divorcio Voluntario Administrativo.

Los requisitos para que proceda el Divorcio Voluntario Judicial, se encuentran claramente descritos en el artículo 273 de Código Civil para el Distrito Federal, de los cuales, podemos puntualizar los siguientes:

Que los cónyuges no se encuentren en las hipótesis previstas en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, las cuales ya se analizaron anteriormente.

- a) Procede cuando los cónyuges por mutuo consentimiento acuerdan romper con el vínculo matrimonial.
- b) Puede solicitarse siempre que hubiere transcurrido un año o más a partir de la celebración del matrimonio.

³³ MAGALLON IBARRA. Jorge Mario. Op. Cit. p. 134.

c) Se deberá acompañar un convenio que cumpla con lo señalado en las fracciones I a la VII del artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, las que mencionan y atienden los siguientes puntos: La guarda y custodia de los menores e incapaces, necesidades y alimentos de los hijos así como la manera de garantizarlos, uso de la morada conyugal, habitación de los cónyuges e hijos, pensión alimenticia del cónyuge acreedor, administración de la sociedad durante el procedimiento de divorcio hasta su liquidación y el régimen de visitas y convivencia con los hijos.

IV.3.2.- CONTENIDO DEL CONVENIO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 273 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO.

En el Divorcio Voluntario Judicial, ambos cónyuges que deseen divorciarse por esta vía, deberán presentar al Juez de lo Familiar, un convenio, mismo que tutelaré los intereses de los hijos menores de edad o incapacitados, así como de los cónyuges, los que se mencionan a continuación con:

IV.3.2.1.- RESPECTO A LOS HIJOS.

Las fracciones I, II y IV del artículo 273 del Código Civil, señalan las condiciones que se deberán de establecer en el convenio respecto a los hijos menores de edad e incapaces:

Artículo 273. Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

I Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores e incapaces, tanto durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

II El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

IV La casa que servirá de habitación a cada cónyuges y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aun después de decretado el divorcio, si hay menores o incapacitados u obligaciones alimenticias;

IV.3.2.2.- RESPECTO A LOS CÓNYUGES.

Las fracciones III, IV, V, VI y VII del artículo 273 del Código Civil, señalan las condiciones que se deberán de establecer en el convenio respecto a los cónyuges:

III Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV La casa que servirá de habitación a cada cónyuges y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aun después de decretado el divorcio, si hay menores o incapacitados u obligaciones alimenticias;

V Cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

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

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

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

Es importante resaltar la importancia del punto relativo al derecho de visitas y convivencia que le corresponderá al cónyuge que no conserve la custodia de sus hijos, puesto que a finalidad del derecho es tutelar los intereses superiores de la familia y de los menores, siendo indiscutible que éstos deben tener oportunidad de relacionarse adecuadamente con ambos progenitores y sus familias, derecho que no debe ser impedido o limitado salvo causas graves y justificadas.

IV.3.3.- EFECTOS DEFINITIVOS DEL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Los efectos definitivos del divorcio voluntario judicial, tienen una mayor trascendencia ya que son las condiciones personales de carácter permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes al momento de quedar ejecutoriada la sentencia de divorcio; los cuales, serán establecidos atendiendo los términos del convenio de divorcio que hayan presentado los divorciantes de conformidad con el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, siendo los efectos más importantes los siguientes, con:

IV.3.3.1.- RESPECTO A LOS CÓNYUGES.

Como principal efecto, “se extingue el vinculo matrimonial, dejando la posibilidad inmediata a los antes cónyuges de contraer nuevo matrimonio”³⁴, sin perjuicio de la obligación de dar cumplimiento al pago de la pensión alimenticia en favor del cónyuge

³⁴ DE LA MATA PIZANA. Felipe. GARZON JIMÉNEZ. Roberto. Op. Cit. p. 210.

acreedor, en la forma de pago establecida y con las garantías para asegurar su debido cumplimiento.

Cabe destacar que Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 288 último párrafo, establece que en los casos de divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho de recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

IV.3.3.2.- RESPECTO A LOS HIJOS.

En cuanto a los efectos del divorcio voluntario judicial respecto a los hijos, se procurará principalmente tutelar y atender las necesidades de los hijos menores de edad o incapacitados, de acuerdo al artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Por lo que toca a los hijos, el convenio no sólo debe señalar los alimentos necesarios según las posibilidades de los padres en función de sus bienes, de sus recursos, de sus ingresos y de la condición social de los hijos para satisfacer estas necesidades, sino que además, debe asegurarse debidamente el cumplimiento de la pensión alimenticia mediante la garantía o forma que el juez considere suficiente”.³⁵ Esto de conformidad con el artículo 273 fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal vigente

Se determina la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces a favor de uno de los cónyuges.

Queda establecida la forma y proporción para el cumplimiento de la obligación de los divorciantes de proporcionar alimentos a los menores hijos o incapacitados.

También quedan establecidas las condiciones bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia de sus hijos, ejercerá el derecho de visitas, debiendo respetar

³⁵ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Op. Cit. p. 361. 362.

los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos; respetando el indiscutible derecho de relacionarse adecuadamente con ambos progenitores, derecho que no deberá ser impedido o limitado salvo causas graves y justificadas.

IV.3.3.3.- RESPECTO A LOS BIENES.

Se deberá seguir lo establecido en el convenio sobre la liquidación del régimen patrimonial. Una vez liquidada la sociedad conyugal y ejecutoriado el divorcio quedaran definidos los bienes que le corresponderán a cada uno de los exconyuges.

IV.4.- DIVORCIO NECESARIO

El divorcio necesario, también conocido como contencioso, es aquel que se reclama por cualquiera de los cónyuges ante la autoridad judicial competente con fundamento en cualquiera de las XXI causales expresamente establecidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, con el fin de disolver el vínculo matrimonial, así como los derechos y obligaciones derivados del matrimonio.

IV.4.1.- CAUSALES DE DIVORCIO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Civil para el Distrito Federal establece veintiún causales de divorcio, las cuales son de carácter limitativo y no ejemplificativo por lo que cada causal es de naturaleza autónoma.

Las causas de divorcio que establece el Código Civil para el Distrito Federal son las siguientes:

"Artículo 267. Son causales de divorcio:

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

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

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

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

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

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

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

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

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

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

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

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

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

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

XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

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

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;

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

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

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

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma”

IV.4.2.- MEDIDAS PROVISIONALES EN EL PROCESO DE DIVORCIO NECESARIO.

Las medidas provisionales del divorcio necesario, son aquellas providencias que el Juez de lo Familiar deberá tomar procurando atender en la mejor forma el interés y

seguridad familiar aplicándose dichas medidas a los cónyuges, a los hijos y a sus bienes, surtiendo sus efectos mientras dure el proceso de divorcio.

El Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 282 las medidas provisionales que se podrán dictar durante el proceso de divorcio, las cuales, se estudiarán más adelante atendiendo los efectos que se producen respecto de los cónyuges, a sus hijos y sus bienes, con:

IV.4.2.1.- RESPECTO A LOS CÓNYUGES.

Las medidas provisionales del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal aplicables a los cónyuges son las siguientes.

a) La fracción primera establece que se ordenará la separación de los cónyuges; si es decretada por el Juez de lo familiar, siempre que la determine con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará con el uso de la vivienda familiar, asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de residencia. Esta separación decretada por el juez, interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil;

b) La fracción segunda contempla que se deberá señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe cubrir el deudor alimentario al cónyuge acreedor;

c) En la fracción cuarta señala que se deberán de dictar, en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

“El motivo es proteger tanto a la mujer como al hijo por nacer, con el objeto que tenga el cuidado y la atención medica necesaria y también para evitar la sustitución de hijo o su desaparición.

En materia de sucesiones, cuando la viuda queda embarazada, nuestro Código Civil ha dictado una serie de disposiciones que por analogía podrán aplicarse en el caso de divorcio. Tales como la obligación de la mujer de dar aviso al juez para hacerlo del conocimiento del esposo; el juez dictará las medidas necesarias para evitar la suposición de parto, la sustitución del infante o que se haga pasar por viable una persona que no lo es, procurando la autoridad que las medidas no ataquen la libertad ni el pudor de la mujer. Pero la omisión de la madre no perjudica a la legitimidad del hijo, si por otros medios legales puede acreditarse, aunque la ley presume que es hijo del padre el hijo que nace dentro de los 300 días posteriores a la separación”.³⁶

d) La fracción séptima señala que en los casos en que el juez de lo familiar lo considere pertinente, de acuerdo a con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, podrá tomar las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

1.- Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar;

2.- Prohibir al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados;

3.- Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente;

³⁶ LOZANO RAMÍREZ. Raúl. Op. Cit. p. 176.

4.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por ultimo la fracción diez establece como facultad discrecional del Juez de acuerdo con su criterio, el poder establecer otras medidas provisionales en caso de ser necesario.

IV.4.2.2.- RESPECTO A LOS HIJOS.

Las medidas provisionales que deberán aplicarse a los hijos durante el proceso de divorcio necesario se resumen en las siguientes:

a) La fracción segunda establece como primer medida provisional respecto a los hijos, el que se deberá señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe cubrir el deudor alimentario a los hijos que corresponda;

b) La fracción quinta establece que se deberá poner a los hijos bajo el cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de ellos y pudiéndose compartir la custodia. En caso de no llegar a un acuerdo, el Juez de lo familiar resolverá lo conducente previo procedimiento y considerando la opinión del menor.

Los hijos menores de siete años salvo peligro grave para su normal desarrollo, siempre deberán quedar bajo el cuidado de la madre, y no será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos;

c) La fracción sexta señala que el juez de lo familiar al resolver respecto a las modalidades del derecho de visita o convivencia de los hijos con sus padres, éste deberá tener presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados por el Juez.

d) De acuerdo con establecido en la fracción séptima del citado artículo, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, cuando se trate de violencia familiar por parte del cónyuge demandado y esta violencia haya sido extensiva a los hijos también se deberán decretar los siguientes puntos:

1) Prohibir al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados; esta prohibición puede estar dirigida al cónyuge demandado con respecto a sus hijos.

2) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente; así mismo, esta prohibición podrá imponerse al cónyuge demandado respecto a sus hijos, estableciéndose la prohibición de acercarse a éstos a una distancia no menor a la establecida por el Juez.

También con respecto a los hijos el Juez de lo Familiar de acuerdo a su criterio, podrá establecer otras medidas provisionales en caso de ser necesario.

IV.4.2.3.- RESPECTO A LOS BIENES.

“El Juez requerirá a los cónyuges para que exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, y se especificara como se adquirieron o se poseen esos bienes o derechos, el valor que estimen que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición, recabando la información complementaria y comprobación de datos precisados”.³⁷

Las medias provisionales que se podrán dictar durante el proceso de divorcio necesario con respecto a los bienes son las siguientes:

³⁷ Ibid. p. 177.

a) El Juez de lo familiar deberá de determinar en audiencia de parte, y tomando en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará con el uso de la vivienda familiar, así como previo inventario, los bienes y enseres que continúen en esta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que este dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

b) Se podrán dictar como medidas provisionales las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes así como en la sociedad conyugal, en los casos en que existan bienes que pertenezcan a ambos cónyuges se ordenara la anotación preventiva correspondiente en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de los lugares en los que se conozca que tengan bienes.

c) Se requerirá a ambos cónyuges para que exhiban bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como de los que se encuentren regulados bajo el régimen de sociedad conyugal, especificando en su caso el título bajo el cual se adquirieron o se poseen, el valor que se estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición, durante el procedimiento se recabará la información complementaria y la comprobación de los datos que así lo requieran.

Igualmente como en los casos respecto a cónyuges e hijos, el Juez de lo Familiar de acuerdo con su criterio, podrá establecer otras medidas provisionales respecto a los bienes en caso de ser necesario.

IV.4.3.- EFECTOS DEFINITIVOS DEL DIVORCIO NECESARIO.

Los efectos definitivos del divorcio necesario son de gran trascendencia, en virtud de van a definir la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes una vez que haya causado ejecutoria la sentencia de divorcio; a continuación se

estudiaran los efectos del divorcio necesario con respecto a los divorciados, sus hijos y bienes.

IV.4.3.1.- RESPECTO A LOS CÓNYUGES.

Respecto a la persona de los cónyuges divorciantes, el artículo 266 del Código Civil, establece que “*el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro*”. También a éste respecto el artículo 289 del Código Civil señala, que en virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio, por lo que podemos considerar éste, como el principal efecto del divorcio con respecto a los cónyuges.

Derecho de la divorciada a llevar o no el apellido de su ex esposo; nuestro Código Civil en vigor no ha reglamentado para la mujer el uso del apellido del marido después de decretado el divorcio, toda vez que la mujer no tiene obligación de llevar el apellido de su esposo, porque no es una pertenencia de éste.

El divorcio tiene como consecuencia sanciones que se aplican y que deberá cumplir el cónyuge culpable respecto del cónyuge inocente que no dio causa al divorcio, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

De acuerdo con el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, en los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciara al cónyuge culpable al pago de los alimentos a favor del cónyuge inocente, debiendo tomar en cuenta las circunstancias del caso, como son las siguientes:

- 1.- La edad y estado de salud de los cónyuges;
- 2.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- 3.- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- 4.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
- 5.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades;

6.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor;

Como regla general éste artículo establece que el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o bien, se encuentre imposibilitado para trabajar, tendrá “derecho a alimentos”. En la resolución se deberán de fijar las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos en caso de divorcio necesario se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Por disposición expresa del artículo 288, toda causa de divorcio que implica culpabilidad del cónyuge, se convierte en un hecho ilícito, en virtud de que siempre se parte de un delito, de un hecho inmoral, de actos contrarios al estado matrimonial, o de ciertos vicios, lo que finalmente constituye el incumplimiento de las obligaciones conyugales, constituyéndose en uno o varios supuestos establecidos por el Código Civil como causas para decretar el divorcio.

En virtud de lo anterior, cuando por causa del divorcio se causen daños y perjuicios al cónyuge inocente, el cónyuge culpable lo deberá indemnizar por lo daños y perjuicios que le haya causado, equiparando al cónyuge culpable como autor de un hecho ilícito, al causar con motivo del divorcio daños y perjuicios al cónyuge inocente, debiéndose regir lo anterior, por lo dispuesto para los hechos ilícitos en el Código Civil para el Distrito Federal.

En el caso de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, el ex-cónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.

IV.4.3.2.- RESPECTO A LOS HIJOS.

Se pueden considerar como principales efectos del divorcio con respecto a los hijos, los siguientes:

- a) El primero se refiere a los efectos con relación a la patria potestad de los hijos,
- b) El segundo con la obligación de proveer alimentos, y
- c) El tercero con la protección y medidas de seguridad en contra de actos de violencia familiar.

En relación con la patria potestad, en el artículo 283 del Código Civil, establece que en la sentencia que se pronuncie en definitiva, fijara la situación de los hijos, para lo cual, el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.

Nuestro Código Civil con relación a la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, establece la posibilidad de poder considerar a solicitud de los propios hijos o

de sus familiares más cercanos, así como del Ministerio Público, cualquier medida que se pueda considerar necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces; antes de que el Juez resuelva en forma definitiva al respecto. El artículo 284 del Código Civil al respecto a la letra señala: *“El Juez de lo familiar antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos menores o incapaces, podrá acordar a petición de los menores, de sus abuelos, hermanos, tíos, primos o del Ministerio Publico, cualquier medida que se considere necesaria para el desarrollo de los hijos menores o incapaces”*.

En los casos de pérdida de la patria potestad por alguno de los padres o de ambos, el artículo 285 del Código Civil establece lo siguiente: *“El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos”*.

Con relación a la obligación de los padres de proveer alimentos a los hijos, esta disposición se encuentra señalada en el artículo 303 del Código Civil, el cual, señala lo siguiente: *“Los padres están obligados a dar alimentos a los hijos.....”*

En el caso de divorcio los padres están obligados a continuar con el cumplimiento de esta obligación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 287 del Código Civil que a la letra señala lo siguiente:

“En la Sentencia que decreta el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en los términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo familiar fijara lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación con los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

De la lectura al artículo anterior, se puede señalar que el Juez al dictar la sentencia de divorcio, deberá tomar en cuenta las medidas provisionales que se hayan dictado al inicio del procedimiento del divorcio de acuerdo con el artículo 282 del mismo

ordenamiento, con la finalidad que al Juez sirva como base para resolver en relación con la división de los bienes, y para que tome las precauciones y medidas necesarias, para asegurar las obligaciones pendientes entre los cónyuges o con los hijos, esto en relación con el cumplimiento del pago de alimentos al cónyuge, en los casos que proceda, y los alimentos de los hijos, puntualizando que la obligación de contribuir a las necesidades de los hijos, a su subsistencia y a su educación es de ambos, y que esta obligación se extenderá hasta que cumplan la mayoría de edad.

Con relación a la proporcionalidad e incremento en los alimentos el Código Civil en su artículo 311 señala lo siguiente:

“Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustara al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente”.

Con las reformas de mayo del 2000, el legislador consideró importante proteger a la familia y en especial a los hijos que integren ésta, de los daños y efectos que produce la violencia familiar en la integridad física de la persona y en su psique; y por supuesto en caso de divorcio por parte de los padres, el Juez deberá atender lo relativo a estas circunstancias, en virtud de lo anterior el artículo 283 quinto párrafo establece lo siguiente:

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

IV.4.3.3.- RESPECTO A LOS BIENES.

Respecto a los efectos del Divorcio en relación con los bienes, el Código Civil en su artículo 287, señala lo siguiente:

“En la Sentencia que decrete el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en los términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo familiar fijara lo relativo a la división de los bienes.....”

El artículo anterior señala, que el Juez para resolver en definitiva en lo relativo a la división de bienes deberá tomar en cuenta las medidas provisionales que se hayan tomado durante el procedimiento de divorcio respecto a los bienes, de acuerdo con el artículo 282 fracción IX, en la cual, obliga a los cónyuges a exhibir bajo protesta de decir verdad, el inventario de sus bienes y derechos, así como de los bienes que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, el valor que se estime de éstos, sus capitulaciones matrimoniales, y por ultimo, un proyecto de partición de bienes. Respecto a este proyecto de partición de bienes, si al momento de constituir la sociedad conyugal pactaron capitulaciones matrimoniales deberán de tomar en cuenta las bases que hayan establecido en éstas par liquidar la sociedad conyugal. En consecuencia, para dictar la sentencia definitiva el Juez de lo Familiar deberá atender y tomar en cuenta los términos en que se acordó por parte de los cónyuges la partición y liquidación de la sociedad conyugal, así como también el inventario que hayan presentado especificando los bienes que corresponden al patrimonio exclusivo de cada uno de los cónyuges para el caso de la separación de bienes.

También en cuanto a los bienes, el cónyuge culpable pierde a favor del cónyuge inocente, todo lo que le hubiere dado o prometido su consorte u otra persona, en consideración al matrimonio (donaciones antenuptiales o donaciones entre consortes). El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Lo anterior de conformidad con el artículo 286 que se transcribe a continuación:

“Artículo 286.- El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho”.

De acuerdo con lo dispuesto con el artículo anterior el cónyuge culpable que dio causa al divorcio perderá el derecho de conservar lo que le hubiere dado o prometido a su consorte u otra persona en consideración a éste, así mismo el cónyuge inocente podrá conservar lo recibido y tendrá el derecho de reclamar lo que hayan pactado en su provecho, entendiendo lo anterior como una sanción al cónyuge culpable del divorcio.

También como efecto a consecuencia del divorcio necesario con respecto a los bienes, encontramos que el cónyuge inocente por el simple hecho de carecer de bienes tendrá derecho de reclamar al cónyuge culpable el pago de alimentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 288 del Código Civil primer párrafo.

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el cónyuge 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 artículo 288, se regirán por lo dispuesto en el Código Civil para los hechos ilícitos. “En el divorcio, nuestra legislación establece esa responsabilidad para el cónyuge culpable, exista o no intención de éste para el cónyuge inocente, pues se parte que existe una culpa por hechos delictuosos, por hechos inmorales, por injurias, calumnias, por actos contrarios al estado matrimonial, por vicios o por incumplimiento de obligaciones, como causas para decretar el divorcio y que la ley considera como ilícitos, que motivan el pago de daños y perjuicios, que es sanción que impone al cónyuge culpable”.³⁸

³⁸ Ibid. p. 199.

Otros efectos del divorcio necesario los encontramos en los artículos 194-Bis y 196 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales señalan a la letra respectivamente lo siguiente:

Artículo 194-Bis.- El cónyuge que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes en favor del otro cónyuge. En caso de que los bienes dejen de formar parte de dicha sociedad de bienes, el cónyuge que haya procedido en los términos señalados en este artículo, deberá pagar al otro la parte que le correspondía de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que se le ocasionen.

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

Ahora bien, de los efectos del divorcio necesario más cuestionables y polémicos que existen actualmente en el Código Civil desde las reformas de mayo del 2000, encontramos lo dispuesto por el artículo 289-Bis del mencionado Código adjetivo, del cual, su análisis, estudio y crítica es materia de la presente tesis, en virtud de los efectos y consecuencias que pueden producir su aplicación. A continuación se transcribe a la letra el citado artículo:

“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 hubiese 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”.

El artículo anterior establece la posibilidad que en la demanda de divorcio cualquiera de los cónyuges podrá demandar del otro, una indemnización de hasta el 50 % del valor de los bienes que hubieren adquirido mientras subsistió el matrimonio, siempre que se cumplan todos los requisitos que el propio artículo establece, con ello es un hecho que hoy día, se puede demandar ante el Juez de lo Familiar, el cumplimiento con el carácter de “indemnización” por parte del cónyuge demandado, lo cual motiva una serie de cuestionamientos respecto a su aplicación a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del mencionado precepto, así como su ataque y controversia con el Régimen Patrimonial de Separación de Bienes, como régimen patrimonial de libre elección de los cónyuges al momento de contraer matrimonio para no incorporar sus bienes al momento de contraer nupcias y los que pudieran adquirir durante su vida matrimonial, independientemente de las circunstancias que sobrevengan durante la vida matrimonial, y aun en caso de que llegare a terminar éste con motivo de un divorcio. El siguiente capítulo esta dedicado al análisis, estudio, ventajas y desventajas, legalidad o ilegalidad, criterios de los tribunales y de la corte, efectos y consecuencias de su aplicación, así como de propuestas para la reforma de diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, con relación a la aplicación del controvertido artículo 289-Bis.

CAPÍTULO V

“EFECTOS Y CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES POR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PROPUESTA DE REFORMAS”.

V.1.- EL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ELEMENTOS Y REQUISITOS PARA PODER RECALAMAR EN DEMANDA DE DIVORCIO LO ESTABLECIDO POR ESTE.

Primero se transcribe a la letra el artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, para su análisis:

“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 hubiese 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”.

De la lectura a este artículo, se distinguen los elementos y requisitos que se deberán cumplir para poder hacer efectiva su aplicación, los cuales son los siguientes:

- a) Como elementos encontramos que solo es aplicable para los casos de divorcio necesario, en donde cualquiera de los cónyuges, en la demanda de divorcio podrá demandar del otro el pago de una indemnización de hasta el 50% de los bienes que hubiere adquirido durante el matrimonio, siempre que cumpla con los requisitos señalados en sus tres fracciones:
- b) Que hubieren estado casados bajo el régimen de separación de bienes,
- c) Que el demandante durante el tiempo que duro el matrimonio se haya dedicado principalmente al desempeño del trabajo en el hogar o al cuidado de los hijos,
- d) Y que el demandante durante el matrimonio no haya adquirido bienes propios o los que adquirido sean notoriamente menores a los de su pareja.

También se establece como facultad del el Juez de lo Familiar que en la sentencia de divorcio deba resolver considerando y/o atendiendo las circunstancias especiales que existan en cada caso en particular.

V.2.- EL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, SU CONTROVERSIA CON EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE “SEPARACIÓN DE BIENES”, ASI COMO AL ACUERDO DE VOLUNTADES PARA ELEGIR A ESTE COMO “RÉGIMEN PATRIMONIAL”.

Con la publicación el 25 de mayo de 2000 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, del decreto en el que se derogan, reforman y adicionan diversa disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, y en consecuencia con la entrada en vigor el 1 de junio del mismo año del artículo 289-Bis, se incluyeron diversos cambios sustanciales en materia de derecho de familia, así como consecuencias en la regulación de ciertos aspectos patrimoniales y económicos del divorcio.

Como podemos ver el artículo 289-Bis, ataca en contra de los principios del régimen patrimonial de separación de bienes, ya que el patrimonio individual que cada uno de los cónyuges haya adquirido a base de sus sueldos, ganancias y emolumentos adquiridos por el desempeño de su profesión o actividad remunerada, se pueden ver severamente afectados y mermados, con el reclamo del otro cónyuge en demanda de divorcio de lo establecido por este artículo. Igualmente también podrían verse afectados y mermados los frutos y accesiones de los bienes que se hayan adquirido a título personal en el matrimonio. Siendo esto claramente contrario a lo establecido por los artículos 212 y 213 del ordenamiento, los cuales regulan lo relativo a la propiedad y dominio de los bienes, frutos y accesiones, sueldos, ganancias y emolumentos que pertenecen a cada uno de los cónyuges.

Respecto al acuerdo de voluntades de los cónyuges al elegir a la separación de bienes como régimen patrimonial para su vida matrimonial, el Código Civil, señala en su artículo 178, que: *“El matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes”*.

Así mismo, el artículo 179 del ordenamiento civil invocado, señala que: *“Las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario”*.

Para la terminación de la separación de bienes, el Código Civil en la parte inicial del artículo 209 señala: *“Durante el matrimonio, la separación de bienes puede terminar o ser modificada, si así lo convienen los cónyuges”*.

Igualmente en la parte inicial del artículo 187 del aludido Código Civil, se establece que: *“La sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio, si así lo convienen los cónyuges”*

De todo lo anterior, podemos concluir que los cónyuges pueden elegir libremente bajo que régimen patrimonial se registrará su matrimonio, y definir respecto a la propiedad de los bienes que tengan al momento de contraer matrimonio como los que adquieran cada uno durante su vida matrimonial. La trascendencia e importancia de los regímenes patrimoniales, radica en la manifestación libre de la voluntad que hacen los contrayentes o cónyuges de acordar las condiciones patrimoniales sobre las cuales registrarán su matrimonio, eligiendo en su caso al régimen patrimonial de sociedad conyugal, separación de bienes o un régimen mixto como régimen patrimonial para el matrimonio, debiendo considerar sus necesidades e intereses personales y los de su vida matrimonial en común, en el entendido que los cónyuges conocen las condiciones, alcances y consecuencias del régimen económico que hayan de elegir.

En el caso de que los contrayentes o cónyuges convinieran en elegir al régimen de separación de bienes para regir su matrimonio bajo estas reglas, como más adelante precisaremos el artículo 289-Bis, atenta en contra de la voluntad de estos, ya que los mismos al momento de contraer matrimonio y durante este al haber elegido al régimen de separación de bienes, no consideraron en ningún momento participar sus bienes al otro cónyuge aun en caso de enfrentar un divorcio, en virtud de que el régimen de separación de bienes no contempla dicha situación, si no todo lo contrario, pretende ofrecer certidumbre de que se conservara la propiedad de los bienes, exclusivamente a favor del que los adquirió.

V.2.1.- CONTROVERSIA DEL ARTÍCULO 289-BIS CON EL ACUERDO DE VOLUNTADES DE LOS CÓNYUGES AL ELEGIR ESTOS, EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES PARA EL MATRIMONIO.

En virtud de lo antes señalado, está claro que la voluntad de los contrayentes o consortes en cuanto a su régimen patrimonial del matrimonio, no debe verse modificada a menos que ellos así lo decidan, y aun mucho menos, la esencia de lo que implica y ofrece cada régimen patrimonial de acuerdo a su objeto, no obstante, el legislador al redactar el texto del artículo 289-Bis, atenta en contra del libre acuerdo de voluntades de los

contrayentes o cónyuges, ya que estos al momento de haber elegido al régimen de separación de bienes, decidieron no hacer participe al otro cónyuge de los bienes que adquieran a título personal, pudiendo de esta forma disponer de ellos en cualquier momento de manera integra; sin embargo en el caso de que se pretenda aplicar el artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, se pierde la esencia de la separación de bienes, y se pone en riesgo la actual regulación del Código Civil respecto a todo lo regulado y vinculado con el Régimen de Separación de Bienes, ya que actualmente no ofrece la seguridad y certidumbre legal que antes proporcionaba dicho régimen patrimonial.

Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto, el estimado maestro de nuestra Facultad de Derecho de la UNAM, Dr. Julián Guitrón Fuentevilla, comenta al respecto que: “las relaciones de derecho de familia en su estructura, será fácil convencerse de que en ellas no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a estos intereses. Es más, la subordinación de las voluntades a un interés unitario, superior por consiguiente a los intereses individuales, se manifiesta mucho más claramente en el derecho público. En otras palabras, las relaciones familiares, concretamente el matrimonio, a pesar de ser algo de lo más privado en el hombre, el Estado intervine para regularlo en todos sus aspectos, pues no hay libertad alguna para su celebración o terminación, pues el Estado determina todo en ese sentido, esto significa que al derecho no le importan los fines personales de los sujetos del derecho familiar, si no se los impone y los coloca en subordinación a esos derechos, de donde se considera al derecho familiar, semejante al público, y diverso del privado”.³⁹

³⁹ GÜITRON FUENTEVILLA. Julián. *Derecho Familiar*. Publicidad y Producciones Gama. Primera Edición. México. 1972. p.197.

V.3.- LA FINALIDAD DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES.

La finalidad y objeto del Régimen Patrimonial de Separación de Bienes, se puede encontrar en lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 212 y 213 que a continuación se mencionan:

“Artículo 212.- En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservaran la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen y por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos”.

“Artículo 213.- 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 o industria”.

En estos dos artículos claramente podemos identificar que el objeto del régimen patrimonial de separación de bienes, consiste en que los cónyuges al momento de contraer matrimonio y elegir este régimen, conserven la propiedad y administración de los bienes que a cada uno les pertenecen, así como la propiedad de sus sueldos, salarios, ganancias y emolumentos adquiridos por el desempeño de su profesión o actividad remunerada, comercio o industria; y en consecuencia no hacer participe al otro cónyuge de los bienes que adquieran a título personal, conservando de manera exclusiva el dominio y administración de sus bienes, sin riesgo a que se vea violentado y mucho menos que se ignore lo acordado y dispuesto por los cónyuges al contraer matrimonio o durante éste respecto a sus bienes.

V.3.1.- CONTRADICCIÓN DEL ARTÍCULO 289-BIS, CON LO ESTABLECIDO POR LOS ARTÍCULOS 212 PRIMER PARRAFO, 213 Y 216 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Como ya se analizó anteriormente, lo dispuesto por los artículos 212 primer párrafo y 213 del Código Civil para el Distrito Federal, señalan claramente el objeto del régimen patrimonial de separación de bienes, los cuales, a la letra señalan lo siguiente respectivamente: *“En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservaran la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen y por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos....”*, y *“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 o industria”*; en virtud de lo anterior, lo que se pretende por parte de los cónyuges al momento de contraer matrimonio eligiendo este régimen, es que conserven la propiedad y administración de los bienes que a cada uno les pertenecen, así como la propiedad de sus sueldos, salarios, ganancias y emolumentos adquiridos por el desempeño de su profesión o actividad remunerada como el comercio o la industria; ya que con toda claridad es precisamente lo que ofrece el régimen de separación de bienes, sin señalar ninguna clase de condicionamiento, limitante o situación en particular para que tenga pleno efecto lo señalado en dichos preceptos.

Es por ello que lo dispuesto por el artículo 289-Bis, del Código Civil para el Distrito Federal, es una clara contradicción a lo establecido por los artículos 212 primer párrafo y 213 del mismo ordenamiento legal civil, ya que en el artículo 289-Bis se establece la posibilidad de reclamar por cualquiera de los cónyuges al otro en demanda de divorcio, una “indemnización” de hasta el 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido durante el matrimonio, siempre que estuvieren casados bajo el régimen de separación de bienes, y que se cumplan las demás circunstancias establecidas en el propio artículo que a la letra dicen:

“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 hubiese 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”.

En conclusión, en caso de que un matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes llegare a enfrentar un proceso de divorcio, el cónyuge que haya acrecentado su patrimonio podría ver afectado éste en su perjuicio, ya que en la demanda de divorcio el otro cónyuge, podrá reclamar una “indemnización” de hasta el 50% del valor de los bienes del otro cónyuge, si el cónyuge demandante se dedico durante le lapso que duro el matrimonio principalmente al desempeño del trabajo en el hogar, o en su caso al cuidado de los hijos, y que el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los del otro cónyuge.

Lo anterior constituye una contradicción a la lo dispuesto por el capítulo VI del Código Civil para el Distrito Federal, que regula lo relativo a la “separación de bienes”, y en particular contradice lo dispuesto por los artículos 212 primer párrafo y 213 del mismo ordenamiento, ya que con la aplicación a un caso concreto del artículo 289-Bis, se estaría violando el objeto del régimen patrimonial de separación de bienes, el cual, se debe respetar aun en caso de divorcio, puesto que el Código Civil para el Distrito Federal en su capítulo VI “de la separación de bienes”, no menciona disposición alguna que señale que las circunstancias de dominio y administración de los bienes con que cuente cada uno de

los cónyuges podría verse afectada en determinado caso, y mucho menos, si los cónyuges enfrentan un divorcio debido a las circunstancias previstas por el artículo 289-Bis, y pueda reclamar del otro hasta el 50% del valor de sus bienes; lo cual, constituye una clara violación al espíritu y objeto del régimen patrimonial de separación de bienes.

Lo dispuesto por el artículo 216 del Código Civil también es objeto de una contradicción respecto de la aplicación del artículo 289-Bis, pero para afirmar lo anterior, primero analizaremos lo establecido por dicho precepto:

“Artículo 216.- En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten.....”

El artículo 289-Bis en sus fracciones I a III señala los requisitos para poder reclamar en la demanda de divorcio la indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes del otro cónyuge, mismos que consisten en lo siguiente:

“I Que los cónyuges 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”.

De lo anterior se puede advertir lo siguiente:

Que el demandante que se haya dedicado durante el lapso en el que duró el matrimonio preponderantemente al desempeño del trabajo en el hogar, y que durante el

matrimonio éste no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los del otro cónyuge debido a la causa de haberse dedicado principal o únicamente a las labores del hogar, lo que le da el derecho de reclamar la indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que haya adquirido el otro cónyuge durante el matrimonio.

Lo anterior da origen a una serie de cuestionamientos respecto a su aplicación, ya que considerando que los cónyuges tienen en el hogar autoridad y consideraciones iguales y resolverán de común acuerdo todo lo conducente con el manejo del hogar, de conformidad con el artículo 168 del Código Civil, en virtud de lo anterior, en los casos en que ambos cónyuges hayan decidido que solamente uno de ellos se encargaría de proveer económicamente lo necesario para los gastos del hogar y la alimentación de su cónyuge e hijos, y el otro cónyuge se dedicara únicamente a las labores del hogar o cuidado de los hijos, en el entendido que este desempeño de trabajo se estima como contribución económica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 164-Bis del propio Código Civil. En consecuencia las circunstancias señaladas como requisitos de procedencia en el artículo 289-Bis del Código Civil para el reclamo de la indemnización señalada en éste artículo, pueden interpretarse como contradictorias a lo dispuesto por el artículo 216 del mismo ordenamiento sustantivo civil, ya que con su redacción no es concebible en el caso de divorcio lo dispuesto por el artículo 289-Bis.

De acuerdo a estas circunstancias es necesario reformar lo dispuesto por el artículo 216 del Código Civil, para no contravenir lo actualmente dispuesto por este artículo.

En conclusión, lo dispuesto por el artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, respecto a su contenido precedente descrito, contraviene a lo señalado por el artículo 216 del mismo ordenamiento sustantivo civil, toda vez que de la lectura de este último se desprende que: “los cónyuges en ninguno de los regímenes patrimoniales podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten”, y esta disposición no es respetada por el artículo 289-Bis, en virtud de que le da la posibilidad al cónyuge demandante de cobrar con carácter de indemnización hasta el

50% del valor de los bienes que haya adquirido el otro cónyuge durante el matrimonio, por el simple hecho de haberse dedicado a las labores del hogar y no haber obtenido bienes, o estos, sean notoriamente menores a los del otro.

V.4.- EL INCORRECTO CONCEPTO DE “INDEMNIZACIÓN” UTILIZADO POR EL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PARA RECLAMAR EN DEMANDA DE DIVORCIO LO ESTABLECIDO POR ESTE ARTÍCULO.

Como ya se menciono con anterioridad, el artículo 289-Bis del Código Civil, ofrece la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges puedan exigir en demanda de divorcio, “una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que haya adquirido el otro cónyuge durante el tiempo que duro el matrimonio”, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de procedencia señalados en el propio artículo. Es de destacarse que los términos utilizados por este artículo presentan confusiones y cuestionamientos respecto a la naturaleza y origen de dicha reclamación como los siguientes: ¿se trata realmente de una indemnización?, ¿de que naturaleza es la indemnización que se está reclamando?, ¿es de carácter laboral o se refiere a una indemnización derivada de responsabilidad civil de un hecho ilícito?

Respecto a los cuestionamientos anteriores, podemos señalar que la relación entre los cónyuges no puede equipararse a una relación laboral; la naturaleza de las relaciones conyugales no permite suponer la subordinación que debe de existir entre empleador y empleado. Sobre el particular la ley señala al inicio del artículo 168 del Código Civil que:

“Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales”, tampoco es posible referirnos a sueldos u honorarios que un cónyuge pague a otro, ya que en el matrimonio no se cobraran retribuciones por los trabajos desempeñados, así mismo, toda actividad que un cónyuge realice a favor del otro, forma parte de la ayuda mutua a que la pareja se encuentra comprometida.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 288, establece para los casos de divorcio necesario la obligación para el cónyuge culpable de “indemnizar” al cónyuge inocente por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado, tomando esta indemnización una naturaleza que proviene de la responsabilidad civil, ya que el cónyuge culpable incurrió en hechos o circunstancias calificadas como un hecho ilícito. Esta indemnización no debe ser duplicada por el artículo 289-Bis del Código Civil.

En virtud de lo anterior, está claro que el legislador confundió y/o equivocó la naturaleza del reclamo de hasta el 50% del valor los bienes del otro cónyuge como una “indemnización”, ya que dicho reclamo no es con este carácter, de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, como se ha venido exponiendo, de acuerdo a los presupuestos establecidos por el propio artículo 289-Bis, no asoman elementos que sean con carácter de indemnización, esto debido a los puntos que se mencionan a continuación:

Para que exista obligación de pago de una “indemnización”, es necesario considerar la existencia de un daño causado por uno de los cónyuges en perjuicio del otro, el cual, deba repararse, especificando en que consistió el daño, cuantificarlo en cantidad líquida, y que sea posible resarcirlo. Situación que no se da en los presupuestos del artículo 289-Bis, ya que no se ha cometido un hecho ilícito que genere un daño patrimonial en perjuicio del cónyuge que no adquirió bienes por dedicarse al hogar y/o al cuidado de los hijos, ni tampoco procede la indemnización por responsabilidad objetiva por la causal de divorcio que se haya invocado en contra del cónyuge culpable, dado que el cónyuge que la invoca fue víctima de un hecho ilícito de su cónyuge, pero ese hecho ilícito es en contra tanto del propio matrimonio como del otro cónyuge y no del régimen patrimonial que lo regula, además de que como ya se señaló el artículo 288 del Código Civil regula el pago de esta indemnización.

Ahora bien, una vez que se ha mencionado que no se trata de una “indemnización”, es necesario establecer que naturaleza tiene esta obligación de “pago” contenida en el artículo 289-Bis. Al efecto, se puede señalar que la citada “indemnización” es más bien una “compensación” que deberá pagar el cónyuge que adquirió bienes propios, al

cónyuge que se dedico al hogar y/o al cuidado de los hijos, si se cumplen los requisitos de procedencia por parte del demandante.

Para afirmar que se trata de una “Compensación”, primero es necesario, determinar que se entiende por este término y cuando procede esta.

“COMPENSACIÓN.- (Del Latín, compensatio-nis acción y efecto de compensar; compensar: compensare, de cum, con y pensare, pensar). Una de las formas de extinguir las obligaciones. Es el balance entre dos obligaciones que se extinguen recíprocamente si ambas son de igual valor, o solo hasta donde alcance la menor, si son de valores diferentes”.⁴⁰

Así mismo, la compensación se incluye como forma de extinguir obligaciones, toda vez que implica el cumplimiento de estas y tiene lugar cuando dos personas tienen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente por su propio derecho, teniendo por objeto la compensación extinguir por ministerio de ley las dos deudas hasta por la cantidad que importe la menor.

Conforme a lo anterior, si es posible considerar a la llamada “indemnización” del artículo 289-Bis, como una “compensación”, si consideramos que con el divorcio se extinguen los derechos y obligaciones que recíprocamente se debían ambos cónyuges, y que deberán liquidar la separación de bienes, es en este momento en que nace el derecho y origen de la compensación a favor de uno de los cónyuges, ya que existe un perjuicio sufrido por el cónyuge que contrajo su matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, y se dedicó a las actividades del hogar o cuidado de los hijos en su caso, lo que le impidió dedicar su fuerza de trabajo a obtener ingresos y bienes propios por la vía de un trabajo remunerado, y con el pago de una “compensación” que no deberá rebasar el valor de hasta el 50% de los bienes adquiridos por el cónyuge que no se dedico a estas labores, permita atenuar la inequidad que se venia presentando principalmente en perjuicio de las

⁴⁰ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Decimosegunda Edición. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. A-CH. UNAM. Porrúa. 1998. p. 541.

mujeres casadas bajo el régimen de separación de bienes y dedicadas a las complejas labores del hogar.

V.4.1.- CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN.

“Palabra que proviene del latín *indemnis indemne*, (in-no, sin) + (*damnum*-daño), In demne, significa sin daño, ileso, que no ha sufrido daño, indemnizar significa dejar sin daño”.⁴¹

La palabra indemnización se puede definir como “la necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya un derecho ajeno que sufre un detrimento al estado que guardaba, antes de la realización de un hecho culpable o no, que le es imputable a este, y de no ser ello posible, debe realizar una prestación equivalente al monto del daño y perjuicio, si lo hubo.

“Indemnizar no es como vulgarmente se supone, el entregar una cantidad de dinero. En derecho la indemnización consiste en restituir las cosas al estado que guardaban antes de la conducta dañosa, y solo cuando ello resulte imposible, se traduce la indemnización en un pago por el daño y/o perjuicio”.⁴²

Cuando una persona causa a otra un detrimento patrimonial, pecuniario o moral, debe resarcir el detrimento causado por medio de una indemnización, para así, dejar sin daño a quien se le haya causado éste.

V.4.2.- TIPOS DE INDEMNIZACIÓN.

Es causa del pago de una “indemnización” la responsabilidad civil, misma que puede originarse por dos diferentes fuentes:

⁴¹ GOMEZ SILVA. Guido. *Diccionario Etimológico de la Lengua Española*. México. Fondo de Cultura Económica. 1999. p.379.

⁴² *Diccionario Jurídico Mexicano*. Op. Cit. p. 1679.

A) La que resulta de un daño originado por un hecho fundado en la culpa, misma que causa un detrimento patrimonial. A esta se le denomina “responsabilidad por hecho ilícito o responsabilidad subjetiva” fundada en culpa, la cual se puede definir de la siguiente manera:

Responsabilidad por hecho ilícito, es una conducta que implica restituir las cosas al estado que tenían y de no ser posible, en la restitución del detrimento patrimonial (daño o perjuicio) generado por una acción u omisión de quien lo cometió por si mismo. O esa acción u omisión permitió que causara el detrimento, por personas a su cuidado, o cosas que posee y que origino con ello la violación culpable de un deber jurídico strictu sensu, o de una obligación lato sensu previa, en cualquiera de sus dos especies.

Un hecho ilícito puede dar lugar a dos diversos tipos de indemnización:

- 1) Una cuando ya se violo el deber y cuando la obligación ya no es susceptible de cumplirse y,
- 2) Otra en los casos en que la obligación es aun susceptible de cumplirse aunque con retardo, esto es cumplirse con mora.

En el primer caso, al ya no ser posible la reparación del daño, se indemniza proporcionándole a la victima un equivalente de los derechos o intereses afectados: el dinero, se deberá pagar el importe de los daños y perjuicios, previa estimación de su valor.

En el segundo caso, consiste en borrar los efectos del acto dañoso restableciendo las cosas a la situación que tenían antes de ocurrido dicho acto, colocando de nuevo a la victima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados.

B) La que resulta al causar un daño originado por un hecho en donde no existe culpa, pero a pesar de ello causa un detrimento patrimonial, a esta conducta se le llama

“responsabilidad objetiva”. A esta otra especie de responsabilidad civil la podemos definir de la siguiente manera:

Es la necesidad jurídica que tiene una persona llamada obligado deudor de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, llamada acreedor, que le puede exigir la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, y que le causa un detrimento patrimonial, originado por A.- Una conducta o un hecho previsto por la ley como objetivamente dañoso; B.- El empleo de un objeto que la ley considera en si mismo peligroso; o C.- Por la realización de una conducta errónea de buena fe.

La Ley Federal del Trabajo, establece otro tipo de “indemnización”, la cual es derivada de la relación de trabajo entre el patrón y sus empleados, misma que se encuentra prevista y regulada por los artículos 48, 49 y 50 de la citada ley, y que es susceptible de reclamación por parte del trabajador, por causas relacionadas con la rescisión injustificada de la relación de trabajo entre patrón-trabajador.

V.4.3.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Las reformas que se llevaron a cabo al Código Civil para el Distrito Federal publicadas el 25 de mayo del año 2000, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, dentro de las cuales, se adicionó el artículo 289-Bis, el legislador en su exposición de motivos no aclara y mucho menos especifica que naturaleza tiene la supuesta “indemnización” establecida por este artículo, toda vez que no señala si existe un daño a reparar o un perjuicio a resarcir. Por el contrario se advierte del citado precepto legal que el legislador consideró dañino para los cónyuges el casarse bajo el régimen de separación de bienes y dedicarse al hogar y/o cuidado de los hijos como actividad preponderante o única, ya que con ello afectarían severamente las posibilidades del demandante del divorcio de dedicarse a otra actividad que le permita adquirir bienes propios, motivo por el cual, el legislador crea el artículo 289-Bis, estableciendo la posibilidad de reclamar en demanda

de divorcio por el cónyuge que se encuentre bajo estas circunstancias un erróneo concepto de indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que haya adquirido el cónyuge que no se dedico al hogar y cuidado de los hijos. Olvidando por completo el legislador las circunstancias por las cuales procede el pago de una indemnización.

Tampoco explico ni aclaro el legislador, el porque considero que si se llega al divorcio, el cónyuge que se pretende calificar de victima pueda demandar que se entreguen hasta el 50% de los bienes que son de la exclusiva propiedad y dominio de su expareja en el matrimonio, a titulo o concepto de indemnización, tremendo error, ya que como hemos visto, llegamos a la conclusión que dicha reclamación esta muy lejos de fundamentarse en una indemnización, ya que no existe un daño o perjuicio de por medio.

V.4.4.- EQUIVALENCIA O DUPLICIDAD ENTRE LA INDEMNIZACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 289-BIS, CON LA ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 288 SEGUNDO Y CUARTO PÁRRAFO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Como podemos ver, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 288 cuarto párrafo, establece la obligación de indemnizar al cónyuge inocente en los casos de divorcio necesario, por lo que nuestro Código Civil, contempla la posibilidad, para esta clase de divorcios, que el cónyuge culpable además del pago de la indemnización establecida por el artículo 288 cuarto párrafo, si también se cumplen los supuestos establecidos por el artículo 289-Bis, deberá de pagar al cónyuge inocente una doble indemnización.

Es importante señalar, que la naturaleza de la indemnización establecida en el referido artículo 288 cuarto párrafo del Código Civil, es de carácter sancionador, en virtud de que los motivos que dieron causa al divorcio (causales de divorcio) son precisamente las acciones o hechos ilícitos cometidos por el cónyuge culpable, los cuales, dieron motivo al divorcio.

Por otro lado la naturaleza de la indemnización establecida por el artículo 289-Bis del Código Civil, no esta precisada, pero se puede señalar que no es de carácter sancionador o con motivo de la reparación de un daño causado.

Es importante destacar que tanto el artículo 288 párrafo segundo del ordenamiento legal sustantivo, como el descrito con anterioridad, señalan dos requisitos iguales de procedencia para el cumplimiento de las obligaciones que cada uno de estos preceptos establecen, mismas que son:

- a) Que el cónyuge inocente carezca de bienes.
- b) Que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos.

Además, en el caso del artículo 289-Bis, este indica que además de los dos requisitos acabados de señalar, también establece como requisito que el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de separación de bienes, supuesto en que el cónyuge inocente podrá reclamar en la demanda de divorcio hasta el 50 % del valor de los bienes que haya adquirido el otro cónyuge durante el tiempo que duro el matrimonio. En conclusión podemos decir que no existe una equivalencia entre la naturaleza y las razones para la reclamación de la indemnización contenida en los citados artículos 288 y 289-Bis del Código Civil respectivamente, ya que como hemos apuntado estos son de naturaleza distinta. La reclamación contenida en el artículo 289-Bis no tiene el carácter de indemnización, aunque su texto así lo considere, por lo que podemos encontrarnos en la realidad jurídica casos de duplicidad en el reclamo por parte de uno de los cónyuges divorciantes de una doble indemnización, cuando en el procedimiento de divorcio se cumplan los requisitos y supuestos establecidos por ambos artículos, lo cual llevaría al cónyuge demandado al pago de ambas “indemnizaciones”.

V.4.5.- PROBLEMÁTICA PARA DETERMINAR LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN EN CASO DE APLICAR EL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Como regla general, para determinar en una demanda el pago de una indemnización, es necesario especificar cuales fueron los daños causados, y determinar en cantidad liquida la suma a la que asciende el monto del daño. En el caso del artículo 289-Bis del Código Civil, si consideráramos como un daño causado en perjuicio del cónyuge, el hecho de haberse dedicado al hogar y cuidado de los hijos, estaríamos frente a la obligación de reparar un perjuicio, que consiste en resarcir las posibles ganancias lícitas que el cónyuge dedicado al hogar y/o al cuidado de los hijos dejo de obtener por no haberse dedicado a una actividad, profesión u oficio remunerado económicamente.

Pero si la indemnización del artículo 289-Bis, es en carácter de un perjuicio, es necesario cuantificar en cantidad liquida la suma a la que ascienden las ganancias lícitas que el cónyuge dedicado al hogar y/o al cuidado de los hijos pudo haber obtenido en una vida laboral que no realizo, lo cual resulta seriamente complicado, ya que seria necesario considerar la preparación y nivel académico o habilidades en el arte o deportes que el cónyuge dedicado al hogar tuviera o dominara, y que estas hayan podido representar una opción viable de ingresos para éste, así mismo, si el cónyuge con anterioridad tuvo trabajo remunerado, a cuanto ascendían sus ingresos antes de dedicarse al hogar y/o cuidado de los hijos, todo esto debiendo ser comprobado ante el Juez de lo Familiar para que éste cuente con los elementos suficientes al momento de determinar en cantidad liquida el monto de la indemnización en su sentencia de divorcio.

También, es preciso señalar que el legislador al momento de redactar el artículo 289-Bis, omitió señalar al menos de forma general, cuales son las circunstancias especiales que deberá de atender el Juez de lo Familiar en cada caso, puesto que la actual redacción, es poco precisa y clara, facultando al Juez para que de forma discrecional de acuerdo con su criterio, determine y valore las circunstancias que considere pertinentes, habiendo podido el legislador ser más claro y preciso si hubiera señalado y determinado

las circunstancias a ser consideradas por dicho Juez, mismas a las que mas adelante me referiré, así como su valor y peso para determinar el monto de la erróneamente llamada indemnización.

V.5.- LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD FRENTE A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La garantía de irretroactividad de las leyes tiene como objeto otorgar seguridad y certidumbre jurídica a los gobernados, ya que “implica condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida en la esfera jurídica del gobernado”,⁴³ entendiendo lo anterior, se deberán de cumplir los requisitos legales y constitucionales aplicables, para que un acto de autoridad pueda afectar al gobernado.

Una de las principales polémicas e interrogantes que ha generado la aplicación del artículo 289-Bis, es si los Jueces de lo Familiar deberán de aplicar lo dispuesto por este artículo a los matrimonios contraídos con anterioridad al inicio de la vigencia de este precepto, al ser aplicable a estos casos, surgen criterios que señalan que la aplicación de esta ley es de forma retroactiva en perjuicio del cónyuge demandado, y que se está violando la garantía individual contemplada por el artículo 14 constitucional.

Se considera que una ley es retroactiva cuando viola o suprime un derecho adquirido; dicho lo anterior a *contrario sensu*, cuando la ley no viola o no suprime un derecho adquirido ésta no se esta aplicando de forma retroactiva en perjuicio de alguien.

Bajo este orden de ideas, para determinar si dicha reforma legislativa se está aplicando de forma retroactiva, primero es necesario cuestionarnos ¿cual es el derecho

⁴³ BURGOA ORIHUELA. Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Trigésimo Tercera Edición. México. Porrúa. 2001. p. 504.

que se ha suprimido o violado a la entrada en vigor del artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal?

El punto que se considera afectado o violado con la entrada en vigor del artículo 289-Bis, es la aplicación retroactiva a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este artículo, así como a los fines fundamentales del régimen patrimonial de separación de bienes, ya que todos los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor del aludido artículo 289-Bis, también podrían en caso de enfrentar un divorcio, reclamar el pago contenido en el citado artículo, siempre que cualquiera de los cónyuges cumpla con los requisitos de procedencia, teniendo como consecuencia, que salgan de la propiedad exclusiva de uno de los cónyuges hasta el 50% del valor de estos bienes adquiridos durante la duración de su matrimonio, lo que contraviene a lo establecido por el régimen patrimonial de separación de bienes, elegido en su momento por los cónyuges para regular su matrimonio.

Sin embargo, sería un error considerar que el régimen de separación de bienes, asegure a las personas que celebren matrimonio un derecho subjetivo definitivo e inamovible que mantengan para el futuro intactas sus masas patrimoniales; el régimen de separación de bienes, es un régimen económico matrimonial, y por lo tanto, es un esquema en el que los derechos de propiedad son necesariamente modulados para poder entender a los fines básicos e indispensables del matrimonio. Es por ello que no es posible considerar que las personas que se casan bajo una determinada ley tengan un derecho adquirido para que su situación personal y patrimonial se rija de forma perpetua por las normas vigentes al momento de celebrar el matrimonio. El derecho de familia, así como las normas reguladoras del matrimonio, dada su naturaleza, no permiten que las partes puedan inmunizarse de forma absoluta a los cambios legislativos que de acuerdo a la realidad social sean necesarios llevar a cabo, aunque estos lleguen a influir en el conjunto de derechos y obligaciones del matrimonio, así como en su patrimonio y situación personal.

En conclusión, predomina el criterio de considerar que la aplicación del artículo 289-Bis a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de éste, no viola la garantía de no-retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna consagrada en el artículo 14 constitucional, ya que con el matrimonio los cónyuges no adquieren un derecho para que los efectos de este sean invariables respecto a ellos, puesto que el matrimonio es una institución jurídica que esta situada en un ámbito vinculado de forma inseparable con el orden público y el interés social, y que aunque haya quienes consideren que este precepto se aplica de forma retroactiva en los casos señalados anteriormente, es con el objeto de obtener un beneficio considerado de orden público, el cual es superior a cualquier interés particular o individual.

V.5.1.- LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD, ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

En nuestro sistema jurídico, la garantía de irretroactividad se encuentra consagrada en el párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dice:

“Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Por su parte el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 5º, confirma lo señalado por nuestra “Carta Magna” al señalar lo siguiente: *“A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.*

Al efecto es necesario entender que es la irretroactividad, conocida también en la doctrina como el conflicto de leyes en el tiempo, dado que cuando se está en presencia de dos leyes, una antigua, que se supone derogada o abrogada, y otra nueva o vigente, se da el problema consistente en cual de las dos debe regir un acto, hecho o fenómeno jurídico, estos es, la ley vigente o la ley derogada. Al respecto el maestro Ignacio Galindo Garfias señala: “cuando una ley nueva entra en vigor, la que regía con anterioridad queda

abrogada por aquélla; pero algunas relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley anterior, se prolongan después de la abrogación de aquella ley. No sólo como hechos ya realizados, sino que sus efectos siguen produciéndose después de la vigencia de la nueva ley”.⁴⁴ Es entonces cuando surge el cuestionamiento de saber cual de las dos leyes deberá aplicarse, la anterior o la nueva.

Para no violar el principio de irretroactividad, es necesario deslindar lo siguiente:

“No se suscitará retroactividad en los siguientes casos:

- a) Cuando el hecho o la situación jurídica nacen bajo la vigencia de la ley actual, y,
- b) Cuando habiendo nacido durante la vigencia de la ley anterior, el hecho o la situación jurídica agotó todos los efectos, antes de que haya entrado en vigor la ley nueva, por la razón de que el principio de la seguridad, jurídica, exige que aquellos hechos o situaciones permanezcan inalterados”.⁴⁵

Este principio de irretroactividad crea la idea de un principio de seguridad, el cual demanda que las situaciones creadas al amparo de un ordenamiento jurídico, no pueda ser alterado libremente por normas que surjan con posterioridad, pero esta idea de seguridad no puede tener un alcance absoluto al principio de irretroactividad de la ley. El principio de irretroactividad, es una condición de estabilidad social y de seguridad en el tráfico jurídico, pero que con el desarrollo de las relaciones humanas y la evolución de las organizaciones sociales, es necesaria la creación de nuevas normas de derecho, y que cuyo alcance de aplicación es precisamente lo que se debe saber determinar.

Existen de manera general algunas excepciones al principio de la irretroactividad de la ley, contemplado en el párrafo primero del artículo 14 constitucional, el cual señala: *“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”*.

⁴⁴ GALINDO GARFIAS. Ignacio. Op. Cit. p. 163.

⁴⁵ Idem.

Del citado texto constitucional, se derivan las excepciones referidas siguientes:

- a) Cuando ese perjuicio no existe, no existe impedimento para que la ley pueda ser aplicada retroactivamente.
- b) Las leyes de orden público pueden ser aplicadas retroactivamente, así como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- c) Las leyes interpretativas, mismas que se promulgan para precisar el sentido y alcance de una ley anterior.

En cuanto a lo antes expuesto, deseo resaltar que la ley interpretativa no se aplica retroactivamente aunque puede afectar situaciones realizadas, el objeto es que la norma que se aplique en realidad, es la que enuncia la ley que se interpreta, y que adquiere vigencia con anterioridad a la realización del hecho al cual, se aplica por medio de la interpretación por medio de la disposición u ordenamiento interpretativo posterior.

Así mismo, sobre la materia de irretroactividad, existen diversidad de teorías, siendo las más comunes las siguientes:

“Los derechos adquiridos y las expectativas de derecho”. La primera, esto es, la de derechos adquiridos, es el simple mandamiento de la ley sin aplicación concreta de la misma, es decir, cuando el acto realizado introduce tanto un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el propio acto, ni por disposición legal en contrario.

La segunda, esto es, la expectativa de derecho, se considera una esperanza o pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, de los derechos adquiridos, se realiza el derecho y entra al patrimonio, y en el segundo caso, de las expectativas de derecho, el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta no formando parte del patrimonio.

Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo que le daban las leyes anteriores, siendo esta circunstancia esencial para darle este calificativo; es decir, la ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar o suprimir los derechos individuales adquiridos.

En el sistema jurídico mexicano, este principio forma parte de las “garantías individuales”, que se impone respetar no solo al legislador común o local, si no también a las leyes Federales, Estatales o Municipales, mismas que no podrán ser aplicadas retroactivamente en perjuicio de persona alguna. También es considerado un derecho subjetivo público que el Estado debe respetar a los particulares tanto en el ejercicio de la actividad legislativa, como en las funciones administrativas y judiciales.

Por lo anterior, cuando un particular ve “violado” este principio por cualquier órgano de Poder, ya sea de la Federación, Estados o Municipios, por conducto de alguno de los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial, el particular en cuyo perjuicio se haya violado ese principio, tendrá el derecho de que se repare el goce de esa garantía individual infringida, en este caso, que no se le aplique retroactivamente una ley en su perjuicio, instando a los Tribunales de la Federación en la vía de “Amparo”, para lograr que ese acto de autoridad, quede sin efecto y le restituya al quejoso el goce de los derechos y situación jurídica que anteriormente gozaba, y que fue violada por la aplicación retroactiva de la ley.

V.5.2.- LA NO RETROACTIVIDAD EN ORDENAMIENTOS DE ORDEN PÚBLICO E INTERES SOCIAL.

Para comprender el por que de la no retroactividad en ordenamientos de “orden público e interés social”, primero es necesario saber que debemos entender por estos conceptos:

El concepto de orden público, es “la expresión de un conjunto de principios básicos en que se apoya la estructura de la organización de un grupo social. Estos principios, base

de la sustentación de las instituciones sociales, tienen un contenido ya político, económico, ético, religioso, etc; y expresan las características peculiares del ordenamiento jurídico particular de una nación o de un país determinado. El orden público es el resultado de la experiencia histórica y del acervo cultural de cada grupo social. Por lo tanto su contenido varía en cada ordenamiento jurídico”.⁴⁶

De acuerdo con lo anterior, el orden público está compuesto por elementos sociales propios y peculiares de cada país, y estos le imprimen un sello propio y lo distinguen de los demás ordenamientos. Es por ello que, “la propiedad de los instrumentos de producción económica, la organización jurídica de la familia, la autonomía de la voluntad en el campo contractual, la libertad personal en todas sus manifestaciones, el respeto a la dignidad del hombre, etc; son principios básicos de la organización social dentro de la cultura occidental. Todos ellos forman parte del orden público en nuestro país”.⁴⁷

La característica de orden público que se le imprime a una ley, se deberá de imponer al legislador, ya que emana o surge como se apuntó en las circunstancias históricas, culturales, económicas, políticas, y religiosas, que el autor de una ley está obligado a considerar, en el entendido de que si dichas disposiciones son arbitrarias o contrarias a la conciencia popular, no serán fácilmente aceptadas, y no bastará con que el legislador declare o establezca que una norma es de orden público, para que esta disposición estrictamente lo sea.

Respecto al interés social, esta circunstancia se encuentra íntimamente ligada al orden público, ya que como se ha venido señalado, el orden público se integra por un conjunto de elementos que forman parte esencial de las costumbres, sentir y hábitos de una sociedad, y esta misma sociedad es la principal interesada en el cumplimiento y desarrollo de estos principios calificados de orden público.

Lo señalado anteriormente, podemos sostenerlo con la teoría de la identificación del orden público con el interés público o social, de acuerdo con esta posición, el propio

⁴⁶ Ibid. p. 171.

⁴⁷ Ibid. p. 172.

interés general es lo que caracteriza al orden público. Es decir, que la principal característica del orden público consiste, en que es del interés general de la sociedad su cabal cumplimiento.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su Título Cuarto Bis titulado “De la Familia”, en su artículo 138-Ter, establece lo siguiente: *“Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tiene por objeto proteger a su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”*.

En virtud de lo anterior, todas las disposiciones de materia familiar del Código Civil para el Distrito Federal, son de orden público e interés social, la Corte ha manifestado en diversos criterios la “excepción de no retroactividad de una ley en los casos que representen un interés general”; lo cual, se puede apoyar con las siguientes tesis jurisprudenciales:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. *La corte ha sostenido, en diversas ejecutorias, que la aplicación que hacen los tribunales, de las leyes de orden publico o de interés general, nunca es retroactiva....*

Quinta época. Instancia: Pleno. Amparo Civil en revisión. Cirerol de Díaz Mercedes y Coagraviados. 26 de marzo de 1920. Mayoría de ocho votos, respecto del primer punto resolutive. Disidentes: Alberto M. González y Antonio Alcocer. Mayoría de seis votos, por lo que hace el segundo punto resolutive. Disidentes: Adolfo Arias. Agustín Urdapilleta. Gustavo A, Vicencio y José Maria Mena. Excusa: Patricio Sabido. No se menciona el nombre del ponente.

RETROACTIVIDAD. *No se infringe el precepto que la prohíbe, cuando al estar en conflicto el interés general con el de los particulares, se concede predominio al primero, por no existir derecho que oponerle.*

Quinta época. Instancia: Pleno. Amparo administrativo en revisión. Aureliano y coagraviados. 24 de diciembre de 1917. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Agustín Urdepilleta y Enrique García Parra. No menciona el nombre del ponente.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. *Los particulares no pueden adquirir derechos que estén en pugna con el interés público; de suerte que cuando una ley lesiona un derecho de esa clase, no hay retroactividad, aun cuando la existencia del derecho sea anterior a la ley.*

Quinta época. Instancia: Tercera Sala.

Quinta época. Instancia. Segunda Sala. Amparo Administrativo en revisión 1790/36 secc.2ª.Sulphr Mining and Railroad Co.12 de septiembre de 1936. Unanimidad de 5 votos. Relator Alfonso Aznar Mendoza.

Amparo directo. Cia. Lagunera de Aceites. S.A.6 de octubre de 1938. Unanimidad de 4 votos. No se menciona ponente.

Amparo Directo 4659/39. Juanola Manuel. 31 de marzo de 1943.

Unanimidad de 4 votos. La publicación no menciona ponente.

Amparo Directo 8075/44. Herrejón Patiño Gabriel. 24 de julio de 1946.

Unanimidad de 5 votos. Relator Hilario Medina.

Amparo Directo 5613/4. García Esquiven José. 18 de abril de 1949. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Vicente Santos Guajardo.

V.5.3.- CRITERIO ADOPTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 289-BIS.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante Jurisprudencia por contradicción de Tesis, a resuelto la contraposición de criterios que se venía dando en las tesis emitidas por los Tribunales Colegiados Octavo y Décimo Tercero de Materia Civil, respecto de la indemnización establecida en el artículo 289-Bis, y su aplicación a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este artículo, la jurisprudencia en comento a la letra dice:

“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 Constitucional 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 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 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 éste Alto Tribunal, en sesión de fecha tres de septiembre de dos mil cuatro”.*⁴⁸

V.6.- LA OMISIÓN POR PARTE DEL LEGISLADOR EN DETERMINAR CON MAYOR PRECISIÓN LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES QUE EL JUEZ DEBERÁ ATENDER PARA RESOLVER EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Una de las deficiencias más importantes del artículo 289-Bis, es que al momento de ser redactado por el legislador, este omitió señalar cuales son las circunstancias especiales que en general deberá de atender y valorar el Juez de lo Familiar, aplicando estas a cada caso en particular, antes de emitir su sentencia de divorcio, ya que con la actual redacción el mencionado artículo, no permite determinar si el legislador tuvo la intención de que las circunstancias que debe de atender el Juez sean respecto a las condiciones en las que se desarrollo la vida matrimonial, ó las condiciones en que terminan como son: el tiempo de duración del matrimonio, la edad del cónyuge

⁴⁸ *Suprema Corte de Justicia de la Nación. Novena Época. Primera Sala. IUS 2006.*

demandante, su estado de salud, tipo o clase de bienes adquiridos por el cónyuge que se dedico a laborar y que obtuvo bienes propios, la preparación académica del cónyuge que se dedico al hogar y al cuidado de los hijos y su capacidad para obtener un empleo a través de una profesión, dominio de un arte u oficio, la capacidad de ingresos que haya tenido el cónyuge que se dedico al hogar y al cuidado de los hijos pero que con anterioridad al matrimonio, tenia un trabajo remunerado que proporcionaba ingresos económicos propios, entre otras. Estas circunstancias, bien pudieron haberse establecido, o por lo menos algunas de ellas como circunstancias generales a ser consideradas por el legislador al momento de redactar el artículo en mención, además de las que cada caso en particular pudiera arrojar.

Sin embargo el legislador dejo en manos del criterio del Juez de lo Familiar como facultad discrecional, el determinar cuales serán esas circunstancias especiales de cada caso, pudiendo no tomar en cuenta o dar la relevancia necesaria a algunas circunstancias en particular, ya que existe gran diversidad de criterios entre un Juez y otro, así como entre el Juez y las partes, lo que podría ser la diferencia entre un caso y otro al momento de dictar el Juez de lo Familiar en su sentencia de divorcio el porcentaje del valor de la indemnización a pagar por parte del cónyuge demandado.

En relación a lo expuesto con anterioridad, el estimado catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM, Doctor Julián Guitrón Fuentesvilla, dice lo siguiente:

“El Juez Familiar debe tener una especial vocación; quitarse prejuicios, tanto el hombre como la mujer y juzgar imparcialmente, porque se ha demostrado en la practica, que las mujeres Jueces Familiares, en ocasiones se ensañan en contra de maridos o padres desobligados, excediéndose en sus facultades y dictando sentencias injustas. Los Jueces Familiares deben estar conscientes de poseer una especial vocación humanista y una gran sensibilidad, respecto a las cuestiones morales y sociales que circundan un problema familiar”.⁴⁹

⁴⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA. Julián. *¿Qué es el Derecho Familiar?* Promociones Jurídicas y Culturales. S.C. Primera Edición. Segundo Volumen. México. 1992. p. 83.

Otro problema en la redacción de este artículo, es que se establece el adjetivo “preponderantemente” se haya dedicado a las labores del hogar, esto que significa: ¿Qué se debe trabajar en casa más de la mitad del tiempo del día y la noche o sólo durante las horas hábiles?. Para esos fines ¿debe tomarse en cuenta todo el matrimonio, unos años o los últimos meses que inclusive pueden ya haber precedido a la separación?. Estas interrogantes como otras que se pueden mencionar no se encuentran contempladas y por consiguiente respondidas en el texto del aludido artículo, dado que el legislador no las consideró y las que son de gran importancia para determinar el adjetivo “preponderantemente”. Con lo anterior el legislador deja nuevamente como facultad de los jueces de lo familiar la potestad para determinar en que casos se podrá interpretar el haber dedicado esta actividad con la calidad de “preponderantemente”.

V.7.- LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS HECHA POR EL LEGISLADOR RESPECTO AL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Las causas que motivaron al legislador para la creación del artículo 289-Bis, se debieron haber reflejado con claridad en su “Exposición de Motivos”, la cual, es la base y fundamento que soporta la propuesta y creación del citado precepto legal.

A continuación se transcribe la exposición de motivos que propone la adición del artículo 289-Bis al Código Civil para el Distrito Federal, el cual, es particularmente genérico y omiso, de tal forma que no expone el verdadero fondo y causas que motivaron las reformas y adiciones hechas al Código Civil para el Distrito Federal.

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

Civil vigente se ha vuelto incapaz de regir algunas de las nuevas necesidades y problemas sociales que hoy exigen atención inmediata.

“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS”

“La asamblea legislativa, por medio de la comisión instructora, en la exposición de motivos de las reformas y adiciones en comento y entre otros al artículo 289-Bis, señala:

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

De grandes avances sociales son las reformas que se presentan en esta iniciativa, por primera vez se garantiza en la ley civil la igualdad de condiciones no solo entre el hombre y la mujer, sino entre los diversos sectores que conforman la sociedad capitalina, si bien es cierto que el artículo 4 Constitucional consagra los principios de igualdad jurídica de los sexos, la protección y fomento del núcleo familiar y la paternidad responsable, publicados en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1974, la responsabilidad de los padres y el apoyo institucional para la satisfacción de las necesidades y salvaguarda de los derechos fundamentales de la niñez publicada en el Diario Oficial el día 18 de marzo de 1980, la protección de la salud y responsabilidad de la Federación, y los Estados para la prestación de servicios en ese campo, publicada en el diario oficial el día 3 de febrero de 1983, en derecho a la vivienda y apoyo institucional para tal fin, publicada en el Diario Oficial el día 7 de febrero de 1983 y la protección a las culturas y pueblos indígenas, publicada en el Diario Oficial el 28 de

*enero de 1992; sin embargo, la realidad social es otra, estos grandes principios rectores de la dinámica social son permanentemente vulnerados, el Estado principal motor de la desigualdad social, no ha garantizado no solo a la sociedad capitalina sino al pueblo mexicano estos derechos fundamentales, a diario vemos el trabajo injusto que se vive en todos los rincones, a diario vemos a miles de familias sin hogar, a niños abandonados por sus padres y lo que es peor aun rechazados por la sociedad misma”.*⁵⁰

Por otra parte, en cuanto al tema del estudio del presente punto, a su vez, el lunes 14 de abril de 2003, se presentó una propuesta para reformar diversas disposiciones del Código Civil Federal, para que en los casos de divorcio, quien haya realizado labores domésticas pueda reclamar hasta el 50% de los bienes, propuesta presentada por el Diputado Martí Batres Guadarrama, del grupo parlamentario del PRD, en la cual, adicionó el artículo 289-Bis al Código Civil Federal, en forma idéntica al artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, persiguiendo el mismo fin que el antes establecido en el Código Local .

Es de resaltarse que en el Código Civil Federal, la adición del artículo 289-Bis, tuvo por parte de los legisladores federales, una exposición de motivos más completa que la que hicieron los legisladores del Distrito Federal antes transcrita, como se detallará más adelante, la cual permite ver con mayor claridad el espíritu e intención del legislador al crear el artículo 289-Bis, así como los fines que persigue el mismo, a continuación se transcribe la exposición de motivos para la adición de los artículos 164 Bis y 289 Bis al Código Civil Federal:

El suscrito diputado integrante del grupo parlamentario del PRD, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presento para su análisis y dictamen, la siguiente iniciativa de decreto que

⁵⁰ DIARIO DE DEBATES DE LA ALDF. *Exposición de Motivos. Proyecto de la Derogación, de Reformas y Adiciones de Disposiciones del Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.* 28 de abril de 2000. p. 98.

adiciona los artículos 164 Bis y 289 Bis del Código Civil Federal al tenor de la siguiente:

“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS”

La mujer es el motor de la historia y sin embargo de facto y de jure, la modernidad trajo aparejada una gran marginación de dicho género.

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

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

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

Se estableció entonces con ese Código la facultad a la mujer de poseer un domicilio propio y de facultades para poder, sin autorización marital, servir en un empleo, ejercer una profesión o industria o dedicarse al comercio con la condición -se señalaba- de "no descuidar los trabajos del hogar" entre comillas, así como administrar libremente sus propios bienes y disponer de ellos.

Desapareció la incapacidad legal para que pudiera ser tutriz, fiadora, testigo en testamentos y para ejercer mandato; se consideraron efectos jurídicos al concubinato a favor de los hijos y la concubina; se estableció como innovación el divorcio administrativo, entre otros avances de aquellas épocas.

Es evidente que las realidades de entonces y las de ahora son diferentes, esos cambios fueron sin duda importantes en su tiempo, pero hoy son claramente insuficientes.

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

De aquel Código Civil de 1928 a esta época, se han producido cambios legales que corresponden ya a otra generación, se trata ahora de establecer en leyes no sólo la igualdad jurídica ante la ley, sino acciones afirmativas a favor de la equidad de los géneros.

Así podemos señalar que hay tres etapas en la condición jurídica de la mujer: aquella en la que estuvo discriminada legalmente y ausente de derechos y de ciudadanía, una segunda etapa en la que se establece la igualdad jurídica del hombre y la mujer, es decir la igualdad de ambos géneros ante la ley y la tercera etapa que se ha iniciado es la de la acción afirmativa que reconoce la desigualdad entre el hombre y la mujer y establece las condiciones jurídicas y normativas para alcanzar dicha igualdad.

La ciudadanía a la mujer, la creación de institutos públicos de mujeres, los presupuestos con perspectiva de género, los porcentajes mínimos en la legislación electoral para las candidaturas o leyes como la Ley para Prevenir y Sancionar la discriminación, de reciente aprobación en esta Cámara, forman parte de esas acciones afirmativas que buscan combatir la marginación femenina. Sin embargo, todavía falta mucho por hacer en este terreno.

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

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

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

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

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

En el caso de las mujeres que trabajan en el hogar, mucho por cierto, no solo no perciben salario ni prestaciones, ni reconocimiento a su tarea cotidiana, no tienen un jornada de 8 horas, no tienen aguinaldo ni prima vacacional, ni otro tipo de prestaciones o vacaciones. Trabajan sin descanso y ni siquiera cuentan con la seguridad de estar construyendo un patrimonio común junto con su cónyuge.

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

En algunas entidades de la República como el Distrito Federal, ya se ha avanzado en este terreno, reconociendo el valor económico del trabajo que se realiza en el hogar por alguno de los cónyuges particularmente por la mujer. Sin embargo a nivel federal la legislación civil está más atrasada.

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

Por lo anteriormente expuesto y fundado presento la siguiente iniciativa de reformas al Código Civil Federal para quedar como sigue:

INICIATIVA DE DECRETO por el que se adicionan los artículos 164 Bis y 289 Bis del Código Civil Federal.

ARTÍCULO 1. Se adicionan los artículos 164 Bis y 289 Bis para quedar como sigue:

ARTÍCULO 164 Bis. *El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar.*

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

Fracción I. Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes.

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

Fracción 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 del caso.

Transitorio. *El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.*

Por la equidad de los géneros convocamos a todos los grupos parlamentarios a aprobar esta reforma que rige ya en algunos códigos civiles, como es el caso del Código Civil del Distrito Federal.

Muchas gracias por su atención.

-fin de texto-

Como podemos ver en la exposición de motivos, la creación de esta ley tiene como objeto fundamental procurar la protección y seguridad de los cónyuges que por dedicarse al hogar, cuidado de los hijos y demás actividades inherentes al mismo, no realizó un trabajo remunerado, impidiéndole crear un patrimonio propio, y que al momento de enfrentar un divorcio se vea desamparado económicamente, ya que con la creación de este artículo se concede el derecho a cualquiera de los cónyuges que cumpla con los requisitos de procedencia a demandar del otro cónyuge, la indemnización establecida por el artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

V.7.1.- EL ESPÍRITU DEL LEGISLADOR EN LA CREACIÓN DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

De acuerdo con lo visto en los puntos anteriores, es posible identificar el objeto del legislador con la adición del artículo 289-Bis al Código Civil para el Distrito Federal, el cual se enfoca fundamentalmente a procurar la protección y seguridad de los cónyuges que al dedicarse al hogar y cuidado de los hijos, renuncia a tener acceso a la creación de un patrimonio propio, y que en la eventualidad de enfrentar un divorcio pudiera verse desprotegido económicamente, ya que al haber contraído matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, solo el cónyuge que se dedico al trabajo remunerado, tuvo la posibilidad de acrecentar su patrimonio mediante la adquisición de bienes, los cuales pasan a ser exclusivamente de su propiedad, lo que nos lleva a una inequidad respecto a este régimen económico.

Así mismo el legislador busca valorar y no menospreciar el trabajo realizado por el cónyuge que se dedica únicamente a las labores del hogar y cuidado de los hijos, ya que esta actividad es fundamental e indispensable para el correcto desarrollo de la familia, apoyando y contribuyendo de forma indirecta con su pareja, para que ésta pueda realizar sus logros económicos.

V.7.2.- EL TRABAJO EN EL HOGAR Y EL CUIDADO DE LOS HIJOS.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 164-Bis, establece lo siguiente:

“Artículo 164-Bis. El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar”.

Cabe señalar que lo dispuesto por este artículo, es uno de los logros alcanzados en el paquete de reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del 2000, dentro de los cuales, también se a tratado de alcanzar la igualdad de

géneros entre el hombre y la mujer, así como darle el verdadero valor e importancia al papel que desempeña la mujer en la familia. La mujer a través del tiempo se ha convertido en un elemento importantísimo y fundamental en el desarrollo de la misma, desempeñando un papel principal, lo anterior como resultado de las valiosas labores que ha venido realizando, ya que en la sociedad mexicana, comúnmente ha sido costumbre que la mujer se dedicara a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, mientras que el hombre era quien trabajaba para proveer de lo necesario a la familia, actualmente este panorama ha cambiado progresivamente, aunque todavía en la actualidad aun es mayor el número de mujeres que de hombres las que se dedican a las labores del hogar y cuidado de los hijos, hoy en día, son muchas las mujeres que contribuyen de las dos formas, es decir, que parte del día desempeñan un trabajo remunerado fuera del hogar, y otra parte del día lo dedican a las labores del hogar y cuidado de los hijos.

Actualmente se han alcanzado algunos logros importantes en el reconocimiento de la mujer y su valioso papel en la familia, ya sea como ama de casa desempeñando las labores propias del hogar, como proveedora económica del hogar desempeñando un trabajo remunerado; o bien, desempeñando ambos papeles, situación que con mayor frecuencia se ha venido dando, ya que “la mujer, es la base y sostenimiento <sine quae non> del hogar y la familia. Ella soporta las cargas más pesadas del matrimonio; por eso hoy reclama un trato digno dentro de la ley, para dejar de ser un objeto ante la superioridad masculina. La ley debe obedecer a la realidad social que vivimos. Hoy es del dominio público que la mujer ha dejado de ser inferior. Tiene actitudes positivas ante la vida. En el matrimonio y dentro de la familia, participa como ser fundamental. Trabaja, discierne, opina, piensa, y participa activamente al lado del hombre”.⁵¹ Muestra de ello es la adición de los artículos 164-Bis y 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, en las referidas reformas y adiciones del 25 de mayo del 2000.

⁵¹ GÜITRÓN FUENTEVILLA. Julián. Op. Cit. p. 211.

V.7.3.- LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR DE PROCURAR EQUIDAD PATRIMONIAL AL MOMENTO DE ENFRENTAR Y CONSUMAR UN DIVORCIO.

El objeto principal por parte del legislador con la creación del artículo 289-Bis, aunque textualmente no lo señala, se puede asegurar fue la de encontrar un mecanismo para reducir o aminorar la inequidad que se venía dando hasta antes de la entrada en vigor del señalado precepto, ya que en los casos de divorcio por parte de matrimonios celebrados bajo el régimen de separación de bienes, en los que, uno de los cónyuges durante su vida matrimonial se dedicó a las labores del hogar y/o cuidado de los hijos, y que por tal motivo, renunció a la posibilidad de forjar un patrimonio propio, había una notoria inequidad al momento de liquidar el régimen de separación de bienes, ya que este régimen económico no permite la comunicación entre las masas patrimoniales de los cónyuges, señalando como propiedad exclusiva de cada uno de ellos los bienes que hubieren adquirido durante el matrimonio, situación que bajo estas circunstancias es injusta, ya que con el divorcio el cónyuge dedicado al hogar, se veía en una situación de total desamparo económico, por no considerar el valor de su actividad en el hogar como parte fundamental para los logros patrimoniales y económicos de su pareja, los cuales independientemente del régimen patrimonial de separación de bienes deberían compartir, y aun más, cuando se disuelve el vínculo matrimonial.

Con la equivocada e indebidamente llamada “indemnización” establecida por el artículo 289-Bis, que más bien, es una “compensación”, se pretende establecer que al momento de que el Juez de lo Familiar dicte su sentencia de divorcio, se pague en favor del cónyuge demandante una retribución compensatoria expresada en una cantidad líquida en dinero, que puede representar hasta el 50% del valor de los bienes adquiridos durante el matrimonio por el cónyuge dedicado al trabajo remunerado, en favor, del cónyuge dedicado a las labores del hogar y cuidado de los hijos, como una compensación por el tiempo dedicado única o principalmente a las actividades del hogar o cuidado de los hijos, y que por ello renunció a la oportunidad lícita de dedicar su fuerza de trabajo a un trabajo remunerado que le diera la posibilidad de adquirir bienes propios. Con dicha

“compensación” se pretende minorizar la indefensión y abandono económico en que se dejaría a uno de los cónyuges al momento de consumarse el divorcio.

Pero más aun, es importante que más adelante el legislador entienda que por la naturaleza jurídica de todo el derecho familiar, el cual, constituye un tercer genero que ha formado sus propios métodos y objetos de estudio, los intereses de la familia son superiores. “La dificultad de los problemas familiares planteó la necesidad de crear los Jueces Familiares; pero ahora, enfrentamos la realidad de que no se han especializado y además de que carecen de leyes adjetivas y sustantivas apropiadas, como son los Códigos Familiares y de Procedimientos Familiares respectivos”.⁵²

V.8.- PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

De acuerdo con lo analizado en todos y cada uno de los puntos anteriores, se han podido detectar diversas deficiencias y omisiones en la actual redacción del artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, lo cual, nos lleva a considerar reformar este artículo con el objeto de establecer la naturaleza correcta del pago que se reclama, así mismo, adicionar el artículo 289-Ter al Código Civil para el Distrito Federal, con el objeto de señalar los elementos que deberá de considerar el Juez de lo Familiar al momento de determinar el porcentaje del valor de los bienes que deberá pagar el cónyuge demandado en los casos que resulte aplicable.

A continuación se transcribe la redacción actual del citado precepto, así como las reformas propuestas:

⁵² Ibid. p. 83.

Texto vigente del Código Civil para el Distrito Federal.

“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 hubiese 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”.

Texto Propuesto como reforma a la actual redacción del artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

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

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

II. Que el cónyuge que reclame el pago de la compensación no hubiere dado causa al divorcio;

III. 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

IV. Que durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, estos sean menores al 50% del valor de los bienes adquiridos por el otro cónyuge.

En todos los casos, el Juez de lo Familiar para resolver en sentencia de divorcio respecto al monto de la compensación que el cónyuge demandado deberá pagar, se deberán atender y valorar las circunstancias señaladas en le artículo 289-Ter, así como todas aquellas circunstancias especiales no señaladas por dicho artículo que a consideración del Juez, puedan influir para determinar el monto de la compensación.

Texto Propuesto de adición del artículo 289-Ter al Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 289-Ter.- El Juez de lo Familiar para determinar el monto de la compensación señalada en el artículo anterior, deberá atender y valorarlas siguientes circunstancias:

I. El tiempo de duración del matrimonio;

II. El estado de salud de cada uno de los cónyuges;

III. El Inventario y avalúo de los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges durante el matrimonio para poder determinar sus respectivos medios económicos así como sus necesidades;

IV. La edad del cónyuge demandante, así como su nivel de preparación académica y profesional, o su habilidad para desempeñar un arte u oficio que le permita tener la posibilidad de tener acceso a un empleo remunerado.

V.9.- PROPUESTA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 212 PRIMER PÁRRAFO, 213 Y 216 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Como se ha venido exponiendo durante la presente tesis, lo dispuesto por el artículo 289-Bis, constituye el punto más controvertido e importante frente al régimen patrimonial de separación de bienes, dado los efectos y consecuencias que se producen con su aplicación respecto a este régimen, ya que dicho precepto, modifica la esencia y objeto fundamental del “régimen de separación de bienes”; el cual, tiene por objeto que los cónyuges al elegirlo como régimen patrimonial para el matrimonio, cada cónyuge conserve la propiedad y administración de sus bienes, existiendo un patrimonio privativo para cada uno de los consortes.

De conformidad con lo anterior, el artículo 289-Bis, contraviene lo dispuesto por los artículos 212 primer párrafo y 213 del Código Civil para el Distrito Federal vigentes.

Texto vigente de los artículos 212 primer párrafo y 213 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 212.- En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservaran la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen y por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos.....”

“Artículo 213.- 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 o industria”

Como se ha mencionado con anterioridad, la libertad de los cónyuges para elegir al régimen patrimonial de separación de bienes para regir su vida matrimonial, no constituye la adquisición de un derecho subjetivo definitivo e inamovible con respecto a

su patrimonio y bienes para el futuro, ya que, de acuerdo con la realidad social en la actualidad, resulta necesario la intervención del legislador para modificar situaciones de inequidad y de abusos en las relaciones de familia, y particularmente las que se presentan en el matrimonio o al momento dar por terminado éste por medio del divorcio, dejando en muchos casos en abandono y desprotección económica a las mujeres dedicadas a las labores del hogar y cuidado de los hijos.

En consecuencia, resulta conveniente reformar los artículos 212 primer párrafo y 213 del Código Civil para el Distrito Federal respecto a la forma de concebir a la separación de bienes, indicando la existencia de esta excepción para poder afectar el patrimonio de los cónyuges.

Texto propuesto de reforma a los artículos 212 primer párrafo y 213 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 212.- En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservaran la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen a cada uno, y por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos, existiendo como única excepción para la afectación del dominio de los bienes y patrimonio en perjuicio de alguno de los cónyuges, la sentencia de divorcio en la que proceda el pago de la compensación prevista por los artículos 289-Bis y 289-Ter.

Artículo 213.- 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 o industria, siendo también una causa de afectación al dominio de los cónyuges estos ingresos, el pago de la compensación a que se hace referencia en el artículo anterior.

Las dos propuestas de reformas anteriores, nos refieren a la aplicación de los artículos 289-Bis y 289-Ter, artículos que también forman parte de las propuestas de reforma al Código Civil para el Distrito Federal que se hacen en la presente tesis.

Así mismo, resulta conveniente reformar el artículo 216 del Código Civil, ya que es necesario agregar al texto vigente, la causa por la que los cónyuges, podrán reclamarse con carácter de compensación, un pago por los servicios prestados por el cónyuge dedicado a las labores del hogar o cuidado de los hijos, y que por este motivo existe inequidad de patrimonios entre los cónyuges al momento de dar por terminado el matrimonio por vía de divorcio.

Texto vigente del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 216.- En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten; pero si uno de los cónyuges, por ausencia o impedimento del otro, se encargue temporalmente de la administración de los bienes del ausente o impedido, tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere.

Texto propuesto de reforma al artículo 216 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 216.- En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten, salvo el pago de la compensación prevista en el artículo 289-Bis, que por inequidad de bienes, el Juez de lo familiar conceda en favor de alguno de los cónyuges en sentencia de divorcio, de igual forma, en caso de que uno de los cónyuges, por ausencia o impedimento del otro, se encargue temporalmente de la administración de los bienes del ausente o impedido, tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El matrimonio es una de las más importantes instituciones del derecho de familia ya que desempeña un papel fundamental dentro de nuestra sociedad, con la celebración del matrimonio, devienen una serie de relaciones jurídico familiares de gran importancia e interés social, mismas que son reguladas por el Código Civil para el Distrito Federal.

SEGUNDA.- Los contrayentes a través de las capitulaciones matrimoniales que de común acuerdo establezcan, elegirán el régimen patrimonial que regirá a su matrimonio, mediante las cuales, también podrán establecer las reglas de administración y liquidación del régimen patrimonial elegido.

TERCERA.- La elección por parte de los cónyuges de un régimen patrimonial ya sea sociedad conyugal, separación de bienes, o en su caso, el régimen mixto que se deriva del artículo 208 del Código Civil para el Distrito Federal, es un requisito fundamental para la celebración del matrimonio, ya que sin la elección de alguno de estos regímenes patrimoniales, no es posible concebir la existencia del matrimonio, y a su vez, no puede existir un régimen patrimonial sin la existencia del matrimonio, ambos están íntimamente ligados y juntos conforman la base fundamental de esta institución.

CUARTA.- En el régimen de sociedad conyugal, los cónyuges son dueños en común de todos los bienes que conforman la misma, y tendrán una participación de las ganancias, utilidades y obligaciones conforme a lo establecido en la ley, o de acuerdo a lo pactado en las capitulaciones matrimoniales.

QUINTA.- En el régimen de separación de bienes, los cónyuges conservaran cada uno de ellos de forma exclusiva la propiedad, dominio y administración de sus bienes, así como de sus frutos y acciones. Así mismo, serán del dominio exclusivo de cada cónyuge, los salarios y ganancias que obtengan por servicios prestados en el desempeño de un empleo, profesión, comercio o industria.

SEXTA.- El divorcio es el medio por medio del cual, se extingue el vínculo matrimonial que existe entre los cónyuges, dejándolos en aptitud de poder contraer nuevamente matrimonio, y solo tendrá lugar mediante la declaración de divorcio hecha por el Juez de lo Familiar, y en ciertos casos, por la declaración hecha por la autoridad administrativa competente.

SEPTIMA.- El Código Civil para el Distrito Federal distingue tres distintas clases de divorcio: divorcio voluntario administrativo, divorcio voluntario por vía judicial y divorcio necesario.

OCTAVA.- Con las reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal publicadas el 25 de mayo del año 2000 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, dentro de las cuales, se adicionó el artículo 289-Bis al mencionado ordenamiento, se destruyó la esencia y objeto principal del régimen patrimonial de separación de bienes, ya que contradice lo dispuesto por los artículos 212, 213 y 216 del mismo Código Civil, modificando y lastimando significativamente los efectos patrimoniales entre los cónyuges en caso de enfrentar un divorcio.

NOVENA.- El artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal establece la posibilidad de reclamar por parte de cualquiera de los cónyuges en demanda de divorcio necesario una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes adquiridos durante el matrimonio siempre que cumplan los requisitos de procedencia establecidos en el propio artículo.

DECIMA.- La reclamación que con carácter de indemnización establece el artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, resulta incorrecta, ya que claramente no se trata de una indemnización, si no de una compensación en favor del cónyuge que se dedico principal o preponderantemente al hogar y/o cuidado de los hijos, y que por haberse dedicado a esta actividad, le fue imposible obtener ingresos económicos suficientes para construir un patrimonio propio. Por lo anterior, se propone se reforme el artículo 289-Bis, para que se sustituya el término “indemnización” por el de

“compensación”, quedando la disposición legal citada en los términos propuestos en el capítulo quinto, punto V.8 de la presente tesis.

DECIMA PRIMERA.- Igualmente es de relevante importancia establecer cuales deberán ser las circunstancias especiales que deberá atender y valorar el Juez de lo familiar para poder dictar en sentencia de divorcio el monto de la compensación, en virtud de lo anterior, propongo la adición del artículo 289-Ter, cuyo texto de la disposición legal propuesta queda en los términos señalados en el capítulo quinto, punto V.8 del presente trabajo de tesis.

DECIMA SEGUNDA.- Así mismo, como resultado de los efectos y consecuencias que produce la aplicación del artículo 289-Bis respecto a los fines del régimen patrimonial de separación de bienes, es conveniente ajustar y adecuar el marco legal que lo regula, motivo por el cual, resulta conveniente reformar los artículos 212 primer párrafo, 213 y 216 del Código Civil para el Distrito Federal, cuyos textos reformados propuestos deberán quedar en los términos que se indican en el capítulo quinto, punto V.9 de la presente tesis.

BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO ROJAS. Edgar y BUENROSTRO BAEZ. Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Harla. México. 1990.

BONNECASE. Julián. Tratado Elemental de Derecho Civil. Pedagógica Iberoamericana. Colección Clásicos del Derecho. México. 1995.

BURGOA ORIHUELA. Ignacio. Las Garantías Individuales. Trigésima Tercera Edición. Porrúa. México. 2001.

CHÁVEZ ASENCIO. Manuel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1986.

DE IBARROLA. Antonio. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1993.

DE LA MATA PIZANA. Felipe y GARZON JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a la Legislación del Distrito Federal. Primera Edición. Porrúa. México. 2004.

DE PINA. Rafael. Derecho Civil. Porrúa. México. 1994.

GALINDO GARFIAS. Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Vigésima Segunda Edición. Porrúa. México. 2003.

GALINDO GARFIAS. Ignacio. El Régimen Matrimonial en la Legislación Mexicana. Estudios de Derecho Civil. Porrúa. México. 1994.

GARCÍA MAYNEZ. Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa. México. 1998.

GÜITRON FUENTEVILLA. Julián. Derecho Familiar. Primera Edición. Publicidad y Producciones Gama. México. 1972.

GÜITRON FUENTEVILLA. Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Tercera Edición. Promociones Jurídicas y Culturales S.C. México. 1984.

GÜITRON FUENTEVILLA. Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Primera Edición. Segundo Volumen. Promociones Jurídicas y Culturales S.C. México. 1992.

LOZANO RAMÍREZ. Raúl. Derecho Civil. Tomo I. Derecho Familiar. Primera Edición. Pac. México. 2005.

MAGALLÓN IBARRA. Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Derecho de Familia. Porrúa. México. 1990.

MARTINEZ ARRIETA. Sergio. Régimen Patrimonial del Matrimonio en México. Tercera Edición. Porrúa. México. 1991.

MONTERO DUHALT. Sara. Derecho de Familia. Quinta Edición. Porrúa. México. 1992

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

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

PALLARES. Eduardo. El Divorcio en México. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1984.

PEREZ DUARTEY N. Alicia Elena. Derecho de la Familia. I.I.S. México. 1990.

QUINTANILLA GARCÍA. Miguel Ángel. Lecciones de Derecho Familiar. Nueva Legislación Comentada y Concordada hasta el año 2002. Jurisprudencia. Tesis

Relacionadas y Doctrina. Primera Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 2003.

ROJINA VILLEGAS. Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y la Familia. Porrúa. México. 2003.

SANCHEZ MARQUEZ. Ricardo. Derecho Civil. Parte General Personas y Familia. México. 2002.

TAQUIN VIDAL. Carlos H. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Tercera Edición. Astrea. Argentina. 1993.

ZANNONI. Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo I. Segunda Edición. Astrea. Argentina. 1990.

DICCIONARIOS.

1.- DE PINA. Rafael. Diccionario de Derecho. Trigésimo Cuarta Edición. Porrúa. México. 2005.

2.- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Porrúa. México. 1995.

3.- GOMEZ SILVA. Guido. Diccionario Etimológico de la Lengua Española. Fondo de Cultura Económica. México. 1999.

HEMEROGRAFÍA.

- 1.- DECISIONES RELEVANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. La Indemnización en Divorcio Tratándose de Matrimonios Contraídos Bajo el Régimen de Separación de Bienes Conforme a la Legislación del Distrito Federal. Derechos Reservados, © 2007 II3-UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- 2.- GÜITRON FUENTEVILLA. Julián. Congreso Internacional de Derecho de Familia. El Orden Público en el Derecho Familiar Mexicano. Ciudad Universitaria. 22, 23 y 24 de noviembre 2005.
- 3.- LOBO SAENZ. Maria Teresa. Divorcio. “La indemnización establecida en el artículo 289- Bis del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del 1 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. Análisis de la Ejecutoria”. Revista de Derecho Privado, Nueva Época, año IV, Num. II, mayo-agosto de 2005.
- 4.- LOBO SAENZ. Maria Teresa. Retroactividad del artículo 289-Bis del Código Civil para el Distrito Federal y Jurisprudencia. Revista de Derecho Privado. Nueva serie, Nueva época, año I, Número 4, Enero-Abril 2003.
- 5.- ROBLES BRAMBILA. Luís. Algunas Consideraciones sobre Capitulaciones Matrimoniales.
- 6.- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Comunicado de Prensa Número 034/2004. Resuelve la SCJN Contradicción de Tesis sobre Indemnización en caso de Divorcio.

OTRAS FUENTES.

a) DIARIO DE DEBATES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. Exposición de Motivos. Proyecto de la Derogación, de Reformas y Adiciones de disposiciones del Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 28 de abril de 2000.

b) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. IUS 2007.

PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADAS:

<http://www.juridicas.unam.mx>

<http://www.incamex.org.mx>

<http://www.gaceta.diputados.gob.mx>

<http://www.tribunalmmm.gob.mx>

LEGISLACIÓN

A.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

B.- Código Civil para el Distrito Federal.

C.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

D.- Código Civil Federal