



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**“PROPUESTA PARA SANCIONAR PENALMENTE EL
INCUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS CELEBRADOS
POR CAUSA DE DIVORCIO”**

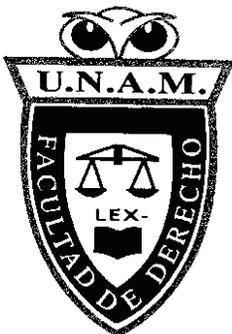
T E S I S

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

P R E S E N T A:

KARLA MARÍA MARCELA TORRES CABALLERO

ASESORA: DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS



CIUDAD UNIVERSITARIA

2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV 3/1/2010/01
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 .**

La alumna **TORRES CABALLERO KARLA MARÍA MARCELA**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad de la Dra. Ma. Leoba Castañeda Rivas, la tesis denominada **“PROPUESTA PARA SANCIONAR PENALMENTE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS CELEBRADOS POR CAUSA DE DIVORCIO”** y que consta de 135 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.

La interesada 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. Dicha autorización 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. 7 de enero del 2009.

DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
Directora del Seminario

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Por existir y permitirme llegar a este momento gozando de salud, por su infinita bondad y amor.

A MI ABUELA

Poco es, lo que puedo escribir para agradecer, a quien entregó parte de su vida en mi formación personal, moral, religiosa, académica, sin ti, no podría ser quien soy ahora; algún día volveré a verte.

A MI MADRE

Por darme la vida y trabajar arduamente, proporcionándome todo lo necesario para cursar una carrera profesional. Te quiero!

A EFRAIN

Gran capacidad para hacerme sonreír, desde niños hicimos química y lazos de amistad, que se convirtieron hace más de cuatro años en amor y respeto profundos. Los momentos de felicidad a tu lado son invaluable e imborrables. JTLV.

A MI FAMILIA

A mi hermano Rodrigo, por hacerme retroceder en el tiempo, para ser niña y adolescente otra vez, sin olvidar mi edad actual, a mi tía Cecilia mi cómplice, compañía y amiga en esas noches de trabajo y desvelo, a mi tía Mercedes, ejemplo de vida ante la adversidad de vivir con capacidades diferentes, a mi tía Irene y Alberto por los buenos consejos, a mis tíos Fernando y Marù por su apoyo y motivación constante, a mis primos Paola y Diego por los momentos de alegría que brinda la adolescencia.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Derecho por permitirme formar parte de su alumnado y darme las herramientas necesarias para ser una persona productiva.

A mi asesora. Dra. María Leoba Castañeda Rivas, por su fina atención, calidad humana, grandeza de su profesión, las valiosas y excelsas sugerencias durante la realización de este trabajo.

A mis profesores por dedicarse a esa noble y magnífica profesión, por transmitir sus conocimientos para contribuir a formar personas profesionistas de calidad.

Con profundo cariño y respeto gracias.

**“PROPUESTA PARA SANCIONAR PENALMENTE EL INCUMPLIMIENTO DE
LOS CONVENIOS CELEBRADOS POR CAUSA DE DIVORCIO”**

PRÓLOGO..... I
INTRODUCCIÓN II

**CAPÍTULO I
EL MATRIMONIO Y SUS GENERALIDADES**

A. Concepto y desarrollo de la familia..... 1
B. Antecedentes del matrimonio. 17
C. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. 22
D. Fines del matrimonio. 24
E. Situación socio-jurídica de la familia y el matrimonio en México en la
actualidad. 25

**CAPÍTULO II
FORMAS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO**

A. Muerte..... 27
B. Nulidad..... 29
 1. La mala fe de uno de los cónyuges en la nulidad del matrimonio. 36
 2. La buena fe de uno de los cónyuges en la nulidad del matrimonio. 38
 3. La mala fe de ambos cónyuges en la nulidad del matrimonio. 40
C. Divorcio..... 42
 1. Divorcio voluntario administrativo..... 45
 2. Divorcio voluntario judicial. 47
 3. Divorcio necesario. 49

**CAPÍTULO III
DE LOS CONVENIOS EN GENERAL**

A. Concepto. 51
B. El convenio como fuente de obligaciones..... 56

C. El convenio como acto jurídico.	62
D. Elementos de existencia del acto Jurídico.	65
E. Elementos de validez del acto jurídico.	72

CAPÍTULO IV

EFFECTIVIDAD DE LOS CONVENIOS REGULADORES DE RELACIONES CONYUGALES Y FAMILIARES. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

A. Convenios en relación al hogar.	85
B. Convenios sobre aspectos económicos.	94
C. Convenios en relación a los bienes.	98
D. Convenios familiares.	104
E. Convenios conyugales y familiares celebrados ante juzgados de lo familiar.	110
F. Convenios conyugales y familiares celebrados ante autoridades distintas a la judicial.	113
G. Seguridad jurídica que el convenio otorga a las partes.	114
H. Marco jurídico que regula el incumplimiento del convenio.	116
I. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto. .	120
J. Propuesta de solución a la problemática planteada.	123
CONCLUSIONES	127
BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA	130

PRÓLOGO

Hablar o establecer propuestas jurídico-procesales para darle mayor eficacia al convenio en el divorcio incausado, es hablar de la disolución del vínculo matrimonial, en base a lo que sería el convenio que establece la ley y al cual se adhieren las partes, mismas que son asesoradas por sus propios abogados, y más aún, tal convenio es sometido a la vista del Agente del Ministerio Público y ante la aprobación del Juez.

Este convenio, como lo establece el artículo 267, del Código Civil para el Distrito Federal, deberá ser presentado por el cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio, donde se prevé, cómo regular las consecuencias con relación a la disolución del vínculo matrimonial donde se deberá señalar, la designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, así como el derecho de visitas de aquel que no la tenga, cómo cumplir con los alimentos, quien utilizará el domicilio matrimonial y del menaje, quién administrara los bienes de la sociedad conyugal, así como lo referido a la compensación cuando se hayan casado por separación de bienes.

La situación, es que este convenio, es el punto principal a demostrar en el trabajo de tesis, considerando que debería de haber una sanción de tipo penal, para el caso de que cualquiera de las partes incumpliera con la obligación contraída en dicho convenio.

En términos generales, es importante subrayar que el convenio, reportará beneficios a las partes siempre y cuando, éste se haga cumplir de manera efectiva por el juez de lo familiar y que verdaderamente, aporte resultados positivos a la parte afectada.

Por lo expuesto, en la presente investigación se pretende que mediante razonamientos lógico-jurídicos, encontremos la fórmula para que el convenio

judicial celebrado ante el juez de lo familiar, efectivamente se cumpla, aún en contra de la voluntad del que convino, en atención a que las disposiciones de derecho familiar, son de orden público y de interés social.

INTRODUCCIÓN

Con relación al matrimonio y divorcio, se ha escrito mucho. Sin embargo, no por esa razón es preciso dejar de insistir sobre dichos temas, porque la familia sigue siendo la base de la estructura social, toda actividad ya sea jurídica, académica o institucional, acerca de su conformación, por modesta que sea, consideramos, que la misma debe ser protegida adecuadamente por el Estado.

La investigación, está estructurada en cuatro capítulos; en el primero de ellos, analizaremos al matrimonio, sus antecedentes y regulación actual en la legislación Civil del Distrito Federal.

En el capítulo segundo, se estudiará la extinción del matrimonio, en sus distintas formas; desde la muerte, la anulación y finalmente, el divorcio con sus tres clasificaciones como se regulaba anteriormente y la actual.

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

Finalmente, en el cuarto capítulo, se analizarán, los diferentes convenios que regulan las relaciones conyugales y familiares, así como, el incumplimiento de estos, para que los mismos, tengan una sanción de tipo penal, que obligue al cumplimiento de las partes celebrantes, sobre todo tratándose de convenios, de pensiones alimenticias, guarda, custodia y régimen de visitas de menores que son los más invocados con motivo de un divorcio.

De hecho, con base al derecho familiar, se deben fijar algunos mecanismos legales, a través de los cuales, se va a dar el divorcio, resguardando y protegiendo la frustración que este causa, principalmente a los menores de edad; pero más aún, cómo se van hacer cumplir los convenios propuestos por las partes y que se celebran ante el juez de lo familiar para que estos, reditúen beneficios a los

menores y a la familia en general y no se dejen de incumplir como ya es común, al capricho y arbitrio de las partes. El estado debe preocuparse por resguardar la célula primaria de la sociedad a través de mecanismos jurídicos para hacer de nuestra sociedad una coadyuvante en pro de la familia.

Por lo anterior, todas y cada una de las hipótesis establecidas en este trabajo, están dirigidas a la protección integral de la familia.

CAPÍTULO I

EL MATRIMONIO Y SUS GENERALIDADES

El matrimonio, es la forma ideal de constituir a la familia en sociedad, sin embargo, antiguamente no era así; la conformación de la Familia a través de la institución del matrimonio ha sufrido grandes cambios y profundas diferencias; las grandes etapas de la evolución de esta institución serán materia de estudio del presente capítulo.

A. Concepto y desarrollo de la familia.

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

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

Como consecuencia de las mencionadas necesidades, surgió la Familia.

Al referirse a la misma el Tratadista Antonio de Ibarrola señala: “etimológicamente la palabra familia proviene de los **famuli** que significa hambre, fámulos son los que moran con el señor de la casa, por otra parte **famat** significa habidad, que en sanscrito significa hogar, habitación. Señalando a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, a los esclavos domésticos”.¹

Ahora bien, otra definición de familia se refiere a la vida construida por un conjunto de parientes y allegados que viven en la misma casa, aún cuando este concepto es más sociológico que jurídico, ya que el término familia, en un sentido

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

restringido o limitado abarcaría sólo a las personas que viven en un mismo hogar y tienen relaciones de parentesco; empero, en el sentido amplio, podemos abarcar con tal término, al conjunto de personas que se encuentran vinculadas por el matrimonio, la filiación o la adopción.

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

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

El tratadista Jorge Mario Magallón, al referirse a la familia lo hace en los siguientes términos: “La familia, es una institución social de carácter universal y permanente que ha estado presente a través del desenvolvimiento histórico de la humanidad. Diríase que la familia, como grupo primero, es la célula básica de la sociedad y como tal recibe el impacto de todo cambio profundo que se da en la convivencia colectiva”.²

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

Ahora bien, la familia a través de la historia ha sufrido varios cambios, no siempre ha estado constituida como en este tiempo, sino que ha estado sujeta a la

² MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. Editorial Porrúa, México, 1988. p. XVII. Prólogo.

evolución; de la misma manera que el hombre en forma individual; para establecer una mejor comprensión del tema, nos referiremos específicamente a la evolución que se ha dado en nuestro ámbito histórico y geográfico, omitiendo por ende la historicidad de la evolución de la familia a nivel universal, lo anterior, en pos de una mejor y concreta labor de investigación.

Respecto a la etapa indígena, estamos convencidos que la gran diversidad de culturas hacen que nuestro trabajo, respecto a la familia prehispánica se concrete a los aztecas por dos motivos, el primero, porque fue la cultura que epilogó en nuestra nación la más pura cultura indígena. Y en segundo porque ésta, representó la cultura, que fue doblegada y conquistada por los españoles a su llegada, iniciando la época del coloniaje.

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

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

La edad ordinaria para contraer matrimonio, era la de 20 a 22 años más o menos. No podían casarse padres e hijos, ni padrastros y entenados, ni hermanos entre sí.”³

³ ALVEAR ACEVEDO, Carlos. Historia de México. 7ª edición, Editorial Jus, México, 2000. p. 73.

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

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

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

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

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

⁴ Ibidem. p. 73.

Predominaba el sistema de separación de bienes, combinado en ocasiones con la necesidad de pagar un precio por la novia y, a veces, en cambio, recibir la dote que la esposa traía al nuevo hogar.

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

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

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

“Particularidad de la obra española en América, la cual se basaba en el propósito de levantar a la raza autóctona al nivel de la colonizadora y en el sentido ecuménico del Derecho, fue que éste no pusiera trabas a los matrimonios entre españoles e individuos de otras razas ya fueran indios, negros, o castas, y antes bien expresamente se autorizaba por Células del 19 de octubre de 1541 y 22 de

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

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

octubre de 1556, los matrimonios entre españoles e indias, y en cuanto a los que aquellos celebraran con negras y mulatas, no existió prohibición alguna, a pesar de haberse quejado las autoridades de Santo Domingo de la irregularidad que resultaba de que los jefes militares se casaban con negras que habían sido esclavas de otras familias, y que después del matrimonio se encontraban de mayores categorías que sus antiguos amos”.⁷

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

El matrimonio contraído sin licencia, no producía efectos civiles ni relación a los cónyuges ni tocante a los hijos, así es que no podían en ellos tratarse de dote legítima, mayorazgos ni otros derechos de familia. Con el objeto de evitar que se originaran los matrimonios ya en la coacción que ejercían las autoridades coloniales sobre las personas de los lugares sujetos a su jurisdicción o ya por los padres sobre los hijos o hijas para obtener un matrimonio económico y políticamente ventajoso, y también principalmente para evitar vínculos de familia entre los funcionarios públicos naturales de los lugares en que ejercían mando con perjuicio del servicio público y la recta administración de justicia, Felipe II, el 10 de febrero de 1575, dispuso: “Prohibimos y defendemos, que sin nuestra licencia particular, como en nuestros reinos se hacen, los virreyes, presidentes y oidores,

⁷ Ibidem. p. 52.

alcaldes del crimen y fiscales de nuestra audiencia de las Indias se puedan casar, ni casen en sus distritos; y lo mismo prohibidos a sus hijos e hijas durante el tiempo que los padres nos sirven en los dichosos cargos, bajo pena de que por le mismo caso queden sus plazas vacantes, y desde luego los declaremos por tales, para proveerlas en otras personas que fueren en nuestra voluntad”.⁸

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

“La jurisdicción de la iglesia, sobre el matrimonio fue definida por el Concilio de Trento al condenar varias proposiciones que negaban dicha jurisdicción bien en lo que se refiere a la regulación del *ius connubii* (establecer impedimento) bien lo que atañe a la función judicial (causas matrimoniales). De modo explícito el Concilio definió: a) la potestad de la iglesia para constituir impedimentos dirimentes y dispensar de ellos; b) la competencia para juzgar causas matrimoniales. De modo implícito quedó definido entre otras cosas que la iglesia posee jurisdicción por derecho propio, no por concesión de las autoridades civiles”.⁹

Por lo tanto, la iglesia reclama jurisdicción sobre el matrimonio de los bautizados, tanto si están bautizados ambos o, como si lo está uno de ellos. Respecto a los matrimonios de personas no bautizadas, la iglesia no tiene poder de jurisdicción, salvo la potestad del romano Pontífice de disolverlos en razón del privilegio de la fe.

La lucha por asumir por parte del Estado lo relativo al matrimonio, hizo que se elaborará la teoría del matrimonio como contrato y como tal aparece hasta el siglo XVII, “como un medio de justificar en él la intervención del Estado implicando

⁸ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. El Matrimonio. 5ª edición, Editorial Editora Mexicana, México, 1965. p. 132.

⁹ HERVADA, Javier. Citado por CHÁVEZ ASECIO, Manuel. F. La Familia en el Derecho. 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1990. p. 57.

que su esencia está constituida por la libertad de los contrayentes. La voluntad de éstos se traducía en existencia del contrato mismo y por ello, sometido al poder secular. En el matrimonio civil, como dice Glasson su éxito consistió en significar la afirmación y respeto de libertad de conciencia.

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

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

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

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

“Artículo 1. Se establece en toda la República el Registro del Estado Civil.”

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

El artículo 66, prevenía los elementos que debían contenerse en el Registro, como son el nombre de los padres, abuelos, curadores, etc., la partida

de la parroquia, el consentimiento de los consortes, etc., y “la solemne declaración que hará el oficial del estado civil que está registrando legalmente el contrato.”

“Artículo 71. El matrimonio será registrable entre cuarenta y ocho horas después de celebrar el sacramento.”

“Artículo 72. El matrimonio que no está registrado no producirá efectos civiles.”

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

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

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

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

- c) Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de julio de 1859. Esta ley, en su artículo primero, disponía el establecimiento en toda la República de funcionarios llamados Jueces del Estado Civil, y que tendrían a su cargo “la averiguación y modo de hacer constar el estado civil de todos los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional, por cuanto concierne a su nacimiento, adopción, arrogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento.”

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

A continuación, los artículos siguientes fijaban todos los elementos para el matrimonio.

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

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

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

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

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

- f) Decreto sobre matrimonios celebrados en artículo de muerte. No. 5674 del 5 de julio de 1867. Este decreto previene en el artículo primero que en estos casos “no es necesario el requisito de las publicaciones que establecía el artículo 9 de la ley del 23 de julio de 1859 y que no son impedimentos el parentesco en línea colateral, ni los esponsales legítimos.”
- g) Decretos en la época del Imperio. “Durante la intervención francesa y el efímero imperio aceptado por Maximiliano en Miramar, el 10 de abril de 1864, se promulgaron algunas disposiciones que tuvieron por objeto contrarrestar la eficacia de las Leyes de Reforma en materia de matrimonio y a tal respecto, el gobierno imperial, el 3 de noviembre de 1864 dispuso en su decreto número 180, que mientras pudiera procederse de manera definitiva a formar con regularidad y exactitud la estadística del Imperio.

¹⁰ Ibidem. p. 61.

Toda la legislación mencionada anteriormente se subsume en el Código Civil de 1870 y que la deroga.”¹¹

Siguiendo las ideas del Código Civil de Napoleón, el artículo 159 define al matrimonio como: “La sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.”

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

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

Finalmente, con relación al tema de la familia en la época independiente, tenemos el Código de 1884, que contiene una definición del matrimonio en su artículo 155 igual a la ya referida al Código Civil de 1870. Contrasta la definición en ambos códigos como sociedad civil, con el Decreto No. 7329, del 14 de diciembre de 1874, que consideró al matrimonio como un contrato civil.

En la época contemporánea de nuestro país, podemos referirnos a la familia rural, a la familia urbana y dentro de esta última a la clase baja, clase media o clase acomodada. Cada uno de los tipos de familia, muestra características muy peculiares. Se ha mencionado que la familia se ha ido transformando en una familia conyugal restringida; esto es, en la que padres e

¹¹ Ibidem. p. 62.

hijos son propia y exclusivamente quienes tienden a integrar este grupo social, se han mantenido una serie de funciones que le son esenciales, como la legitimación de las relaciones sexuales entre los padres, el vínculo generacional que permite el proceso de crecimiento y educación de los hijos y la coparticipación de los cónyuges en el hogar; asimismo, “la competencia económica permanente, la aspiración de obtener en forma creciente, mejores niveles de vida, la gran movilidad social, el acentuado individualismo, etc., han hecho que el ser humano tienda a tener al grupo familiar como el centro primario de satisfacciones de sus necesidades emocionales.”¹²

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

La familia debe proveer a la satisfacción de las necesidades integrales del hombre. Podemos, concretando, mencionar como característica de la familia moderna, las siguientes: “a) Una institución sociojurídica que conocemos por matrimonio; b) Una relación sexual legítima y permanente; c) Un conjunto de normas que regulan la relación entre los padres y entre los hijos, normas que pueden ser jurídicas, religiosas y morales; d) Un sistema de nomenclatura que define el parentesco; e) Una regulación de las actividades económicas y f) Un lugar físico para vivir.”¹³

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

¹² SÁNCHEZ AZCONA, Jorge. Familia y Sociedad. 2ª edición, Editorial Joaquín Mortiz, México, 1974. p. 98.

¹³ Ibidem. p. 98.

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

Se da como presupuesto la libre selección. En nuestra cultura está en vigor una idea que es muy peligrosa, la del amor romántico, ya que todos los jóvenes tienen como expectativa el llegar a conocer lo que nosotros conocemos como la media naranja. “No hay una formación previa de la personalidad dentro de los medios institucionales que nos informe sobre la selección del futuro cónyuge, sino que es una idea meramente subjetiva e idealista.”¹⁴

Es en el noviazgo donde se presupone el conocimiento real de los futuros esposos, por desgracia, el rigorismo y el formulismo que nos impone el actuar, el tipo de sociedad en que vivimos, limita en alto grado, la libre y espontánea expresión de las manifestaciones emocionales de las personas, impidiendo que en sus relaciones se logre un vínculo real y efectivo. Desafortunadamente, los jóvenes al entablar una relación de noviazgo, en muchos aspectos, están condicionados desde su inicio por los prejuicios que la sociedad, a través de la clase social a que pertenecen, les va imponiendo. Muchas veces, son aspectos externos como el nivel económico, la atracción física, el status social, los que en un momento dado, vienen a ser los factores determinantes en la aceptación o no de una relación de noviazgo. “Algunos autores han tratado de señalar cuáles deberían ser los principales antecedentes a tomarse en cuenta para aquellas personas que van a formar un nuevo hogar, y éstos son: a) haber alcanzado un grado de madurez física, psíquica y social; b) tener aptitudes e intereses semejantes; c) reconocer creencias afines; d) tener antecedentes educativos y culturales semejantes; e) contemplar expectativas económicas semejantes; f) disponer una actitud semejante con respecto a la vida sexual; g) situar la relación con la familia política.”¹⁵

¹⁴ Ibidem. p. 26.

¹⁵ Ibidem. p. 32.

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

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

“Es difícil poder describir los diferentes papeles que la mujer de clase media urbana desempeña, sin embargo, trataré de hacerlo: En primer lugar, está el rol de esposa-madre, un segundo papel es el de la esposa-compañera, y por último, la mujer colaboradora.”¹⁷

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

¹⁶ LEÑERO OTERO, Luis. Investigaciones de Familia en México. 2ª edición, Editorial Instituto Nacional de Investigaciones Sociales, A.C. México, 1982. p. 247.

¹⁷ SÁNCHEZ AZCONA, Jorge. Op. cit. p. 136.

principales problemas que se presentan en esta etapa de la familia, es la educación sexual.

“En nuestra cultura, como ya dijimos, falta una correcta educación sexual; ya que los jóvenes llegan al matrimonio con una deformación de lo que es la sexualidad.”¹⁸

Etapa de formación de los hijos.- Una de las principales expectativas de todo matrimonio es la de tener hijos. Se dijo al inicio, que son características de la familia, la legitimación de la vida sexual entre los cónyuges y la procreación de acuerdo con los conceptos morales, tradicionales y religiosos, se presupone que la vida sexual dentro del matrimonio tiene como finalidad crear nueva vida.

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

En México, como en todo el mundo, la familia y por ende, el matrimonio atraviesa por una crisis grave, y esto lleva a una desintegración familiar y que esta desintegración familiar supone la pérdida del equilibrio de la estructura dinámica que mantiene unidos a los miembros de una familia. El esposo ya no es esposo, la esposa ya no es esposa, y consiguientemente, los hijos tampoco tienen marco

¹⁸ Ibidem. p. 139.

inmediato de referencia. Para hablar de esto, “tenemos como base los siguientes indicadores: Divorcio, matrimonio temporal o amor libre, aborto, pérdida de funciones, falta de comunicación, crisis de autoridad y paternidad irresponsable.”¹⁹

Hasta cierto punto, la familia ha perdido la función de instruir a sus hijos. La instrucción actual tan basta, ha hecho imposible que los padres estén capacitados para educar a sus propios hijos, independientemente de sus múltiples ocupaciones y trabajos.

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

Güitrón Fuentevilla, afirma que “la familia está en crisis, porque ha disminuido su importancia en la educación de los hijos y al perder los lazos espirituales de acercamiento entre los miembros de la misma, y así pierden su fuerza los vínculos que unen entre sí a los miembros de un grupo familiar.”²⁰

A lo anterior, podemos agregar que, también desasocia a la familia, la aparición cada vez más fuerte de separaciones entre sí de los miembros de un grupo familiar. Y también desasocia a la familia, la aparición cada vez más fuerte de separaciones entre esposos, que dan lugar a otras familias y concluimos que contra estos factores de disolución debemos alertar para evitar la desaparición próxima de la familia.

B. Antecedentes del matrimonio.

Indudablemente en las primeras letras de este trabajo, en lo referente al génesis y desarrollo de la familia, han quedado implícitos los antecedentes del matrimonio, como actualmente se conoce; al respecto, vale la pena señalar al

¹⁹ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. Op. cit. p. 181.

²⁰ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. 2ª edición, Editorial UNACH, Chiapas, México, 1989. p. 67.

Jurista Jorge Mario Magallón que establece “la historia es maestra de la vida. Esa maestra nos revela que la historia del matrimonio es la historia de la humanidad. Sea que a ésta se le atribuya un origen teológico, mediante la creación de Adán y Eva en el paraíso, o que se le explique en forma materialista, mediante la selección natural y la evolución de las especies, en ambas concepciones, el vértice fundamental de la vida humana, es la unión de los dos sexos.”²¹

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

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

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

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

²¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. Op. cit. p. 103.

²² CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1990. p. 3.

- a) Poligamia; del grupo de matrimonio que comparten maridos entre varias mujeres y por otra parte, varios hombres que comparten mujeres comunes, nace la poligamia. Esta poligamia, asume dos formas: la poliandria y la poliginia.
- b) Poliandria; es la que una sola mujer cohabita con varios hombres, las razones que motivaron la poliandria son diversas, sin existir acuerdo entre los historiadores de cuáles serían las determinantes. Por otra parte, la poliandria es un tipo de familia que implica o lleva al matriarcado; la mujer ejerce la autoridad y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros, sobre todo de los descendientes.

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

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

En la familia sindiásmica se empezó a excluir del matrimonio a los hermanos consanguíneos, luego a los parientes cercanos y finalmente, a los más

lejanos, dando origen a la familia monogámica, la cual es, según Güitrón, “el origen de toda organización familiar, social, estatal y actual.”²³

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

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

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

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

En tanto, Galindo Garfias define el matrimonio “como la unión del varón y la mujer, hecho natural que el derecho eleva a la categoría jurídica con el fin de organizarlo y sancionarlo.”²⁵

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

²³ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Op. cit. p. 136.

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

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

²⁶ Ibidem. p. 473.

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

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

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

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

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

²⁷ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Op. cit. p. 256.

²⁸ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. T.II. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985. p. 42.

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

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

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

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

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

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

C. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Para nosotros esta ley fue un gran adelanto en su época y sobre ella se hubiera podido crear el Código Familiar Federal, que tanta falta le hace a nuestro pueblo, para su mejor proyección social y protección íntegra.

“Sostenemos que Carranza fue un gran socialista y tuvo la preocupación de dar protección a todos por igual, de ahí el corte socialista dado a la Ley Sobre Relaciones Familiares, promulgada el 9 de abril de 1917.”³²

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

³² GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Op. cit. p. 104.

Por su importancia, consideramos justificado hacer un breve análisis de las disposiciones contenidas en la Ley en estudio, así en el artículo 1°, inciso IV se afirma respecto a las formalidades para celebrar el contrato de matrimonio, “que es su voluntad unirse en matrimonio legítimo.”

Esto no es claro, pues la Ley sólo reglamenta el matrimonio legítimo y cierra toda oportunidad eclesiástica, permitiendo la confusión de interpretar a contrario sensu, que existe el matrimonio ilegítimo.

Otras disposiciones de la Ley mencionada se refieren a los derechos y obligaciones nacidos del matrimonio, así el artículo 41 expresa:

“La mujer debe vivir con su marido, pero no estará obligada a hacerlo cuando éste se ausente de la República, o se estableciere en lugar insalubre o en lugar no adecuado a la posición social de aquélla.”³³

En primer lugar, debe deslindarse que el jefe de la familia es el padre, de acuerdo con nuestra legislación, y si éste, por razones económicas, para poder sufragar los gastos del hogar, necesita radicarse en el extranjero, este artículo no refleja la necesidad social. Se supone que debe vivir condenado a prescindir de su esposa y de sus hijos.

En nuestro derecho, si una mujer de posición media o clase alta, decide primero por amor, formar un hogar, casándose con un pobre, y posteriormente alega, ya muerto el cariño, que el marido no la tiene en un lugar a su altura social, aunque sea salubre para ella y para sus hijos, debe tener la obligación de vivir con su marido.

Lo mismo debe decirse cuando los dos cónyuges, siendo de una misma elevada clase social y económica, por azahares, el marido fracasa, y debe soportar sólo su hogar, de acuerdo con sus posibilidades.

³³ Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. 2ª edición, Editorial Secretaría de Gobernación, México, 1990. p. 12.

En la actualidad, la situación mencionada por el artículo citado, ha sido superada, al colocar a la mujer en un plano de igualdad respecto al hombre, pues ahora son dos los que deciden su domicilio y la suerte común. Cada día la mujer logra igualar al hombre en cuanto a garantías y derechos y nuestro legislador, cada vez la coloca en el lugar que le corresponde, tanto como mujer y como esposa y como compañera del hombre.

D. Fines del matrimonio.

Al referirse a los fines del matrimonio, el Tratadista Alberto Pacheco Escobedo, establece de los mismos como primarios y secundarios, en relación a los primeros, señala: “los dos fines primarios o principales del matrimonio; la procreación de la prole y la educación de la prole.”³⁴

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

“Está claro para todo hombre después de la pubertad, que la finalidad más importante del matrimonio es la procreación de hijos y como consecuencia necesaria y exigencia de la naturaleza humana, la educación de los mismos, pues los hijos no nacen educados y es lo natural que sean los padres que les trajeron al mundo los que se encarguen y queden obligados a llevar a cabo su educación.”³⁵

Respecto a los fines del matrimonio secundarios, el tratadista señalado, menciona: “El matrimonio tiene también unos fines secundarios que son la ayuda mutua y el remedio de las pasiones sexuales de los cónyuges.”³⁶

³⁴ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. Op. cit. p. 67.

³⁵ Idem.

³⁶ Ibidem. p. 68.

Concluye el tratadista, haciendo una seria advertencia diciendo: “los fines del matrimonio, tienen entre sí una jerarquía que no puede ser desconocida. Los fines primarios son más importantes que los secundarios, y como tales, deben ser perseguidos prioritariamente a éstos si se invirtieran los términos, se pervertirá el matrimonio y no se lograrían ni siquiera los fines secundarios.”³⁷

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

E. Situación socio-jurídica de la familia y el matrimonio en México en la actualidad.

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

³⁷ Idem.

Por lo regular, la situación socio-jurídica que vive la familia mexicana en la actualidad, se traduce a problemas y controversias de contenido económico más que jurídico, es decir, los problemas que se resuelven en los Tribunales Familiares se resumen a cuestiones pecuniarias llámense, pensiones alimenticias, liquidación de la sociedad conyugal que se traducen en el pleito eterno de la guarda y custodia de los hijos, es decir, el ejercicio de ésta, acarrea por consiguiente, la obtención de una pensión al menos mientras el hijo cumpla la mayoría de edad o esté estudiando una carrera profesional acorde con su edad.

En la actualidad, la situación socio-jurídica de la familia presenta varios cambios en sus roles sociales, razón por la cual, se ocasionan mayores divorcios en atención a que muchas de las veces, la mujer aporta más a la casa que el hombre y esto, no es bien visto ni por la sociedad ni por la familia de la esposa, lo que ocasiona que al varón se le tilde de mantenido; o por la cultura que tenemos en México como hombre de poca valía. Aunado a esto, el legislador con las reformas del 3 de octubre del 2008 al desaparecer las causales de divorcio está propiciando con esto, la destrucción de la célula primaria de la sociedad.

No estamos en desacuerdo con las reformas, sino que éstas no se hicieron conforme a Derecho y peor aún, al matrimonio y al divorcio se les pretende dar el carácter de contrato sin serlo, pero esto, se abordará en capítulos subsecuentes.

CAPÍTULO II

FORMAS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO

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

A. Muerte.

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

Con la muerte de algunos de los cónyuges, el cónyuge superviviente queda automáticamente en libertad para contraer nuevo matrimonio, si así lo desea; la ley correspondiente no exige ningún otro trámite administrativo. Asimismo, el artículo 290 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que:

“Artículo 290. La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio y los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio.”

Para Sergio Tomás Martínez Arrieta, “la muerte de uno de los cónyuges o de ambos si sucede simultáneamente, acarrea la extinción de la sociedad de manera *ipso iure*, debiéndose proceder de inmediato a la liquidación y partición en los términos en que se hubiere pactado, y sólo a falta de ello, conforme a las reglas generales.”³⁸

Como podemos ver, la muerte de uno de los cónyuges o de ambos, acarrea consecuencias jurídicas para los herederos si los hubo, así como para la familia en general (ascendientes y descendientes), razón por la cual, vemos que esta forma natural de terminar con el vínculo matrimonial, en caso de no haber previsto tal desenlace, tendrá consecuencias determinantes en el futuro de los familiares sobrevivientes.

Para ejemplificar adecuadamente lo anotado, será necesario citar la siguiente jurisprudencia.

“DIVORCIO, MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES TRATÁNDOSE DE (ACTO RECLAMADO. CESACIÓN DE SUS EFECTOS) (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, atento lo dispuesto por el artículo 290 del Código Civil del Estado de Nuevo León, que a la letra establece: “La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio.” Consecuentemente, con la muerte de uno de los esposos cesan los efectos del acto reclamado, puesto que si bien es cierto que la sentencia de segundo grado puede ser modificada con motivo del juicio de amparo, y por ende, no existe juicio concluido, no lo es menos que han cesado los efectos de la sentencia reclamada, como consecuencia del fallecimiento del cónyuge demandado. En tal razón, el juicio de amparo es improcedente, conforme a lo dispuesto en la fracción XVI del artículo 73 de la Ley

³⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio Tomás. Régimen Patrimonial del Matrimonio. 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996. p. 232.

Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales, y, por ende, procede sobreseer en el mismo, de conformidad con lo establecido en la fracción III del artículo 74 de la ley en cita.³⁹

Relacionado con esta tesis jurisprudencial, se encuentra lo que dispone el artículo 243 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando el matrimonio se disuelve por muerte del cónyuge ofendido y se pida la acción de nulidad que nace de la causa prevista en la fracción V del artículo 156 del ordenamiento citado. Asimismo, el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal en su fracción II, establece que, se presumirán hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando, no haya contraído nuevo matrimonio la ex cónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

B. Nulidad.

De acuerdo con Rafael De Pina y Rafael De Pina Vara, en su Diccionario de Derecho, nulidad significa “la ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de la ilicitud de su objeto o de su fin, de la carencia de los requisitos esenciales exigidos para su realización o de la concurrencia de algún vicio de la voluntad en el momento de su celebración.

La nulidad puede ser absoluta (insubsanable) o relativa (subsanaable).⁴⁰

Ahora bien, por lo que respecta a la nulidad del matrimonio, podemos decir que esta, es la disolución del vínculo matrimonial por causas que antecedieron a la

³⁹ Semanario Judicial de la Federación. T. 127-132, Cuarta Parte, Amparo Directo, 3374/78, Noviembre, México, 1979. p. 83.

⁴⁰ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 20ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005. p. 383.

celebración de este, o también, por la ausencia de formalidades que para este se exigen.

Con relación a los autores Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, “son causas de nulidad de un matrimonio:

- 1) Que el error sea acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndose un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada lo contrae con otra;
- 2) Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal, siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
- 3) Que se haya celebrado en contravención con lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 del ordenamiento antes citado.”⁴¹

Para estar acorde con lo antes anotado, será conveniente señalar que el Código Civil para el Distrito Federal, dedica en el Capítulo IX denominado de los matrimonios nulos e ilícitos en sus artículos 235 al 263, ya que el 264 y 265 de este ordenamiento se encuentran derogados varias causas, procedencias, acciones y modalidades de los matrimonios nulos e ilícito, es decir, quiénes, tienen derecho a pedir la nulidad del matrimonio y en general todo lo que concierne a estos tópicos.

Así el artículo 235 del ordenamiento civil citado, establece que, “son causas de nulidad de un matrimonio:

- I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndose un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;

⁴¹ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2006. p. 149.

- II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156 siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
- III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.⁴²

De lo anterior, podemos decir que la nulidad del matrimonio, es la invalidez que se produce cuando el matrimonio no reúne alguno de los requisitos exigidos como esenciales por la ley o cuando se celebre en contra de una prohibición dirimente y se caracteriza por dar lugar a una ineficacia *ipso jure* insubsanable y absoluta.

Para señalar en forma adecuada las características de la nulidad del matrimonio, será conveniente mencionar algunos artículos del Código Civil para el Distrito Federal únicamente como referencia para así decir con nuestras propias palabras que dentro de dichos caracteres se encuentran los siguientes:

- Puede invocar la nulidad quien señale expresamente la ley, este derecho de acción no se puede transmitir por causa de muerte o por acto inter vivos. Lo anterior está consagrado en el artículo 251 del Código Civil para el Distrito Federal, donde se lee lo siguiente.

“Artículo 251. El derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quien la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquél a quien heredan.”⁴³

- Se presume que el matrimonio es válido hasta que la sentencia que cause ejecutoria declare lo contrario. Lo anterior se desprende del

⁴² Legislación Civil para el D.F. Código Civil para el Distrito Federal. 2ª edición, Editorial Sista, México, 2008. p. 49.

⁴³ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Leyes y Códigos de México. Código Civil para el Distrito Federal revisado, actualizado y acotado. 73ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005. p.p. 61 y 62.

artículo 253 del Código Civil para el Distrito Federal, en el cual puntualiza:

“Artículo 253. El matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido. Sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria.”⁴⁴

- Existe una presunción de que el matrimonio se celebró de buena fe como se establece en el artículo 257 del Código Civil para el Distrito Federal. Si lo anterior se manifiesta tal y como se señaló, producirá efectos hasta que se declare su nulidad como se desprende de la lectura del artículo 255 del ordenamiento civil citado, lo cual, es una excepción a que los efectos de los actos tanto nulos absolutos como relativos son destruidos retroactivamente. Lo anterior se corrobora al leer los artículos 2225 y 2226 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo anterior, se infiere que en el matrimonio se estará ante la presencia de una nulidad especial, y no se podrá celebrarse transacción ni compromiso en árbitros acerca de la acción de nulidad.

Una vez definida la nulidad del matrimonio, sus características y señalado los artículos que la regulan, corresponderá señalar, cuáles son los efectos de la nulidad del matrimonio, que principalmente se dan: Entre los cónyuges, para los hijos y en razón de los bienes. Los efectos mencionados, se presentan así:

Entre cónyuges:

- a) Se da el rompimiento del vínculo del matrimonio.
- b) Cuando el matrimonio se contrajo de buena fe, producirá todos sus efectos mientras dure entre los cónyuges y en todo tiempo a favor de los hijos.

⁴⁴ Ibidem. p. 62.

- c) Cuando exista buena fe sólo de uno de los cónyuges, sólo producirá efectos para éste y sus hijos.
- d) Cuando hay mala fe respecto de ambos, sólo producirá efecto a favor de los hijos.
- e) Cuando se presente la demanda, se tomarán las medidas a que se refiere el reformado artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal que establece que desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo, en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes.

A. De oficio:

- I. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;
- II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;
- III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

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

B. Una vez contestada la solicitud:

- I. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.
- II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

- III. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;
- IV. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se

encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición.

Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

V. Las demás que considere necesarias.

“Artículo 262. Declarada la nulidad del matrimonio, se observarán respecto de las donaciones antenuptiales, las reglas siguientes:

- I. Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas;
- II. Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos;
- III. Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes;
- IV. Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho, quedarán a favor de sus acreedores alimentarios. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad.”⁴⁵

Como podemos ver, la buena y mala fe de los cónyuges genera consecuencias de derecho con relación a éstos, los hijos y bienes que se hayan adquirido, que muchas de las veces son de trascendencia importante en la vida futura de los padres e hijos. A efecto de profundizar en el tema, será oportuno explicar el punto siguiente.

⁴⁵ Legislación Civil para el D.F. Op. cit. p. 50.

1. La mala fe de uno de los cónyuges en la nulidad del matrimonio.

Bonnecase Julián, distinguido jurista francés, asevera que, “el dolo y la mala fe, tienen los mismos efectos jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por decirlo así activo, y la mala fe pasiva. Procede con dolo el que procura persuadir al comprador que el objeto es de oro cuando es de cobre, y con mala fe, el vendedor a quien el comprador ofrece un precio como si el objeto fuese de oro y no lo desengaña de que el objeto no es de oro.”⁴⁶

“El dolo y la mala fe, importan siempre premeditación, y propósito de engañar o de no desengañar, cuando el error ha nacido naturalmente.”⁴⁷

Recogiendo estas ideas, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1815 establece que: “Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”

De lo anterior se infiere que no puede hablarse de dolo entre las partes que simulan un contrato, sino cuando éstas tratan de oponerlo a un tercero, ya que conforme al artículo 1815 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se entiende por dolo, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, y es evidente que quienes convienen en simular un acto, no se engañan entre sí, puesto que están de acuerdo en dar una apariencia de realidad a lo que no la tiene, y en la simulación relativa se proponen ocultar el acto que en realidad celebran, con otro fingido, con el fin de obtener mayores garantías, o con cualquiera otro propósito; pero de cualquier manera, no puede decirse que los simuladores de un acto, emplean sugestioniones o artificios entre sí, para engañarse mutuamente o mantenerse en un error.

⁴⁶ BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho Civil. T.I. 6ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1977. p. 259.

⁴⁷ Ibidem. p. 260.

En otras palabras, se puede decir que tanto el dolo como la mala fe, son vicios de la voluntad para contraer matrimonio, porque a la parte que lo sufre, se le ha impedido conocer la realidad del acto que se pretende realizar y que de conocerlo, no se hubiere celebrado, como es el caso del que se casa dos veces sin haber disuelto el primer matrimonio o si uno de los cónyuges oculta sus preferencias sexuales o inclusive, si se casa con documentos falsos o con otro nombre.

En cuanto a los efectos del dolo y de la mala fe, el Código Civil vigente en el Distrito Federal, dispone en su artículo 1816 que: “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.”

A la luz del artículo 1816 del Código Civil para el Distrito Federal, el jurista Manuel Borja Soriano, comenta que, “cuando haya dolo o mala fe, el contratante que ha incurrido en error, puede pedir la nulidad, aunque al celebrarse el contrato no haya declarado el motivo determinante de su voluntad, ni ese motivo se pruebe, precisamente por las circunstancias del mismo contrato, requisitos que se requieren cuando el error es fortuito o casual.”⁴⁸

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

Este artículo plantea que se encuentren coludidos un tercero con la parte que se aprovecha del error del otro contratante, por lo que ambos desean perjudicarlo y obtener un beneficio ilícito.

⁴⁸ BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 10ª edición, Editorial Porrúa, 1985. p. 329.

Para los autores Marcel Planiol y George Ripert, “una sola condición será exigida, pero inexorablemente para que el dolo obre como vicio del consentimiento; se requiere que haya influido verdaderamente sobre la voluntad de la víctima, que la haya engañado, que su papel haya sido seductor.”⁴⁹

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

2. La buena fe de uno de los cónyuges en la nulidad del matrimonio.

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

El matrimonio debe contraerse de buena fe, por lo menos así se supone, y adquiere la presunción de ser válido, requiriéndose, para destruir esta presunción, prueba plena. En tal virtud, mientras no se demuestre la mala fe de uno de los cónyuges, se presume que este fue contraído de buena fe y así lo establecen los artículos 255, 256 primer párrafo y 257 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 255. El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo a favor de sus hijos.”⁵⁰

La doctrina canónica, considera que “los hijos nacidos de matrimonio nulo, son considerados como vástagos de nupcias válidas, por principios de derecho natural, en virtud de que no puede perjudicarse a un tercero que no está implicado

⁴⁹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T.II. 4ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1979. p. 216.

⁵⁰ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Leyes y Códigos de México. Op. cit. p. 62.

en la nulidad del negocio, y que además, sus facultades se pueden ver afectadas por la declaración de invalidez del matrimonio. Así, se ha considerado que, sin importar el estado de matrimonio, los hijos deben conservar todas sus prerrogativas.”⁵¹

Con relación a este artículo, podemos decir que la regla general que opera en este, es como en cualquier otro negocio jurídico, es decir, que el negocio nulo o anulado no producirá ningún efecto y que esta ineficacia opera con efectos retroactivos. Pero esta regla de absoluta ineficacia retroactiva tiene importantes excepciones que dan fuerza a la apariencia del matrimonio, en beneficio del contrayente en buena fe, de los hijos y también en beneficio de la seguridad de las relaciones jurídicas.

“Artículo 256. Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.”

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

“Artículo 257. La buena fe se presume, para destruir esta presunción se requiere prueba plena.”

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

⁵¹ OLEA Y REYNOSO, Francisco Huber. Derecho Canónico Matrimonial. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2006. p. 129.

3. La mala fe de ambos cónyuges en la nulidad del matrimonio.

En esta hipótesis, se presume que ambos cónyuges sabían de las anomalías que presentaba cualquiera de estos antes de contraer el matrimonio más sin embargo, ambos decidieron casarse, es decir, caso común se presenta cuando los dos a pesar de tener conocimiento de que estaban casados contrajeron nuevo matrimonio.

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

De acuerdo con lo expuesto, los hijos no deben sufrir las consecuencias de los actos de los padres o de la nulidad del matrimonio de estos, pues se considera que aquél existió válidamente. En tal virtud, los hijos tendrán la calidad de hijos en toda la extensión de la palabra como si fueran nacidos de matrimonio con los mismos derechos.

Al respecto, el artículo 256 del Código Civil para el Distrito Federal, establece en su párrafo segundo que: “Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.”

Con relación a lo anterior, Bernaldo de Quiroz, comenta que, “nuestro derecho acoge con gran amplitud la doctrina del matrimonio putativo, ya que se trata de una doctrina de larga duración; que apareció en el siglo XII en el ordenamiento canónico y que hacen aplicación de ella las Partidas. Inicialmente fue siempre fundamento de las excepciones, la buena fe de uno de los contrayentes, después para algunas excepciones, va a ser posible fundamento la sola apariencia del matrimonio en cuanto a acto.”⁵²

⁵² DE QUIROZ PEÑA, Bernaldo. Derecho de Familia. 4ª edición, Editorial Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, sección de publicaciones. Madrid, España, 1992. p. 85.

Para ahondar sobre el tema, será necesario lo que al respecto establece la siguiente tesis jurisprudencial.

“RECONOCIMIENTO DE HIJO EN EL ACTO DEL MATRIMONIO. LA ILICITUD O NULIDAD DE ESTE NO AFECTA A AQUEL. De lo dispuesto en los artículos 255 y 256 del Código Civil para el Distrito Federal, se deriva que el matrimonio aunque sea declarado nulo, siempre producirá efectos civiles a favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante el matrimonio y trescientos días después de la declaración de nulidad si no se hubieren separado los consortes o desde su separación en caso contrario y sólo variará en relación a sus efectos respecto de los cónyuges, dependiendo de si hubo buena fe de ambos, mala fe de uno de ellos, o mala fe en ambos al contraerlo. Por tal razón, ni la nulidad, ni mucho menos la ilicitud de un matrimonio, pueden traer consigo la nulidad del reconocimiento de un menor que se haya efectuado al contraerse el matrimonio porque al existir disposición expresa en el sentido de que el matrimonio, aunque sea declarado nulo, producirá efectos a favor de los hijos, se concluye que la nulidad de un matrimonio y la del reconocimiento de un menor, son acciones diversas e independientes entre sí, de manera tal, que la procedencia de la primera no puede tener como consecuencia la de la segunda, máxime que uno de los efectos del matrimonio es que se tenga como hijos nacidos de matrimonio a los habidos antes de su celebración, si fueron reconocidos expresamente al celebrarlo y dicho reconocimiento no es revocable por el que lo hizo de acuerdo con lo preceptuado por el diverso numeral 367.”⁵³

Para el caso de que hubiere habido donaciones antenuptiales y el matrimonio fuere declarado nulo, se debe tomar en cuenta las reglas que establece el artículo 219 del Código Civil para el Distrito Federal:

⁵³ Semanario Judicial de la Federación. T. I. Octava Época, Tercera Sala, México, 1987. p. 367.

“Artículo 219. Son donaciones antenuptiales:

- I. Las realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado; y
- II. Las que un tercero hace a alguno o a ambos de los futuros cónyuges, en consideración del matrimonio”.

Si al declararse la nulidad del matrimonio, la mujer estuviere encinta, se tomarán las precauciones a que se refieren las disposiciones comunes a las sucesiones testamentarias y legítimas, contenidas en los artículos 1638 al 1648 del Código Civil para el Distrito Federal.

C. Divorcio.

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

Ahora bien, las objeciones han partido primordialmente de las creencias religiosas, fundamentalmente el Cristianismo, los adversarios del divorcio lo condenan por desobedecer las enseñanzas de la Iglesia que señalaba, “el verdadero motivo porque las leyes civiles están obligadas a admitir el divorcio, es la libertad de los cultos; hay cultos que autorizan el divorcio, otros que lo prohíben;

por tanto, la ley debe permitirlo, a fin de que puedan recurrir a él, aquellas personas cuya creencia se los permite.”⁵⁴

Atendiendo al interés de los hijos, se ha dicho que el divorcio los sacrifica sin atender a las graves consecuencias que produce la separación absoluta de sus padres, y no mira sino el interés de éstos. “No desconocemos que son sin duda, los hijos los más afectados, pero no es todo lo fundado que parece la objeción que lo combate en razón de ella, ya que no es la ruptura legal del matrimonio la que los afecta, sino la ruptura de hecho que se produce entre los padres y que origina odios, rencores y sentimientos de animadversión entre los esposos, y que cada uno tratará de inculcar a los menores, dando por resultado un daño mayor e irreparable para los hijos, que no obstante, separados de sus padres, lograrán recibir una educación adecuada.”⁵⁵

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

Antes de las reformas del 3 de octubre del 2008, el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, establecía que el divorcio disolvía el vínculo del matrimonio y dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Se establecía también, que el divorcio se clasificaba en voluntario y necesario. Era voluntario, cuando se solicitaba de común acuerdo por los cónyuges y se sustanciaba, administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Era necesario, cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial,

⁵⁴ KNECHT, Augusto. Derecho Matrimonial Católico. 3ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1954. p. 59.

⁵⁵ FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. 3ª edición, Editorial UTEHA, México, 1963. p. 135.

fundado en una o más de las causales que se establecían en el artículo 267 de este ordenamiento, las cuales han desaparecido.

Actualmente, el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, precisa lo siguiente:

“Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. **Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo. Solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.”**

“Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contenerlos siguientes requisitos:

- I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;
- II. 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;
- III. El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;
- IV. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;

- V. 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;
- VI. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.”

1. Divorcio voluntario administrativo.

El Código Civil para el Distrito Federal, contemplaba como ya lo dijimos, dos especies de Divorcio: el que se denominaba Divorcio Necesario y el Divorcio Voluntario; para éste último, se establecían dos formas a saber: el Administrativo y el Judicial, siendo la distinción con motivo de la autoridad ante la cual se practicaba.

Respecto al Divorcio Administrativo, “este carece de antecedentes en nuestra legislación mexicana; ni los anteriores códigos civiles de 70 y 84, ni la Ley Sobre Relaciones Familiares, hacían referencia alguna sobre este tipo de disolución matrimonial. Toca al legislador del Código de 1928, en su intensa búsqueda de figuras jurídicas nuevas por las diversas legislaciones de los países más avanzados, hizo encajar esta institución que nos ocupa dentro del Derecho Positivo Mexicano.”⁵⁶

⁵⁶ GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio. Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1932. p. 223.

“La tendencia social del régimen del General Don Plutarco Elías Calles, cuyo espíritu revolucionario iba sinceramente acorde con las ideas que motivaron el movimiento de 1910; aunada a la inclinación siempre atractiva de todo lo nuevo, que en este caso, era la naciente Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, con su moderna legislación apoyada en un sistema doctrinario totalmente distinto al que había inspirado los anteriores códigos de naciones que tradicionalmente se han considerado como avanzadas; motivó que el legislador sintiera especial inclinación por determinadas instituciones de estos países, que, a la vez que significando un progresista avance jurídico y social, no fueran contrarias al espíritu de nuestra organización administrativa.”⁵⁷

Es así como entra a formar parte de la tradición jurídica mexicana el divorcio administrativo, que se reglamentó en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 en su artículo 258-Bis, que señalaba:

“Artículo 258-Bis. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

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

⁵⁷ Ibidem. p. 226.

El divorcio así obtenido no surtía efectos legales si se acreditaba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad o no habían liquidado su sociedad conyugal, y en este caso, se hacía la denuncia penal correspondiente.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.”

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

Con este tipo de divorcio, la institución del matrimonio se relaja y deja de ser la tradicional forma de vida familiar de recios lazos, para convertirse en una peligrosa bomba de tiempo.”⁵⁸

2. Divorcio voluntario judicial.

“Esta clase de divorcio, tiene como antecedente remoto, el establecido en el Derecho Romano, bajo la denominación de Bona Gratia, donde, sin existir formalidad alguna para su aplicación, era suficiente el consentimiento de los esposos.”⁵⁹

⁵⁸ PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. La Obligación Alimentaria. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1989. p. 147.

⁵⁹ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983. p. 321.

Sin embargo, su antecedente inmediato y directo dentro de su regulación jurídica actual, lo encontramos en las leyes emanadas de la Revolución Francesa.

La Ley de 1792, lo reglamenta por vez primera, aunque en forma somera, al argumentar que, “como los esposos están de acuerdo para separarse, se había considerado inútil la intervención del tribunal, limitándose el legislador a rodear este divorcio de algunas precauciones, destinadas a impedir la ruptura demasiado fácil del matrimonio; las principales consistían en plazos sucesivos impuestos a los esposos y en su comparecencia ante una asamblea compuesta de seis parientes o amigos.”⁶⁰

Posteriormente, el Código Napoleón, lo regula más severamente rodeándolo de suficientes garantías que impidieran su abuso. En aquel entonces, se alegó a su favor que la existencia del mutuo consentimiento evidenciaba ya la presencia de causas reales ocultas, que los esposos preferían guardar en secreto, en vez de exhibir la vergüenza de su fracaso ante el escándalo social, por lo que debería dispensárseles no revelar los motivos de su separación.

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

Realmente, más que un convenio, lo que se acompaña en este juicio, es un proyecto que está sujeto a las objeciones que de él haga el Ministerio Público, en función de representante social. La finalidad primordial de este proyecto de convenio, es garantizar los derechos de los menores o incapacitados, y secundariamente los intereses de los cónyuges y la administración y liquidación de la sociedad conyugal.

“El procedimiento para obtener esta clase de divorcio, es bastante sencillo y muy rápido; tal parece que nuestros legisladores corrieron prisa en la aprobación

⁶⁰ PLANIOL, Marcel. Op. cit. p. 324.

de esta parte del proyecto del Código. Fue suficiente que consideraran garantizados los intereses monetarios de los hijos habidos en el matrimonio, para creer cumplida su misión.”⁶¹

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

Así vemos que la ley requiere que la primera junta de avenencia debe celebrarse precisamente después de los ocho pero antes de los quince días en que el Juez de entrada a la solicitud de divorcio. En el caso de no ser posible la reconciliación en la primera junta, podrán los cónyuges solicitar una segunda que se señalará dentro de un plazo idéntico al anterior, a partir de que el tribunal conozca de esta petición; y de no ser posible tampoco la reconciliación en esta segunda junta después de que el Juez trató de avenirlos, previa aprobación del convenio con la conformidad del Ministerio Público se decretará sentencia disolviendo el vínculo matrimonial.

3. Divorcio Necesario.

Actualmente, el divorcio necesario desapareció de nuestra reglamentación civil y únicamente, se señala para este efecto lo establecido en el artículo 267 ahora reformado del Código Civil para el Distrito Federal, donde en lugar de decir demanda, se establece que el cónyuge, de manera unilateral que promueve el

⁶¹ PENICHE LÓPEZ, Edgardo. Introducción al Derecho Civil. Lecciones de Derecho Civil. 18ª edición, Editorial Porrúa, México, 1984. p. 317.

juicio de divorcio, deberá acompañar a su solicitud, la propuesta de convenio, para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial.

Queremos hacer la aclaración que en ningún libro de Derecho Procesal se señala, o se supla la palabra demanda por solicitud, como actualmente se establece en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

CAPÍTULO III

DE LOS CONVENIOS EN GENERAL

El análisis del presente capítulo va encaminado a tener una visión general de los convenios, respecto a los diversos requisitos que se requieren para su existencia y validez, considerando asimismo, lo que para que tal fin establecen los tratadistas de la materia.

A. Concepto.

El vocablo convenio puede ser conceptuado desde distintos puntos de vista a saber: gramatical, etimológico, jurídico doctrinal y legal. Javier Tapia Ramírez, con relación al convenio en general, advierte:

“Con relación a si los términos contrato y convenio son sinónimos, cabe señalar que dentro de la terminología jurídica y etimológicamente hablando, contrato proviene del latín **contraere** (obligaciones), concepto que se ajusta a los acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear o modificar obligaciones entre las partes.

Convenio, en cambio, abarca el acuerdo cuya finalidad se traduce en crear, transferir, extinguir derechos y obligaciones; por lo tanto, convenio sería el género, y contrato la especie, tal y como lo acepta la doctrina en general. Por nuestra parte, consideramos que la distinción es ociosa, ya que nuestro sistema de derecho privado los utiliza como sinónimos, y si bien es cierto que en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, se define al convenio y al contrato respectivamente, también lo es que en disposiciones que regulan a la novación y a la transacción se refiere indistintamente al contrato como convenio y viceversa.”⁶²

⁶² TAPIA RAMÍREZ, Javier. Derecho de Obligaciones. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005. p. 138.

El Diccionario Jurídico Mexicano, ofrece la siguiente definición del término convenio:

“De convenir y éste del latín **convenire** ser de un mismo parecer, ajuste o concierto entre dos o más personas.

En el Derecho Romano eran considerados como una fuente de obligaciones de inferior categoría de los contratos en virtud de que por sí solos no generaban obligaciones, para ello, era necesario que: a) estuvieran unidas a un contrato principal (**pacta adiecta**); b) los amparara el derecho pretorio (**pacta pretoria**), o c) los amparara el derecho imperial (**pacta legitima**). Para que surtieran efectos, iban acompañados de palabras solemnes o menciones escritas y su cumplimiento se garantizaba a través de estipulaciones penales, de la entrega de arras, de la constitución de hipoteca o permuta, o del aval de una tercera persona.”⁶³

El coordinador de la obra Compendio de Términos de Derecho Civil, al referirse al convenio, anota lo siguiente:

“Convenio. Concurrencia de voluntades expresada en una convención, pacto, contrato, tratado o ajuste. Texto que contiene lo acordado en éste. Ajuste, acuerdo, convención, contrato, concierto, estipulación, alianza, tratado, compromiso, avenencia y concordancia que impliquen acuerdo de las partes, independientemente de las diferencias técnicas que correspondan a cada uno.”⁶⁴

Refiriéndose al concepto de convenio, Rafal De Pina, hace el siguiente comentario:

“La concepción del contrato civil, en la doctrina y en la legislación, se bifurca en dos direcciones: una, calificada de amplia, que identifica los términos

⁶³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. A-CH. 13ª edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1999. p. 739.

⁶⁴ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. (Coordinador). Compendio de Términos de Derecho Civil. s/e., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2004. p. 92.

convenio y contrato, y otra restringida, que los separa, distinguiendo entre convenio y contrato.

El Código Civil para el Distrito Federal, se encuentra dentro de esta última dirección, definiendo el convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transformar, modificar o extinguir obligaciones. Añade que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

Consecuentemente, la definición del contrato civil, desde el punto de vista legal, se debe formular diciendo que es el convenio que produce o transfiere las obligaciones y derechos.

La identificación del convenio con el contrato, la encontramos por ejemplo, en el Código Civil Italiano vigente, que define el contrato como el acuerdo de dos o más personas para conseguir, regular o extinguir entre sí, una relación jurídica patrimonial.⁶⁵

Con un criterio diferente, pero con el mismo fondo, el jurista Ramón Sánchez Medal, hace la siguiente afirmación:

“El Código Civil distingue entre convenio y contrato, pues considera a éste, la especie y a aquél el género: convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (1792), y contratos son, los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos (1793).

Esta distinción tiene su antecedente en el Código Civil Francés, que distingue la convención o acuerdo de voluntades, que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación.”⁶⁶

⁶⁵ DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.III. Obligaciones Civiles-Contratos en General. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993. p.p. 269,270.

⁶⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994. p. 4.

Con relación al tema de estudio, Mauricio Figueroa, ofrece el comentario siguiente: “El Derecho regula la conducta humana. Algunas conductas humanas son actos jurídicos. Los convenios (en sentido amplio) son actos jurídicos. Los convenios en sentido amplio se dividen en:

- A. Convenios (en sentido estricto).
- B. Contratos.

De acuerdo con el Código Civil Federal Mexicano de 1928, el convenio (en sentido amplio) es un acuerdo de voluntades para crear (producir), transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

El convenio (en sentido estricto) es el acuerdo de voluntades para modificar o extinguir derechos y obligaciones.

El contrato es el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones.”⁶⁷

El jurista Manuel Chávez Asencio, con un criterio absolutamente distinto a los vertidos, al hacer referencia al convenio, asienta: “Al referirme al convenio conyugal y familiar estoy haciendo referencia al acuerdo de voluntades, pero no con la amplitud que se contiene en el artículo 1792 del Código Civil, en donde se expresa que el convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. De los efectos del convenio al que se refiere este estudio se suprimen los de crear, transferir y extinguir deberes y obligaciones, pues estos convenios hacen referencia a relaciones jurídicas preestablecidas, bien sea por actos jurídicos como el matrimonio, la adopción, etc., o por hechos jurídicos como son la concepción, la gestación y el nacimiento en la relación paterno-filial. Son convenios que dentro de la relación jurídica conyugal o familiar, regulan o modifican el cumplimiento de los deberes y las obligaciones y el ejercicio de los derechos.

⁶⁷ FIGUEROA, Luis Mauricio. Contratos Civiles. s/e., Editorial Porrúa, México, 2007. p. 1.

Es decir, los convenios conyugales y familiares requieren como presupuesto la existencia de la relación jurídica conyugal o familiar, a la cual, hacen referencia en el estatuto generado por el acuerdo de voluntades. Estos convenios, consecuentemente, no generan relación jurídica alguna; no son constitutivos, o dicho de otra forma, no tienen como finalidad crear algún estado jurídico.

Tampoco tienen el efecto de transmitir deberes, pues éstos son personales e intransferibles de los sujetos de cada relación. No se pueden transferir los deberes conyugales, ni los derivados de la patria potestad (exceptuando el caso de adopción).

Por último, tampoco se puede convenir la extinción de los deberes, obligaciones y derechos conyugales o familiares, pues para lograrlo, se requerirá de resolución judicial que declare disuelto el vínculo, o la pérdida o suspensión de la patria potestad.”⁶⁸

Finalmente, el jurista Salvador Orizaba Monroy, al tenor expresa: “Si bien es cierto que el contrato si es un acto de voluntad de cada uno de los contratantes, cuya conjunción forma el consentimiento, para la obtención de efectos de Derecho, consistentes según nuestro Código Civil, en la creación de la transmisión de Derechos o de Obligaciones, quedando reservado el término convenio para la producción de otros efectos jurídicos, como son la modificación o la extinción de ellos.”⁶⁹

Tras lo establecido, podemos recordar entonces que, conforme a los indicados preceptos, el contrato es una especie del género convenio, y que el primero de tales vocablos sólo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales, se producen o transfieren obligaciones o

⁶⁸ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993. p.p. 27,28.

⁶⁹ ORIZABA MONROY, Salvador. Contratos Civiles. s/e., Editorial PAC, México, 2006. p. 1.

derechos; cuando se modifiquen o extingan obligaciones, será menester el empleo de la palabra convenio.

A pesar de ser inferida, durante la exposición de los tratadistas invocados, es necesario plasmar la definición legal de convenio, y, la misma se desprende de la interpretación del artículo 1792 en relación con el 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, donde se establece:

“Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

“Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.”

Ahora bien, la distinción que se establece entre el convenio y el contrato ha venido perdiendo interés hasta llegar al momento actual en que no tiene mayor relevancia, ya que ambos términos se utilizan indistintamente.

Sin embargo, es conveniente estar concientes de que el Código Civil para el Distrito Federal, distingue entre convenio y contrato. El convenio viene a ser una acepción más general en relación con el contrato que es la especie.

En conclusión, para que exista el convenio, se requiere:

- a) El acuerdo entre dos o más personas.
- b) Que ese acuerdo tenga por objeto crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

B. El convenio como fuente de obligaciones.

Para iniciar el estudio del presente punto, vamos a precisar inicialmente, el significado gramatical y etimológico de la palabra obligación, para posteriormente, abordar de qué manera, el convenio es fuente de obligaciones.

“La palabra obligación, gramaticalmente, significa una imposición o exigencia de carácter moral que impone límite a la libertad; es decir, que debe regir la voluntad de quien la tiene. Etimológicamente se deriva del latín **obligatio**, palabra compuesta por las raíces **ob**, delante, por causa de, alrededor, y **ligatio**, cuyo significado es atar, ligar, amarrar. Así, **obligare** es ligar alrededor, atar a una o más personas para que hagan o efectúen algo o se abstengan de hacerlo, en interés de una o más personas.”⁷⁰

Creemos que lo vertido por el tratadista en comento, no requiere aclaración alguna, ya que, define de manera clara y objetiva el significado de la obligación en el ámbito gramatical y etimológico.

Doctrinalmente, las fuentes de las obligaciones han encontrado diversos expositores y clasificaciones por consecuencia.

“Fuentes de las obligaciones. Son los hechos o actos jurídicos que en cuanto tales, generan obligaciones. Se encuentran como tales, los hechos y los actos jurídicos, los delitos, los contratos, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, la responsabilidad objetiva, el hecho ilícito, la ley y los hechos puramente materiales, los documentos civiles pagaderos a la orden o al portador, la declaración unilateral de la voluntad, la estipulación a favor de tercero, entre otros.”⁷¹

Por su parte, Rafael De Pina, en su obra en consulta, al referirse al tema, expone: “El problema de las fuentes de las obligaciones, como ha escrito Castán, no ha recibido todavía en el estado actual de la ciencia del derecho, una solución unánime y definitiva.

Por esto, sin duda, existe una multiplicidad excesiva de posiciones doctrinales más o menos fundadas que contribuyen a obscurecer, más que a

⁷⁰ TAPIA RAMÍREZ, Javier. Op. cit. p. 5.

⁷¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Compendio de Términos de Derecho Civil. Op. cit. p. 260.

esclarecer, este tema, que es verdaderamente fundamentalmente en relación con el complicado y difícil estudio de las obligaciones civiles.

La expresión, fuentes de las obligaciones, equivale a tanto como a origen de las obligaciones. Fuente de la obligación es, por consiguiente, la norma, hecho o acto que da lugar a su nacimiento.

Bajo la influencia del Derecho Romano, han venido considerándose como fuente u origen de las obligaciones el contrato, el cuasi-contrato, el delito y el cuasi-delito, a las que algunos Códigos Civiles del siglo pasado, habían añadido la ley.

El Código Civil para el Distrito Federal, no hace enumeración directa de las fuentes de las obligaciones, pero con vista a diferentes disposiciones que aparecen fuera de una lista especial, deben considerarse como tales, el contrato, la declaración unilateral de la voluntad, los actos ilícitos, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y la ley.⁷²

Comentando sobre las fuentes de las obligaciones, sin hacer especial mención sobre el convenio como fuente de las mismas, el tratadista Ignacio Galindo Garfias, señala:

“Por fuente de la obligación, entendemos la realización de la hipótesis legal, por virtud de la cual, uno o varios sujetos (acreedor o acreedores), están jurídicamente facultados para exigir en su favor de uno o varios sujetos (deudores) la ejecución de un hecho o la realización de determinada conducta que vincula a determinados deudores con acreedores determinados como sujetos activos y pasivos del vínculo jurídico así establecido.”⁷³

⁷² DE PINA, Rafael. Op. cit. p. 60.

⁷³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Teoría de las Obligaciones. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. p. 4.

No debemos omitir los comentarios que sobre el tema, expresan los tratadistas extranjeros.

“La doctrina unánimemente acepta que en el Derecho Francés existen cinco distintas fuentes de las obligaciones: 1. Los contratos, 2. Los cuasi-contratos; 3. Los delitos; 4. Los cuasi-delitos; 5. La ley.

Los contratos son convenciones productivas de obligaciones.

Los cuasicontratos son hechos ilícitos y voluntarios que difieren de los contratos en que excluyen el acuerdo de voluntad, que forma la convención.

Los delitos y los cuasi-delitos difieren de las dos fuentes anteriores en virtud de ser hechos ilícitos. La ley los hace producir obligaciones cuando causan un daño a tercero; impone a su autor la obligación de reparar el mal causado. Por tanto, pueden definirse como actos ilícitos y perjudiciales para terceros. Por otra parte, los delitos difieren de los cuasidelitos en que son ejecutados conscientemente y con intención de dañar, en tanto que los cuasidelitos excluyen esta intención y suponen que el daño ha sido causado por inexperiencia o negligencia, y que no ha sido intencional.

En cuanto a la ley, se le considera como la fuente de todas las obligaciones que no dimanen de ninguna de las cuatro categorías precedentes. También los romanos decían que ciertas obligaciones nacían *lege*.

Esta clasificación no debe ilusionarnos; sin ser enteramente falsa, es superficial; su nomenclatura es viciosa, y no corresponde a la realidad. En sentido estricto, todas las obligaciones se derivan únicamente de dos fuentes: el contrato y la ley.”⁷⁴

⁷⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Vol. 8. Trad Leonel Pereznieta Castro. s/e., Editorial Harla, México, 1997. p. 767.

Andreas Von Tubr, en su tratado de las obligaciones, infiere lo siguiente: “En la sistemática del Derecho Civil, es fundamental la clasificación romana de la obligación en dos grupos principales: **obligationes ex contractu** y **obligationes ex delicto**. Esta división hubo de ser completada más tarde por otras dos categorías accesorias: **obligationes quasi ex contractu**, semejantes por su contenido a las obligaciones contractuales, aunque entre sus hechos constitutivos faltase el elemento esencial del contrato: el acuerdo de voluntades y **obligationes quasi ex delicto**, o sean los deberes de indemnización que no tenían por fundamento el requisito esencial del delito, la culpa. Más, ni aun con esto quedaban agotadas todas las posibilidades, pues existían obligaciones que no podían ser asimiladas a los contratos ni a los delitos: surge así la categoría de **obligationes ex variis causarum figuris**.

Las leyes modernas se ha asimilado esta fundamental clasificación de los romanos, y suelen distinguir dos grupos de obligaciones: las nacidas de contrato y las que tienen su fuente en un acto ilícito, si bien hay algunos Códigos que al lado de estas dos categorías colocan como categoría especial, en atención a su frecuencia e importancia, el enriquecimiento injusto.”⁷⁵

Tras todo lo mencionado, habría necesidad de plantear una pregunta, ¿cuál es la teoría de las fuentes de las obligaciones más veraz? El tratadista Tapia Ramírez, con gran acierto, bajo nuestro punto de vista, da la respuesta, cuando señala: “En realidad, no se puede aseverar cuál de las teorías es la más adecuada a la realidad jurídico-social, y menos en la época de avances científicos y tecnológicos, como el de la informática, pues solamente hemos visto unas cuantas, ya que en esta materia no se ha dicho, como en todas las materias, la palabra final, pues como podemos apreciar, si bien es cierto, que hay coincidencias entre las teorías revisadas, también hay notables diferencias; por lo tanto, no existe el consenso unánime al respecto, aunque, como dicen algunos

⁷⁵ VON TUBR, Andreas. Tratado de las Obligaciones. T.I. Trad. W. Roces. 2ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1934. p. 31.

autores, ha predominado en la actualidad la que establece la dualidad de las fuentes en la voluntad y la ley.”⁷⁶

En cuanto al aspecto exclusivo legal, y específicamente, el Código Civil para el Distrito Federal al hacer referencia al tema, prescribe lo siguiente:

“Son fuente de obligaciones, de acuerdo con el libro cuarto, De las obligaciones, del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, las siguientes:

- a) Las contractuales u obligaciones provenientes de los contratos (artículo 1792).

“Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

- b) Las procedentes de la declaración unilateral de la voluntad (artículo 1860 del Código Civil para el Distrito Federal).

“Artículo 1860. El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.”

- c) Las obligaciones derivadas del enriquecimiento ilegítimo (artículo 1882 del mismo ordenamiento).

“Artículo 1882. El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.”

- d) Las que se originan de la gestión de negocios.

“Artículo 1896. El que sin mandato y sin estar obligado a ello, se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.”

⁷⁶ TAPIA RAMÍREZ, Javier. Op. cit. p. 133.

e) Las obligaciones derivadas del riesgo profesional.

“Artículo 1935. Los patronos son responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores sufridas con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por tanto, los patronos deben pagar la indemnización correspondiente, según que hayan traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrón contrate el trabajo por intermediario.”

En resumen, estamos concientes que, la clasificación legal ofrecida por el Código, no agota de ninguna manera las fuentes de las obligaciones; sobre todo, si atendemos a la diversidad de las opiniones de los tratadistas de la materia, pero, si consideramos, que es amplia la regulación que la legislación en estudio hace del tema.

Ahora bien, como ya establecimos, el convenio se encuentra perfectamente asimilada al contrato, podemos decir que son sinónimos, e incluso señalamos líneas arriba, actualmente es ocioso hacer distinción entre convenio o contrato, por lo tanto, al hacer mención del contrato como fuente de obligaciones nos estaremos refiriendo al convenio, ya que la legislación civil invocada utilizada mayormente el vocablo primero que el segundo, aún cuando como ya lo mencionamos, también el contrato es el convenio en sentido restringido (*strictu sensu*).

C. El convenio como acto jurídico.

Para abordar el estudio del presente punto, será indispensable conceptualizar el término acto jurídico, para posteriormente aplicarlo al convenio, y pueda ser más comprensible nuestra posición frente al tema.

Comenzaremos diciendo que, la palabra acto, tiene un doble sentido, cuando menos en el ámbito del derecho; al respecto, Marcel Planiol establece

que: “Esta palabra en la terminología jurídica, tiene dos sentidos diferentes: designa en ocasiones una operación jurídica, correspondiendo entonces, a la palabra latina **negotium**; otras veces, designa un documento probatorio, destinado a demostrar alguna cosa, respondiendo en este caso, al término latino **instrumentum**.

Son éstos causa de la mayor parte de las relaciones de derecho existentes entre los hombres. Se da el nombre de actos jurídicos a los actos realizados únicamente con objeto de producir uno o varios efectos de derecho; se les llama jurídicos, en razón de la naturaleza de sus efectos.”⁷⁷

Mario Magallón Ibarra, hace referencia al tema, afirmando: “Actos jurídicos. Son los actos voluntarios lícitos que tienen como fin inmediato crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El acto jurídico reviste suma importancia en el derecho, pues constituye el medio por el cual, el hombre se impone consecuencias jurídicas adecuadas a las diversas finalidades que se proponen alcanzar.”⁷⁸

De lo establecido, podemos desprender dos características del acto jurídico, a saber voluntad y licitud.

Sobre la primera de ellas, la voluntad, Planiol hace la siguiente descripción:

“En principio, para realizar un acto jurídico, se requieren, por lo menos, dos personas, porque la mayoría de los actos jurídicos son convenios, es decir, acuerdos de voluntades entre diversas personas. En este caso, las personas que figuran en un acto jurídico, como autores del mismo, reciben el nombre de partes del acto o simplemente el de partes.

⁷⁷ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit. p. 39.

⁷⁸ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. 8.

Es posible también, que una sola persona actuando por sí misma, realice un acto jurídico, siendo éste, entonces, obra de una voluntad única. Ejemplos: la redacción de un testamento; una oferta para vender, o comprar, etc.; la aceptación de esta oferta; la aceptación o repudiación de una sucesión, etcétera”.⁷⁹

Refiriéndose a la voluntad, el citado autor Javier Tapia Ramírez señala: “A mayor abundamiento, el acto jurídico, es cualquier manifestación de la voluntad de una o varias personas con la finalidad de que se produzcan consecuencias de derecho. El convenio, es el acuerdo de voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones”.⁸⁰

Nosotros, consideramos acertado que para convenir debe manifestarse claramente esa intención; pues de acuerdo con nuestra legislación civil, se requiere que la voluntad de las partes se emita de manera expresa, pues resultaría nulo el convenio cuando, por los términos en que esté concebido, no puede venirse en conocimiento de cual haya sido la intención o voluntad de las partes.

En síntesis, observamos que el acto jurídico es un concepto más amplio que el concepto contrato o convenio ya que el mismo incluye cualquier acto que pueda ser convenio o contrato, pues los mismos son actos jurídicos; asimismo nos parece que la descripción del análisis comparativo de convenio y contrato formulado por Tapia Ramírez es especialmente descriptivo del tema de estudio, al señalar: “El convenio tiene un contenido más amplio que el contrato, pues su finalidad es crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, de acuerdo con el artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal, mientras que el contrato solamente crea y transfiere derechos y obligaciones según lo dispone el artículo 1793 del mismo ordenamiento, así todo contrato es un acto jurídico,

⁷⁹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit. p. 41.

⁸⁰ TAPIA RAMÍREZ, Javier. Op. cit. p. 139.

pero no todo acto jurídico es un convenio. Así, podemos decir que el convenio es una especie de acto jurídico y el contrato es una especie del convenio”.⁸¹

D. Elementos de existencia del acto jurídico.

Un acto jurídico, un convenio, para existir necesita ciertos elementos que se encuentran plasmados en el artículo 1794, de la forma que sigue:

“Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.”

Al respecto, se han elaborado grandes y extensas teorías, sobre los llamados elementos esenciales o de existencia de los contratos (convenios) algunas de ellas con excelente transparencia, algunas otras demasiado oscuras, nosotros, hemos de recurrir a ambas para soportar nuestra posición al respecto.

La codificación civil, establece y coloca como el primero de los elementos indispensables para la existencia del contrato, el consentimiento, innumerables tratadistas de la rama del Derecho Civil lo han definido.

Para nuestro trabajo de investigación, haremos referencia a algunas de ellas.

“Este es entendido generalmente como el acuerdo de dos o más voluntades acerca de la producción o transmisión de derechos y obligaciones.”⁸²

“El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos.”⁸³

⁸¹ Idem.

⁸² DE PINA, Rafael. Op. cit. p. 279.

⁸³ FIGUEROA, Luis Mauricio. Op. cit. p. 2.

Sánchez Medal afirma: “El primer elemento de existencia es el consentimiento, el cual ha de entenderse, para este estudio, en dos sentidos: como voluntad del deudor para obligarse y como concurso o acuerdo de voluntades.”⁸⁴

Entonces, para que haya contrato se exige la existencia previa de dos o más manifestaciones de voluntad, recíprocas y correlativas, concurrentes a un fin común a las partes que las producen.

Legalmente el consentimiento, puede tomar dos formas: expreso o tácito.

“Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

El jurista Omar Olvera de Luna, realizando un comentario sobre la materia de estudio, conforma su opinión diciendo: “El consentimiento se da justo cuando la propuesta de una parte y la aceptación de otra, coinciden y armonizan entre sí. Es decir, un contrato se perfecciona con el consentimiento manifiesto de las partes en relación.

De este perfeccionamiento son procedentes: La oferta o propuesta de una de las partes, propuesta naturalmente dirigida a alguien y conteniendo en forma clara, la declaración de voluntad de lo referente: Dicha propuesta además, deberá mantenerse viva hasta el momento de la aceptación, pues de otra forma ésta podría no estar dirigida a algo real vigente.”⁸⁵

⁸⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 30.

⁸⁵ OLVERA DE LUNA, Omar. Contratos Mercantiles. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1995. p. 3.

Como hemos visto, la voluntad de celebrar el acto, es el motor principal que genera su nacimiento.

“Es un elemento complejo por la integración de dos voluntades que se conciertan. Es un acuerdo de voluntades: dos querer que se reúnen y constituyen una voluntad común, que requiere de dos emisiones de voluntad sucesiva, o dos declaraciones unilaterales: La oferta (o propuesta) y la aceptación. El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente, ambas se reúnen y se funden.”⁸⁶

Todo consentimiento, por tanto, implica la manifestación de dos o más voluntades y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico.

Debemos anotar que esas dos voluntades al unirse generan el consentimiento y dada su naturaleza, se forma por una oferta, propuesta o policitud y por la aceptación de la misma. Como es el acuerdo de dos o más voluntades, necesariamente una voluntad debe manifestarse primero y es la oferta o policitud, es decir, que una parte propone a la otra respecto a un asunto de interés jurídico. La aceptación implica la conformidad con la oferta.

Dada la naturaleza de requisito esencial que el consentimiento tiene para la creación del contrato, éste no existe sin aquél.

La calificación de perfecto aplicada a un contrato, significa que reúne todas las condiciones esenciales desde el punto de vista legal para su existencia.

El contrato queda perfeccionado desde el momento en que se ha celebrado con todos los requisitos requeridos por la ley para que pueda ser reconocida su existencia y fuerza obligatoria. Este momento representa el nacimiento del contrato.

⁸⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. s/e., Editorial Harla, México, 1995. p. 54,55.

A reserva que posteriormente abordemos lo relativo a la ausencia del consentimiento; hemos de referirnos al objeto del convenio como elemento esencial de existencia del mismo.

De acuerdo con lo señalado por la fracción II del artículo 1794 del Código Civil que dice:

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

“Teóricamente, según Borja Soriano, recordando a Giorgi, el estudio del objeto del contrato, corresponde más bien a la materia de las obligaciones en general; pero como la mayor parte de las cuestiones relativas al objeto se refieren a las obligaciones contractuales, los autores, por esta consideración, tratan del objeto a propósito de los contratos.

Por nuestra parte, entendemos que éste es, precisamente, el lugar que le corresponde al objeto del contrato, puesto que se trata de un tema particular de la contratación, aunque naturalmente se encuentre íntimamente ligado al de las obligaciones, dado que el contrato es fuente principalísima de ellas.

Como objeto de los contratos, señala el Código Civil, la cosa que el obligado debe dar y el hecho que debe hacer o no hacer.”⁸⁷

Con bastante claridad jurídica, el tratadista en estudio, refiere: “Pueden ser objeto de un contrato, no sólo las cosas presentes, sino también las futuras, no pudiendo serlo, sin embargo, la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento.

El reconocimiento por el Código Civil para el Distrito Federal, (como el de todos los que lo declaran igualmente) de las cosas futuras como el objeto del

⁸⁷ DE PINA, Rafael. Op. cit. p. 291.

contrato, se deriva de la consideración de que, aunque no existan en el momento en que se produce el acuerdo entre las partes contratantes, se trata realmente de cosas que han de existir posteriormente.

A este respecto recuerdan los autores que las ventas o transacciones comerciales, tienen por objeto muy frecuentemente cosas futuras.

El contrato sobre cosas futuras tiene siempre naturaleza condicional.”⁸⁸

A reserva del estudio individualizado de cada una de las características del objeto del contrato, las mismas se clasifican así:

- a) Que exista en la naturaleza.
- b) Que sea determinada o determinable en cuanto a su especie.
- c) Que esté en el comercio.
- d) Que indiferentemente de su carácter positivo o negativo, sea posible y lícita.

Vamos a referirnos a cada una de las características del objeto, para una mejor comprensión. Respecto a la primera, Ignacio Galindo Garfias, hablando del punto, aclara: Hay que hacer previamente una necesaria puntualización, a saber: en principio, la cosa puede no existir en la naturaleza en el momento en que se contrae la obligación; pero existe la posibilidad de que exista en lo futuro. Las cosas futuras pueden ser objeto de contrato, con la excepción clara y terminante que señala el mismo precepto legal a saber: cuando se trate de la herencia de una persona viva, porque el acto de disposición de bienes de todo o parte de sus bienes para después de la muerte del disponente, es esencialmente revocable, por lo que los terceros no tienen poder de disposición sobre los bienes de la herencia en vida del propietario de ellos.”⁸⁹

⁸⁸ Ibidem. p. 293.

⁸⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p.p. 109,110.

Paralelo a la opinión del maestro, Galindo Garfias, el multicitado autor, Rafael De Pina comenta:

“Existencia.- Esta se refiere, como quedó expresado, no exclusivamente a la real en el momento de la contratación, sino también a una existencia futura. El Código de Napoleón, al señalar el objeto del contrato, declara nula la venta de la cosa que no existe o que no puede existir, con lo que admite la posibilidad de que las cosas que pueden existir en el futuro constituyan objeto del contrato.”⁹⁰

Sánchez Medal, al referirse al objeto del contrato, lo denomina como objeto-cosa y establece: “La cosa-objeto o el llamado objeto-cosa del contrato, debe existir en la naturaleza o determinable en cuanto a su especie; y estar en el comercio. Porque si la cosa ya pereció antes del contrato, no habría objeto del contrato.”⁹¹

Concretando lo que los especialistas argumentan, podemos entonces, desprender que el objeto del contrato, debe existir o tener posibilidad de existir, las cosas inexistentes o imposibles de existir posteriormente no pueden ser objeto de contratación.

La cosa debe ser determinada o determinable, en cuanto a su especie, “el segundo de los requisitos que establece el Código Civil para el Distrito Federal para que la cosa pueda válidamente ser objeto de contrato (artículo 1825), es que aquella sea determinada o determinable, es decir, que pueda ser identificada con certeza. Esto quiere decir, que cuando el objeto de la obligación es una cosa, puede ser individualizada y particularizada en su designación.

No es necesario, para que una cosa pueda ser objeto de contrato, llegar a particulariza o determinar en manera individual la cosa. Basta con que la cosa,

⁹⁰ DE PINA, Rafael. Op. cit. p. 293.

⁹¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 38.

aunque no individualizada, pueda ser determinada conforme a los datos consignados en el contrato.

Si la cosa materia de contrato es un género (maíz), no ha sido determinada en cuanto a su especie (de tal calidad) y en una cierta cantidad, si esa cantidad y calidad no se determina (trigo o vino) ni puede determinarse, no puede así ser objeto de la obligación, porque en esa manera no satisfaría el interés del acreedor.”⁹²

La cosa debe estar en el comercio. “Las cosas que están en el comercio, se oponen a las que están fuera del comercio. Se puede decir, de una manera un tanto perogrullesca, pero exacta y gráfica, que nos permite entender bien este concepto, que las cosas que están en el comercio, son todas aquellas que no están fuera del comercio. Las definiciones negativas son, a veces, muy expresivas.

Cosas fuera del comercio, son las que no son susceptibles de apropiación privada: el ser humano, su estado y capacidad civil, la libertad personal, la herencia futura, es decir, en suma, todas aquellas sobre las cuales no pueden versar contrato, pacto o convenio alguno, por ser ello incompatible de manera radical y absoluta con las razones que el legislador ha tenido para declararlo así.”⁹³

La comercialidad resulta ser entonces, la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedírselo ni su naturaleza ni la ley.

Finalmente, respecto a la característica de que el objeto, además de todo lo anterior, debe ser lícito. Podemos decir, será lícito cuando no vaya en contra de normas de orden público, ni de las buenas costumbres.

⁹² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Teoría de las Obligaciones. Op. cit. p.p. 110,111.

⁹³ DE PINA, Rafael. Op. cit. p.p. 294,295.

Como ya se estableció, el consentimiento como elemento de existencia del contrato (convenio), encuentra sustento legal en el artículo 1794, fracción I del Código en consulta, en este precepto, dicho ordenamiento sólo hace alusión al consentimiento, pero en ningún momento, establece lo que debe entenderse por el mismo, aún cuando regula la forma en que este se debe manifestar.

En cuanto a la solemnidad, como elemento de existencia del convenio, los tratadistas del tema, niegan que haya contratos solemnes en el Derecho Mexicano.

E. Elementos de validez del acto jurídico.

Rafael De Pina, con certera visión jurídica al referirse a los elementos de validez, infiere:

“Los autores, al tratar de los elementos del contrato, suelen distinguir entre los que hacen referencia a su existencia y los que la hacen a su validez; pero en realidad, estos últimos, son más exactamente que elementos del contrato, supuestos del consentimiento.

Nosotros, por consiguiente, tenemos como elementos del contrato, los que el Derecho Civil Mexicano señala de manera expresa en su artículo 1794, considerando como supuestos del mismo, la capacidad, la ausencia de vicios, la licitud en el motivo, fin o condición y la forma (cuando ésta sea exigida).

Los supuestos de validez del contrato, aun siendo extrínsecos a él y por eso se distinguen de sus elementos, ejercitan una función integradora respecto de éstos.

La diferenciación entre los elementos de existencia y los supuestos del consentimiento en el contrato es, a nuestro juicio, manifiesta en el Código Civil para el Distrito Federal, vigente en la actualidad.”⁹⁴

⁹⁴ Ibidem. p. 278.

Una vez que el contrato existe, deben concurrir a él, ciertos requisitos para que tenga validez y produzca sus efectos plenamente, además de que completan la protección de los contratantes.

Estos requisitos se encuentran en el artículo 1795, interpretado a **contrario sensu**.

“Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.”

Bajo una interpretación positiva del artículo anterior, serán:

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

Se analizará brevemente cada uno de estos requisitos.

Dentro de la invalidez del contrato, está contemplada la incapacidad para contratar ya que señala el artículo 1795 del Código Civil, lo siguiente:

“Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o una de ellas...”

Interpretada a **contrario sensu**, la capacidad para contratar, es elemento de validez en el contrato.

En forma genérica, la capacidad es: la aptitud legal para ser sujeto de derechos y de obligaciones, la capacidad va a ser la regla general y la incapacidad, la excepción, por lo que en principio, todas las personas son capaces, exceptuando aquellas que así lo determine la ley, por lo que cualquier persona podrá contratar si no es declarada incapaz por la ley.

Cabe hacer mención que la capacidad tiene dos acepciones básicas.

Será necesario, por la naturaleza de la investigación, establecer lo referente a la misma.

“De acuerdo con el Derecho Civil Mexicano, la personalidad es la proyección del sujeto en el ámbito de lo jurídico.

En tanto que la capacidad es una aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce) y la aptitud para ejercer esos derechos y obligaciones por sí mismo (capacidad de ejercicio). Tienen capacidad general para contratar los mayores de edad que tengan un modo honesto de vivir. Hay ciertos casos en los cuales, los menores de edad pueden contratar.”⁹⁵

La capacidad como elemento de validez del contrato es analizada por varios tratadistas de entre ellos, será valioso para nuestro estudio lo que referente al tema opina Bonnecase, “es la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida.”⁹⁶

Ramón Sánchez Medal, al respecto, dice: “Se puede hablar de la capacidad referida en especial a los contratos. La capacidad de ejercicio para contratar es la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un

⁹⁵ FIGUEROA, Luis Mauricio. Op. cit. p. 3.

⁹⁶ BONNECASE, Julián. Op. cit. p. 82.

contrato. Habrá incapacidad para obrar o de ejercicio a propósito de los contratos, cuando una persona no pueda celebrar por sí misma un contrato, pero esté en aptitud de hacerlo a través de un representante.

La capacidad de contratar es una subespecie de la capacidad de obrar o de la capacidad de ejercicio y consiste en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de substitución o de asistencia de otras personas (Messineo). Carecen de tal aptitud legal los incapacitados, esto es, las personas con incapacidad natural y legal, que son: los menores de 18 años de edad, los dementes, los sordomudos analfabetos, los ebrios consuetudinarios y los drogadictos.⁹⁷

Si bien anteriormente se dijo que todas las personas tienen capacidad de goce, es importante determinar en forma efectiva, a partir de qué momento se disfruta de la misma, en relación con esto, se mencionan dos teorías:

- a) La que establece que la capacidad de goce se disfruta desde el momento de nacer.
- b) La segunda preceptúa que la capacidad de goce se disfruta desde el momento de la concepción.

El Código Civil para el Distrito Federal, no tiene un criterio determinado y tal parece que adopta una postura ecléctica al establecer en su artículo 22, que:

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.”

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

⁹⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 45.

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

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

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

La capacidad de ejercicio puede perderse por las siguientes causas, que a su vez constituyen los impedimentos para adquirirla ocasionando una incapacidad general de ejercicio y se encuentran previstos por el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal y son:

“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.
- III. (Se deroga).
- IV. (Se deroga).”

Lo anterior tiene sus excepciones, dentro de las cuales, podemos mencionar el caso relativo al Derecho Sucesorio previsto por el artículo 1307 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone:

“Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez...”

Además de la incapacidad general antes mencionada, existe una incapacidad de tipo especial, en la que se prohíbe a determinadas personas la celebración de ciertos actos o contratos, como es el caso que menciona el artículo 176 del código en cita.

“Artículo 176. El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges, cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes.”

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

Los vicios de la voluntad, interpretados a **contrario sensu**, como ausencia de vicios de la misma y no del consentimiento como infieren innumerables tratadistas, son defectos o factores que afectan la validez o eficacia del convenio o contrato. Se consideran como tales:

- a) El error.
- b) El dolo.
- c) La mala fe.
- d) La violencia.
- e) La lesión.

Anteriormente, se expresó que el acuerdo de voluntades era indispensable para la celebración de un contrato, constituyendo el consentimiento, pues si bien se ratifica el carácter necesario del mismo, también se establece que es indispensable que las voluntades que concurren a la formación del consentimiento no estén viciadas, esto es, que al momento en que se manifiesten las voluntades no se haga en forma incompleta o defectuosa.

Así es como el artículo 1812 del Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

“Artículo 1812. El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.”

En este sentido, el acuerdo de voluntades que así se haya manifestado traerá consigo la anulación del contrato.

Hemos de realizar un análisis general de los factores de los vicios de la voluntad.

El error, que de acuerdo a la legislación en vigencia, se puede dividir en error de derecho, hecho y de cálculo.

Dentro del error de hecho, se encuentran tres subclases, error obstáculo, nulidad y error indiferente.

Ernesto Gutiérrez y González, conceptúa el error, como, “una creencia sobre algo del mundo exterior que está en discrepancia con la realidad o bien, es una falsa o incompleta consideración de la realidad.”⁹⁸

En forma concreta, el error es la incongruencia de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas, esto es, un falso concepto de la realidad.

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

⁹⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1978. p. 273.

Sobre el error de hecho, como ya establecimos, se encuentran tres categorías: error obstáculo, es de tal magnitud que impide que el consentimiento se integre, ya que en realidad, no existe en ningún momento, acuerdo de voluntades entre las partes, ya sea porque cada una de las partes, cree celebrar un contrato diverso (***error in-negotio***), o bien, porque existe un error respecto de la identidad del objeto que va a ser materia del contrato (***error in-rem***).

Error nulidad, no impide que el consentimiento se configure, sin embargo, la parte que resulte afectada podrá solicitar la anulación del contrato, sea porque el contrato se celebró en atención a que la cosa reunía determinadas cualidades consideradas por las partes como requisitos para la celebración del contrato y en la realidad no cubriera esas características (error sobre la sustancia), o bien, porque el motivo que determinó a contratar a las partes, atendiera a las cualidades de una determinada persona (error sobre la persona). Este tipo de error de hecho que puede recaer sobre la sustancia de la cosa, o bien, sobre las cualidades de una persona, origina la nulidad del contrato en términos del artículo 1813 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 1813. El error de derecho o de hecho inválida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”

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

Finalmente, el error de cálculo, se conoce con el nombre de error de aritmética, carece de relevancia para la validez del contrato, dando lugar

simplemente a una operación de rectificación y nunca a la nulidad, al respecto el artículo 1814 del Código Civil, establece que “el error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique.”

“Artículo 1814. El error de cálculo, sólo da lugar a que se rectifique.”

Ahora nos referiremos a la violencia, la cual, consiste en una presión física o moral que se ejerce sobre una persona para decidirla a realizar un acto, que en otras circunstancias no lo realizaría.

“Artículo 1819. Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”

De lo anterior, se desprende que la violencia puede ser:

Física: Que se traduce en presiones a nivel orgánico; o

Moral: Refiriéndose a posibles amenazas o amagos en contra de las personas antes mencionadas que importen peligro de perder la vida, la honra, la salud, o parte de su patrimonio.

A este respecto, existe una excepción conocida con el nombre de “Temor Reverencial” prevista por el artículo 1820 del Código en cita, que consiste básicamente en el temor que puede tener uno de los contratantes en desagradar a alguien si no realiza determinado acto, sin que para esto haya mediado presión de algún tipo.

“Artículo 1820. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el

consentimiento”. Y lo anterior es así, ya que del análisis de la ley se desprende que es indispensable para que se integre este vicio del consentimiento que se actualice en forma real una presión de tipo físico o moral (amenazas) en contra de alguno de los contratantes, no importando quien sea el sujeto activo de dicha presión, integrándose esto, la parte afectada podrá solicitar la anulación del acto.

Nos corresponde, ahora analizar el dolo como otro de los vicios de la voluntad.

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

Desde el Derecho Romano, se han distinguido dos tipos de Dolo, el primero conocido como Dolo Bueno consistente básicamente en la exaltación de las características de algún producto sin que se influya en forma determinante en la voluntad del que celebra el acto.

Al respecto el artículo 1821 dispone:

“Artículo 1821. Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia”.

El segundo tipo, se conoce como Dolo Malo y es propiamente lo que la ley establece como “Dolo” consistente en las maquinaciones utilizadas para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que celebre un contrato, en éste sentido y de conformidad con el artículo 1816 del Código Civil del Distrito Federal, encontramos:

“Artículo 1816. El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico”.

Se producirá la anulación del contrato, salvo que ambas partes se hayan conducido con dolo al contratar, situación en la que ninguna podrá hacer valer la acción de nulidad.

Haciendo referencia a la mala fe, como vicio de la voluntad, esta consiste en evitar que una de las partes se percate de que se encuentra en un error, como establece la parte final del artículo 1815 de la Ley de la Materia.

“...y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”.

El artículo citado es criticable por dos motivos, primero sale sobrando el una vez conocido, ya que es imposible que se oculte algo que se desconoce. En segundo término, se critica el artículo porque mezcla el dolo con la mala fe, abarcando como dolo a la mala fe, ya que establece que el dolo consiste no sólo en inducir al error a uno de los contratantes (dolo), sino también mantenerlo en él (mala fe), por lo que sería él”.

El artículo 1830 del Código Civil en análisis sustenta la licitud del objeto, el motivo, el fin a la condición del convenio al sostener.

“Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Al hablar de licitud en el objeto, se hace entendido a éste como Prestación, ya que como se mencionó el objeto tiene diversas acepciones. Por lo que

entendido el objeto como prestación, el hecho la abstención no deberán ser contrarios a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

Con relación al motivo o fin determinante de la voluntad, es necesario saber lo que se debe entender por motivo o fin; va a ser la razón subjetiva que induce a cada una de las partes a la celebración del contrato, en tal virtud puede variar de persona a personas, sin embargo el móvil que tienen las partes al celebrar el contrato no deberá ser contrario a Leyes de Orden Público, ni a las buenas costumbres.

En cuanto hace a la forma, podemos adelantar que la ley requiere para la validez de ciertos contratos que el consentimiento se manifieste a través de formas determinadas sin las cuales el contrato adolecería de nulidad.

“Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”.

En términos generales por forma se entiende el conjunto de elementos externos que caracterizan un acto.

Es conveniente recordar lo expuesto en cuanto al criterio seguido por los códigos de 1870, 1884 y el código vigente de 1928.

El Código de 1870, sigue la línea consensual, pero empieza a regular ciertas formalidades al hablar de cada contrato en particular.

El Código de 1884, menciona ya como elemento del contrato a la forma.

El Código de 1928, de la fórmula de conciliación perfecta entre forma y consentimiento al establecer en el artículo 1796.

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

Finalmente la lesión es un vicio objetivo-subjetivo y consiste en la desproporción en las prestaciones causadas por: la ignorancia, la inexperiencia o la miseria de una de las partes.

El Código en estudio sobre el punto señala:

“Artículo 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.”

Con lo anterior, concluimos el estudio del capítulo tercero de la investigación.

CAPÍTULO IV

EFECTIVIDAD DE LOS CONVENIOS REGULADORES DE RELACIONES CONYUGALES Y FAMILIARES. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Hemos establecido una serie de premisas jurídicas durante el desarrollo de los capítulos anteriores, refiriéndonos al matrimonio, sus generalidades históricas y actuales, así como también, sus formas de extinción, naturales y legales. En el capítulo tercero, nos hemos encargado de indagar sobre los convenios en su parte general, nos corresponde ahora investigar la efectividad de los mismos en el ámbito que le corresponde a la familia, trataremos de cubrir varios aspectos de esos convenios en las controversias familiares.

Quiero destacar que la importancia de este capítulo, estribará, en atención a que, las normas jurídicas para que se puedan cumplir de manera efectiva, deben forzosamente, de hecho y de derecho, tener implícita una sanción, porque si esta no existe y sólo se apercibe a una de las partes, no hay cumplimiento.

A. Convenios en relación al hogar.

Al hablar de la posibilidad jurídica de que existan convenios entre cónyuges con relación al hogar, se hace necesario hacer un poco de historia, ya que “tradicionalmente se estableció la incapacidad de los cónyuges para contratar entre sí. Se argumentaba en doctrina la subordinación en que se encontraba la mujer respecto del marido, y la posible influencia de éste sobre aquella. También, se mencionaba la **unitas carnis** aduciendo que ambos cónyuges forman una sola carne.”⁹⁹

Posterior a esta idea, emerge la idea de la igualdad del hombre y la mujer, por extensión la de esposo y esposa, en nuestra realidad jurídica, tal igualdad queda establecida en el artículo cuarto constitucional de la manera siguiente:

⁹⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. p. 24.

“Artículo 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

Igualdad, que, por cierto, es aceptada en la reforma al artículo cuarto constitucional de fecha, 31 de diciembre de 1974, o sea, 57 años después de la promulgación de la Constitución que hoy nos rige.

El Código Civil para el Distrito Federal, antes de la reforma del 25 de mayo del 2000, indicaba al respecto.

“Artículo 2. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.”

Tras la reforma mencionada, el artículo en mención, contiene la siguiente redacción:

“Artículo 2. La capacidad jurídica, es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos.”

Respecto al artículo citado, podemos afirmar que no todas las personas tienen aptitud o capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. Como principio toda persona tiene capacidad, pero puede haber algunos motivos que limiten su aptitud, pues no hay persona capaz de celebrar todos los posibles actos jurídicos. La incapacidad surge, así, por excepción y debe estar prevista en la ley.

Las limitaciones legales a la capacidad responden a criterios de orden público, de protección a ciertas personas, o bien, a sanciones que se imponen.

Las personas físicas tienen algunas limitaciones que hacen referencia a su edad.

Durante el desarrollo del capítulo anterior, hicimos mención a lo manifestado por el tratadista en cuestión, por lo que damos por visto, lo relacionado al punto.

“En principio, se puede afirmar que si una pareja tiene la capacidad jurídica para celebrar su matrimonio, también la tiene para celebrar los convenios relacionados con su vida conyugal que comprende los deberes y obligaciones que libremente se responsabilizaron cumplir en la boda.”¹⁰⁰

Con el fundamento de la igualdad constitucional establecida, y, la capacidad instrumentada por el Código Civil para el Distrito Federal, podemos ahora estudiar los convenios entre cónyuges con respecto al hogar. Los mismos se pueden reducir a los siguientes:

- a) Manejo del hogar.
- b) Establecimiento del domicilio conyugal.
- c) Cambio de domicilio conyugal.
- d) Proyecto de vida conyugal.
- e) Relaciones con parientes y relaciones sociales.

Es importante establecer, antes de abordar el análisis de cada uno de los mencionados convenios, con relación al hogar, que los terapeutas profesionales relacionados con el manejo de las crisis del matrimonio; incluso los Consejeros Matrimoniales, señalan como causa del rompimiento matrimonial, el hecho de que

¹⁰⁰ Idem.

la pareja no haya llegado a “acuerdos” (convenios), antes del matrimonio sobre cuestiones tan elementales como ¿quién lavará los trastos después de cenar?, ¿quién se hará cargo de la despensa?, ¿quién y a qué hora se verá la T.V.?, incluso, ¿de qué lado de la cama se va a dormir?, y así sucesivamente, hasta el infinito, posterior a estos desacuerdos, surgen las diferencias y dificultades, que inicialmente parecen sin importancia, pero conforme va transcurriendo el tiempo y va desapareciendo el enamoramiento, empieza la realidad y por ende, las consecuencias, que la mayoría de las veces se pueden corregir, pero, que algunas se vuelven irreconciliables para terminar frente a un Juez de lo Familiar, en el mejor de los casos, y en el peor, frente al Agente del Ministerio Público, denunciando maltrato y golpes por parte del otro cónyuge; al respecto, Adriana Trejo Martínez, expresa:

“La violencia doméstica, existe en familiar de todas las razas, culturas, religiones y estados económicos y diferentes niveles educativos.”¹⁰¹

Después de argumentar lo anterior, corresponderá analizar los convenios con respecto al hogar.

Por hogar, podemos entender “sitio donde se enciende lumbre, casa o domicilio, vida de familia, hoguera.”¹⁰² Entonces, tenemos que el hogar, es el sitio donde se ubica o radica una familia con la intención de hacer y formar una vida. Con relación al manejo del mismo, el tratadista Chávez Asencio, señala: “Por manejo del hogar se entienden todas aquellas actividades necesarias para la constitución del hogar, como pueden ser la compra de la vivienda o la casa conyugal, la adquisición de muebles y enseres, las decisiones sobre la forma y manera de convivir en el hogar, es decir, propiamente el estatuto que los cónyuges, y, posteriormente, los hijos deben seguir como reglas convivencia

¹⁰¹ TREJO MARTÍNEZ, Adriana. Prevención de la Violencia Familiar. s/e., Editorial Porrúa, México, 2001. p. 7.

¹⁰² DICCIONARIO GENERAL ILUSTRADO. Hispano-Mexicano. T.2. D-O. 3ª edición, Editorial Bibliograf. Barcelona, 1974. p. 835.

interna en la casa familiar. Comprende, a título enunciativo, lo relativo a las comidas, horarios familiares, y atención y cuidado de la casa familiar. Como todo convenio de Derecho de Familia, tiene las limitaciones propias de la institución conyugal y familiar que se basan en las buenas costumbres.”¹⁰³

Pareciera que la trivialidad del contenido del convenio con respecto al manejo del hogar no ameritara preocupación del legislador, no es así, aún cuando no lo hace de forma expresa, si queda contemplado en lo que establece el artículo 168 del Código Civil reformado para el Distrito Federal, cuando establece:

“Artículo 168. Los cónyuges tendrán en el hogar, autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos en caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.”

Lo anterior, tiene una poderosa razón de ser, si consideramos lo que al respecto menciona Marveya Villalobos Pérez-Cortés, “la naturaleza de la familia en su dimensión funcional considera las tareas de cada uno de sus miembros en un contexto cambiante, coyuntural.

Es necesario trabajar arduamente para que la visión de la familia sea un lugar propio a su naturaleza, que viva, que respire, que se conserve, que sea una auténtica generadora de bien social; se requiere que la familia establezca orden y funcionamiento asumiendo su papel protagónico de formadora primigenia en el perfeccionamiento de las relaciones familiares, con la finalidad de evitar los procesos de descomposición en los que está inmersa.

¹⁰³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. p. 54.

Los procesos de descomposición de la familia en la actualidad se manifiestan en el desorden y la disfunción en su nivel orgánico, estructural y coyuntural.”¹⁰⁴

Creemos que no es necesario agregar más, al regular el manejo del hogar como un posible convenio, el legislador busca la trascendencia de los cónyuges, por lo tanto, de la familia y como extensión, de la sociedad.

Otra de las prerrogativas que corresponden a ambos cónyuges, es la de elegir el lugar donde ha de asentarse el domicilio conyugal, el cual, por cierto, debe ser ajeno, e independiente a cualquier pariente de cualquiera de los cónyuges.

Refiriéndose al tema, la Suprema Corte de Justicia, ha manifestado: “La legislación y la jurisprudencia han señalado lo que debe entenderse por domicilio conyugal, y al señalarse los requisitos significa una limitación al acuerdo de voluntad, para evitar que se estime como domicilio conyugal, un lugar en donde los cónyuges vivan arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen del hogar propio.”¹⁰⁵

El artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal reformado, con el espíritu de la jurisprudencia de la Corte, señala:

“Artículo 163. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual, ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales...”

¹⁰⁴ ASPE ARMELLA, Virginia. (Compiladora). Familia, Naturaleza, Derechos y Responsabilidades. s/e., Editorial Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2006. p. 223.

¹⁰⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. p. 55.

El domicilio como un lugar, es decir, una parte determinada del espacio, el sitio donde los cónyuges viven en una localidad o población. En ese lugar deben establecer de común acuerdo su residencia, acuerdo que puede ser expreso o tácito.

Derivado del convenio en el que se acuerda dónde se ha de establecer el domicilio conyugal, aparece el siguiente y qué se refiere al cambio del domicilio conyugal, el cual, sino del consenso de ambos cónyuges.

Anteriormente, el artículo 163 del Código Civil en consulta, no tenía la redacción de hoy, originalmente, establecía que la mujer debía “vivir al lado de su marido.”

Esta disposición, además de arbitraria, era discriminatoria, pues dejaba sin opinión a la esposa, respecto de a dónde le gustaría vivir, hoy se puede acordar o convenir entre los cónyuges, el permanecer en un domicilio o cambiarlo; esto del domicilio tiene gran importancia jurídica a decir de Pacheco Escobedo, que al respecto dice:

“El domicilio, en la práctica, juega un papel fundamental en el ejercicio de los derechos, o en el establecimiento de las relaciones jurídicas. También el domicilio es importante en el derecho procesal, pues determina con frecuencia la competencia correspondiente de los Jueces. En general, todos los actos administrativos o de gobierno, se ejercen sobre personas que tengan domicilio en determinada circunscripción, siendo, en consecuencia, el domicilio un elemento importante para determinar la aplicación de leyes y reglamentos y determinar la competencia de las autoridades.”¹⁰⁶

Además de lo establecido por el jurista en estudio, debemos señalar que el hecho de que se posibilite un convenio para mudarse del lugar, en donde reside la

¹⁰⁶ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Persona en el Derecho Civil Mexicano. 2ª edición, Editorial Panorama, México, 1985. p. 167.

familia, permite que del acuerdo, surja la concordancia familiar, ya que si ambos están de acuerdo con el sitio elegido, traerá tranquilidad, a todos los integrantes de la familia.

Dentro de los convenios que se derivan del manejo del hogar, encontramos el que se refiere al proyecto de vida conyugal. El multicitado autor, Chávez Asencio, comenta:

“Este convenio toca relaciones íntimas de los cónyuges. Habiéndose convenio todo lo relativo al manejo del hogar en los términos del artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal, toca a este convenio, regular las relaciones personales y el cumplimiento de los deberes conyugales, para lo cual, no se requiere autorización judicial.

Estos convenios pueden derivarse de acuerdos expresos o bien, de decisiones que un cónyuge tome y el otro acepte.”¹⁰⁷

En cuanto al contenido de este convenio, encontramos que pueden versar sobre el débito carnal, el diálogo, la convivencia, la autoridad, la fidelidad, el socorro y la ayuda mutua. Temas todos, de extrema delicadeza, y que sólo los cónyuges, en lo íntimo, pueden acordar y nadie, absolutamente nadie, puede opinar, que a decir del autor en estudio, señala:

“Tocan aspectos tan íntimos como el débito carnal que es una manifestación del amor conyugal, para actual con respeto mutuo en cuanto a la persona, sentimientos y principios religiosos; esta convivencia sexual es fundamental y puede favorecer o dificultar la integración de los cónyuges.”¹⁰⁸

El jurista Pacheco Escobedo, nos dice lo siguiente, respecto al tema: “En virtud del contrato de matrimonio, los cónyuges, en uso de su libertad, se entregan

¹⁰⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. p. 57.

¹⁰⁸ Idem.

mutuamente como marido y mujer, para cumplir los fines matrimoniales, el primero y fundamental de los cuales, es la procreación y la educación de la prole. Como para procrear se necesita realizar el acto sexual con persona del otro sexo, el matrimonio, por su propia naturaleza, de derecho a cada uno de los cónyuges, a pedir lo que tradicionalmente se ha denominado el débito conyugal, o sea, el solicitar del otro cónyuge, la realización de los actos propios para engendrar.”¹⁰⁹

Algunos tratadistas, entre ellos el mismo Pacheco Escobedo, en su obra, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, al referirse al diálogo, convivencia, autoridad, fidelidad y demás, los contempla como deberes del matrimonio, o sea, efectos que surgen con el hecho de contraer matrimonio, y señala:

“Los principales derechos y deberes que nacen del matrimonio se pueden resumir en los siguientes:

- a) **Deber de cohabitación.** Abarca a su vez dos obligaciones de los cónyuges:
 1. Deber de vivir en el mismo domicilio.
 2. Derecho recíproco sobre los cuerpos de los cónyuges en orden a los actos propios para engendrar.
- b) **Deber de fidelidad.** Este deber conyugal comprende la obligación de abstenerse de relaciones carnales extramatrimoniales y la obligación de abstenerse de cualquier acto que pueda hacer sospechar o preparar esas relaciones.
- c) **Deber de asistencia.** Es una consecuencia lógica de la ayuda mutua que los cónyuges se propusieron al contraer, y que, como ya señalamos, es uno de los fines secundarios del matrimonio.”¹¹⁰

¹⁰⁹ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Persona en el Derecho Civil Mexicano. Op. cit. p. 100.

¹¹⁰ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Op. cit. pp. 84,87,88.

Estos convenios, no tienen regulación expresa en el Código Civil para el Distrito Federal, pero quedan inferidos en el contexto de lo relacionado a los deberes, derechos y obligaciones del ordenamiento.

Finalmente, hemos de mencionar los convenios con relación a la periodicidad, temporalidad de las relaciones con parientes y las demás relaciones sociales; como fiestas, reuniones, ágapes y demás, el mismo Chávez Asencio, al mencionar lo anterior, dice:

“Uno de los pactos que entre cónyuges debe acordarse desde el inicio de su vida matrimonial, es el relativo a las relaciones con parientes y amigos. Sin descuidar las relaciones con los parientes, es conveniente que los cónyuges inicien su propia vida y se integren cada vez más como pareja; que su relación esté libre de influencias para que puedan desarrollarse plenamente como pareja y como familia.”¹¹¹

Pareciera frívolo, el convenio sobre lo anterior, pero no lo es en absoluto, incluso es causa de innumerables separaciones y divorcios en México.

B. Convenios sobre aspectos económicos.

Los presentes convenios admiten la siguiente clasificación.

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

Con relación al **sostenimiento del hogar** y tomando en cuenta que, el matrimonio, es base de la vida de la familia en la que descansa la conservación de

¹¹¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. p. 57.

la sociedad, genera una serie de derechos y obligaciones, como ya vimos con anterioridad, uno de esos efectos es el sostenimiento del hogar, el cual, tiene fundamento en el artículo 164 del Código Civil en estudio que establece:

“Artículo 164. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades...”

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

Este es otro de los convenios posibles que debe hacerse en los términos que la ley establece, en la cual, se prevé que ambos contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, y que de común acuerdo, se distribuirán las cargas, razón por la cual, no se requiere autorización judicial, pues la misma ley los faculta para celebrarlo.

En otras palabras, el sostenimiento del hogar es: los muebles, el pago de luz, teléfono, y demás servicios que un hogar requiere y aún cuando está comprendido dentro del concepto de alimentos, la legislación establece como obligación adicional de ambos cónyuges el sostenimiento del hogar.

Con relación al **trabajo de los cónyuges**, el artículo 159 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

“Artículo 159. Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior.”

Chávez Asencio hace la siguiente salvedad al artículo anterior, diciendo:

“Si el convenio no fuere posible entre los cónyuges, o habiéndolo alguno de ellos lo violare, el otro podrá oponerse a la actividad que desempeña su consorte, y en caso de conflicto, el Juez de lo Familiar resolverá.”¹¹²

Consideramos que la mujer, madre o esposa, no puede ver con indiferencia lo que atañe al porvenir de su familia, por tanto, se puede considerar bueno el convenio, respecto al trabajo de los cónyuges.

Para precisar lo referido a los **contratos**, sirva la categórica declaración del artículo 2° del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, según la cual, “la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles” para sustentar la posibilidad jurídica de los cónyuges para celebrar contratos durante la vida matrimonial. El impedimento que existía en el artículo 174 del Código Civil para el Distrito Federal y que restringía la autonomía de la voluntad, fue derogado en 1994. Lo que consideramos acertado, ya que nos parece que el estado civil de las personas sea medida para definir de la capacidad jurídica de un individuo; además, un cambio de ese estado no tiene porqué modificar la misma.

Con relación a los **alimentos**, debemos entender como tales a las sumas de dinero necesarias para hacer subsistir a una persona que se encuentra en la necesidad, o bien, la obligación impuesta a una persona, de suministrar a otra los socorros necesarios para vivir.

El Código Civil para el Distrito Federal, señala que la obligación de dar alimentos es recíproca, es decir, que el que tiene derecho de darlos a su vez, lo

¹¹² Ibidem. p. 59.

tiene de pedirlos y que el derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.

Los cónyuges deben darse alimentos, en diversas circunstancias.

“Los convenios posibles son para fijar de la cuantía, su reducción, o la ampliación de la pensión alimentaria, así como determinar la forma y manera de darse y garantías que deban otorgarse. No puede haber pacto alguno que libere al obligado por la ley a dar alimentos, pero sí pueden haber convenios para los efectos mencionados.”¹¹³

La finalidad del derecho de alimentos, es asegurar al pariente necesitado cuanto precisa para su mantenimiento o subsistencia, por lo tanto, no se puede convenir jamás que no se proporcionen y que la otra parte (el que tiene derecho a recibirlos), esté de acuerdo.

El convenio sobre alimentos no requiere necesariamente la aprobación judicial.

Finalmente, **la transacción** es una de las formas que contempla el Código Civil para el Distrito Federal, para extinguir obligaciones, tal como señala el artículo.

“Artículo 2944. La transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.”

La transacción, como acuerdo de voluntades, significa un convenio posible a celebrarse entre los cónyuges.

¹¹³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. p. 60.

En este supuesto estimamos que los cónyuges están facultados para pactar entre sí sin requerir autorización judicial, tomando en cuenta, que los convenios sobre alimentos, salvo en caso de crisis conyugal, son acuerdos posibles sin requisito adicional alguno.

C. Convenios en relación a los bienes.

De acuerdo con este punto, se debe estar a lo que establece el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual se reformó el 3 de octubre del 2008, donde a su vez nos remite al artículo 267 en sus fracciones V y VI, donde se establece lo siguiente:

“Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contenerlos siguientes requisitos:

- V. 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;
- VI. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.”

Para proseguir con nuestro estudio, nos hemos de avocar al análisis de los convenios que se relacionan a los bienes de los cónyuges, los cuales, a decir de Alberto Pacheco Escobedo son:

- “a) Capitulaciones matrimoniales.
- b) Cambio del régimen de bienes conyugales.
- c) Disolución de la sociedad conyugal.
- d) Compraventa.
- e) Cesión de bienes.
- f) Donaciones.”¹¹⁴

Es importante establecer inicialmente que las capitulaciones matrimoniales son actos jurídicos al matrimonio, es decir, no son parte integrante del mismo, pues solo pueden existir como consecuencia de éste.

Debe entenderse que están sujetas a la condición de que el matrimonio se celebre, de tal forma que si no llega a celebrarse, las capitulaciones no pueden surtir ningún efecto.

Cuando las capitulaciones establecen entre los cónyuges el régimen de separación de bienes, son un mero convenio, pues en éste caso no podemos hablar de contrato, pues no producen o transfieren obligaciones o derechos entre los cónyuges, ya que la situación patrimonial de éstos va a permanecer igual que antes de celebrarse el matrimonio.

La ley no señala ninguna forma específica conforme a la cual deban otorgarse las capitulaciones matrimoniales, pero indirectamente ordena que estas consten por escrito al pedir la fracción V del Artículo 98 que se presente al juez del registro civil acompañando a la solicitud de matrimonio, y el artículo 99 se refiere a la redacción del convenio que los pendientes deben celebrar con relación a sus bienes presentes o futuros.

¹¹⁴ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La familia en el Derecho Civil Mexicano. Op. cit. p. 130.

“Artículo 98. Al escrito a que se refiere el artículo anterior, se acompañará:

V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores 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 a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el juez del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten 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 acompañará un testimonio de esa escritura”.

“Artículo 99. En el caso de que los pretendientes, por falta de conocimientos, no puedan redactar el convenio a que se refiere la fracción V del artículo anterior, tendrá obligación de redactarlo el Juez del registro civil, con los datos que los mismos pretendientes le suministren”.

b) Cambio del régimen de bienes conyugales.

Como sustento jurídico de ésta figura tenemos el artículo 180 del Código Civil, que a la letra señala:

“Artículo 180. Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio, ante el Juez de lo Familiar”.

“Por este convenio, es costumbre que los cónyuges cambien el régimen de sociedad conyugal a separación de bienes aún cuando nada impide que se cambie a régimen mixto, o bien de separación a sociedad conyugal”.¹¹⁵

A este respecto el tratadista Magallón Ibarra, dispone:

“De acuerdo con la enunciación del artículo 189 del mismo Ordenamiento en la que se habla de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellas, se establece el régimen alterno en el cual pueden concurrir los dos sistemas al mismo tiempo, dado que si la sociedad sólo abarca en algunos casos parte de los bienes, el resto estará sometido a la separación.

Independientemente de lo anterior, nuestra ley directamente consagra también, la posibilidad de combinar los dos sistemas y crear la sociedad económica mixta, de acuerdo con el criterio expuesto en relación con la separación de bienes, pues consagra su artículo 208:

“Artículo 208. La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos”.¹¹⁶

c) Disolución de la sociedad conyugal legalmente la disolución de la sociedad conyugal se encuentra reglamentada en los artículos, 187 reformado y el 197 del Código en consulta, que respectivamente establecen:

“Artículo 187. La sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio, si así lo conviene los cónyuges;...”.

¹¹⁵ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. Op. cit. p. 63.

¹¹⁶ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. Op. cit. p. 316.

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

Del texto de los artículos mencionados desprendemos que la terminación o disolución de la sociedad conyugal puede celebrarse de forma voluntaria; por convenio entre las partes, sin que para ello, medie un juicio de divorcio.

d) Compraventa.

Sobre este, convenio, solo puede existir el mismo cuando el matrimonio se encuentra sujeto, al régimen de separación de bienes de acuerdo con el artículo 176, del multicitado Código Civil para el Distrito Federal que al respecto, señala:

“Artículo 176. El contrato de compraventa, sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio este sujeto a régimen de separación de bienes”.

Consideramos que lo anterior, no requiere explicación alguna ya que a decir de Chávez Asencio: “Como se trata de una disposición prohibitiva y de poder público el contrato de compraventa, celebrado entre cónyuges en caso de sociedad conyugal será nulo”.¹¹⁷

e) Cesión de bienes.

“Artículo 192. Todo pacto que importe cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge será considerado como donación y quedará sujeto a lo prevenido en el capítulo VIII de este título”.

Al igual que lo que respecta a la compraventa, la cesión de bienes tiene también una limitación o prohibición de la ley. “Esto significa que toda cesión o

¹¹⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. op. cit. p. 64.

transmisión entre cónyuges está sujeta a revocación, que es característica de las donaciones entre consortes, revocación puede hacerse mientras subsista el matrimonio, cuando exista causa justificada para ello a juicio de juez”.¹¹⁸

f) Donaciones.

La regulación de la figura de la donación conyugal se encuentra establecida en los artículos del 232 al 234 del Código Civil en cita, que respectivamente señalan:

“Artículo 232. Los cónyuges pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios.

“Artículo 233. Las donaciones entre cónyuges pueden ser revocadas por el donante, en los términos del artículo 228.

“Artículo 234. Las donaciones entre cónyuges no se revocarán por la superveniencia de hijos, pero se reducirán cuando sean inoficiosas, en los mismos términos que las comunes”.

Es importante, mencionar que los artículos referidos, fueron objeto de reforma el 25 de mayo del año dos mil.

Consideramos que la donación entre consortes puede hacerse tanto en el régimen de sociedad conyugal como en el de separación de bienes, aun cuando algunos autores estiman que solamente pueden tener lugar cuando el matrimonio está regido por el sistema de separación de bienes.

¹¹⁸ Idem.

D. Convenios Familiares.

Con una casi invisible línea divisoria entre los convenios conyugales, existen los convenios familiares, los cuales deben existir, bajo nuestra opinión, ya que “la desigualdad marca las relaciones familiares, pues cada uno de sus integrantes tienen funciones distintas y tales funciones se corresponden con capacidades distintas. El padre sencillamente no puede ser madre; carece de las aptitudes naturales para dar a luz. El éxito de la familia se da cuando cada uno de sus integrantes alcanza la excelencia de su función propia”.¹¹⁹

Bajo esa premisa, vamos ahora a mencionar los convenios familiares, más comunes aún cuando no sean los únicos.

- a) Procreación.
- b) Educación y formación de los hijos.
- c) Administración de los bienes de los hijos.
- d) Tutoría.
- e) Custodia.
- f) Adopción.

Hemos de estudiar cada uno de los temas que pueden ser materia de un convenio familiar, iniciando por:

- a) Procreación.

Este es un tema sumamente delicado, ya que se relaciona directamente con la naturaleza, derechos y responsabilidades de la familia e incluso forma parte de los nuevos derechos humanos; actualmente la procreación esta íntimamente unido a los derechos sexuales y reproductivos en el nuevo concepto de familia.

¹¹⁹ ASPE ARMELLA, Virginia. (Compiladora). Op. cit. p. 90.

“En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en la ciudad del Cairo en el año 1994 apareció por primera vez en un documento de este tipo y después de acalorados debates, el término de derechos sexuales y reproductivos, como nuevos derechos humanos. Se intentó presentarlos como fruto del proceso de desarrollo y especificación de los derechos humanos de las mujeres, de acuerdo con los principios de progreso y dinamismo que caracterizan a los derechos dentro del derecho internacional”.¹²⁰

Contrariamente los civilistas no ven con los mismos ojos, la materia de la procreación, la cual definen, así:

“El matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole. El deber de transmitir la vida es primordial e irrenunciable; está dentro de la propia naturaleza del hombre, y es exigencia de la misma humanidad que considera como propia misión de los cónyuges a la procreación responsable”.¹²¹

Sara Montero al respecto, refiere:

“El derecho a la libre procreación que debe ser ejercido de mutuo acuerdo por los cónyuges puede dar lugar a serios conflictos entre la pareja. En defecto del recíproco acuerdo, si uno de los dos desea en contrario que haya o no procreación, ¿cuál será la conducta a seguir? ¿Puede, por ejemplo, obligar el marido a su mujer a que se embarace, a que use ciertos anticonceptivos o inclusive a que aborte si ya está enciente? ¿Podrá la mujer inseminarse en forma artificial ante la negativa de su cónyuge de procrear, o ante la esterilidad del mismo? ¿Podrá cualquiera de ellos obligar al otro a tratarse médicamente para procurar la fecundación o, en su caso, para evitarla? Cuestiones son todas estas correspondientes a la más delicada intimidad entre consortes”.¹²²

¹²⁰ Ibidem. p. 172.

¹²¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. F. Op. cit. p. 67.

¹²² MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p.p. 140,141.

Este convenio, en el que deben compaginarse el amor conyugal con el respeto a la vida humana, está fundado en la moral.

En esta materia no podrá haber injerencia alguna ni el Estado ni la Iglesia, es una decisión que queda absolutamente reservada a la pareja.

Si no se plantean y se resuelven con verdadero mutuo acuerdo, pueden llevar al rompimiento del matrimonio. La normatividad relativa es totalmente inoperante.

b) Educación y formación de los hijos.

El artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal, ya establecido, sustenta legalmente este convenio familiar al señalar.

“Artículo 168. Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto resolverán... a la formación y educación”.

En lo que se refiere a la educación esta se trata de la educación que los menores deben recibir para su formación personal a la que se refieren los artículos 168, 413 y 422 del Código Civil en consulta.

Lo que corresponde a los padres es propiamente la formación de la persona, que es un deber que corresponde a ambos en igualdad de responsabilidad según lo disponen los artículos 164 y 168 del Código Civil para el Distrito Federal. Este deber corresponde el deber de respeto y obediencia de los hijos, como respuesta de su responsabilidad filial.

Para la educación del menor en muchas ocasiones se necesita corregirlos.

Al respecto, Chávez Asencio considera “que debe precisarse el término de educación para reservar a la escuela el término de instrucción. Educar significa

‘dirigir’, encaminar, doctrinar..., desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc. Es decir, comprende la formación física y espiritual del educando. Como expresé, comprende la orientación moral en relación a su conducta, para alcanzar su fin mediante el ejercicio responsable de la libertad, para lo cual se deben transmitir los valores éticos familiares y de la comunidad”.¹²³

Por su parte la formación de los hijos como parte de un convenio familiar se encuentra inmerso en la patria potestad y custodia.

Este deber de formar y educar a los hijos está vinculado con la custodia que deben tener ambos progenitores, que en caso de conflicto o crisis conyugal se verá afectada a favor de alguno de ellos, conservando el otro el derecho de visita, por lo cual, esta situación se modificará necesariamente en el convenio regulador de crisis matrimonial”.¹²⁴

c) Administración de los bienes de los hijos.

Otro convenio nacido del artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal, es el relativo a la administración de los bienes de los hijos. Al cual el multicitado autor Chávez Asencio se refiere de la forma siguiente:

“El marido y la mujer resolverán de común acuerdo todo lo conducente a la administración de los bienes que a los hijos pertenezcan”.¹²⁵

Es el artículo 426 del Código en cita que al señalar lo siguiente fundamenta tal convenio.

“Artículo 426. Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos

¹²³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit, p. 70.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Ibidem. p. 71.

los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración”.

d) Tutor excluyendo a los ascendientes.

Otro convenio familiar, es al que hace referencia a la tutoría, que excluye a los ascendientes.

“En este caso más que convenio, que significa acuerdo de voluntades, se trata de un acto jurídico unilateral que realiza el ascendiente que sobreviva, por el cual nombra el tutor en su testamento a aquellos sobre quienes ejerza la patria potestad, con inclusión del hijo póstumo.

Esto significa que por una decisión unilateral de voluntad del ascendiente que sobreviva y ejerza la patria potestad, se puede alterar el orden establecido en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, no obstante que se trata de una norma de orden público”.¹²⁶

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

e) Custodia en caso de adopción de hecho.

El convenio que se puede dar por personas casadas, tiene una hábil explicación en la voz de Nuria González Martín quien dice:

¹²⁶ Ibidem. p. 74.

“No se permite adoptar en forma unilateral a personas casadas, lo cual me parece razonable, ya que se pretende una completa integración del menor a la familia del adoptante, si uno de los cónyuges no desea considerarlo como hijo, esto podría traducirse en falta de integración, a pesar de que mucha de la legislación comparada lo admite con el consentimiento del otro cónyuge, coincido con Zannoni cuando advierte nos cuesta creer que uno sólo de los esposos se encuentra dispuesto a adoptar”.¹²⁷

La adopción a la que se refiere el autor Chávez Asencio se encuentra contenido en las fracciones III y IV del artículo 397 del multicitado Código Civil Distrital.

“Artículo 397. Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:...

- III. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos ni tutor; y
- IV. El menor si tiene más de doce años”.

f) Adopción en pareja.

Hay poco que agregar sobre este tema, porque la adopción, de un modo u otro abre la posibilidad a los cónyuges de tener un hijo donde deben participar ambos.

Nuevamente el Código en consulta, al respecto señala:

“Artículo 391. Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y...”

¹²⁷ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. (Coordinadores). Estudios sobre adopción Internacional. 1ª edición, Editorial UNAM, México, 2001. p. 11.

Es decir, que se requiere un acuerdo para constituir esta relación jurídica que se establece entre adoptado y los cónyuges adoptantes, con todas las consecuencias de considerar al primero como hijo para todos los efectos legales, y aplicarle lo dicho en los puntos anteriores.

E. Convenios conyugales y familiares celebrados ante juzgados de lo familiar.

A través de los puntos anteriores, hemos establecido la diferencia entre los tipos de convenios; conyugales y familiares. Nos corresponde ahora trasladarlos al terreno de los hechos, cuando los mismos se celebran o realizan ante las autoridades de los Juzgados de lo Familiar. Debemos, mencionar que los convenios conyugales y familiares, se celebran con la participación del Juez de lo Familiar y el representante del Ministerio Público adscrito al juzgado en donde se ventile la situación jurídica a resolver.

La normatividad de estos convenios se encuentra en los siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal 163, 258, 259, 267, 277 y 282, estos últimos, derogados el 3 de octubre del 2008.

Tanto al Juez de lo Familiar como al representante del Ministerio Público la ley les encomienda vigilar para que los convenios se ajusten al orden público, al interés social a las buenas costumbres y a los principios generales del derecho.

Estos convenios son conocidos como “reguladores de la crisis conyugal”. Como ya lo establecimos, los convenios reguladores de conflictos conyugales tienen su fundamento en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, para el caso de divorcio incausado (sin causa), y en los artículos 271 y 272 del mismo ordenamiento legal para el supuesto de separación conyugal por mutuo acuerdo, y divorcio administrativo.

No es ocioso mencionar, que es el artículo 267, por cierto derogado en sus distintas fracciones el 3 de octubre del año dos mil ocho, establece de manera

pormenorizada el contenido del convenio en caso de un divorcio voluntario, y señala:

“Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contenerlos siguientes requisitos:

- I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;
- II. 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;
- III. El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;
- IV. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;
- V. 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;
- VI. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.”

El artículo citado, no tendría nada en particular si no dijéramos que el mismo, no tiene una sanción para el caso de incumplimiento del convenio pactado entre las partes, ya que si esta no existe y sólo se apercibe, no hay cumplimiento.

Alfredo Domínguez Martínez al comentar el contenido de las fracciones del artículo 267 del Código Civil en cita advierte: “Como puede observarse, el convenio indicado debe contener el régimen convencional para arreglar todos los compromisos impuestos a los cónyuges por el estado matrimonial, que en todo caso atienden a los aspectos tanto de los consortes como de sus hijos y que ante su incumplimiento se sancione, incluso penalmente.”¹²⁸

Por su parte el artículo 272, solo hace referencia a lo siguiente:

“Artículo 272. Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse...”

Es obvio, que para tal acto jurídico no se requiere la elaboración de un convenio, pero los cónyuges deben convenir en caso de solicitar el divorcio; además éste no se realiza ante una autoridad judicial ya que el mismo se tramita ante el Juez de Registro Civil.

La necesidad del convenio regulador se fundamenta en la diversidad de vida conyugal y familiar. No todas las parejas se ajustan al mismo modelo, pues no todas se ajustan a la convivencia de manera conyugal, como el caso de los concubinarios y otras uniones pasajeras. Aún dentro de los casados existe variedad en la forma y manera de vivir con cónyuges y como progenitores. Esto nos revela la necesidad de conservar el principio de la autonomía de la voluntad en esta materia, pero con las limitaciones que exige la familia como institución de orden público.

¹²⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Alfredo. Derecho Civil. Familia. 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 2008. p. 396.

El Código Civil para el Distrito Federal, otorga a los cónyuges la facultad de resolver sus propias crisis para llegar a una proposición aceptable para ambos, y evitar un juicio en el cual el Juez aplicará la norma y su criterio personal al razonar la sentencia, que no siempre será la mejor solución para los miembros de la familia.

A manera de resumen, podemos decir que el convenio regulador de conflictos conyugales es un acto jurídico del Derecho Familiar. Es un acto plurilateral y mixto. En él intervienen los cónyuges, el Juez de lo Familiar y el representante del Ministerio Público. Por ello, proponemos que si la norma, no tiene una sanción, difícilmente se cumplirá.

F. Convenios Conyugales y Familiares celebrados ante autoridades distintas a la judicial.

“El visor de la familia consiste en aprender el arte de la negociación, la misma vive procesos en donde la condición es el ganar-ganar, y donde en última instancia todo puede estar sujeto a negociación.”¹²⁹

En la nueva dinámica familiar, no funciona la imposición, el riesgo es la anulación del otro, y el costo es muy alto más que nunca debe imperar la negociación, bajo estas premisas nosotros consideramos que no se debe titubear ante la posibilidad de poder acudir ante las personas o instituciones que tal vez no tengan autoridad conferida por el Estado pero que por su reconocimiento y aceptación pueden intervenir para solucionar una controversia o conflicto, tal es el caso de las autoridades eclesiásticas, ya que nuestra población es mayoritariamente católica, no es nada descabellado, poder celebrar convenios conyugales y familiares que permitan dirimir tales controversias, y aún cuando no exista poder coactivo para obligar a nadie a cumplirlos, existe la presunción de que

¹²⁹ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. 3ª edición, Editorial UNAM, México, 2000. p. 86.

moralmente se deben cumplir, ejemplo de ello tenemos el matrimonio religioso, el cual es interpretado como consensual. Además debe observarse que el matrimonio religioso es un sacramento. Entre el contrato matrimonial y el sacramento hay un nexo inseparable, y es esto que los cónyuges, pueden validamente, aún, cuando no sea legalmente celebrar convenios.

G. Seguridad Jurídica que el convenio otorga a las partes.

Sin lugar a dudas, en todo acto jurídico como el matrimonio y el divorcio, deben brindar al igual que el convenio y los contratos, la mayor seguridad jurídica a las partes contendientes, porque de lo contrario, estaríamos en presencia de un acto jurídico simulado o no exigible por carecer este de coercibilidad, como sucede en muchos de los actos jurídicos que se celebran bajo la hipótesis de un convenio, porque si éste, no tiene una sanción o en caso de existir esta, el beneficio no llega a la parte afectada, nunca resolverá el problema de fondo.

Por lo anterior, consideramos que nuestra propuesta derivada de sancionar el incumplimiento de los convenios celebrados por causa de divorcio, debe tener una exigibilidad tal, que en caso de incumplimiento se beneficie totalmente a la parte afectada. Lo anterior se logrará, sancionando pecuniaria o corporalmente al incumplido e incluso, que tal sanción económica, beneficie a la parte afectada.

Así la educación, el cuidado y la salud, son circunstancias principales que surgen del ejercicio de la patria potestad que nace de la filiación y con esto, la necesidad en términos generales de uno de los bienes trascendentales dentro de la familia como es el otorgamiento de alimentos.

Evidentemente, que el interés social revelado en el artículo 253 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que en virtud de que dicha obligación alimentaria, ha de proceder para que los menores, tengan la seguridad jurídica en la preservación de sus derechos.

El doctrinario Antonio de Ibarrola al comentar estas situaciones, menciona lo siguiente: “Vienen la palabra alimento del sustantivo latino *alimentum*, el que procede a su vez del verbo *ale*, que en latín es de etimología incierta. Es sustancialmente, la comida y bebida que el hombre y los animales toman para subsistir. Se llama obligación alimentaria al deber impuesto a una persona de proporcionar a otro alimento, esto es, las cantidades necesarias para que viva. Todos los autores están de acuerdo en estudiar la obligación alimentaria inmediatamente después de haber hecho el análisis de lo que el parentesco es; los alimentos por su naturaleza, son de tal importancia que no puede admitirse su cumplimiento parcial por parte del obligado, ya que miran a la subsistencia misma del acreedor, y por lo mismo, su satisfacción debe ser continua, permanente y total, para que pueda estimarse que el demandado por alimentos ha venido cumpliendo voluntariamente y que por lo mismo no es procedente obligarlo judicialmente”.¹³⁰

Son varias las circunstancias que plantea el convenio y su contenido. Pero si examinamos al convenio con mayor profundidad, el convenio está dirigido más que nada a la preservación de los derechos de los menores a través de las leyes y el derecho, así, otorgándoles protección para su desarrollo.

La propia seguridad jurídica, por ministerio de la ley obliga a los cónyuges que tengan hijos, a establecer necesariamente una cierta obligación con un reconocimiento expreso en donde las partes realmente lleguen a convenir ciertas cláusulas dadas por la ley, en el sentido de quién va a observar y a preservar el derecho de los hijos, con quién van a vivir, y la manera en que el otro ha de visitarlos continuamente.

De ahí, que la propia legislación forma una seguridad jurídica para los menores e incapaces, para que sus derechos queden debidamente protegidos con la disolución del vínculo matrimonial.

¹³⁰ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Op. cit. p. 133.

Ahora bien, en donde podemos encontrar la falla, es en la propia seguridad jurídica que se establece y se debe observar en el cumplimiento del convenio.

Sin duda hasta el momento hemos podido observar que el interés público que representa el Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado, debe por fuerza intervenir en que el convenio referido en el artículo 267 del Código Civil y 941 del Procesal para el Distrito Federal quede debidamente estructurado y que a través de éstos verdaderamente se protejan los intereses y derechos de aquellos que no tiene una capacidad de representación suficiente, y que a pesar de que tienen una cierta capacidad de goce, no pueden ejercitar sus derechos por sí mismos; nos referimos evidentemente a los menores de edad e incapacitados.

Así vemos que cuando el Agente del Ministerio Público, se pone a la aprobación del convenio, los cónyuges deben de satisfacer necesariamente dichas oposiciones, en los términos que el Agente del Ministerio Público quiera y deba garantizar los derechos de esas personas a las cuales la propia institución está representando.

Es entonces, que todo ese complejo de seguridad jurídica que la ley otorga, va a estar reflejado en la protección de lo que es la subsistencia de los menores de edad en forma principal, y la preservación de sus derechos, para que éstos al tener su mayoría de edad sean útiles a la sociedad.

Ésta es la tutela que el derecho tiene a través de la legislación, para formar esa esfera de protección jurídica hacia estos menos e incapacitados y no sean olvidados o transgredidos.

H. Marco Jurídico que regula el incumplimiento del convenio.

Hasta este momento hemos podido decir, que en el contexto del convenio de divorcio, en muchas de las ocasiones se establece una situación que a futuro puede llegar a no cumplirse.

Por otro lado, hemos visto que nuestra legislación establece mecanismos idóneos para que el convenio se dé en el procedimiento de divorcio, pero no señala la forma de sanción y supervisión a lo largo de su duración.

Como consecuencia de lo anterior, hemos de observar cuál sería la naturaleza de la sentencia de divorcio y cuáles son las obligaciones que el principio de legalidad obliga al Juez a llevar a cabo.

El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que:

“Artículo 283...

- IV. Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará 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 a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.
- V. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- VI. Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección;
- VII. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

VIII. Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.”

“Artículo 283-Bis. En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.

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...”

Hay que notar, como lo refiere el ordenamiento legal invocado respecto de lo que sería la fijación de la sentencia, en ningún momento se va a establecer una cierta supervisión o bien una obligación de una autoridad que deba de vigilar que el convenio de divorcio, se lleve a cabo en los términos que los cónyuges manifestaron su voluntad.

Ahora bien, es importante citar el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual podría tener la respuesta a nuestra duda, dicho artículo establece como facultad del órgano jurisdiccional.

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

El cambio en las circunstancias en que se dan las resoluciones, pueden sobrevenir una vez que éstas últimas han sido dadas; y como consecuencia de ello la necesidad de hacer un cambio o modificación en la resolución que dependerá siempre de muchas circunstancias.

La hipótesis que nosotros sustentamos, básicamente se refiere al cumplimiento del convenio de divorcio.

A mayor abundamiento el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, dice:

“Artículo 288. En caso de divorcio, el Juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes circunstancias:

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

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.”

Por lo que respecta a nuestra idea en el sentido de la aplicación del convenio de divorcio, hemos también de encontrar que el Juez de lo Familiar debe de fijar lo pendiente, especialmente a las obligaciones con los hijos.

Habría que considerar que estos tres artículos mencionados, el incumplimiento del convenio de divorcio, una vez que esté sancionado en una sentencia que decrete el divorcio, puede alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias en que fueron otorgados; esto es evidente, y lo acepta nuestra legislación en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; por lo que, la acción para solicitar ese cambio, la deben de tener los mismos ex cónyuges, para que en el momento, en que el convenio de divorcio no se lleve a cabo, se incumpla en sus partes, cualquiera de los cónyuges pueda ocurrir en controversia del orden familiar ante el Juez competente, para pedir su cumplimiento o modificación de acuerdo a las circunstancias en que la familia se encuentre en ese momento.

I. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.

La familia y el matrimonio no son sólo estructuras jurídicas, por ello, los estudiosos del Derecho, les corresponde apreciar en toda su trascendencia, las relaciones de justicia que necesariamente plantean.

Nuestra materia desafortunadamente, es uno de los campos del derecho en que más se da la norma irracional, que no busca el bien común, sino que se doblega ante intereses creados, por ello, se hace importante la participación de la Suprema Corte de Justicia en temas como el que se está desarrollando.

Respecto al convenio en el divorcio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido, los siguientes criterios: no así, su sanción, razón por la cual, a continuación los transcribimos.

Octava Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: II, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1998.

Página: 233

“DIVORCIO VOLUNTARIO, CONVENIO EN ÉL, SU SOLA EXHIBICIÓN NO IMPLICA LA APROBACIÓN FORZOSA DEL JUZGADOR. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ZACATECAS). El artículo 224, fracción II del Código Familiar para el Estado de Zacatecas prevé, para el caso de su divorcio voluntario, la presentación de un convenio; sin embargo, no debe entenderse que sólo la exhibición del mismo obligue al juzgador su aprobación y, consecuentemente, a decretar la disolución del vínculo matrimonial, ya que conforme a los artículos 224, 226 y 227 del Código Familiar en cita, el Juez ante quien se promueve el juicio de divorcio, debe analizar si en el convenio quedan debidamente aseguradas las necesidades alimentarias de los hijos.”

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO

Amparo Directo 176/88, Antonio Zavala 6 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Torres Medina de González. Secretario: Artemio Zavala Córdoba.

De la anterior jurisprudencia, se infiere que el convenio, es procedente, pero no hace señalamiento de su penalización o sanción, debido a su incumplimiento.

Otra jurisprudencia, que ilustra nuestra hipótesis, de la necesidad de sancionar penalmente el incumplimiento de los convenios celebrados por causa de divorcio, es la siguiente:

Séptima Época.

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: 205-216 sexta parte.

Página: 56

“ALIMENTOS CONVENIO JUDICIAL SOBRE PAGO DE ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO. Si en la sentencia dictada en el juicio de divorcio se aprobó el convenio celebrado entre las partes respecto a la pensión alimenticia, estipulándose que: Los alimentos a que se refiere a la cláusula segunda que antecede, se irán incrementando en la misma proporción en que anualmente se incrementa el salario mínimo general, vigente en esta ciudad de Querétaro, Querétaro; no es válido tratar de interpretarlo, con el argumento de encontrar la intención de quienes lo suscribieron, pues su voluntad se manifestó en forma clara y expresa.

Por tanto, no existe incumplimiento por el deudor si no pagó a los acreedores los alimentos con el aumento que tuvo el salario mínimo general de la zona económica respectiva, antes de que transcurriera el año a partir de que empezó a surtir efecto el convenio, y la acción de cumplimiento debe declararse improcedente, ya que lo contrario, implicaría modificar las cláusulas que en aquel se contienen. Lo que sólo puede verificarse mediante juicio en el que solicite esa modificación, acreditando la necesidad de que así se haga y dando la oportunidad al deudor de ser oído en defensa de sus intereses.”

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO

Amparo directo 170/86. Faadrique Gmba Horn, 16 de junio de 1986. Unanimidad de votos.

Ponente: Ignacio Magaña Cárdenas. Secretaria: Rita Armida Reyes Herrera.

De lo citado en esta jurisprudencia, se infiere que al igual que la anterior, no existe sanción para el caso de incumplimiento y más aún se le concede al deudor alimentista el término de un año para poder ponerse al corriente en el aumento de la pensión.

Finalmente, nos referiremos a la jurisprudencia siguiente:

Quinta Época.

Instancia: Tercera Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: CXXXV

Página: 1852

“ALIMENTOS CONVENIDOS NULOS EN CADA CASO DE. Si el convenio celebrado entre los cónyuges no es si no un subterfugio para exponer al padre de la obligación de dar los alimentos a los hijos menores, obligación que tiene conforme a la ley y de acuerdo con la sentencia dictada en el respectivo juicio voluntario de divorcio, tal convenio, por contradecir el texto expreso del artículo 321 el Código Civil y la sentencia del Juez, que tiene autoridad y fuerza de cosa juzgada, es nulo y son nulos todos los documentos en que consta.”

Amparo Civil Directo 913/54. Stolarsky Carlota. 31 de agosto de 1955. Unanimidad de cinco votos. Relator: José Castro Estrada.

De acuerdo con la hipótesis de esta tesis, los convenios son procedentes, siempre y cuando traten de proteger y mejorar las condiciones de la familia.

J. Propuesta de solución a la problemática planteada.

Hemos realizado un recorrido histórico y legal sobre el convenio, en el ámbito familiar del país; nos corresponde ahora establecer nuestra propuesta, para que dichos convenios que por motivo de un divorcio se celebren entre las partes, tengan la eficacia necesaria, y no sean estos motivos de controversias entre los divorciantes.

Consideramos que el incumplimiento del convenio, por cualquiera de las partes, a causa de divorcio, cuando sea éste voluntario, debe ser sancionado

como delito, porque es, a criterio nuestro un ilícito contra la familia y la misma debe ser objeto de la protección de la ley, incluso, constitucionalmente, la protección de la familia encuentra sustento en el artículo 16, cuando establece:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio...”. Sin embargo, en un sinnúmero de ocasiones después de sentenciado y ejecutoriado un divorcio, el cónyuge que tiene que dejar el domicilio conyugal, se siente con el “derecho” de introducirse al hogar, al cual ya no tiene derecho, e incluso, violentar al ex cónyuge, para entrar, aún cuando exista un convenio de por medio que le permita realizar visitas periódicas a los hijos.

La situación descrita, no es imaginaria, podemos afirmar que es cotidiana y se repite más veces de lo que se puede creer; el matrimonio se encuentra disuelto por un divorcio y tras el cual, se da un convenio; el mismo es total y absolutamente incumplido, por no existir una sanción penal que le permita a la víctima de tal conducta hacer valer su derecho.

Otra de las cláusulas del convenio que con motivo o causa de divorcio se incumple de manera frecuente, sin lugar a dudas, es con relación a la pensión alimenticia que el obligado debe proporcionar a la familia para su subsistencia; es claro que los padres tienen obligación de dar alimentos a los hijos mientras llegan a la mayoría de edad, asimismo, el Código Civil vigente para el Distrito Federal, equipara en cuanto es posible, las causales de divorcio en lo que se refiere al hombre y a la mujer, buscando que queden debidamente garantizados los intereses de los hijos, los cuales, casi siempre resultan víctimas de la disolución del matrimonio, sin embargo, la realidad es totalmente distinta, existe una verdad irrefutable y transparente, que en el divorcio, el cónyuge obligado a proporcionar alimentos trata por todos los medios legales o ilegales de sustraerse a tal obligación. (Claro está con sus honrosas excepciones), e intenta una serie de artimañas para no cumplir con el convenio contraído; argucias que van desde buscar la disminución de la pensión alimenticia, sin justificación, hasta el

abandono no sólo del trabajo, sino del domicilio donde se habita, e incluso, de la ciudad de residencia hasta el abandono del país.

Si el incumplimiento del convenio en materia de alimentos, en un divorcio se sancionara penalmente, independientemente de lo que establece el Título Séptimo, capítulo único del Código Penal para el Distrito Federal, evitaría en gran porcentaje tales incumplimientos, además, confirmaría legalmente la acción intentada por el ofendido a nombre propio y el de los hijos que tengan derecho a esos alimentos.

Sin duda alguna, otro de los convenios derivados de un divorcio, constantemente incumplido; es el que se refiere a la guarda y custodia de los menores.

El cónyuge favorecido por la decisión del Juez de tener a su guarda y custodia a los menores, fruto del matrimonio, los cuales pueden ser visitados por el otro cónyuge de acuerdo con un convenio; es constantemente incumplido en varias de sus cláusulas, sean estas de horarios, de visitas, períodos vacacionales, días preestablecidos, lugares a donde pueden ser llevados los menores, etc. Aun cuando existe el acuerdo, el mismo es incumplido de manera cotidiana sin que haya medida coactiva que obligue a la parte que incurre en tal situación a enmendar su actitud regularmente, lo que hace el cónyuge que se encuentra en tal situación, es recurrir ante el Juez de lo Familiar ante quien se ventiló el divorcio para iniciar un incidente de incumplimiento de convenio, o en el mejor de los casos de incumplimiento de sentencia, con lo cual los ex cónyuges vuelven a involucrarse en otra controversia o mini juicio.

Consideramos necesario y urgente, se establezcan medidas coactivas penales no sólo pecuniarias, sino también de arresto, a quien arbitrariamente y en perjuicio del otro, incumpla el convenio derivado de la guarda y custodia de un menor; tales como las visitas, períodos de convivencia, vacacionales y demás.

Con nuestra propuesta el representante del Ministerio Público adscrito a los juzgados de lo familiar debe ser más participativo y no simplemente, testigo de las controversias de índole doméstica como lo es ahora; es decir, la participación hasta el momento del representante social es solamente de referencia, para evitar la falta de equidad en las partes y el desequilibrio entre los contendientes; pero, aún cuando el representante del Ministerio Público de lo Familiar haya aprobado el convenio derivado de una disolución matrimonial, las partes no se sienten obligados a cumplirlo, es más, en ocasiones se advierte un completo desafío a la autoridad, representada por el Ministerio Público de lo Familiar

Por lo anterior proponemos, para el caso de darse el incumplimiento del convenio en el supuesto de la guarda y custodia de los menores y el convenio regulador de las visitas, horarios, períodos de convivencia, lugares o sitios a donde acuden o son llevados los menores, sea debidamente notificada la representación Ministerial y así se pueda tomar las medidas que a su autoridad corresponden.

Actualmente, la intervención del Ministerio Público, como representante social en el convenio (por ejemplo sobre alimentos), queda sometido a examinar que el mismo sea equitativo y proporcional, (pero, para los padres), no así para los hijos, fundamentándose en lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal, tomando en cuenta, si tal convenio no se celebra en fraude de acreedores y finalmente, queden debidamente garantizados, los alimentos materia del convenio, por ello, la intervención del Ministerio Público Familiar, responde más a la forma, omitiendo a la realidad de su responsabilidad constitucional, la cual, le corresponde por mandato. Por otro lado, nuestra legislación civil, establece mecanismos idóneos para que el convenio se dé en el procedimiento de divorcio, pero no señala la forma de sancionar o supervisar dicho convenio a lo largo de su duración, lo cual lograremos adicionando los artículos 267 y 941 de los Códigos Civil y Procesal para el Distrito Federal.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La institución del matrimonio, es la unión jurídico-legal a través de la cual se le puede dar a la familia una seguridad jurídica porque, una vez celebrado el matrimonio, los derechos y obligaciones de cada una de las partes quedarán debidamente delimitados.

SEGUNDA. El convenio al igual que cualquier acto jurídico, debe celebrarse de acuerdo al interés de cada una de las partes, pero sobre todo, cuando le corresponda al juzgador de lo familiar con base a los elementos aportados, tal convenio debe tener inmersa una sanción pecuniaria o corporal, según sea el caso, para su incumplimiento; inclusive sancionando penalmente.

TERCERA. De acuerdo a nuestra propuesta, el incumplimiento de una de las partes en el convenio derivado de controversias familiares, debe lograr su objetivo de beneficiar a la parte que no incumplió, es decir, si se diere una sanción económica, ésta debe llegar a manos de la parte afectada para así, decir que efectivamente se cumplió con el convenio.

CUARTA. Es muy importante el cumplimiento cabal de todas las resoluciones jurisdiccionales, principalmente, del convenio de divorcio, puesto que está sancionado en presencia judicial también debe tomarse en cuenta una resolución jurisdiccional.

QUINTA. Es posible también, establecer en el convenio de divorcio, la aplicación inmediata y automática de las medidas de apremio que en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece para tal efecto.

SEXTA. En términos generales, la norma está hecha para su cumplimiento, sancionando a quien incumplió, favoreciendo siempre a la familia, porque si esta, se facilita su desintegración legal, lo menos que pueda hacer la ley, es ofrecerle

una mayor calidad de seguridad jurídica, estableciéndole al mismo convenio de divorcio, una garantía o sanción para su cumplimiento y que ésta, vaya a parar al patrimonio de la otra parte.

S É P T I M A. Estamos proponiendo una sanción de tipo económico para la parte que ha incumplido con el convenio de divorcio y le hemos considerado una acción para cualquiera de las dos partes, y así, el momento en que sobrevenga el incumplimiento, simplemente puedan ejercitar vía incidental el cumplimiento del convenio y la multa o sanción económica sea para la parte solicitante en caso de incumplimiento.

O C T A V A. Para lograr lo estipulado en la conclusión anterior será necesario que al artículo 267 se le adicione un párrafo al final de la fracción III quedando de la siguiente manera:

“Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio, deberá acompañar a su solicitud la propuesta del convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

III. El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.

En caso de incumplimiento, de convenio, el Juez de lo Familiar sancionará al incumplido con una multa equivalente a setecientos catorce veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, la cual, entregará al cónyuge solicitante, en caso de reincidencia, se dará vista al Ministerio Público en materia penal.”

N O V E N A. Para complementar lo anterior, será oportuno que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se adicione lo correspondiente en el párrafo primero del artículo 941, el cual quedaría así:

“Artículo 941. El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente, tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros, **para lo cual, se observará lo dispuesto en el artículo 267, fracción III del Código Civil para el Distrito Federal.**”

D É C I M A. Consideramos necesario establecer normas jurídicas penales que lleven implícitas sanciones no sólo pecuniarias, sino también de arresto, a quien arbitrariamente y en perjuicio del otro, incumpla el convenio derivado de la guarda y custodia de un menor, refiriéndonos a las visitas, períodos de convivencia, vacacionales y demás.

D É C I M A P R I M E R A. Con nuestra propuesta el representante del Ministerio Público adscrito a los juzgados de lo familiar debe ser más participativo y no un testigo de las controversias de índole doméstica; pues la participación hasta el momento del representante social es solamente de referencia, para evitar la falta de equidad en las partes y desequilibrio entre los contendientes; pero, aún cuando el representante del Ministerio Público de lo Familiar haya aprobado el convenio derivado de una disolución matrimonial, las partes no se sienten obligados a cumplirlo, es más, en ocasiones se advierte un completo desafío a la autoridad, representada por el Ministerio Público de lo Familiar.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA

ALVEAR ACEVEDO, Carlos. Historia de México. 7ª edición, Editorial Jus, México, 2000.

ASPE ARMELLA, Virginia. (Compiladora). Familia, Naturaleza, Derechos y Responsabilidades. s/e., Editorial Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2006.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. s/e., Editorial Harla, México, 1995.

BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho Civil. T.I. 6ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1977.

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

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

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

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. T.II. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

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

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2006.

DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.III. Obligaciones Civiles-Contratos en General. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

DE QUIROZ PEÑA, Bernaldo. Derecho de Familia. 4ª edición, Editorial Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, sección de publicaciones. Madrid, España, 1992.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Alfredo. Derecho Civil. Familia. 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 2008.

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

FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. 3ª edición, Editorial UTEHA, México, 1963.

FIGUEROA, Luis Mauricio. Contratos Civiles. s/e., Editorial Porrúa, México, 2007.

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

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

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Teoría de las Obligaciones. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio. Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1932.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. (Coordinadores). Estudios sobre adopción Internacional. 1ª edición, Editorial UNAM, México, 2001.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. 2ª edición, Editorial UNACH, Chiapas, México, 1989.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1978.

KNECHT, Augusto. Derecho Matrimonial Católico. 3ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1954.

LEÑERO OTERO, Luis. Investigaciones de Familia en México. 2ª edición, Editorial Instituto Nacional de Investigaciones Sociales, A.C. México, 1982.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. (Coordinador). Compendio de Términos de Derecho Civil. s/e., Editorial Porrúa-UNAM, México, 2004.

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

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. Editorial Porrúa, México, 1988.

MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio Tomás. Régimen Patrimonial del Matrimonio. 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996.

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

OLEA Y REYNOSO, Francisco Huber. Derecho Canónico Matrimonial. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2006.

OLVERA DE LUNA, Omar. Contratos Mercantiles. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1995.

ORIZABA MONROY, Salvador. Contratos Civiles. s/e., Editorial PAC, México, 2006.

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

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

PENICHE LÓPEZ, Edgardo. Introducción al Derecho Civil. Lecciones de Derecho Civil. 18ª edición, Editorial Porrúa, México, 1984.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. 3ª edición, Editorial UNAM, México, 2000.

PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. La Obligación Alimentaria. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1989.

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

PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T.II. 4ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1979.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Vol. 8. Trad Leonel Pereznieta Castro. s/e., Editorial Harla, México, 1997.

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

SÁNCHEZ AZCONA, Jorge. Familia y Sociedad. 2ª edición, Editorial Joaquín Mortiz, México, 1974.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 13ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

TAPIA RAMÍREZ, Javier. Derecho de Obligaciones. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

TREJO MARTÍNEZ, Adriana. Prevención de la Violencia Familiar. s/e., Editorial Porrúa, México, 2001.

VON TUBR, Andreas. Tratado de las Obligaciones. T.I. Trad. W. Roces. 2ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1934.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 10ª edición, Editorial Congreso de la Unión, México, 2009.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Editorial Sista, México, 2009.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 19ª edición, Editorial Sista, México, 2009.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Leyes y Códigos de México. Código Civil para el Distrito Federal revisado, actualizado y acotado. 73ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917. 2ª edición, Editorial Secretaría de Gobernación, México, 1990.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DICCIONARIO GENERAL ILUSTRADO. Hispano-Mexicano. T.2. D-O. 3ª edición, Editorial Bibliograf. Barcelona, 1974.

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 20ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

OTRAS FUENTES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. A-CH. 13ª edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1999.

Semanario Judicial de la Federación. T. 127-132, Cuarta Parte, Amparo Directo, 3374/78, Noviembre, México, 1979.

Semanario Judicial de la Federación. T. I. Octava Época, Tercera Sala, México, 1987.