

00761



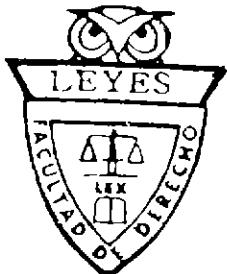
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

"ANALISIS DE LA PROCEDENCIA DEL PAGO DE LA  
INDEMNIZACION QUE PREVEN LOS ARTICULOS 288 Y  
289 BIS DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL,  
AL DECRETARSE EL DIVORCIO NECESARIO".

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:  
**MAESTRA EN DERECHO**  
P R E S E N T A:  
LIC. CRISTINA ESPINOSA ROSELLO



ASESORA DE TESIS:  
DRA. GUADALUPE ANGELICA CARRERA DORANTES.

Ciudad de México, Distrito Federal, Febrero del 2005.

m 340417



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.

## DIOS

Te doy gracias, ya que todo es posible en tu compañía .

A ti **Alberto** mi compañero, amigo y amante desde hace mas de veinte años, con tu apoyo puedo lograr todas mis metas.

A mi madre, **Gloria** por su ejemplo, fortaleza y determinación que han sido una guía en mi vida.

A mi padre, **Erasmo** quien me apoyó en mi ACformación profesional siempre, enseñándome que uno gobierna su propia vida.

A ustedes, a quienes debo lo que soy, con profundo amor y gratitud.

A mis hijas **Ana Cristina y Fernanda**, mi adoración, mi motivo de buscar ser mejor, esperando que con mi ejemplo sean mujeres preparadas y de provecho.

A mis hermanos **Bety, Tita, Gerardo, Gloria y María** quienes son parte fundamental de mi vida, con todo amor, de los que siempre he aprendido algo nuevo y valioso, agradezco el cariño que me han tenido siempre.

**Al Doctor Lázaro Tenorio Godínez:**

Gracias a su apoyo pude cursar esta maestría que concluyo.

**Al Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra:**

Quien no sólo supo transmitir sus conocimientos sino como poco profesores pudo ir más allá traspasando la barrera de alumno maestro al llegar a los corazones y quedar para siempre en ellos.

**Al Maestro Magistrado Antonio Muñozcano Eternod**

Pues sin su apoyo no hubiera podido concluir esta tesis de grado que significa mucho en mi desarrollo profesional.

Mi mas sincero agradecimiento a la **Doctora Guadalupe Carrera Dorantes**, por su valiosa asesoría en esta tesis, sus consejos y su invaluable amistad.

**A Miriam y Margarita**, gracias por todo el apoyo incondicional que siempre me han dado, gracias por ser mis amigas.

**A LA UNIDAD DE POSGRADO DE DERECHO DE LA UNAM**  
Le agradezco mi formación profesional.

## INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO PRIMERO

#### EL MATRIMONIO Y SUS RÉGIMENES PATRIMONIALES

1.1. - La regulación civil del matrimonio	1
A) Elementos esenciales	4
B) Elementos de validez	4
1.2. - Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio	10
1.3. - Regímenes patrimoniales en el matrimonio	12
1.3.1. - Capitulaciones matrimoniales	12
1.3.1.1. - Sociedad conyugal	15
1.3.1.2. - Elementos que deben de contener las capitulaciones matrimoniales en las que se establezca la sociedad conyugal	17
1.3.1.3. - Disolución de la sociedad conyugal	20
1.3.1.4. - Cambio de régimen patrimonial	21
1.3.1.5. - Disolución y liquidación de la sociedad conyugal	26
1.3.1.6. - Separación de bienes	29

### CAPÍTULO SEGUNDO

#### EL DIVORCIO

2. - Divorcio	32
2.1. - Procedimientos de divorcio	37
2.1.1. - Divorcio voluntario administrativo	37
2.1.2. - Divorcio voluntario judicial	38
2.1.3. - Divorcio necesario.	39
2.2. - Clasificación de las causas de divorcio	41
2.2.1.- Análisis de algunas de las causal de divorcio.	45
2.3. - Medidas provisionales que se dictan durante	

el procedimiento de divorcio necesario	65
2.4. - Sentencia, y consecuencias del divorcio	68

### CAPÍTULO TERCERO

#### RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO

3. - Origen y concepto de responsabilidad	72
3.1. - Hecho ilícito	73
3.1.1. - Elementos del hecho ilícito	74
1) Antijurídica	74
Tipos de antijuricidad	75
2) La culpa	78
3) El daño	80
a) Concepto de daño	80
b) Concepto de perjuicio	82
3.2. - Daño patrimonial y moral	85
3.2.1. - El daño moral	87
3.2.2- Requisitos para la indemnización del daño	89
3.3. - Concepto de responsabilidad	90
3.3.1. - Responsabilidad civil	92
3.3.2. - Clases de indemnización	93
3.4. - Los derechos de la personalidad. El daño y su clasificación	97
A. Los derechos de la personalidad	97
3.5. - Bienes del patrimonio moral afectivo o subjetivo	101

### CAPÍTULO CUARTO

#### ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 288 Y 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y PROPUESTAS

4.1. - Antecedentes	107
4.2. - Exposición de motivos de las reformas	108
4.3. - EL artículo 288 del Código Civil, supuestos previstos por este artículo antes de la reforma	109
4.3.1. - Supuestos previstos por este artículo antes de la reforma realizada 112	
4.4. - Prueba del daño moral	117
4.4.1. - La prueba del daño moral en el derecho mexicano	123
4.4.2. - Monto de la indemnización	126
4.4.3. - Determinación del monto de la indemnización	130
4.4.4. - Requisitos previos para el pago de la indemnización	134
4.4.5. - Prescripción de la acción de reparación del daño moral	140
4.5. - El artículo 289 bis del Código Civil del Distrito Federal	143
4.5.1. - Derecho de los cónyuges a exigir una compensación económica	146
4.5.2. - Riesgo de abuso	148
4.5.3. - Requisitos para la procedencia del pago de una indemnización o compensación	153
4.5.4. - Retroactividad	161
4.6. - Jurisdicción	170
CONCLUSIONES	172
BIBLIOGRAFÍA	184

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo parte del siguiente problema: en el Código Civil para el Distrito Federal, no se establece una forma objetiva para cuantificar la indemnización que, por concepto de daños y perjuicios, debe de pagar el cónyuge que dio causa al divorcio al cónyuge inocente que establece el artículo 288 del Código Civil.

Por otra parte se aborda el problema relativo a la compensación que prevé el artículo 289 bis, del mismo ordenamiento jurídico, en el cual se establece que en la demanda de divorcio un cónyuge podrá demandar al otro hasta el cincuenta por ciento del valor de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Además de que la aplicación de este artículo no es práctica, en nuestro derecho no existen lineamientos jurisprudenciales que permitan cuantificar la indemnización señalada; ya que en el primer artículo se trata de una indemnización por daño moral, y en el segundo de una compensación económica.

No obstante que la indemnización, está prevista en nuestro Código Civil, en la práctica encontramos innumerables problemas para su aplicación, que incluyen la irretroactividad de la ley.

Uno de estos problemas que se verán en la practica es que los jueces familiares desconocían de juicios en los cuales se demandara la indemnización pecuniaria por daño moral; y en los pocos casos en los que se presentaba

esta situación, el litigante no planteaba adecuadamente dicha prestación adecuadamente para que procediera; o estos asuntos se terminaban anticipadamente a través de un convenio en el que los cónyuges conciliaban sus diferencias. Ya que lo usual era que este tipo de prestación se demandara ante un juez civil, por lo que es necesario que los jueces de lo Familiar se actualicen.

Encontramos que la determinación del monto de la indemnización patrimonial resulta generalmente sencilla, pero debió conservarse en el artículo 1915 del Código Civil, ya que la reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior, y sólo cuando esto no sea posible, en el pago de daños y perjuicios.

Cuando se determina el monto de la indemnización por daño moral, debiera contemplarse la posibilidad de reparar éste con un valor moral. Cuando no es posible y debe determinarse en dinero, el juez debería considerar que la suma no debe constituir un enriquecimiento para quien sufrió el daño moral, ni tampoco un empobrecimiento en quien lo causó; cabe señalar que en los asuntos de orden familiar lo más importante es la conservación de la familia, y la mejor forma de restituir el daño es proporcionar al grupo familiar la terapia psicológica necesaria para la recuperación de su salud mental.

Las reformas realizadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en junio del 2000 no cumplen el objetivo de lograr la equidad de género que pretendían,

pues su aplicación en la práctica se torna confusa, en primer término porque la forma en que está redactado el Artículo 288 del Código Civil da a entender que se puede reclamar el pago de la indemnización y además el pago de daños y perjuicios que en esencia son lo mismo; y en segundo lugar, porque dicho ordenamiento por un lado habla de igualdad entre hombre y mujer, y por otro prevé artículos cuya única pretensión es proteger a la mujer.

Considero que el problema principal radica en la falta de educación en materia de equidad de género necesaria para que en nuestra sociedad se puedan aplicar las reformas ya que el cambio cultural no se logra sólo con reformar las leyes de un país, sino principalmente con educación. Además es necesario un cambio jurídico, que se alcanzará cuando las leyes sean eficaces. Para lograrlo los legisladores deben olvidar sus intereses partidistas y pensar realmente en la conveniencia de las reformas que proponen y aprueban.

Respecto al artículo 289 bis del Código Civil, considero que debe ser derogado, ya que contraviene los principios básicos que distinguen el régimen patrimonial de separación de bienes. Si no se deroga propongo tomar medidas preventivas como permitir a los contrayentes incluir el monto de la indemnización (compensación) al formular las capitulaciones matrimoniales.

Por otra parte en el supuesto de no derogarse se prevé que su efectividad se hará tangible con el transcurso del tiempo en que cumpla con la finalidad de

proteger los derechos de la mujer u hombre, una vez que jurídicamente se resuelva sobre la irretroactividad de la ley.

Como solución a los problemas planteados se propongo lo siguiente:

1° El pago de la indemnización, materia de este estudio, debe regirse en los mismos términos que los hechos ilícitos.

2° El pago que prevé el artículo 289 bis del Código Civil debe ser tratado como una compensación.

3° Debido a que existe el problema de la irretroactividad del pago de compensación, éste debe ser deducido pues considero que en primer término en el derecho sustantivo no se puede aplicar un ordenamiento en perjuicio de persona alguna, no obstante se beneficie a un sector social.

4° La reparación del daño patrimonial debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior, y sólo cuando esto no sea posible en el pago de daños y perjuicios.

La determinación del monto de la indemnización por daño moral debe contemplar la reparación de éste con un valor moral. Cuando no sea posible y se determine en dinero, el Juez debería considerar que la suma que se entregue no debe constituir un enriquecimiento para quien sufrió el daño moral, ni un empobrecimiento para quien lo causó; además debe ponderar en los asuntos de orden familiar la conservación de la familia. Así mismo la

indemnización se pagará entre cónyuges de su patrimonio, que puede verse afectado e incluso rematado, para el pago de estas prestaciones.

El artículo 289 bis del Código Civil debe ser derogado, pues no protegen los derechos de la mujer, ni lograr la equidad de género, y además contraviene los principios básicos que distinguen el régimen patrimonial de la sociedad conyugal y del de separación de bienes.

Respecto a la indemnización o compensación, como ya señale, faltan los preceptos que permitan su aplicación práctica y es la jurisprudencia la que debe dar los lineamientos para que pueda aplicarse de manera eficaz.

Durante el desarrollo de mi trabajo pude confirmar el planteamiento respecto a la falta de preceptos legales que hagan práctica la forma de indemnizar o compensar; e incluso pude llegar a formular a conclusiones propias del desempeño de mi carrera judicial.

Asimismo comprobé que en efecto, aunque se acrediten los extremos requeridos para la procedencia del pago de una indemnización por daño moral, resulta problemático cuantificar el monto.

Lo anterior me hizo reflexionar en torno a las posibles soluciones que implicarían una nueva redacción de los artículo 288 y 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal. Estas conclusiones reflejan la experiencia que he adquirido durante diez años de prestar mis servicios para el Tribunal Superior de Justicia del

Distrito Federal. Resultado de esta investigación de carácter práctico, donde he plasmando mis opiniones y perspectivas sobre la aplicación de las reformas al Código Civil del 25 de mayo del año dos mil.

Este trabajo consta de cuatro capítulos, en el primero se aborda el tema del matrimonio, sus requisitos y las capitulaciones matrimoniales. En el segundo abordo el tema del divorcio. En el tercero estudio el hecho ilícito, necesario para poder entender el pago de una indemnización ya sea patrimonial o moral; y por último, en el cuarto, presento el estudio toral de esta tesis respecto al análisis de los Artículos ya mencionados.

A lo largo de estas páginas, intento dar respuesta a preguntas como: ¿Cuáles son los elementos para que se dé este pago de la indemnización?; ¿Cuál es el plazo para su prescripción?, ¿Cómo se resuelve el aspecto de retroactividad?

Las siguientes propuestas son algunas de las que presento en este trabajo:

- Modificar la redacción de los preceptos legales del Código Civil.
- Medidas a tomar por los Notarios Públicos para dar mayor seguridad jurídica cuando autoricen la escritura de un bien.
- Que los cónyuges, que contraigan matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, desde que establezcan sus capitulaciones

matrimoniales, puedan incluir una cláusula en la cual especifiquen la forma y porcentaje, e incluso la cantidad con la que tendrá que compensar un cónyuge a otro, en caso de la disolución del vínculo matrimonial, en términos del Artículo 289 bis del Código Civil.

- Consideraciones respecto a la subsistencia de las medidas que prevé el artículo 282 fracción VII del Código Civil, una vez que se decreta el divorcio.
- Propuestas de reparación del daño moral.

CAPÍTULO PRIMERO  
EL MATRIMONIO Y SUS REGÍMENES PATRIMONIALES

1.1. - LA REGULACIÓN CIVIL DEL MATRIMONIO

Es importante definir y precisar los conceptos de matrimonio y sus regímenes patrimoniales a fin de poder llegar al tema central de este estudio, que es el pago de una indemnización proveniente de un hecho ilícito o el pago de una compensación. La finalidad de este trabajo es examinar la aplicación actual que sobre el particular prevé el Código Civil para el Distrito Federal, en vigor desde mayo del 2000, por lo que cito en muchas partes su contenido.

La raíz etimológica de la palabra matrimonio es las voces latinas *matris*, que quiere decir madre; y *monium* que significa carga, es decir "carga de la madre". A su vez la palabra patrimonio viene del latín *patris numium* que significa "carga del padre". La palabra hace alusión a las figuras del padre y de la madre.

Resulta difícil dar un concepto único sobre el matrimonio ya que cada autor proporciona uno diferente.

Bonnecase define al matrimonio como: "contrato solemne por el cual los futuros cónyuges determinan con anterioridad la condición jurídica de sus bienes, mientras dure el matrimonio y hasta su disolución"<sup>1</sup>

Para la maestra Sara Montero Duhalt el matrimonio "es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distintos sexos,

---

<sup>1</sup> BONNECASE, Julien. *Tratado elemental de derecho civil*, México, 1ª ed. Editorial Harla, 1997, pág. 230.

que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley".<sup>2</sup>

El maestro Rafael de Pina Vara señala que es " la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida"<sup>3</sup>

Según Planiol "matrimonio es el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad"<sup>4</sup>

Para Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña es "una estructura a través de la cual se pretende organizar la sexualidad de hombres y mujeres y la crianza de los hijos(as) que pudieran nacer de esa convivencia sexual".<sup>5</sup>

El Código Civil para el Distrito Federal en su Artículo 146 señala:

" La unión libre de un hombre y una mujer para realizar una comunidad de vida donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe de celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige".

De esta definición podemos destacar los siguientes aspectos positivos: Aclara en una forma indudable que se trata de la unión entre un hombre y una mujer que constituye un acto jurídico, con la finalidad de realizar una comunidad de vida, que el matrimonio como estado es una situación permanente y, a mi parecer, debe de agregarse a mi parecer que se refiere a una comunidad de vida "conyugal", aunado a que precisa algunos deberes como el respeto, igualdad y ayuda mutua.

<sup>2</sup> MONTERO DUHALT Sara, *Derecho Familiar*, 3ª ed. Editorial Porrúa. pág. 97.

<sup>3</sup> PINA VARA, Rafael de. *Diccionario Jurídico*. 17ª ed. Editorial Porrúa. 1991 pág. 367.

<sup>4</sup> PLANIOL, Marcel. *Tratado elemental de derecho civil*, Puebla, México. Editorial. José M. Cajica distribuido por Porrúa 1945, t. I. pág. 305.

<sup>5</sup> PÉREZ DUARTE y NOROÑA. Alicia Elena. *Derecho de Familia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM México. 1990, pág. 20.

Del mismo modo, se pueden apreciar aspectos negativos o superables, a mi juicio se debería modificar el texto en la parte donde señala que se trata de una unión libre para decir una unión libre y voluntaria por que este es un término más jurídico para una situación de derecho, como está redactado parecería que hablamos de la figura del concubinato, que también es una unión libre, pero es una situación de hecho. Por lo tanto sería importante modificar la definición para añadirle estos conceptos:

"El matrimonio es la unión voluntaria de un hombre y una mujer para realizar una comunidad de vida conyugal, donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe de celebrarse ante el Juez el Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige".

Al matrimonio se le han atribuido distintas naturalezas jurídicas: como acto jurídico de muy diversa clase, como contrato con características especiales, como estado civil, como institución, como sacramento; ninguna de estas figuras determina en forma exclusiva su carácter ni tampoco es excluyente de las otras, más bien, se complementan.

Magallón Ibarra acepta el concepto de matrimonio-contrato. Según este autor, es un contrato *sui generis* al ser totalmente distinto a todos los demás, con reglas propias, con formas específicas para su celebración; pero sigue siendo un acuerdo de voluntades y, por lo tanto un contrato.<sup>6</sup>

Estoy de acuerdo con lo conceptuado por Bonnecase cuando afirma que el matrimonio es una institución legal, es decir, un conjunto de reglas con un fin determinado, agrupadas para organizar un acto o estado.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Maric. *Instituciones de derecho civil*, Tomo III, Derecho Familiar, México, Editorial Porrúa, 1988. pág. 233.

<sup>7</sup> BONNECASE, Julien. Op.Cit. pág. 247.

El contraer matrimonio produce efectos jurídicos que se encuentran regulados por la ley. Efectos con relación a los cónyuges, los hijos, los bienes y frente a terceros.

La generalidad de los actos jurídicos se constituyen con dos elementos esenciales: La voluntad y el objeto. El matrimonio requiere de un tercer elemento que es la solemnidad. Como todo acto jurídico, está compuesto por elementos de existencia, para que surja a la vida jurídica; y por elementos de validez, para que sus efectos sean plenos.

#### A) Elementos esenciales

1. - La voluntad de los contrayentes, que debe ser expresa e individual.
2. - El objeto, que consiste en establecer la comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo.
3. - La solemnidad, que se refiere a la intervención del juez del Registro Civil a través de un acta, con el nombre y firma de los contrayentes por medio de la cual se hará constancia del acto.

#### B) Elementos de validez

1. - La capacidad, que consiste en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, así como para ejercitarlos; éstos pueden ser de goce y de ejercicio:

a) De goce, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; en el caso del matrimonio, se refiere a que ambos cónyuges hayan obtenido la mayoría de edad; o bien, si son menores de edad que ambos tengan dieciséis años y hayan obtenido el consentimiento de los padres o tutores; que gocen de buena salud, que sean aptos para procrear, que tengan hábitos nocivos ni de enfermedades contagiosas.

b) De ejercicio, es la aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos, alude al consentimiento de los

contrayentes y de los representantes legales o de la autoridad en su defecto.

2. - La licitud, es otro requisito de validez que significa que el matrimonio debe de realizarse sin que exista alguno de los impedimentos legales señalados en el Artículo 157 del Código Civil:

- I. La falta de edad requerida por la ley, es decir tener dieciocho años;
- II. La falta de consentimiento del o de los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez de lo familiar en sus respectivos casos;
- III. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
- IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;
- VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII. La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;
- VIII. La impotencia incurable para la cópula;
- IX. Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- X. Ser 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, como lo establece la Fracción II del Artículo 450 del Código Civil;
- XI. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer; y
- XII. El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el Artículo 410-D es

decir, para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las Fracciones III, VIII y IX."

En el caso de la Fracción III, es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

La Fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

En la Fracción IX señala como dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido, de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.

El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino hasta cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

En los casos de que los impedimentos sean dispensables no producen nulidad sino que se castigan con multa o destitución del funcionario responsable, y se subsana con el transcurso del tiempo, mientras que las que no son dispensables dejan sin efecto el matrimonio e impiden que tenga efectos jurídicos y producen la nulidad.

3. - La ausencia de vicios de consentimiento consiste en que no haya error, dolo, mala fe, violencia o lesión; pero en el matrimonio pueden darse dos clases de vicios: uno por error en la persona y dos por la violencia.

El error de identidad consiste en casarse con una persona distinta de aquella con la que se desea unir.

La violencia se da, según lo previsto en el Artículo 1819 del Código Civil, 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. La forma específica de la violencia en el matrimonio es el rapto.

4. - Las formalidades, son las formas específicas para la celebración del matrimonio y se encuentran contenidas en los Artículos 97, 98, 99, 100, 101, 102 y 103 del Código Civil, que sufrieron reformas y fueron publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 13 de enero del 2004. Estos prevén las siguientes formalidades:

Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán, ante el Juez del Registro Civil de su domicilio, un escrito donde expresen:

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

II. Que no tienen impedimento legal para casarse, y

III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

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

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

A este escrito, debe acompañarse la siguiente documentación:

"I. El acta de nacimiento de los pretendientes, en la cual se desprende la edad del contrayente y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto sea notorio que son menores de dieciséis años;

II. La constancia de que otorguen su consentimiento las personas a que refiere el Artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal, para que el matrimonio se celebre.

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

IV. Derogada;

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 aún con el 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 Oficial 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.

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

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

Más adelante se estudié con mas profundidad este tema, pero cabe señalar que es común que los contrayentes no tengan la menor idea de lo que significa la formulación de este convenio y habitualmente el Juez del Registro Civil tampoco les explique.

"Artículo 98 Fracción V . . . 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... "

En el caso de que los pretendientes, por falta de conocimiento, no puedan redactar el convenio a que se refiere

la Fracción V el Artículo 98 del Código Civil, el Oficial del Registro Civil tiene la obligación de redactarlo con los datos que los pretendientes le suministren.

El Juez del Registro Civil a quien se presente una solicitud de matrimonio que cumpla los requisitos enumerados, hará que los pretendientes y los ascendientes o tutores, que deben prestar su consentimiento, reconozcan ante él y por separado sus firmas.

**Artículo 101** El matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes a la presentación de la solicitud de matrimonio, en el lugar, día y hora que se señale para tal efecto.

**Artículo 102** En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el Artículo 44. Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, les hará saber los derechos y obligaciones legales que contraen con el matrimonio, para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

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

- I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;
- II. Si son mayores o menores de edad;
- III. Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;
- IV. En su caso, el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, la tutela o las autoridades que deban suplirlo;
- V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;
- VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la Ley y de la sociedad;
- VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;
- VIII. Derogada. (Publicación Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 13 de enero de 2004)
- IX. Que se cumplieron las formalidades exigidas por el Artículo anterior.

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

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

Es importante hacer notar que todos los requisitos que se precisaron denotan la formalidad de esta institución.

#### 1.2. - DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

Ahora bien, es importante tener en cuenta cuales son los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, ya que más adelante hablaremos de las causas de su disolución éstas están vinculadas con los primeros, regulados por los Artículos 162 al 177 del Código Civil. En los incisos siguientes resumo los derechos y obligaciones que se desprenden del matrimonio

a) Los cónyuges están obligados a contribuir, cada uno por su parte, a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Asimismo, tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

b) Vivirán juntos en el domicilio conyugal, lo que implica una obligación para ellos. Se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales lo que es un derecho.

c) Tienen la obligación de contribuir 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. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

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

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

Esta nueva aportación al Código Civil se establece con toda claridad que el trabajo del hogar se debe tomar como contribución económica, situación que se toma en cuenta sobre todo en el régimen de separación de bienes, ya que el cónyuge que se encuentre en esta circunstancia genera el derecho de que se le compense con cargo al patrimonio de su consorte.

Esta es una situación favorable, ya que la realidad mexicana refleja que quien se dedica al hogar no puede hacer su propio patrimonio y libera al otro de los trabajos del hogar y del cuidado de los hijos, además de facilitarle lograr su patrimonio. Esta figura que se estudiará detenidamente mas adelante, por ser tema central de esta tesis.

d) Tienen el derecho de desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita. Los cónyuges mayores de edad tienen capacidad y derecho para administrar, contratar o disponer de sus bienes y ejercitar las acciones, sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.

e) Cuando sean menores de edad tendrán el derecho de administrar sus bienes, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales, en términos de lo dispuesto por el

Artículo 643 del Código Civil. El contrato de compra-venta puede celebrarse entre ellos cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes. Podrán ejercitar los derechos y acciones que tenga el uno contra el otro, y estos no prescribirán mientras dure el matrimonio.

### 1.3. - RÉGIMENES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO

La regulación de los efectos jurídicos en cuanto a los bienes se encuentra en el Título Quinto del Matrimonio Capítulo IV del Código Civil.

Como ya mencioné, cuando una pareja decide contraer matrimonio debe acudir ante el Registro Civil, proporcionar la información necesaria sobre los requisitos para la celebración de su matrimonio; dentro de éstos se encuentra el convenio que los pretendientes deben celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquirieran posteriormente durante el matrimonio. En este convenio deben expresar si contraen el matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes. El Código Civil establece que el Juez del Registro Civil debe explicar a los interesados el alcance del convenio que se va a formular, situación que como ya se mencionó casi nunca acontece, ya que en la mayoría de los casos los contrayentes se limitan a firmar sin tener idea de lo que signan.

#### 1.3.1. - CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Los contrayentes deben celebrar un contrato de bienes que recibe el nombre de capitulaciones matrimoniales, en el que convengan si el régimen con relación a sus bienes se celebra bajo la forma de sociedad conyugal o la de separación de bienes. (Art. 178 y 179 del Código Civil)

Independientemente del régimen patrimonial que escojan los contrayentes, éste se regirá por las capitulaciones matrimoniales, y estas según lo establece el ordenamiento en cita, en su Artículo 179 establece que son "... pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, los cuales deberán recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario."

Se trata de un contrato accesorio, porque es efecto del matrimonio, con relación a los bienes de los cónyuges. Por lo tanto, sigue la suerte del principal, bien sea en cuanto a la celebración del matrimonio para que produzca sus efectos, o bien por la disolución del mismo para su liquidación.

En esta materia existe una amplia libertad y tiene los límites generales que son no contravenir el orden público ni las buenas costumbres y no ir en contra de los fines del matrimonio.

Las capitulaciones pueden formalizarse antes de la celebración del matrimonio o posteriormente. Cuando se celebran antes del matrimonio no requiere autorización alguna. También pueden pactarse después de celebrado el matrimonio, lo que es posible según previene el Artículo 180 Código Civil que establece que éstas

"Pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio y durante este. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio, ante el Juez de lo Familiar o ante Notario, mediante escritura pública".

En este supuesto, también pueden celebrarse libremente sin requisito alguno adicional.

Esta posibilidad de otorgar las capitulaciones se refiere tanto a la sociedad conyugal, como prevé el Artículo 184 del Código Civil, como a la separación de bienes, según lo

establece el Artículo 207, en ambos supuestos se dice que la sociedad conyugal nace al celebrar el matrimonio o durante él, o bien puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio o durante éste.

En este punto conviene precisar que las capitulaciones matrimoniales son actos jurídicos accesorios al matrimonio, es decir, no son parte integrante del matrimonio mismo. Son dos actos jurídicos que, si bien están relacionados entre sí, son diversos. El matrimonio es un acto jurídico que se refiere a la comunidad de vida de un hombre y una mujer; de ese acto jurídico se originan deberes personales, además de derechos y obligaciones patrimoniales que son el objeto del acto jurídico conyugal. El matrimonio, para su existencia, no requiere la celebración de capitulaciones matrimoniales, aun cuando la ley exige que al celebrarse los pretendientes realicen un pacto con relación a sus bienes (Art. 98 Fracción V del Código Civil).

La posibilidad de que las capitulaciones matrimoniales puedan otorgarse antes de la celebración del matrimonio confirma que se trata de dos actos jurídicos diversos. (Art. 180 del Código Civil). Si embargo si el matrimonio no llegara a celebrarse, carecería de objeto el convenio de capitulaciones y se produciría su anulación, debido a su naturaleza accesoria.

El Código Civil prevé el hecho de que las capitulaciones matrimoniales puedan constar en escritura pública y en estos casos debe acompañarse de un testimonio de la escritura como lo señalan los Artículos 97 y 98 del Código Civil en su Fracción V.

Cabe recordar en este punto, que el patrimonio debe entenderse como el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una

universidad de derechos, como lo define el maestro Gutiérrez y González.<sup>6</sup>

Sin embargo, podría ser posible que cada uno de los cónyuges tuviera su propio patrimonio, y además que estos formarían un patrimonio común.

Las capitulaciones matrimoniales se otorgan antes de la celebración del matrimonio o durante éste. En el caso de que se otorguen o pretendan modificarse durante el matrimonio, debe hacerse ante el Juez de lo Familiar, como lo establece el Artículo 180 del Código Civil.

Cuando las capitulaciones matrimoniales se omiten o son imprecisas deberá aplicarse lo dispuesto en el Código Civil. Sin embargo, este en su Artículo 182 bis sólo se refiere al matrimonio que se haya celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal.

En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorarios por los servicios personales que se presten; pero si uno de ellos, por ausencia o impedimento del otro, se encarga temporalmente de la administración de los bienes del ausente o impedido, tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere.

Ahora analizaré cada uno de los regímenes patrimoniales, cómo nacen, qué bienes son los que los constituyen, que conceptos pueden establecerse en las capitulaciones matrimoniales y cómo se pueden dar por terminados.

#### 1.3.1.1. - SOCIEDAD CONYUGAL

---

<sup>6</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *El Patrimonio*, 4ª ed. Editorial Porrúa. pág. 164.

La sociedad conyugal nace en el momento en que se celebra el matrimonio y se estipula en las capitulaciones matrimoniales que este será el régimen patrimonial bajo el cual se contrae el matrimonio; pero también puede originarse durante el matrimonio si se solicita un cambio de régimen patrimonial de separación de bienes a sociedad conyugal.

Los bienes que la constituyen son en principio los adquiridos durante el matrimonio, salvo pacto en contrario, pero también puede comprender los bienes de los que ya sean dueños antes de formarla, como una aportación.

Ahora bien, existe la presunción legal de que los bienes y utilidades adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal pertenecen por partes iguales a ambos cónyuges, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones patrimoniales, según lo establece el Artículo 182 *ter.* y *quarter* del Código Civil. En el caso de que los cónyuges no establecieran nada al respecto, el cincuenta por ciento le corresponde a cada uno.

El Artículo 182 *quintus*, del ordenamiento legal en cita, establece y esclarece qué bienes pertenecen a cada uno de los cónyuges sin importar que el matrimonio se haya contraído bajo el régimen de sociedad conyugal. Pertenecen a los cónyuge:

- Bienes y derechos que le pertenezcan al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que posea antes de éste; aunque no haya dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante el matrimonio. La interpretación de este Artículo debe de hacerse a la luz del Artículo 19 del mismo ordenamiento.
- Los Bienes adquiridos después de haber contraído matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la

fortuna. (Esta Fracción se recogió de la interpretación que dio la suprema Corte de Justicia en una tesis de contradicción)

- Bienes adquiridos por cualquier título propio anterior al matrimonio, aunque la adjudicación se haya hecho después de la celebración de éste, siempre que todas las erogaciones que se generen corran a cargo del dueño de éste.

Considero que para resolver muchas situaciones que pudieran parecer injustas, con relación a los bienes que adquirió cualquiera de los cónyuges antes de haber contraído matrimonio, pero cuya formalización en escritura pública o su adjudicación se realizó sino hasta que ya se encontraban casados, deben incluirse las siguientes Fracciones, que definen las propiedades de cada cónyuge: .

- Los que adquieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios.
- Los de uso personal.
- Los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio, salvo cuando pertenezcan a un establecimiento o explotación de carácter común.
- Los adquiridos a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, si la totalidad o parte del precio aplazado se satisface con dinero del mismo cónyuge. Se exceptúa la vivienda, enseres y menaje familiares.

#### 1.3.1.2. - ELEMENTOS QUE DEBEN DE CONTENER LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN LAS QUE SE ESTABLEZCA LA SOCIEDAD CONYUGAL

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

- Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada uno donde mencionen si la sociedad va a responder por ellas o únicamente por las que contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por uno de ellos.
- Declaración expresa en el sentido de si la sociedad ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos y precisar cuáles son los bienes que entrarán a la sociedad.
- Declaración expresa de si han de comprenderse todos los bienes o sólo sus productos, y determinar con claridad la parte en que los bienes o productos corresponden a cada cónyuge.
- Especificar si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad y las facultades que tenga.
- Declaración de si los bienes que adquieran durante el matrimonio pertenecerán únicamente al adquirente, o si deben de repartirse entre ellos y en qué proporción.
- Declaración expresa de si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna.
- Las bases para liquidar la sociedad conyugal.

Además la ley prevé que las capitulaciones deben cumplir con las siguientes formalidades:

- Constar en escritura pública si los otorgantes pactan hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida.
- En este sentido, cualquier alteración o modificación que se haga también debe otorgarse en escritura pública y hacer la anotación en el protocolo en que se otorgó. De no ser así, las alteraciones no producirán efecto contra terceros.

Considero que se desaprovechó la oportunidad para aclarar y reglamentar en forma diversa cómo se producen los efectos contra terceros, ya que no existe claridad sobre el lugar en donde se deben de inscribir las capitulaciones matrimoniales; el Código Civil sólo prevé que se deben inscribir en el Registro Público de la Propiedad; sin embargo nadie lo hace, y el tercero no sabe si un bien inmueble determinado es o no parte de la sociedad conyugal, pues en su folio real no se mencionan las capitulaciones matrimoniales. Por tanto sería conveniente que se obligara a los Notarios Públicos para que se mencione en la escritura el régimen patrimonial bajo el cual están casados las partes, y así también queda obligado el registrador a transcribir el régimen en el folio correspondiente.

Ahora bien, estas capitulaciones pueden estar aquejadas de nulidad cuando se haya pactado en el las que sólo uno de los consortes habrá de percibir todas las utilidades o que alguno de ellos será responsable por las pérdidas o las deudas en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades.

Asimismo no se puede renunciar a los gananciales que le corresponden; y si el pacto indica la 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. Además el dominio de los bienes comunes residirá en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal.

El Código Civil, en su Artículo 194 bis, prevé que aquel que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderá el derecho a su parte correspondiente de dichos bienes

en favor del otro cónyuge. Y en caso de que dichos bienes hayan dejado de formar parte de la sociedad conyugal, deberá pagar al otro la parte que le corresponda, así como daños y perjuicios ocasionados. Esta disposición parece acertada para proteger al consorte que no administre, aun cuando por ley los dos deben administrar salvo pacto en contrario.

#### 1.3.1.3. - DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La sociedad conyugal puede terminar por voluntad de los consortes (Art. 197 Código Civil) aún antes de que se disuelva el matrimonio si así lo convienen (Art. 187 Código Civil) lo cual indica que está autorizada por la ley la celebración de los actos jurídicos necesarios para la disolución. Éste es un convenio, implícito de cambio de régimen de bienes matrimoniales, pues al cambiar de sociedad conyugal al de separación de bienes, los cónyuges deben pactar adicionalmente todo lo relativo a la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal.

La sociedad conyugal puede también terminar si el socio administrador, por su notoria diligencia o mala administración, amenaza con arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes; cuando el socio administrador, sin el consentimiento expreso del otro, hace sesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal a sus acreedores; si uno de los cónyuges es declarado en quiebra o en concurso; y por cualquier otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente. También termina en los casos de la disolución del matrimonio, nulidad del mismo o sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente. En los primeros dos casos es necesario el acuerdo de los cónyuges para la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Al estar previstas por la Ley las situaciones en las que se puede disolver la sociedad conyugal, al presentar el

evento, los cónyuges están facultados para realizarla sin autorización judicial alguna, salvo en el divorcio voluntario que exige el convenio judicial y su aprobación.

#### 1.3.1.4. - CAMBIO DE REGIMEN PATRIMONIAL

La sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio si así lo convienen los cónyuges; Si éstos son menores de edad deben de intervenir prestando su consentimiento las personas a que se refiere el Artículo 148 del Código Civil tanto en la modificación como en la disolución de la sociedad.

El procedimiento para la terminación de la sociedad conyugal debe realizarse mediante una jurisdicción voluntaria ante un juez de lo familiar, en la que ambos cónyuges:

- Hagan inventarios de los bienes que la constituyen,
- Acrediten la propiedad con los documentos respectivos,
- Presenten convenio para su partición,
- Presenten las capitulaciones matrimoniales que celebraron al contraer matrimonio y las que registrarán en lo sucesivo a la separación de bienes;
- Además deben manifestar bajo protesta de decir verdad que no lo hacen en fraude acreedores o de terceros.

Este convenio debe de ser sancionado por el juez ya que todo lo relativo a la familia es de orden público y no basta la voluntad de los consortes. Una vez aprobado el convenio, la partición y las capitulaciones matrimoniales se remite un oficio al juez del Registro Civil con el objeto de que se asiente la anotación marginal en el Acta de Matrimonio.

También se acostumbra que por este convenio los cónyuges cambien de régimen de sociedad conyugal a separación de bienes, o viceversa.

También puede darse la terminación de la sociedad conyugal a petición de uno de los cónyuges por los siguientes motivos:

- Por que exista una notoria negligencia en la administración de los bienes, que pueda provocar la ruina al otro cónyuge o disminuir considerablemente los bienes.
- Cuando uno de los cónyuges, sin el consentimiento expreso del otro, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal a sus acreedores.
- Si uno de los cónyuges es declarado en quiebra o concurso o cualquier otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.

En estos casos el interesado deberá de demandar a su cónyuge a través de juicio ordinario civil o de una controversia del orden familiar.

- Cuando se declara por sentencia la presunción de muerte del cónyuge ausente.
- Por nulidad de matrimonio. Las reformas al Código Civil introdujeron nuevas reglas en este apartado. Estas consisten en los siguientes supuestos: 1.- Si los dos cónyuges procedieron de buena fe, la sociedad conyugal se considera subsistente hasta que se pronuncie sentencia ejecutoriada y se liquidará conforme a lo establecido en las capitulaciones

matrimoniales; 2.- Si procedieron de mala fe, la sociedad se considera nula desde la celebración del matrimonio; en caso de que un tercero tuviese los derechos contra el fondo común se respetarían. Los bienes y utilidades se aplicarán a los acreedores alimentarios, y si no los hubiere se repartirán en proporción de lo que cada cónyuge aportó; 3.- Si sólo uno tuvo buena fe, la sociedad subsistirá hasta que la sentencia cause ejecutoria, si la continuación le es favorable al cónyuge contrario. Si no le es favorable se considerará nula desde un principio. El cónyuge que obra de mala fe no tendrá derecho a los bienes y utilidades, éstas se aplicarán a los acreedores alimentarios y, si no los hubiere, al cónyuge inocente.

La última causa de la disolución de la sociedad conyugal es la disolución del matrimonio que es el apartado que realmente importa para este estudio:

Es necesario distinguir entre el divorcio administrativo y el divorcio judicial, que a su vez se divide en voluntario y necesario, mismos que estudiaremos a profundidad en el capítulo siguiente.

Sobre el divorcio administrativo. Para que los cónyuges puedan llevar a cabo este tipo de divorcio es necesario que se haya liquidado la sociedad conyugal, en caso de que se hubieran casado bajo ese régimen patrimonial entre otros requisitos. Cabe mencionar que de no haber adquirido bienes, no es necesaria la liquidación.

El Artículo 272 del Código Civil dispone que si se comprueba que los cónyuges no cumplen con alguno de los

requisitos el divorcio no tendrá efecto, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

En el caso del divorcio judicial voluntario, el Artículo 273 del Código Civil establece que convenio que debe presentarse para solicitar este tipo de divorcio debe contener una cláusula en la que se establezca lo relativo a: "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."

En cuanto al divorcio necesario, debo hacer hincapié en las reformas realizadas al Código Civil, en las que se incluyeron las medidas provisionales:

-La Fracción IX establece el deber de los Jueces de lo familiar de requerir a ambos cónyuges exhibir, 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;

-Especificar el título bajo el cual se adquirieron o poseen y el valor que estimen que tienen;

-Las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición.

Además durante el procedimiento deberán recabar la información complementaria y comprobar los datos que el Juez precise.

De acuerdo con este precepto, el Artículo 287 del Código Civil señala que la sentencia que decreta el divorcio y en consideración de los datos recabados en términos del Artículo 282, se fijará lo relativo a la división de los bienes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.

A mi parecer, estas reformas tienen aspectos positivos y negativos. Un aspecto negativo es el siguiente:

Como se comentó anteriormente, una de las formas para terminar la sociedad conyugal es la disolución del vínculo matrimonial disolución que se da por medio del divorcio. Sin embargo, para que el divorcio pueda decretarse es necesario que se acredite la causal o causales que se invoquen para ello. En caso de que no se acredite, no procederá la disolución del vínculo y por lo tanto, tampoco la disolución de la sociedad conyugal.

Al requerir a las partes lo dispuesto por el Artículo 282 Fracción IX del Código Civil, de alguna manera, se presume que se acreditan las causales por las que se demanda el divorcio. Sin embargo esto provoca que los juicios se vuelvan más complejos y engorrosos ya que en muchas ocasiones los litigantes y sus abogados concretan el debate con relación a los bienes y olvidan probar la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial, entonces el trabajo resulta inútil si al final la sentencia declara la subsistencia del vínculo matrimonial.

Como sabemos, en muchas ocasiones, la razón por la que es más difícil conciliar a las partes y convencerlos para que concluyan con el litigio es porque lo que más temen es perder el inmueble en el que viven, o el tener que dividir lo que consideran que sólo a ellos les pertenece, aunque se hayan casado bajo el régimen de sociedad conyugal.

Considero que el aspecto positivo, se da únicamente en una tercera parte de los divorcios necesarios, aquellos que terminan con el allanamiento de la parte demandada sin mayor controversia inclusive en cuanto a los bienes ya que, en la mayoría de los casos, manifiestan bajo protesta de decir

verdad, no haberlos adquirido. De acuerdo con lo anterior, cuando los cónyuges cumplen con lo establecido en esta Fracción IX desde haya bienes o no, con la sentencia de divorcio se disuelve el matrimonio, y la sociedad conyugal quedado disuelta y liquidada.

Otro aspecto positivo es que se obliga a los contendientes a liquidar la sociedad conyugal, pues se dan los casos en que únicamente se divorciaron, pero no tramitaron la liquidación de la sociedad conyugal, de tal forma que, inclusive cuando muere alguno de los cónyuges, el albacea de la sucesión del cujus, tiene que presentarse en juicio para que se liquide la sociedad conyugal y pueda determinarse dentro del juicio sucesorio qué bienes forman parte de la masa hereditaria.

#### 1.3.1.5. - DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El hecho de quedar disuelta la sociedad conyugal implica la declaración del fin del régimen, pero no se determina propiamente su desaparición sino que dejan de entrar a ésta bienes, deudas y cargas. Entonces como consecuencia de su disolución debe de procederse a la liquidación.

La liquidación es la operación mediante la cual se detalla, ordena y saldan cuentas de la sociedad después de que se hubo determinado su monto. El patrimonio sigue existiendo en común hasta que se termina las operaciones liquidatorias seguidas de la partición y adjudicación de los bienes, lo cual da derecho a cada uno de los cónyuges percibir la parte que le corresponde del haber social, que será del cincuenta por ciento salvo pacto en contrario.

En caso de que la administración de bienes haya recaído en uno o los dos cónyuges, el que tenga la administración debe

realizar una rendición de cuentas, y el otro tiene derecho a examinar los estados de cuenta del negocio, a exigir la presentación de libros y documentos. No es válido el derecho de renuncia a exigir la rendición de cuentas o que exista un plazo para su rendición, sin embargo el administrador debe rendirla cuando se lo pidan.

La liquidación comprende varias etapas: nombramiento de los liquidadores, formación de inventarios, pago de deudas a cargo de la sociedad, cobro de crédito a su favor, división del fondo social entre los consortes, la adjudicación y la cancelación en el Registro Público de las capitulaciones matrimoniales que fueron inscritas.

Nombramiento de los liquidadores.- Esto es, quién de los cónyuges se encargará de realizar todas las operaciones necesarias para la liquidación.

Inventario.- Consiste en enumerar los bienes y derechos que existan al momento de la disolución y las cargas, debe determinar en forma pormenorizada tanto el activo como el pasivo, ya sea inmuebles y muebles, deudas, etcétera.

El primer inventario se debería realizar cuando se constituye la sociedad conyugal y así se facilitaría enormemente la formación de ésta. El inventario no debe incluir el inventario el lecho, vestidos y objetos de uso personal o de trabajo que serán de los cónyuges o sus herederos.

Todo lo relativo a la formación de inventarios y solemnidades de partición, así como la adjudicación de bienes, se regirá por lo dispuesto tanto en el Código Civil como en el de Código de Procedimientos Civiles ambos en materia de sucesiones.

El avalúo de los inmuebles se hará al tiempo que se realice él avalúo y no al momento de la partición, sin atender el valor que tenían cuando los cónyuges contrajeron matrimonio y se realizaron las capitulaciones matrimoniales.

La división de los bienes entre los cónyuges es de acuerdo con lo que acordaron en las capitulaciones matrimoniales, y se hace después de pagar los créditos y devolver a cada uno lo que aportó. En términos del Artículo 182 quarter del Código Civil en general los bienes y utilidades que forman parte de la sociedad en fondo social se reparten en partes iguales entre ambos cónyuges.

La Adjudicación.- Se hace de acuerdo con lo señalado en las capitulaciones. Los acuerdos son válidos los acuerdos mientras no perjudiquen a terceros.

La cancelación en el Registro Público de la Propiedad.- Lo podemos entender como el acto de cancelar la inscripción que se hubiere hecho en las capitulaciones matrimoniales.

Sujetos que pueden solicitar la liquidación de la sociedad conyugal.- Si concluye por nulidad de matrimonio, o por divorcio, la harán los cónyuges. En caso de interdicción de uno de ellos la llevará a cabo el cónyuge inocente y su representante. En caso de ausencia la hará el consorte presente.

Los acreedores particulares de los cónyuges, así como de la sociedad, tienen derecho a intervenir en el procedimiento para proteger sus créditos. La nulidad de la partición puede rescindirse por las mismas causas que las obligaciones señaladas por el Artículo 1788 del Código Civil.

Ningún cónyuge, sin el consentimiento del otro, puede vender, rentar, enajenar, parte de los bienes comunes, salvo en los casos de abandono, cuando se necesite para la alimentación de sí o de los hijos, previa autorización judicial.

#### 1.3.1.6. - SEPARACIÓN DE BIENES

Este régimen patrimonial nace por capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio o durante éste, por convenio o sentencia judicial, en el caso de que se haya solicitado como lo prevé el Artículo 188 del Código Civil.

Los bienes que comprende no sólo aquellos de los cuales sean dueños los cónyuges al contraer matrimonio, sino también los que adquieran después. Este régimen patrimonial puede ser absoluto o parcial. Por absoluto comprendemos que son los bienes que no estén incluidos en las capitulaciones matrimoniales de separación de bienes y sean objeto de sociedad conyugal que deben constituir los esposos.

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

En las actuales reformas se adicionó, en el Artículo 212 del Código Civil, que los bienes deberán ser empleados preponderantemente para la alimentación del cónyuge y de sus hijos, si los hubiere; en caso de que se los dejen de proporcionar los cónyuges podrán recurrir al juez de lo familiar a efecto de que se les autorice la venta, gravamen o renta para satisfacer sus necesidades alimentarias.

Serán también propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvieren por

servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria.

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

En este régimen no es necesario que las capitulaciones consten en escritura pública si se pacta durante el matrimonio. En este caso se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate.

Este régimen puede termina durante el matrimonio por convenio entre los cónyuges. También puede ser modificado al tratarse de menores de edad, para lo cual deben presentar su consentimiento las personas a que se refieren los Artículos 148 y 209 del Código Civil. Por disolución del matrimonio.

Las capitulaciones matrimoniales en el régimen de separación de bienes deben de contener inventarios de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrase el matrimonio, y una nota donde especifiquen las deudas que tengan al casarse.

Considero que se debe reformar la ley a efecto de abrir la posibilidad para que sean los propios contrayentes los que establezcan desde que pacten sus capitulaciones matrimoniales en los casos de separación de bienes, forma, porcentaje e incluso cantidad con la que tendrán que compensar al otro en caso de que se den los supuestos que dispone el Artículo 289 bis del Código Civil. Esto conllevaría a una mayor certidumbre entre los cónyuges y su patrimonio. Cabe señalar que cuando

esto no es pactado con anticipación se convierte en materia de resolución judicial.

Una vez analizados los conceptos de matrimonio, derechos y obligaciones que nacen de esta institución, así como los regímenes patrimoniales que lo rigen, procedo a estudiar la figura del divorcio ya que a través de esto podremos llegar al tema central de mi trabajo que es el pago de una indemnización proveniente de un hecho ilícito y el pago de una indemnización compensatoria.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL DIVORCIO

En este capítulo analizaré la figura del divorcio ya que el motivo de esta tesis es precisamente analizar el pago de la indemnización y compensación que prevén los Artículos 288 y 289 bis en el Código Civil, cuando se decreta el divorcio.

#### 2. - DIVORCIO

La palabra divorcio deriva de la voz latina *divortium* que significa separar lo que estaba unido tomar líneas divergentes. Divorcio es la antítesis del matrimonio.

"Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido"

Desde el ámbito jurídico, de acuerdo con el Artículo 266 del Código Civil, divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

"El divorcio es una figura álgidamente controvertida. Razones de peso se esgrimen en pro y en contra del divorcio. Los opositores al mismo aducen que el divorcio es factor primordial de la disgregación familiar y de la descomposición social por ser la familia la célula social. Los que defienden el divorcio exponen que no es el mismo el origen de la ruptura del matrimonio, sino solamente la expresión legal y final del fracaso conyugal cuyas causas suelen ser innumerables y que, ante la real quiebra del matrimonio se convierte en indebida, injusta y hasta inmoral la persistencia del vínculo legal, pues impide, a los que no pueden divorciarse, intentar una nueva unión lícita que podría prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida. Al divorcio se le ha llamado acertadamente, un mal menor o un mal necesario. Es un mal, porque es la manifestación del rompimiento de la unidad familiar, pero es un mal menor y por ello necesario

---

<sup>1</sup> MONTERO DUHUALTE, Sara. *Derecho de Familia*, 4ª ed. Editorial Porrúa, México 1990. pág. 197.

porque evita la vinculación legal de por vida de los que ya están desvinculados de hecho. El divorcio ha asumido formas y producido efectos diversos, dependiendo de cada cultura en particular; pero siempre ha estado presente en todos los órdenes jurídicos".<sup>10</sup>

Divorcio-separación. Consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo del matrimonio. En esta situación persisten los demás deberes derivados del matrimonio tales como la fidelidad, la alimentación, etcétera. Como consecuencia de la extinción del deber de cohabitar, desaparece también el domicilio conyugal. Cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio voluntario. Este tipo de divorcio fue el único establecido en los códigos del siglo pasado y las causas para pedirlo eran múltiples. En el Código vigente solamente existen dos causales para pedir la separación judicial, ellas son las señaladas en las Fracciones VI y VII del Artículo 267 del Código Civil, conocidas doctrinalmente como "causas eugenésicas", que expresan:

"VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo".

Estas causas pueden ser invocadas también para pedir el divorcio vincular. El cónyuge demandante puede optar por una u otra forma de divorcio. El legislador estableció estas causales con sus consecuencias disyuntivas, de divorcio vincular o simple separación tomando en cuenta los factores primordiales:

- La convivencia de los cónyuges en las circunstancias de enfermedad descritas puede ser nociva y hasta peligrosa para el otro consorte y para los hijos.

<sup>10</sup> TENORIO GODINEZ Lázaro. Apuntes tomados en la ponencia impartida por el CONEPOD Módulo de derecho familiar. Primavera de 1998.

- Los posibles sentimientos religiosos o afectivos del cónyuge sano tomando en cuenta que algunas religiones prohíben el divorcio
- La ausencia de culpa en el que da la causa.

No se quiere romper el vínculo, sino sólo suspender la convivencia sin incurrir en la causal de divorcio señalada en las Fracciones VIII y IX que hablan de "La separación de la casa conyugal". Cabe aclarar que al extinguirse el domicilio conyugal no puede haber abandono del mismo, justificada ni injustificadamente.

El divorcio separación no puede pedirse por mutuo consentimiento ni por ninguna otra causal distinta de las dos transcritas anteriormente.

Si embargo la mayor parte de las legislaciones modernas permiten la separación judicial por cualquier causa, incluso el mutuo consentimiento y la simple petición unilateral sin haber causa por uno de los esposos, como un paso previo y necesario para obtener el divorcio vincular.

El divorcio-separación produce las consecuencias jurídicas siguientes:

- a) extinción del deber de cohabitación y del débito conyugal;
- b) subsistencia de los demás derechos-deberes del matrimonio: fidelidad, ayuda mutua, patria potestad compartida régimen de sociedad conyugal y su administración conforme a lo pactado, salvo que la causa sea enajenación mental y que el administrador haya sido el enfermo;
- c) custodia de los hijos por el cónyuge sano.

La persistencia de los deberes señalados entre los cónyuges que se separan judicialmente presenta una peculiar problemática jurídica, a saber:

a) El deber de fidelidad. El divorcio-separación extingue el débito sexual entre los cónyuges, pero impide que se establezcan relaciones sexuales con un tercero pues se cometería el delito de adulterio. Es decir, la disyuntiva del divorcio-separación es la castidad forzada o la comisión de un delito.

b) Paternidad y filiación. El hijo de la mujer casada y separada judicialmente que nazca dentro de los trescientos días contados a partir de la orden judicial de separación.

También se consideran como hijos de matrimonio los dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya sea por nulidad, por muerte del marido o por divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. En los casos de divorcio o nulidad este término contará quedados separados de hecho los cónyuges por orden judicial.

La presunción de paternidad funciona con más firmeza en el caso de la separación judicial como forma de divorcio que no extingue el deber de fidelidad que se deben los cónyuges, aunque vivan separados.

c) La ayuda recíproca. Señala la ley que en el Artículo 323.- "En casos de separación o de abandono de los cónyuges, el que no haya dado lugar a ese hecho podrá solicitar al Juez de lo Familiar que obligue al otro a seguir contribuyendo con los gastos del hogar durante la separación, en la proporción en que lo venía haciendo hasta antes de ésta; así como también, satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo 322. Si dicha proporción no se pudiera determinar, el Juez de lo Familiar fijará la suma mensual correspondiente y dictará las medidas necesarias para

asegurar su entrega y el pago de lo que ha dejado de cubrir desde la separación."

Cabe preguntarse, de acuerdo con este artículo ¿cuál es el cónyuge "que no ha dado lugar" a que el otro se separe? Además con respecto a la petición de divorcio-separación basado en las Fracciones VI y VII del Artículo 267 Código Civil, el legislador solamente señaló que el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar la suspensión de la obligación de cohabitar, pero quedan subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio. Estas obligaciones serán las mismas que existían mientras los cónyuges cohabitaban en el domicilio conyugal. Es de suponerse que una vez extinguida la causa que dio lugar a la separación debe reanudarse la cohabitación entre los cónyuges. No obstante, el Código Civil es omiso al respecto, quizá por considerar a esas causas como permanentes e irreversibles, por ejemplo **padecer trastorno mental incurable** y las enfermedades calificadas como crónicas incurables, contagiosas o hereditarias.

Es necesario tener en cuenta que el Código Civil vigente cuenta ya con cincuenta años de regir la vida de las personas y en ese lapso la medicina ha experimentado gigantescos avances, de manera que las enfermedades que en 1928 se consideraban incurables o peligrosas, han dejado de serlo, por lo que puedo surgir un nuevo supuesto: el de la salud recobrada por el cónyuge cuya enfermedad dio causa al divorcio-separación; supuesto, insisto, que no es contemplado por el Código.

Es fácil suponer que al persistir el vínculo legal entre los esposos autorizados a vivir separadamente, cualquiera de ellos y sobre todo el que dio causa de separación podrán pedir la reanulación legal de la convivencia conyugal en razón de que las causas que dieron lugar a ese tipo especial de divorcio llamado divorcio-separación han cambiado.

## 2.1. - PROCEDIMIENTOS DE DIVORCIO

De acuerdo al Código Civil, existen dos procedimientos para obtener la disolución del vínculo matrimonial: el divorcio voluntario y el divorcio necesario.

El voluntario se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente según sean las circunstancias del matrimonio.

2.1.1. -Divorcio voluntario administrativo, que opera de acuerdo al Artículo 272 del Código Civil, en los siguientes casos:

- a) Cuando transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio y ambos cónyuges están de acuerdo en divorciarse.
- b) Cuando los cónyuges sean mayores de edad, los emancipados no pueden ocurrir en esta vía.
- c) Cuando ha liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial.
- d) Es necesario que la cónyuge no esté embarazada, para lo cual les exigen un certificado médico.
- e) Que no tengan hijos en común, o teniéndolos sean mayores de edad y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges.

Cubiertos estos requisitos, los interesados se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con copias certificadas que son casados y mayores de edad; y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El juez, 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 juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantara el acta respectiva y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos menores; que alguno de los cónyuges o de los hijos mayores requieran alimentos; y si no han liquidado la sociedad conyugal; independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

2.1.2. - Divorcio voluntario judicial.- El Artículo 273 del Código Civil, establece:

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

De éste se desprenden los siguientes requisitos: el primero que los solicitantes del divorcio no se encuentren dentro de los supuestos del divorcio voluntario administrativo; el segundo que haya transcurrido el término de un año o más de celebrado el matrimonio; y tercero la presentación del convenio que debe de cubrir los siguientes rubros:

I. Deberán de designar qué persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

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

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

IV. Indicar la casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;

V. Señalar la cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor;

VI. Fijar la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

VII. Asentar 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."

Mientras se decreta el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el Artículo 273 del Código Civil.

Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento podrán reunirse de común acuerdo en cualquier momento, si el divorcio no ha sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación.

2.1.3.- **Divorcio necesario.** Se presenta cuando los intereses de los consortes no permiten disolver el vínculo matrimonial en alguna de las dos formas mencionadas con antelación y, por el contrario, existe la posibilidad de que la conducta de uno de ellos o de ambos llegue al extremo de hacer imposible la vida en común por cualquiera de las causas que establece el Artículo 267 del Código Civil.

El Código Civil prevé en el Artículo 266 que:

"El divorcio es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el Artículo 267 de este Código."

Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;
- VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;
- VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;
- IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;
- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;
- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;
- XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
- XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;
- XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;
- XIX. El uso no terapéutico de las substancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;
- XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y
- XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el Artículo 169 de este Código."

La anterior enumeración de las causales de divorcio es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma y por ello el juzgador debe hacer el estudio en forma individual de cada una de las causales que se invoquen y no como en algunos juzgados que suelen hacer sólo el análisis de una de las causales sin entrar al estudio de las demás causales invocadas.

## 2.2. - CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO

Según el Tratadista Eduardo Pallares las causales de divorcio se pueden clasificar en los siguientes grupos:<sup>11</sup>

1. - Causas en que los tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la ley considera como causas. (Injurias graves, sevicia, calumnias, abandono del hogar sin oír causa justificada, etc.)

2. - Las contrarias a las anteriores, en las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional (adulterio, el abandono de hogar por mas de un año, la falta de pago de los alimentos, la promoción de un juicio improcedente, etc.)

Respecto a las causales descritas cabe aclarar que la facultad discrecional citada no debe confundirse con la relativa al poder de apreciación en materia de pruebas; que, en caso de divorcio, es igual que en los demás juicios de acuerdo con las reglas relativas a cada prueba en particular;

3. - Un tercer grupo esta formado por las causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado (como el adulterio, la incitación a cometer un delito, la corrupción de la mujer, el abandono del domicilio conyugal, etc.) En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza jurídica (padecer enfermedades que especifican las Fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.)

4. - El cuarto grupo comprende el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, de modo especial las relativas a suministrar alimentos al cónyuge y a sus hijos, y la de vivir en el domicilio conyugal. En oposición a estas causas pueden señalarse aquellas que, sin constituir el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, revelan una condición de

<sup>11</sup> PALLARES, Eduardo. *El divorcio en México*, Editorial Porrúa. 5ª ed. México 1987 pág. 62.

inmoralidad tal de uno de los cónyuges, que es del todo necesario disolver el matrimonio, para evitar su influencia perniciosa en la vida de los hijos o del otro consorte.

5. - Por último, el autor refiere las causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares, y son las que consignan las Fracciones XIV y XV.

Es importante hacer un estudio de las causales más comunes y resaltar que, con excepción de las previstas en las Fracciones VI, VII y IX del Artículo 267 de Código Civil, todas las demás causales son conductas que cuando pueden producir daños y perjuicios y por tanto el cónyuge que lo padece debe ser indemnizado, ya sea éste haya sido de carácter patrimonial o de carácter moral.

Dichas causales son las siguientes:

"I. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo; IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos".

De conformidad con el Artículo 278 del Código Civil, el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado la causa, y en el caso de las Fracciones VI y VII del Artículo 267 del mismo Código, quien puede demandar el divorcio es el cónyuge sano. En este último caso si se acredita la procedencia del divorcio por estas causales, no habrá declaración de cónyuge culpable en la sentencia, dada la naturaleza de las causales referidas. Sin embargo, aunque el

cónyuge enfermo fuera declarado culpable ninguna de las dos hipótesis expuestas encuadraría dentro de los supuestos del párrafo antes citado. Por tanto a mi juicio considero incorrecto que el legislador incluyera en el Artículo 288 del Código Civil el párrafo que establece que el cónyuge enfermo únicamente tiene derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar, pero no procede la indemnización por daños y perjuicios, ya que no se está contemplando la posibilidad de que el cónyuge enfermo no necesariamente buscó contraer la enfermedad que padece, en caso de ser contagiosa, por lo que además de sufrir un divorcio, tampoco puede demandar al cónyuge que lo repudia por estar enfermo y por los posibles daños morales que le causa el divorcio.

Como preámbulo es conveniente hacer alusión a las conductas generadoras de una causal de divorcio, de las cuales existen dos formas de manifestación;

a.-Conductas instantáneas, cuando las acciones se consuman en el mismo momento en que se están realizando, con todos sus elementos constitutivos.

Por ejemplo: el adulterio ocasional, injurias, sevicias, amenaza.

Estas se realizan como su nombre lo dice en un momento dado, su caducidad se dará seis meses después de que el cónyuge inocente tenga conocimiento de los mismos, en estas acciones encontramos:

El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges; la propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él; la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un

cónyuge para el otro, o para los hijos. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia de su corrupción.

b.- Conductas de tracto sucesivo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, día a día, minuto a minuto.

En éstas el acto que da motivo a la acción de divorcio se da día a día, y el término para ejercitarlas será de seis meses contados a partir de que se inició la causa de divorcio.

Dichas causales son las siguientes:

"La separación injustificada de la casa conyugal por mas de seis meses; padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual, irreversible, siempre y cuando no tenga origen en la edad avanzada; padecer trastorno mental incurable, previa declaración, de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo."

#### 2.2.1.-ANÁLISIS DE ALGUNAS DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO.

Enseguida procederé a efectuar el análisis de las causales más utilizadas para obtener el divorcio:

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

Se trata de una conducta que puede ser: instantánea o de tracto sucesivo.

Se entiende por adulterio en su acepción gramatical "el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados", "violación de la fe conyugal".

Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, es el ayuntamiento carnal ilegítimo del hombre con la mujer, cuando uno de los dos o ambos son casados.<sup>12</sup>

" Delito que comete la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada".<sup>13</sup>

Para Francisco González de la Vega, es:

"La violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consiste en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial".<sup>14</sup>

Ante la ausencia de una definición legal, los actos sexuales "contra natura" quedan fuera de esta causal. A pesar de su gravedad, el legislador no tomó en cuenta estos actos ni dentro del adulterio ni en forma autónoma.

Como causal de divorcio el cónyuge que se considera ofendido debe interponer la demanda dentro de los seis meses siguientes contados desde que tuvo conocimiento del adulterio.

Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable, abrazos, besos, caricias, cartas, etcétera.

Requisitos de procedibilidad o de forma:

A.-El adulterio debe darse entre dos personas de diverso sexo. No considerarlo así, equivaldría a reconocer jurídicamente las relaciones contra natura de homosexualidad o lesbianismo.

<sup>12</sup> CHAVEZ ASCENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, México 1990 pág. 473.

<sup>13</sup> Ídem.

B.-Al tratarse del adulterio instantáneo, la acción se debe ejercitar dentro de los seis meses siguientes desde que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del acto de infidelidad, no precisamente cuando sucedió. Por ejemplo, al encontrar determinados documentos, cartas amorosas, fotografías, el acta de nacimiento de un hijo ajeno al matrimonio que haya sido procreado en condiciones de adulterio.

c.-Al tratarse de adulterio de tracto sucesivo la demanda se puede hacer valer en cualquier momento, mientras subsistan los hechos generadores de la infidelidad, y hasta seis meses siguientes contados desde que se interrumpió el tracto sucesivo.

Resulta inútil exhibir mil pruebas para acreditar las conductas de infidelidad si no se precisa la fecha aludida, pues tal evento constituye un requisito *sine qua non* para que el juez pueda calificar si la causal ha caducado o no. A pesar de que el Artículo 269 del Código Civil se ha derogado el Artículo 278 es categórico y sólo señala tres casos de excepción para no hacer válida en el término de seis meses.

D.-En caso de que se llegasen a acreditar los hechos generadores de la causal, el cónyuge culpable no podrá contraer matrimonio con la persona con la que se le demostró el adulterio, tal como lo previene el Artículo 156 Fracción V del Código Civil, que dice:

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

En este caso la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros. (Art.243 *in fine* del Código Civil)

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, pág. 491.

A continuación se transcriben los siguientes criterios:

**DIVORCIO, ADULTERIO PERMANENTE COMO CAUSAL DE.-** Tratándose de adulterio no ocasional sino permanente, por cuanto los autores prolongan sus relaciones en forma de amasiato, debe considerarse que aunque la antigüedad de su iniciación exceda de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses después de concluido tal estado, pues de otro modo, se llegaría al absurdo de que si dicho estado no terminara en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente que haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación a padecer indefinida e irremediablemente esa forma de agravio. Seminario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol. 73. Cuarta Parte. Enero, 1975. Tercera Sala. Pág. 94.

**DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. NO CADUCA LA ACCIÓN, SI EL DEMANDADO HACE VIDA MARITAL CON OTRA PERSONA.-** El cónyuge ofendido conserva su derecho para demandar el divorcio después del término de seis meses establecido por el Artículo 269 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, cuando la causal invocada es el adulterio que se ha venido cometido ininterrumpidamente por la vida en común que lleva el otro cónyuge con otra persona, aunque el demandante haya reconocido que tuvo conocimiento del adulterio, desde la fecha en que éste comenzó, ya que en tales condiciones, el término de seis meses dentro del cual se puede ejercitar la acción de divorcio, va comenzando a correr minuto a minuto, mientras dure esa vida adulterina, de tal suerte que conforme a esta hipótesis, siempre aparecerá presentada la demanda de divorcio en tiempo, porque siempre habrá un momento inicial de la vigencia del adulterio comprendido dentro del aludido término. Informe. 1974. Tercera Sala. Pág. 29.

**DIVORCIO ADULTERIO COMO CAUSAL DE PRUEBA INDICIARIA.-** La presunción de la existencia del adulterio, no tratándose de una mujer pública, amerita la evidencia de actos amorosos de hecho o de palabra (como abrazos, besos o cartas) de un adúltero para el otro, de la que se deduzca esa situación, pero si en el juicio ninguna prueba se aporta para demostrar tales actos, se carece de indicios que hagan presumir fundadamente la consumación del adulterio aducido como causal de divorcio que se demande. Boletín. Año V Junio, 1974. Número 6 Tercera Sala. Pág. 83.

**DIVORCIO, ADULTERIO CONTINUADO COMO CAUSAL DE. FECHA EN QUE EMPIEZA A CORRER EL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN.**- cuando en autos está demostrado el adulterio continuado y se hace valer como excepción la prescripción, el término relativo empieza a correr a partir de la fecha en que el cónyuge inocente tenga conocimiento de la terminación del tracto sucesivo del adulterio, y esto corresponde probarlo a quien opone la excepción; por lo que al no cumplirse con esa exigencia procesal, se obra en forma correcta al ordenarse en la sentencia impugnada la disolución del vínculo matrimonial, pues se vulneró uno de los fines esenciales del matrimonio, como lo es la fidelidad, ya que sería contrario a la moral y al derecho pretender que se sostenga la validez de un matrimonio en tales circunstancias, lo cual traería consigo una alteración del orden social y de las buenas costumbres.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol.85. Cuarta Parte. Enero, 1976. Tercera Sala. Pág. 34.

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

Es una deslealtad absoluta respecto al matrimonio, además de ser una injuria, que requiere definitivamente para ser probada el acta de nacimiento del hijo y ejercitarla dentro de los seis meses a partir de que el cónyuge se enteró de la existencia del menor, como lo señala el Artículo 288 del Código Civil.

Si se trata de una conducta instantánea, se debe de señalar la fecha en la cuál se tuvo conocimiento de dicha situación, considero que la prueba idónea para tener certeza científica de la paternidad es el estudio de ADN (ácido desoxirribonucléico).

VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses. Causal de tracto sucesivo.

La separación de la casa conyugal no justifica el incumplimiento de alguno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges: vivir juntos en el domicilio conyugal.

No importa que el cónyuge que deja la casa sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes de sostenimiento del hogar, basta el hecho objetivo de haber roto la cohabitación por más de seis meses para dar causa de divorcio.

Requisitos para que proceda la causal:

a.-La parte actora debe acreditar los siguientes elementos:

1.-El matrimonio; 2.-El domicilio conyugal y 3.-La separación de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidamente. Para esto es necesario precisar la fecha de la separación.

Probados tales eventos, corresponde al demandado acreditar que tuvo razón justificada para separarse.

b.-Que el actor abandonado haya permanecido habitando el domicilio conyugal seis meses después de efectuada la separación. Esto es, sólo puede hacer valer esta causal quien permanece en el domicilio conyugal.

c.-Entre las consecuencias singulares de esta causal se encuentra la cesación de los efectos de la sociedad conyugal a partir de la fecha del abandono en cuanto le favorezcan como lo establece el artículo 196 Código Civil. Sin embargo, es necesario solicitar dicha prestación, pues en la práctica difícilmente el juzgador lo resuelve de oficio. Esta disposición no debe entenderse en el sentido de que los bienes de la sociedad conyugal automáticamente serán adjudicados al

cónyuge abandonado, sino únicamente los productos repartibles civiles, industriales, etcétera.

**DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.** -La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualesquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. Página 480.

**DIVORCIO. ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR POR EL ESPOSO. LA CÓNNYUGE NO ESTA OBLIGADA A LA SUBSISTENCIA DE LA MORADA.** - la mujer que se ve abandonada por su cónyuge y que carece de medios para el mantenimiento del hogar, de ninguna forma está obligada a continuar viviendo en un domicilio alquilado cuya renta no le es posible cubrir. Por lo tanto, si su esposo abandonó el hogar sin justa causa y no le notificó el nuevo domicilio para que se reincorpore, la causal prospera aun cuando la esposa también se separe de la morada por imposibilidad de sostenerla. Informe. 1973. Tercera Sala. Pág. 40.

**DIVORCIO, ABANDONO DE DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. PRUEBA.** - la afirmación de la cónyuge demandada de que no abandonó el hogar conyugal, sino que fue golpeada y corrida del mismo por el actor, constituye una excepción o defensa que de acuerdo con el principio lógico de que el que afirma está obligado a probar y con la disposición del Artículo 281 del código de procedimiento civiles, de que al actor corresponde probar los elementos constitutivos de su acción y a la demanda los de sus excepciones, es la propia demandada la que tiene la obligación de demostrar y no el actor, porque entonces se obligará a éste a probar un hecho negativo que no envuelve ninguna afirmación, como lo es el de que la demanda no tuvo causa para separarse del hogar conyugal. Boletín. Año III. Marzo, 1976. Número 27. Tercera Sala. Pág. 36.

**DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.** - Si fue el propio actor quien abandonó el hogar para irse a hacer vida

marital con otra mujer, y si debido a ese abandono la esposa se separó después de la casa en que los cónyuges habitan, no puede estimarse que el domicilio conyugal continuará subsistente. Cuarta Parte. Enero-Junio, 1977. Tercera Sala, Pág. 54.

De los criterios antes transcritos se aprecian cuales son los requisitos de la causal que se comentó.

IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que la haya originado, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos. Esta causal equivaldría a la XVIII, antes de la reforma del Código Civil, es decir:

"La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos".

Requisitos de procedibilidad de las causales de tracto sucesivo:

a.-Que la separación de los cónyuges se dé con el ánimo de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial, de incumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de él derivan, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita, a través de actos, omisiones o manifestaciones que así lo revelen.

b.-Que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar dicha situación dentro del lapso de separación, ya sea por el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, la tramitación del mismo en forma voluntaria o por actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio.

c.-Acreditar que la separación se ha dado por un año.

En esta causal no hay declaración de cónyuge culpable o que haya dado causa al divorcio.

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

"Es una de las modalidades del estado civil de las personas que, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge ausente cumpla las obligaciones que derivan del matrimonio.

Por esta razón, con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro cónyuge la acción de divorcio".<sup>15</sup>

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

Considero conveniente que se haya agregado a los hijos, ya que la desintegración grave del matrimonio puede proceder por estos actos. Causales de conducta instantánea, por excepción en la sevicia de tracto sucesivo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido la causal de divorcio llamada sevicia, como "la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común", quien invoque esta causal debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad se configura la causal.

La Sevicia significa genéricamente crueldad, consiste en malos tratos que revelan crueldad sin que impliquen peligro para la vida del ofendido. Son todos aquellos actos ejecutados por un cónyuge con el ánimo de hacer sufrir al otro.

<sup>15</sup> Ibídem, pág. 500.

Las Amenazas, son las palabras o hechos mediante los cuales se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que le puede ocurrir a él o a sus seres queridos. La amenaza puede constituir también un delito, con independencia de la causal de divorcio en materia civil.

Injurias, son toda conducta tendiente a lastimar el honor y la dignidad de una persona.

Mediante sevicia se hace sufrir, con las amenazas se intimida y con las injurias se ofende.

Para calificar la gravedad de la sevicia, las amenazas o las injurias el Juez cuenta con un gran margen de arbitrio. Tiene que tomar en cuenta diversos factores, entre ellos la frecuencia y reiteración de la conducta del ofensor, el grado de educación de los cónyuges, la clase social a que pertenecen y sus particulares formas de convivencia. Así, lo que para un cónyuge sensible y refinado pueden significar ofensas imperdonables ciertas expresiones o actos, en otra pareja puede ser el trato común y cotidiano e incluso expresión afectuosa.

La injuria comprende elementos casuísticos de contenido variable no previstos por la ley. Pueden considerarse como injurias: expresiones, acciones, actos y conductas, siempre que impliquen vejación; menosprecios, ultrajes, ofensas que, según la condición social de los cónyuges y las circunstancias en que sucedan, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida en común por la mala intención con que se profirieran o ejecuten, para humillar y desprestigiar al ofendido.

El objeto de la prueba es llevar al ánimo del juzgador la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento entre los consortes, motivado por uno de ellos que ha roto, de

hecho, el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial.

Requisitos de procedibilidad:

a.- Que se señalen las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho generador, esto es, el día, la hora aproximada y el año; la manera en que se originaron y sucedieron los hechos y el o los lugares precisos, de tal forma que el demandado pueda preparar debidamente su defensa y no permanezca en estado de indefensión.

Si estos datos no se precisan en la demanda, será imposible pretender subsanar tales omisiones con los medios de prueba, toda vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido los criterios indicados para subsanar las deficiencias de una demanda no son ni el período probatorio ni los medios de prueba, cuando el demandado ya no puede defenderse; de tal forma que debe existir una congruencia entre las afirmaciones vertidas por los litigantes en la demanda y las pruebas ofrecidas por ellos.

b.- Antes era necesario que se ejercitara la acción dentro de los seis meses siguientes de que tuvo conocimiento de causa el ofendido. Pero con las reformas del Código Civil dicho supuesto ya no es necesario toda vez que el Artículo 278 del Código Civil señala:

"El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las Fracciones XI, XVII y XVIII del Artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como, con las demás salvedades que se desprenden de ese Artículo."

Considero que el término de dos años debería de aplicarse igualmente cuando se invoque cualquier causal ya que se trata

de disolver la misma institución del matrimonio a través del divorcio necesario.

c.-Que sean de tal gravedad que hagan imposible la vida en común.

Una sola injuria "mentada de madre" puede ser suficientemente grave como para ameritar la disolución del vínculo matrimonial.

**DIVORCIO AMENAZAS, SEVICIA E INJURIAS GRAVES COMO CAUSALES DE.-** La exigencia de narrar los hechos en que se sustenta la existencia de una causal de divorcio por injurias graves, amenazas y sevicia, resultando o subrayando los datos de tiempo y lugar de su acontecimiento, obedecen no sólo al propósito que sigue el juzgador de impartir justicia con todo apego a la ley, mediante la debida apreciación de la importancia de los hechos, sino también al interés de que sea respetado el principio de igualdad de las partes en el proceso y que el reo sea debidamente oído y vencido en juicio; y esto sólo puede lograrse si en el procedimiento son respetados los principios de equidad, igualdad y honestidad entre las partes, los cuales se verían dañados si el actor oculta los hechos constitutivos de su acción. Por lo tanto, aún en el supuesto de que el reo no oponga excepciones o no demuestren sus defensas, si el acto no acredita plenamente los hechos de su acción, y que son precisamente los narrados en su demanda con la intención de describir en forma precisa la conducta que integra la causal de divorcio, la acción debe declararse improcedente. Boletín. Año V. Septiembre, 1974. Núm. 9. Tercera Sala. Pág. 70.

**DIVORCIO, INJURIAS GRAVES Y AMENAZAS COMO CAUSALES DE. NO SON DE TRACTO SUCESIVO.** Las injurias y amenazas no constituyen una causal de tracto sucesivo, puesto que son instantáneas, ya que se profieren en un momento perfectamente determinado o determinable en el tiempo y en el espacio, ya sea que se manifiesten por palabras o hechos, puesto que en ambos casos la exactitud ofensiva de un cónyuge para con el otro tiene una expresión material que sucede en un momento determinado, y a partir de este momento se inicia el término de caducidad. Informe. 1977. Tercera Sala. Pág. 102.

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

El Artículo 164 del Código Civil establece:

"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. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

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

Podemos advertir que se señalan ciertos deberes de los cónyuges, principalmente la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a las cargas generadoras por los cónyuges mismos y por sus hijos. Estas cargas deberán ser distribuidas de común acuerdo entre ellos y en la forma y proporción convenida en razón de sus posibilidades.

El Artículo 168 del Código Civil reitera la igualdad jurídica de los consortes y la obligación de resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la educación de los hijos y a la administración de los bienes. También señala la intervención del Juez de lo Familiar en caso de desacuerdo de los cónyuges.

Requisitos de procedibilidad de la causal:

a.-Que se trate de un incumplimiento total y no parcial de las obligaciones alimentarias, pues de suceder esto último, lo procedente es ejercitar la acción de petición de alimentos, según disposiciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia I.3o.C.J/7.Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil.

b.-Que se especifique la fecha a partir de la cual el demandado dejó de cumplir con las obligaciones alimentarias; no basta decir que no aporta dinero, se debe precisar desde cuando, de tal manera que el demandado pueda preparar debidamente su defensa y pueda ofrecer las pruebas correspondientes al intervalo. Al mismo tiempo, la parte actora debe ser sumamente cuidadosa al mencionar la causa generadora del incumplimiento.

c.-Que el incumplimiento tenga la gravedad suficiente para poner de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación hacia el cónyuge actor o hacia los hijos, y que haga imposible la vida en común. Esto es, el incumplimiento puede ser respecto al cónyuge, a los hijos o a ambos.

d.-En caso de que se pretenda demandar al mismo tiempo la pérdida de la patria potestad, se debe razonar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que supuestamente se puso en peligro la salud, la moral o la seguridad de los hijos.

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

Por violencia familiar se debe de entender el concepto legal que transcribe el Código Civil en su Artículo 323 Quáter y Quintus.-

\*Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato.

Artículo 323 Quintus.- También se considera violencia familiar la conducta descrita en el Artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa."

Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica, y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

Para tal efecto contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.

Encontramos aquí que la propia ley prevé que los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar deberán reparar los daños y perjuicios que ocasionen con dicha conducta, ya que ésta no sólo es generadora de una causal de divorcio, sino que se puede presentar en cualquier situación de tipo familiar, llámese concubinato, y con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan. Por lo tanto el Juez de lo Familiar pueden dictar las medidas a que se refiere la Fracción VII del Artículo 282 del Código Civil.

Causal de conducta instantánea, o de tracto sucesivo. Como ya se señaló el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento entre los consortes, motivado por uno de ellos, que ha roto de hecho el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial.

Requisitos de procedibilidad:

a.- Que se señalen las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho generador, esto es, el día, la hora aproximada y el año; la manera en que se originaron y sucedieron los hechos, y el o los lugares precisos, de tal forma que el demandado pueda preparar debidamente su defensa y no permanezca en estado de indefensión. Reiterando lo comentado en causales anteriores en este sentido.

b.- Ejercitar la acción dentro de los dos años siguientes a partir que se presentó la conducta generadora de violencia.

c.- Que sean de tal gravedad que hagan imposible la vida en común.

Al hacer un análisis contextual de los problemas que vive actualmente nuestra sociedad, encontramos factores determinantes que propician problemas sociales, como la violencia, que impiden ofrecer a todos adecuadas condiciones de vivienda, educación, salud, nutrición, recreación, cultura y deporte.

Las desigualdades sociales y económicas inciden negativamente en la situación de la familia que es la parte más importante del contexto social, pues es el sitio en donde todo individuo nace, crece, se reproduce y muere, y es precisamente ahí donde inicia la socialización y desde donde se proyecta a

la sociedad e incluye en el dinamismo de su actividad constante.

En el momento actual, por problemas de hambre, promiscuidad, ignorancia, desempleo, insalubridad y alcoholismo, se generan situaciones de violencia familiar en la célula más importante de la sociedad, que es la familia.

"La violencia intra familiar es un fenómeno que ha sido generalmente olvidado, no sólo por las autoridades, sino por la legislación en su conjunto. Los antecedentes de este problema existen desde hace mucho tiempo, pero por aspectos de tipo cultural como el guardar la intimidad de la familia. Los sentimientos de culpa, la vergüenza y las tradiciones hicieron que permaneciera oculto. Por esta razón los estudios sobre la violencia intra familiar son modernos".<sup>16</sup>

La violencia familiar tiene grandes repercusiones afecta la estabilidad de la pareja, la calidad de la vida familiar, la salud y el desarrollo psicológico y social de los integrantes de la familia y en especial de las víctimas.

El hogar no es como debería serlo, como quisiéramos que fuese, el lugar más seguro para quienes conforman la familia. Por el contrario, la realidad nos muestra que en su ámbito es más probable que la mujer y los discapacitados sean agredidos, y donde la mayor parte de los niños experimentan la violencia por primera vez.

La violencia doméstica es un acto de injusticia porque se ejerce como un privilegio, por cuestiones culturales y económicas, y por superioridad física. El maltrato físico y emocional, los gritos, los insultos y las intimidaciones constituyen una violación de los derechos y libertades

<sup>16</sup> Diario de Debates de la Cámara de Senadores LVII Legislatura. Año I Tomo I. Volumen número 42. Primer Periodo Ordinario agosto 22- diciembre 15 de 1997. pág. 19.

fundamentales del ser humano, por lo que deben ser combatidos y desterrados.

También comete violencia intra familiar el integrante de la familia que recurra a los golpes o a agresiones verbales, o deje de cumplir con sus deberes y obligaciones en su trato diario con los menores y adultos de la casa. <sup>17</sup>

Una propuesta que a mi juicio resulta necesaria para complementar la modificación que se ha hecho a este Artículo, es la de que el Juez cuente con la colaboración de un psicoterapeuta familiar que, por su conocimiento y experiencia profesional en la materia, pueda dictaminar la situación de violencia en la familia, el daño psicológico y emocional ocasionado a los receptores, las causas que originaron la conducta del agresor, entre otros factores. Asimismo, la autoridad jurisdiccional competente podría instituir un registro estadístico que contenga los factores y los elementos que contribuyen a la generación de conductas violentas. Este registro serviría para favorecer la toma de conciencia en los mismos órganos de impartición de justicia, así como en todos los sectores de la sociedad, como una forma de prevenir la violencia en el hogar. Así, además de impartir justicia, los órganos jurisdiccionales contribuirían a solucionar el problema de fondo.

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

Causales de conducta instantánea; requisitos de procedibilidad:

---

<sup>17</sup> Idem.

a.-Que se exhiba una determinación de carácter administrativo o judicial en la cual se haya ordenado al cónyuge generador de violencia que corrigiera determinados actos de este tipo sin que lo haya hecho; presentar causales de conducta instantánea, o de tracto sucesivo; señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho generador, esto es, el día, la hora aproximada y el año, la manera en que se originaron y sucedieron los hechos, y el o los lugares precisos, de tal forma que el demandado pueda preparar debidamente su defensa y no permanezca en estado de indefensión.

Cabe Reiterar que si no se precisan estos datos en la demanda, será imposible pretender subsanar tales omisiones con los medios de prueba.

b.- Ejercitar la acción dentro de los dos años siguientes en que se presentó la conducta generadora de violencia.

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

El Artículo 169 prevé que los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 168 Código Civil, que dice:

"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."

Esta limitación es un atentado contra la libertad del cónyuge a quien no se le permite desarrollar un trabajo.

---

"...El agregado es desafortunado y carente de técnica legal, ya que la deficiencia del planteamiento debe suplirse más en las cuestiones de hecho que en las de derecho, pues en éstas ya regía y seguirá vigente el principio *jura novit curia*..."<sup>18</sup>

En el mismo sentido, José Ovalle Favela se pronunció aduciendo:

"La reciente adición no es sino la aplicación del principio *jura novit curia*, de acuerdo con el cual, el Juez es quien conoce el derecho y a quien compete decidir en cada caso cuál es el derecho aplicable... que rige no sólo al proceso familiar como podría hacer creer la redacción al párrafo agregado, sino todo el proceso civil."<sup>19</sup>

Por su parte, Manuel Bejarano y Sánchez, señala al respecto:

"En resumen, yo sostengo que el Juez no sólo tiene facultades de suplir la deficiencia de la queja en materia de planteamientos de derecho, sino el mal planteamiento de hechos para saber el sentido de la controversia. El Juez no puede cambiar los hechos,

<sup>18</sup> GOMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México 1987. pág.319.

<sup>19</sup> OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Harla. México. 1991. pág.340.

pero puede suplir la deficiencia de los planteamientos de derecho, de una redacción oscura o ambigua de los hechos...<sup>26</sup>

Como podemos observar no es fácil interpretar el sentido literal de la figura procesal implementada, esto es, de la suplencia de la deficiencia en los planteamientos de derecho, pues éstos podrían ser de carácter sustantivo o procesal, y sin embargo, el legislador no precisa nada a este respecto, por ello entre los especialistas mencionados de connotado prestigio, existen diferencias en cuanto a los alcances de dicha figura.

### 2.3. - MEDIDAS PROVISIONALES QUE SE DICTAN DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO NECESARIO

Con las reformas multicitadas se aclararon y adicionaron algunas de las medidas que el juez debe tomar en los casos de divorcio necesario. Además siempre debe tener en cuenta el interés de la familia y lo que más convenga a los hijos, quienes podrán ser citados por él para oírlos; lo cual ya estaba previsto en la Convención de los Derechos del Niño en su Artículo 12.

Estas medidas son las siguientes:

I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, informar el lugar de residencia del cónyuge que dejará del hogar. Todo previo inventario de los bienes y enseres que continúen en la vivienda familiar y los que se ha

---

<sup>26</sup> BEJARANO Y SANCHEZ, Manuel. *La Controversia del Orden Familiar*, Tesis Discrepantes, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1994. págs. 27-31.

de llevar el cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de su profesión, arte u oficio a que esté dedicado.

La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refieren las Fracciones VIII y IX del Artículo 267 de este Código.

II. Convenir y asegurar los alimentos al cónyuge acreedor y a los hijos.

III. Tomar las medidas necesarias para que no se causen daños a los bienes. En caso de que existan bienes que pertenezcan a ambos, procede la anotación preventiva de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal. Artículo 3005 Fracción II del Código Civil.

IV. Tomar las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que se encuentre en cinta.

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que designen, pueden ser uno de los padres. El Juez de lo Familiar, tras haber seguido el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre.

VI. Resolverá las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres teniendo en cuenta el interés superior del menor.

VII. Puede tomar otras medidas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que al tratarse de violencia familiar siempre deberá decretar:

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b) Prohibir al demandado ir a lugares determinados, tales como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
- c) Prohibir al cónyuge demandado que se acerque a menos de los agraviados a la distancia que el Juez estime conveniente.

Considero que estas medidas deben de subsistir en caso de que proceda el divorcio necesario ya que, si se demuestra la violencia física o psicológica el simple hecho de emitir una resolución judicial que decrete el divorcio no hará cesar la conducta violenta. En cambio, si se resuelve en la sentencia que subsistan determinadas medidas que se fijaron como provisionales, pero ahora en definitiva, la norma será realmente eficaz.

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

IX. Requerirá a ambos cónyuges para que 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, y especificar el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estimen que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que precise.

Como ya se comentó en el capítulo anterior en algunos casos no se disuelve el vínculo matrimonial y los litigantes desgastan sus energías en demostrar la existencia de los bienes que conforman la sociedad conyugal misma que no se liquidará al no disolverse el matrimonio.

#### 2.4. - SENTENCIA CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO

El Artículo 283 del Código Civil prevé:

"La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial respecto a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

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

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."

Es importante resaltar que actualmente en virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer matrimonio, por lo que ya no existe la imagen del cónyuge culpable, ahora se prevé como el cónyuge que dio causa al divorcio.

En el Artículo 288 del Código Civil se señalan algunas de las sanciones que produce el divorcio, en materia de alimentos daños y perjuicios.

A) Respecto a los alimentos se prevé dos situaciones: el pago de alimentos, como si se tratara de una sanción al resultar cónyuge culpable (como se estudiará con mayor profundidad en el capítulo cuatro de este trabajo), y la necesidad de recibirlos. El juzgador debe resolverlo tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

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

Significa que sólo en el segundo supuesto siempre se tendrá el derecho, mientras que, en el primer supuesto no siempre se tendrá derecho, si las circunstancias no lo ameritan. En ambos casos, se trata del cónyuge inocente ¿entonces para qué dividir supuestos? El inocente siempre tiene el derecho, pero éste se valora tomando en cuenta las circunstancias que deben requerirse para los dos supuestos. ¿Puede haber un caso en el que el inocente no tenga derecho a los alimentos? Estimo que no, entonces ¿para qué iniciar el párrafo del segundo supuesto con la leyenda "en todos los casos?"

En la resolución se fijarán las bases para la actualización de las pensiones y las garantías. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extinguirá cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o sostenga una relación de concubinato.

El cónyuge enfermo tendrá el derecho a los alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar, pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.

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

B) El pago de indemnización proveniente de hecho ilícito:

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado y que se refiere el presente Artículo, y se regirá por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos. Esto no es aplicable en las causales por enfermedad ya que no se tiene este derecho. Hago notar que este párrafo es el motivo de análisis de este estudio, en especial del capítulo IV.

C) La indemnización compensatoria:

Esta compensación que se encuentra prevista en el Artículo 289 Bis del Código Civil puede ser hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, siempre que:

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

El Artículo habla de indemnización, pero técnicamente no se trata de ella ya que no se han causado daños y perjuicios, sino de una compensación por la diferencia entre los patrimonios, pues aquel que atendió el hogar y a los hijos no tuvo la posibilidad de lograr un patrimonio propio, o muy escaso si se compara con el del otro; en cambio el otro, que fue liberado de sus responsabilidades familiares, sí pudo hacer su propio patrimonio.

Se trata de resolver una injusticia en contra de quien atendió el hogar y a los hijos que hay que remediar. Considero que ésta relacionada con el Artículo 164 bis del Código Civil, debe incluirse en el capítulo de Separación de Bienes, de tal manera que la compensación proceda al terminar ese régimen y en favor de quien hubiera atendido el hogar y a los hijos, independientemente del divorcio.

En la sentencia de divorcio el Juez de lo Familiar, resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

Se puede concluir que con excepción de las causales previstas en las Fracciones VI Y VII del Artículo 267 de Código Civil, todas las demás causales son conductas que producen daños y perjuicios y por tanto deben de ser sancionada con una indemnizados para el cónyuge afectado ya sea que el daño sea de carácter patrimonial o de carácter moral.

## CAPÍTULO TERCERO

### RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO

En este capítulo estudiaremos los hechos ilícitos a fin de poder determinar en qué casos procede una indemnización por esta causa. Es importante para mí atender a lo que la doctrina establece a este respecto toda vez que en la práctica el derecho se ha especializado día con día y en materia familiar no es muy común que se demanden estas prestaciones. Además, los jueces a pesar de ser peritos en la materia, al no aplicarlo en una forma cotidiana, han olvidado los conceptos doctrinales que a continuación se estudiarán.

#### 3. - ORIGEN Y CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

La palabra "responsabilidad" proviene de dos vocablos latinos: "*responderé*" que significa "*inter alia*", (frase formalista del derecho antiguo romano) prometer y merecer.

Esta palabra está ligada con "*pondere*" que fue la expresión solemne en la forma de la "*stipulatio*" o "*estipulación*", la cual consistía en preguntar y responder sobre una prestación, utilizando los verbos: *pondere* y *pizomittere*, entonces surge el "*responsum*" o "*responsable*" y esa persona es, el obligado a responder de algo o de alguien. <sup>21</sup>

Los juristas contemporáneos han creado sus propios conceptos de "responsabilidad"; adecuados al tiempo y circunstancias que hoy día se viven, y según la profundidad con que este tema se ha desarrollado; pero es indudable que en el derecho romano y en las anteriores ideas sobre la responsabilidad se hace referencia a toda clase de situación jurídica que genere un detrimento patrimonial en otra persona que puede ser causado por una conducta ilícita o una conducta

lícita; de lo cual deriva el distingo que hoy día se hace de responsabilidad por hecho ilícito y responsabilidad por hecho ilícito.

En efecto, como se aprecia en la idea de Justiniano que habla de "... que podemos adquirir una obligación; no sólo por nosotros mismos, sino también por las personas que se hayan bajo nuestra potestad..." y también que adquirimos "... una obligación por los hombres libres y los esclavos...". Ahí está el germen de la responsabilidad que hoy se llama civil por hecho ilícito y civil por hecho lícito, la primera a la cual de manera impropia por muchos siglos se le ha clasificado en: contractual y extracontractual.

### 3.1. - HECHO ILÍCITO

Para el Maestro Bejarano y Sánchez el hecho ilícito es una conducta antijurídica, culpable y dañosa, que impone a su autor la obligación de reparar los daños, esto es, la responsabilidad civil. Dicho de otra manera: hecho ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente.<sup>22</sup>

Para el doctor Gutiérrez y González el hecho ilícito es: "Toda conducta humana culpable, por intención o por negligencia, que pugna con un deber jurídico estricto sensu, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio"<sup>23</sup>

"La causa de obligaciones hechos ilícitos, puede surgir a propósito de cualquier hecho humano, siempre que se reúnan sus elementos característicos, puede surgir a propósito de las demás fuentes de las obligaciones, como pueden ser: El incumplimiento

---

<sup>21</sup> INSTITUTAS DE GAYO 9°. ed. Editorial Campos; Madrid España 1988. pág. 13 y 14.

<sup>22</sup> BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*, Editorial Oxford University Press. 4° ed. México 1998. pág. 199.

<sup>23</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derechos de las obligaciones*, Editorial Porrúa. 12° ed. pág. 543. México 1997.

del contrato, el desacato a lo estipulado en una declaración unilateral de voluntad, la recepción de mala fe en el enriquecimiento ilegítimo, y en la gestión de negocios se presenta en los casos de una gestión anormal contra la voluntad del dueño o en aquellos donde el gestor realiza su intervención con el propósito de beneficiarse a si mismo, en vez de obrar conforme a los intereses del dueño del negocio"<sup>24</sup> .

### 3.1.1. - ELEMENTOS DEL HECHO ILÍCITO

El Maestro Gutiérrez y González sustenta que existen tres hechos ilícitos:

1. - La conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo que determina un deber jurídico en estricto sentido, plasmado en una ley de orden público sancionado como buenas costumbres.
2. - La conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con una declaración unilateral de voluntad.
3. - La conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo acordado por las partes de un convenio.

Y este mismo autor precisa también tres elementos a saber:

1. - Que el derecho considere esa conducta para los efectos de responsabilizar a quien la produjo.
2. - Que cause un detrimento patrimonial.
3. - La culpa.

Para el Maestro Bejarano y Sánchez el hecho ilícito tiene tres elementos: la antijuricidad, la culpa y el daño.

#### 1) ANTIJURÍDICA

"Es antijurídica toda conducta o hecho que viola lo establecido por las normas del derecho. Antijuricidad, pues, es el dato que

---

<sup>24</sup> BEJARANO Ob. Cit. pág.201.

califica a una conducta o a una situación, la cual choca con lo preceptuado por una regla jurídica.<sup>25</sup>

Al ser incierta esta proposición para muchos autores no es importante el elemento de la antijuricidad, pero es erróneo suponer que bastan la culpa y el daño para caracterizar al hecho ilícito, pues éste se manifiesta invariablemente como una acción antijurídica, que en ocasiones no es muy clara la norma de derecho transgredida con la acción lícita, pero es seguro que dicha regla existe.

Todo hecho ilícito es una conducta antijurídica. En el hecho dañoso no se viola una disposición jurídica expresa, sino un principio general de derecho, que tiene positividad y vigencia en la ley, porque preside e inspira las reglas contenidas en ella.

El deber jurídico de respetar el derecho ajeno tampoco se encuentra contenido en una norma determinada y tiene existencia positiva y es invocado cuando causamos daño a otro sin el derecho de producirlo. El daño implica la antijuricidad, la sola producción del daño a otro constituye una acción contra derecho, por la trasgresión del deber implícito de respeto a la inviolabilidad ajena.

La causa o fuente de obligaciones es el hecho ilícito y no la responsabilidad delictual o cuasidelictual. Las obligaciones son generadas por una conducta o hecho ilícito antijurídico, culpable y dañoso.

"La responsabilidad civil- sea delictual, cuasidelictual o contractual- no es la causa o fuente de las obligaciones, sino el efecto, la obligación misma generada por la causa "hecho ilícito".<sup>26</sup>

#### TIPOS DE ANTIJURICIDAD

---

<sup>25</sup> Ídem.

**a. ANTIJURÍDICA, POR VIOLACIÓN DE NORMA EXPRESA O DE PRINCIPIO IMPLÍCITO**

Los principios que no fueron integrados en una disposición especial pero su existencia es indudable porque, como ya indique, han inspirado las reglas legales. A estos se les denominan principios generales de derecho que son las ideas fundamentales que forman nuestro derecho positivo contenido en leyes y costumbres. Luego entonces, el que contradiga a la conducta solicitada por el orden jurídico en una regla que no trascendió explícitamente a la ley, realiza una conducta antijurídica.

**b. ANTIJURICIDAD POR OMISIÓN Y POR ACCIÓN**

La conducta contraria al mandato de la norma es antijurídica. Si las normas de derecho mandan hacer alguna cosa, será antijurídica por omisión la conducta pasiva que contraríe el orden legal; y si las normas prohíben realizar un determinado hecho, será antijurídica por vía de acción el ejecutarlo.

**c. ANTIJURICIDAD POR QUEBRANTAMIENTO DE LA NORMA CIVIL O POR ILÍCITO PENAL**

Hay diferentes clases de conducta antijurídica: "junto al hecho antijurídico civil de derecho privado, el antijurídico de derecho público, cuya especie más señalada es el ilícito penal."<sup>27</sup>

En la actualidad, el hecho antijurídico civil está claramente diferenciado del penal: el derecho civil vigila el interés de los particulares y los protege de la acción de los demás, al crear normas cuya inobservancia es un hecho ilícito civil; el derecho penal clasifica y reprime ciertos hechos,

---

<sup>27</sup> Ibidem, pág. 202.

particularmente graves y disolventes de la convivencia humana, mediante normas cuya trasgresión es un antijurídico penal que, conforme a los códigos penales mexicanos, se conoce como delito.

#### d. "RESULTADO" Y "MEDIOS" DE LAS OBLIGACIONES

Para el maestro Bejarano:

"Las obligaciones de resultado serán quebrantadas siempre que no se hubiera logrado el fin propuesto: bastará demostrar que éste no fue alcanzado para probar la violación de la obligación y la antijuricidad de la conducta. Las obligaciones de *medios* --- o de *prudencia y diligencia* ---- resultan transgredidas cuando el obligado no pone en práctica los procedimientos idóneos para lograr el fin propuesto, cuando no obró con la diligencia necesaria. La obligación sólo consiste en obrar con prudencia y se viola cuando no se actúa así"<sup>28</sup>.

Es más fácil demostrar el incumplimiento y la culpa del deudor en las obligaciones de *resultado* o *determinadas*, pues el hecho mismo de no haberse alcanzado el fin propuesto demuestra la antijuricidad y la falta del deudor. En cambio, en las obligaciones de *medios* deberá comprobarse que el deudor incurrió en una falta al no obrar con la prudencia y diligencia debidas.

Para este autor también es antijurídica la conducta que desvirtúa el fin de la norma que frustra su propósito, al contrariar la *ratio juris* de su creación. Esta conducta no implica sólo aquella que se manifiesta en contra de lo preceptuado sino también contraviene los valores que ella tutela.

La primera de las mencionadas se llama antijuricidad formal y la segunda, antijuricidad material.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, pág. 204.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 210.

Cuando existe un confrontamiento de dos intereses se impone el sacrificio de aquel que se considere de menor jerarquía, conforme al criterio de la sociedad recogido en la norma de derecho. Como ejemplo sirve el estado de necesidad y uso abusivo de los derechos.

## 2) LA CULPA

El segundo elemento para que se produzca el hecho ilícito civil, fuente de obligaciones, es necesario que la conducta sea errónea y provenga de negligencia o falta de cuidado.

Para el maestro Bejarano:

"La culpa es un matiz o color particular de la conducta, es una calificación del proceder humano que se caracteriza porque su autor ha incurrido deliberada o fortuitamente en un error de conducta, proveniente de su dolo, de su impericia o de su imprudencia"<sup>29</sup>.

Por culpa debemos entender:

"Intención, falta de cuidado o negligencia que genera un detrimento patrimonial y que el derecho considera a efecto de establecer una responsabilidad."<sup>30</sup>

La culpa es producto de la conducta humana y es diferente de la antijuricidad, pues hay conductas culpables y no antijurídicas.

Los Mazeaud la definen como:

"...un error tal de conducta que no se habría cometido por una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias exteriores que el demandado."<sup>31</sup>

El error de conducta puede ser intencional al propósito, en estos casos se habla de dolo y cuando no hay intención entonces se dice que hay culpa en sentido estricto. Para el derecho civil son importantes ambas culpas, también se distingue el dolo de la culpa estricto sensu, mientras la

<sup>29</sup> Ibidem, pág. 213.

<sup>30</sup> Ibidem, pág. 547.

## RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO

responsabilidad procedente de dolo no es renunciable, sino siempre sancionable (Art. 2106 del Código Civil), la responsabilidad de un hecho simplemente culpable puede ser objeto de una renuncia de responsabilidad mediante una cláusula contractual en tal sentido.

En cambio, en materia penal se puntualiza más al respecto, ya que los efectos del ilícito son diferentes es necesario castigar de diferente manera al individuo antisocial y mal intencionado, que al torpe o descuidado.

"El acogimiento de la culpabilidad como un elemento del ilícito, fue una conquista moral que permitió sancionar sólo a quien pudo evitar la producción del daño y no lo hizo, exentando de toda responsabilidad al causante accidental, a quien no incurrió en falta alguna de conducta. Al hacerlo se produjo un cambio en el fundamento de la responsabilidad civil, que sancionaba inicialmente al causante del daño por el sólo hecho objetivo de haber participado en su producción (responsabilidad objetiva), y evolucionó hacia la concepción de aplicar la sanción sólo a quien pudo y debió evitar el daño y al no hacerlo incurrió en una falta de conducta, al causante culpable (responsabilidad que se funda así en un matiz de la conducta del sujeto, por lo cual, se le llama *subjetiva*)."<sup>32</sup>

Actualmente, el Código Civil del Distrito Federal trata la responsabilidad subjetiva, de manera que considera tres tipos de hecho ilícito según sea la culpabilidad en relación a diferentes conductas:

a).-La conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo que determina un deber jurídico en estricto sentido, plasmado en una ley de orden público o sancionado como buena costumbre.

<sup>31</sup> Citado por BEJARANO Y SÁNCHEZ Ob. Cit. pág. 214

<sup>32</sup> Ídem.

b).-La conducta humana culpable, que pugna con una declaración unilateral de voluntad.

c).-La conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo acordado por las partes en un convenio."<sup>33</sup>

### 3) EL DAÑO

Mientras la acción contraria a derecho y errónea no produzca una pérdida para otra persona, no surgirán las obligaciones. Es el daño el que establece el vínculo de derecho entre el autor del hecho ilícito y la víctima del mismo: sin él no hay víctima de ilícito civil; el daño crea al acreedor.

#### a) CONCEPTO DE DAÑO

"Daño: del Lat. *damnum* efecto de dañar; perjuicio, detrimento, menoscabo. En cuanto al verbo, Dañar: (de *Damñare*), Causar detrimento, menoscabo, perjuicio, dolor, etc. maltratar, echar a perder, pervertir, condenar, sentenciar/ dañar al prójimo en la honra." <sup>34</sup>

Dentro de la teoría jurídica, dichas concepciones tienen elementos que podríamos llamar determinantes para el mejor entendimiento y comprensión del *daño jurídico*, por ejemplo: el dolor, el detrimento, el perjuicio, el menoscabo, el sufrimiento, etc. Toda mención al concepto jurídico de daño tendrá aquí una íntima relación con la definición gramatical, en el entendimiento de que ya dependerá de la técnica jurídica en cada caso, el señalar la precisa idea del *daño jurídico*, y aún más, indicar los elementos que debe contener esta figura, para que cuando se hable conforme a derecho, se entienda si en un caso dado se trata de un agravio, ya sea patrimonial o extrapatrimonial.

<sup>33</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ob. Cit. pág. 537

<sup>34</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 19 ed. Editorial Espasa - Calpe; Madrid, 1970. pág. 420.

El Artículo 2108 del Código Civil lo define como una pérdida o menoscabo económico: es el que sufre una persona en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

En el Artículo 2109, el Código caracteriza el perjuicio "...como la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

El Maestro Bejarano lo define de la siguiente manera:

"...daño es la pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones, por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado..."<sup>35</sup>.

Para el Maestro Gutiérrez y González:

"El daño debe de entenderse como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio de una persona, por conducta lícita o ilícita de otra persona, provocadas directamente por sí o por no cuidar bien a personas bajo su custodia, o por cosas que posee ésta y que la ley considera para responsabilizar a su autor."<sup>36</sup>

El daño se distingue del perjuicio, que es la privación de bienes que habría de tener una persona y que deja de percibir por efecto del acto dañoso causado por otro.

Para Gutiérrez y González el perjuicio es:

"...la privación de cualquier ganancia lícita que deberá de haberse obtenido, de no haberse generado la conducta lícita o ilícita de otra persona, a que antes se hace referencia y que la ley considera para responsabilizarla"<sup>37</sup>.

El Maestro Manuel Borja Soriano señala:

"Se entiende por daño lo que los antiguos llamaban *daño emergente*, es decir, la pérdida que una persona sufre en su patrimonio. Se reputa perjuicio lo que antiguamente se llamaba *lucro cesante*, es

<sup>35</sup> BEJARANO Y SÁNCHEZ, Ob. Cit. pág. 221.

<sup>36</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ob. Cit. pág. 744.

decir, la privación de una ganancia lícita. Algunas veces empleando ya la palabra daño, ya la palabra perjuicio, se quiere designar con una sola de ellas los dos conceptos que acabo de expresar"<sup>38</sup>

El italiano Adriano De Cupis, enuncia sobre el particular: "El daño patrimonial es indudablemente, una especie notoria del daño privado. Así, según el texto de Paulo, *damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt* (D.39.2.3). Parece que se estuviese además ante la única forma de daño privado; valga decir que éste se identifica con él. Pero en realidad el daño patrimonial no comprende totalmente el daño privado; es tan solo una especie, aunque sea la más importante, por lo que junto al mismo debe también ser considerada una ulterior especie de daño privado, el llamado daño no patrimonial".<sup>39</sup>

Nuestro derecho distingue entre daños y perjuicios, a diferencia de otras legislaciones como la francesa y la argentina que los consideran sinónimos y denominan "lucro cesante" lo que nuestro derecho llama perjuicio. Lo anterior es fundamentado por el argentino José Machado, quien expone:

"Entendemos que la distinción entre daño y perjuicio carece de asidero, tanto en la ley, como en la doctrina y jurisprudencia nacionales, en las que los conceptos de daños y perjuicios se consideran sinónimos y donde se sigue adoptando la clásica terminología de lucro cesante para la privación de la ganancia que se hubiera obtenido de no haberse cometido el hecho ilícito".<sup>40</sup>

De ello concluimos que muchas veces las diferencias son más bien de forma que de fondo. También se puede concluir que el Artículo 2108, del Código Civil vigente, se refiere al daño de carácter patrimonial y el Artículo 1916 al daño moral que es esencialmente extrapatrimonial.

#### b) CONCEPTO DE PERJUICIO

<sup>37</sup> Ídem.

<sup>38</sup> BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. 7a ed. Tomo II. Editorial Porrúa; México 1974 pág. 400.

<sup>39</sup> DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Bosch, Barcelona, 1975. pág. 122.

<sup>40</sup> MACHADO José. *Cuestiones prácticas del derecho civil moderno*. Bosch; Buenos Aires, 1970 pag. 99.

El Artículo 2109 del Código Civil del Distrito Federal establece:

"Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

Esta definición al igual que la del daño se refiere únicamente al cumplimiento de la obligación, por lo que el maestro Gutiérrez y González de acuerdo con las ideas que en el apartado anterior se expusieron propone la siguiente definición:

"Perjuicio es la privación que sufre una persona, de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido, de no haber generado otra persona la conducta lícita o ilícita que la ley considera para responsabilizar a ésta." (1)

Estos conceptos de daño y perjuicio son elementos constitutivos de la responsabilidad civil. Es necesario que se produzca un daño o un perjuicio que ocasionen detrimento en el patrimonio de una persona, para que quien lo produjo sea responsable de la reparación de ese daño o perjuicio. Además, debe existir una relación de causalidad entre la conducta de la persona y los daños o perjuicios ocasionados, es decir, que estos deben ser consecuencia directa e inmediata de la conducta.

#### a.1) TIPOS DE DAÑO

Es necesario hablar de los tipos de daño a efecto de poder distinguir entre el tipo de daño y la relación jurídica que nace entre los sujetos activo y pasivo, para concluir con la explicación de cómo operará la reparación del agravio en beneficio de la persona que ha sufrido detrimento en sí misma o en su patrimonio.

Entonces podemos hablar de:

*Daño actual*, o sea el que se da en el momento en que surge la controversia, y cuya existencia, magnitud y gravedad se asimilan al hecho ilícito que lo produce.

*Daño futuro*, es aquel que nunca presenta en el momento de la controversia, las tres características del daño actual, es decir existencia, magnitud y gravedad, sino que al producirse el hecho ilícito éste será consecuencia directa del evento dañoso, que se actualiza con posterioridad.

*Daño directo*, aquel que soporta el agraviado

*Daño indirecto o reflejo*, que no es más que el sufrimiento del mismo por una persona distinta del agraviado inmediato.

Con estas clasificaciones la doctrina nos lleva a discutir entre el daño cierto y el daño eventual, se nota que en cuanto al *daño cierto*, su existencia, magnitud y gravedad son perfectamente determinados en el momento del acontecimiento dañoso; en tanto que la eventualidad se refiere al conjunto de consecuencias y circunstancias que, darán origen a un daño y que hasta ese momento podremos precisar con certeza. Sobre este particular Brebia expresa:

"Es cosa corriente la confusión entre daño futuro y daño eventual, y daño cierto con daño actual, no siendo dichos términos de ninguna forma sinónimos. Daño eventual es aquel cuya existencia depende de la realización de otros acontecimientos extraños al hecho ilícito en cuestión, que concurren con éste a la formación del perjuicio. A diferencia del eventual, tanto el daño actual como el daño futuro deben ser ciertos, entendiéndose por ello que la existencia de los mismos debe constar de una manera indubitable, mediante la comprobación de la vulneración de un derecho subjetivo del demandado, y no depender de esa vulneración de otros acontecimientos que puedan o no producirse con posterioridad".<sup>41</sup>

<sup>41</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLES, Ernesto, Op. Cit., Editorial Porrúa, México, 1969, págs. 60.

### 3.2. - DAÑO PATRIMONIAL Y MORAL

Otra gran clasificación es la que atiende a la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados. Conforme a la existencia de los derechos patrimoniales y los derechos de la personalidad, según sean conculcados, estaremos también ante diferentes tipos de daños.

En el daño patrimonial, es obvio que la violación recae sobre un bien de naturaleza patrimonial. Por daño moral, se entiende cuando es causado a los derechos de la personalidad sobre bienes que no pueden ser tasables en dinero, como son el honor, los sentimientos, los afectos, las creencias, etcétera.

Es cierto que al tratarse de bienes patrimoniales, el problema se resuelve con la misma rapidez que el planteamiento de la controversia. Su naturaleza así nos lo permite determinar, es decir, puedo optar por arreglar el bien dañado - reparación natural -, o con entregar uno de la misma especie y calidad -reparación por equivalencia- y asunto concluido. Pero si lesiono el honor de una persona causándole un dolor moral, el agravio quedará para siempre. En la reparación moral no existe la situación de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban o que el daño desaparezca. Es por eso, que la reparación moral sólo cumple una **satisfacción equivalente**; nuestro derecho así lo admite.

La clasificación principal, y la que para este trabajo interesa, es la que divide en daño patrimonial y daño extrapatrimonial.

Una gran parte de los autores consideran que el daño patrimonial es aquel que recae directamente sobre un bien de naturaleza patrimonial, y el daño extrapatrimonial es aquel que se proyecta sobre bienes que no pueden ser tasables en dinero.

---

<sup>12</sup> BERRIA, ROBERTO H. *El daño moral*. Orbi; Buenos Aires. 1967 pág. 52

Entre estos autores puedo mencionar a Salvador Ochoa, Manuel Bejarano, Rojina Villegas, Borja Soriano, entre otros.

Sobre el daño no patrimonial se encuentran diversas acepciones: daño moral, inmaterial o extramatrimonial. Se considera que ésta clase de daño es el que afecta los bienes inmateriales de la persona como la libertad, la salud y el honor, que son extraños al patrimonio y que no repercuten de modo inmediato sobre éste.<sup>43</sup>

Esta clasificación tiene una relación directa con el concepto de patrimonio que se tenga. Al respecto, debo decir que estoy de acuerdo con la tesis que sobre el patrimonio expone el Maestro Gutiérrez y González, y de acuerdo con la cual el contenido del patrimonio se integra por dos grandes campos: el económico o pecuniario y el moral o de los derechos de la personalidad. De acuerdo con esta idea define al patrimonio como:

"El conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho." <sup>44</sup>

El patrimonio determina lo que la persona tiene y el ámbito personal, lo que la persona es. Lo que la persona es, se configura primordialmente por los atributos que se derivan del hecho de ser persona, es decir, por los denominados bienes o derechos de la personalidad; pero, puesto que el hombre es por naturaleza un ser sociable, también lo que deriva de la sociabilidad determina lo que la persona es: ser hijo, padre, madre, inserto en una familia y en una sociedad, cuyas realidades son objeto de atención y tutela por el Derecho Privado; por lo tanto, la lesión de los intereses, bienes o derechos inherentes a dichas realidades constituye jurídicamente el objeto de un daño cuya naturaleza es similar a

<sup>43</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1986, 10ª. ed. pág. 191.

<sup>44</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio*, Editorial Porrúa, México, 1999, 6ª. ed. pág. 52.

la del que atenta contra los bienes de la personalidad como tales, y dispar de la del daño que se desenvuelve dentro del ámbito de los bienes o derechos patrimoniales. Por consiguiente, todos estos bienes o derechos conforman la esfera estrictamente personal del sujeto de derecho, correspondiente a atributos que sólo a su titular pueden pertenecer, y permanece ajenos a las funciones y finalidades que tiene asignado el patrimonio.<sup>45</sup>

### 3.2.1. - EL DAÑO MORAL.

“El daño moral es la lesión que una persona sufre en sus, sentimientos, afecciones, creencias, honor o reputación, o en la autoestima del sujeto, como consecuencia de un hecho de tercero, antijurídico y culpable, o por un riesgo creado.”<sup>46</sup>

Gutiérrez y González lo refiere como:

“El daño moral es el dolor cierto y actual sufrido por una persona física o el desprestigio de una persona, física o social colectiva, en sus derechos de a personalidad, con motivo de un hecho ilícito o lícito y que la ley considere responsable a su autor”<sup>47</sup>

Los hermanos Mazeaud distinguen dos partes en el patrimonio moral de las personas:

1. - La parte social que comprende el honor, la reputación, la consideración de la persona y las heridas que causan lesiones estéticas, y;
2. - La parte afectiva del patrimonio moral, constituida por los sentimientos morales o religiosos, los sentimientos del amor, la fe, los sufrimientos por el fallecimiento de una persona amada, etcétera.

Además distinguen tres corrientes legislativas y doctrinarias sobre el tratamiento de los daños morales que son:

<sup>45</sup> GARCIA LÓPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral*. Bosch; Madrid 1990. pág.78

<sup>46</sup> BEJARANO Y SÁNCHEZ, Ob. Cit. pág. 221.

<sup>47</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ pag. 807.

I.-La que niega la posibilidad de resarcir el daño moral, pues si la reparación significa restaurar la situación que prevalecía antes de sufrir las consecuencias de la acción dañina, el daño moral nunca podrá ser reparado en vista de la imposibilidad de borrar sus efectos.

II.-La que asegura que el daño moral es resarcible siempre y cuando coexista con un daño de tipo económico; supuesto según el cual, la reparación será proporcional al daño económico resentido.

III.-La que afirma que el daño moral puede y debe ser resarcido con independencia de todo daño económico.

Hasta hace poco, el Código Civil era exponente de la segunda corriente, pues los Artículos 1916 y 2116 autorizaban al Juez a decretar el resarcimiento de las lesiones espirituales, con el importe de hasta la tercera parte del valor del daño económico sufrido por la víctima.

"Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnera o menoscaba ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los Artículos 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los Artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

**RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO**

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original."

"Artículo 1916 Bis. No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los Artículos 6o. y 7c. de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta."

"Artículo 2116. Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el Artículo 1916."

Las reformas legales, publicadas el 31 de diciembre de 1982, determinaron la necesidad de reparar en su integridad los daños espirituales, introdujeron un principio de congruencia en el sistema de la responsabilidad civil y atribuyeron idéntico trato a los daños económicos y los morales, lo cual constituye un avance considerable en la materia, aunque persiste la reparación insuficiente de los daños causados en la integridad física.

**3.2.2. - REQUISITOS PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO**

El daño que es consecuencia inmediata y directa del hecho perjudicial, y además es cierto, es resarcible. El Artículo 2110 del Código Civil resume ambos requisitos de la siguiente manera:

*"Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que, se haya, causado o que necesariamente deba causarse."*

El derecho protege a la víctima cuando el daño ha sido consecuencia de una conducta ajena antijurídica y culpable (ilícita) o del aprovechamiento de un objeto peligroso (riesgo). La doctrina apunta la necesidad de que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño, la ley en el Artículo 2110 antes transcrito, dice que el daño debe ser consecuencia inmediata y directa del hecho.

Si en el hecho concurre la culpa de la víctima con la falta del o los causantes, éstos quedarán exonerados de responsabilidad si aquella culpa es grave o imperdonable; aunque, si el error del victimario fuere igualmente inexcusable, lo mismo que si existiera culpa leve de ambos, se impondría la aplicación de una responsabilidad parcial al agente.

### 3.3. - CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

Como dice el maestro Gutiérrez y González responsabilidad es:

"La necesidad jurídica que tiene un sujeto llamado obligado-deudor de cumplir voluntariamente a favor de otra persona llamado acreedor, que le puede exigir la restitución de una situación jurídica al estado que tenía al momento de producirse la violación de un deber jurídico estricto *sensu* en que la licitud o ilicitud es irrelevante y que causa un daño por empleo de un objeto

considerado por la ley peligroso en sí mismo, que es poseído por el obligado deudor."<sup>48</sup>

Este tipo de responsabilidad surge cuando una persona incurre en una conducta errónea de buena fe; quien sufre el daño o perjuicio tiene a su favor un derecho de crédito personal indemnizatorio, que proviene de una responsabilidad objetiva originada en dicha conducta fundada en error (falsa creencia de la realidad), por supuesto sin que medie ilicitud. A ese derecho el maestro mexicano que antes cite lo define como:

" La necesidad jurídica que tiene un sujeto llamado obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otro sujeto llamado acreedor, que le puede exigir la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, al momento de producirse la violación de un deber jurídico, sin culpa, y por causa de un error de la persona que sufre el daño. Así resulta claro que no media la culpa, pues ni siquiera hubo intención mala." <sup>49</sup>

La causa generadora es la que hace surgir "el enriquecimiento ilegítimo" o "indebido", y por eso el mismo autor propone que ese enriquecimiento debe desaparecer como fuente generadora de "obligaciones", pues dice: "... carece de verdadera autonomía".<sup>50</sup> Así, el Artículo 1882, del Código Civil, dispone que:

" El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, esta obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que el se ha enriquecido."

No sólo existe esa disposición sino que los Artículos que suceden hasta el 1895, tratan "del enriquecimiento ilegítimo". Con ello queda manifiesta la certera opinión del Maestro Gutiérrez y González, pues además demuestra que no es necesario tratarlo en un capítulo aparte, ya que no es más que una

<sup>48</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ob. Cit. pág. 58.

<sup>49</sup> Ibidem, pág. 58.

<sup>50</sup> Ibidem, pág. 50B.

disposición que al actualizarse, hace surgir para el sujeto activo una responsabilidad objetiva por conducta errónea, si resulta ser de buena fe previstas en las disposiciones antes señaladas; si es de mala fe, surgirá el elemento de culpa y entonces el tratamiento quedaría en la responsabilidad por hecho ilícito, para lo cual existe un trato jurídico especial y diferente.

He mencionado diferentes tipos de responsabilidad, sólo me resta hacer mención de los tipos de responsabilidad civil, que servirán como base principal para el desarrollo de este trabajo.

### 3.3.1. - RESPONSABILIDAD CIVIL

"Responsabilidad civil es la conducta que debe asumir una persona, que consiste en restituir al estado que guardaba un derecho ajeno, antes de la relación de un hecho que ella generó, culpable o no, y que le es imputable, con el cual produjo un detrimento patrimonial y de no ser posible esa restitución, realizar una prestación equivalente al detrimento por daño, si lo hubo, detrimento por perjuicio."<sup>51</sup>

"Responsabilidad civil es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo."<sup>52</sup>

La responsabilidad civil es, el nombre que se da a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado, es decir, de dejar sin daño. Existen dos formas para hacerlo:

La primera es la reparación en naturaleza consiste en borrar los efectos del acto dañoso restableciendo las cosas a la situación que tenían antes de él. Coloca de nuevo a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados.

<sup>51</sup> Ibídem págs. 988 y 989.

<sup>52</sup> BEJARANO Y SÁNCHEZ, OB. Cit. pág.238.

La segunda es, la reparación por un equivalente que es cuando se indemniza proporcionando a la víctima un equivalente en dinero de los derechos o intereses afectados se le paga el importe de sus daños y perjuicios, previa estimación legal de su valor.

El Artículo 1915 del Código Civil las señala:

*"La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o el pago de daños y perjuicios."*

### 3.3.2. - CLASES DE INDEMNIZACIÓN

El daño produce un menoscabo o detrimento en el patrimonio de una persona, víctima de un hecho ilícito o lícito, el cual debe ser reparado por quien lo ocasionó. Esta reparación se hace a través de una indemnización, concepto que define Gutiérrez y González como:

*"La necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya al estado que guardaba, un derecho ajeno que sufre un detrimento, antes de la realización de un hecho culpable o no, que le es imputable a éste, y de no ser ello posible, debe realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio, si lo hubo."* <sup>53</sup>

Cuando se trata de un daño que afecta el patrimonio pecuniario de una persona existen dos tipos de indemnizaciones: la retributiva y la moratoria.

Indemnizar significa dejar sin daño, restituir las cosas al estado que tenían antes de que fuera cometido y solamente cuando esto no es posible, el responsable debe entregar una

<sup>53</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto. *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*. Editorial Porrúa. México, 1999, p. 65

## RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO

suma de dinero. Bejarano llama a la primera reparación en naturaleza y a la segunda reparación por un equivalente.<sup>54</sup>

El Artículo 1915 del Código Civil del Distrito Federal establece que:

"La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios. . ."

La indemnización moratoria se origina en dos situaciones:

- Cuando hay un cumplimiento tardío de la obligación, y
- Cuando se comete el hecho ilícito de no cumplir con la propia indemnización.

En el caso del daño moral no todos los autores admiten una valuación pecuniaria. Salvador Ochoa señala que los bienes tutelados no pueden ser valuados en dinero, el fin de la reparación moral es la función satisfactoria que pueda considerarse equivalente al sufrimiento experimentado. Opina que no debe considerarse que se está comerciando con los bienes tutelados por la entrega de dinero, ni que tampoco por esta entrega vaya a desaparecer o atenuarse el dolor que sufre una persona por el daño causado. Lo que debe buscarse con esta reparación, señala, es que no se haga irresponsable civilmente a quien incurre en un daño moral.<sup>55</sup>

Los hermanos Mazeaud también consideran que existen algunos casos en los que el dinero es perfectamente capaz de borrar un perjuicio, aunque éste no tenga un carácter pecuniario, pero que existen también muchos casos en los que el dinero no basta para reparar el daño causado. Aún así, afirman que:

"Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil,

<sup>54</sup> BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Op. Cit., Editorial Oxford University Press, México, 1998, 4ª ed. pag. 219.f

## RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO

lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación.”<sup>56</sup>

El Artículo 1916 establece que es al Juez a quien corresponde determinar el monto de la indemnización, para lo cual debe tomar en cuenta:

- Los derechos lesionados
- El grado de responsabilidad
- La situación económica del responsable
- La situación económica de la víctima, y
- Las demás circunstancias del caso.

Los criterios que ha establecido Estados Unidos Mexicanos a través de la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales Colegiados de Circuito realmente no son de gran ayuda para determinar el monto de la indemnización en el caso del daño moral, basta para demostrarlo la siguiente tesis aislada:

Octava Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XIII, Enero de 1994, Página: 197

“DAÑO MORAL. ELEMENTOS PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA INDEMNIZACION. Conforme al Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, la indemnización debe determinarse por el órgano jurisdiccional tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica tanto del responsable como de la víctima, y las demás circunstancias del caso. De modo que no es una limitante para el juzgador el salario devengado por la víctima del daño, ni puede tenerse como única base para determinar la indemnización.”

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.  
Amparo directo 391/91. Banco B.C.H., S.N.C. 28 de junio de 1991.  
Unanidad de votos. Ponente: Carlos Villegas Vázquez. Secretario Régulo Pola Jesús.

<sup>56</sup> OCHOA OLVERA, Salvador, *Daño Moral*, Editorial Montealto, México, 1999, 7<sup>a</sup> ed, págs. 66-71.

<sup>57</sup> MAZEAUD, Henry y León, André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo Primero. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1957, 5<sup>a</sup> ed, pág. 441

La indemnización debe corresponder al daño que se habrá de reparar. Si el daño consiste en el demérito o pérdida definitiva de los bienes o en la frustración de los derechos de la víctima, por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones del deudor, la indemnización deberá ser un sucedáneo o sustituto de aquellos que se han deteriorado o han desaparecido. Compensa su depreciación o ausencia, por lo cual se le da el nombre de indemnización *compensatoria*.

"Cuando, por otra parte, el daño proviene de un retardo o mora en el cumplimiento de una obligación, se repara por esa mora y la indemnización correspondiente recibe el nombre de *Moratoria*." <sup>57</sup>

Su cuantía será igual a las pérdidas o los perjuicios que hubiese sufrido el acreedor por el cumplimiento retardado. Habrá ocasiones en que el cumplimiento demorado sea inoportuno, inútil y equivalga al incumplimiento definitivo. Tal sucede en las prestaciones de tipo personal que deben pagarse en una ocasión o evento determinados. Ellas se reparan con una indemnización *compensatoria*.

*Daños económicos.*- El Código dispone sin excepción su completa reparación, ya sea mediante el restablecimiento de la situación anterior al daño o mediante el pago de su valor en dinero. (Art. 1915, 2107, 2112, 2114 y 2115 del Código Civil)

*Los daños que sufren las personas en su integridad corporal.* El Código Civil remite a la Ley Federal del Trabajo

*La indemnización de las lesiones espirituales.*- Por lo general podía llegar a alcanzar una tercera parte del valor de los daños económicos causados, y ello cuando el Juez consentía en acordar su reparación. Art. 1916 del Código Civil.

Para los efectos de esta tesis es importante señalar que el cónyuge que dio causa al divorcio pudo haber causado un daño de tipo patrimonial o de tipo moral al otro cónyuge, por lo que pasará al estudio del patrimonio económico y de los derechos de la personalidad.

### 3.4. - LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. EL DAÑO Y SU CLASIFICACIÓN

#### A. *Los derechos de la personalidad*

Castán Tobeñas señala la discrepancia doctrinal que existe en relación a la terminología que existe sobre la denominación de los derechos de la personalidad, ya que algunos los llaman derechos a la personalidad, derechos esenciales o fundamentales de la persona, derechos sobre la propia persona, derechos individuales, derechos personales o derechos personalísimos.<sup>56</sup>

Este autor hace hincapié en la distinción que debe realizarse entre los citados derechos y la personalidad misma, considerando que ésta es la abstracta posibilidad de tener derechos, y los derechos de la personalidad son las facultades concretas de que está investido todo el que tiene personalidad.

La definición más completa que encontré sobre los Derechos de la personalidad es la que da el Maestro Gutiérrez y González:

"Son los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física o mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos

---

<sup>56</sup> Ídem.

<sup>57</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos de la personalidad* Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, págs. 14 y 15.

de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico."<sup>59</sup>

Pero ¿cuáles son los derechos de la personalidad?

Algunos autores enumeran estos derechos y los definen. Entre los más destacados puedo mencionar a Santos Briz<sup>60</sup> quien comenta que en el derecho español, los derechos de la personalidad son de contenido fundamentalmente ideal, pero tienen repercusiones de carácter patrimonial y en caso de infracción son: el derecho a usar nombre y apellidos, el derecho a la propia imagen, el derecho al honor los derechos sobre el cuerpo humano.

Adriano De Cupis clasifica los derechos de la personalidad en derecho a la vida y a la integridad física; derecho a la libertad, derecho al honor y a la reserva, derecho a la identidad personal y derecho moral de autor.<sup>61</sup>

El Maestro Gutiérrez y González clasifica los derechos de la personalidad en tres partes: I.- la social pública ubica el derecho al honor o reputación, al título profesional, al secreto o reserva, al nombre, a la presencia estética y a la convivencia; II.- la parte afectiva incluye los derechos de afección familiares y de afección de amistad y III.- la parte físico-somática comprende el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física o corporal y a la disposición del cuerpo humano.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, LUIS, *El patrimonio*, Editorial Porrúa, México, 1969, 6ª ed., pág. 77e.

<sup>60</sup> SANTOS BRIZ, Jaime, *La Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Editorial Montecorral, S.A., Madrid, 1961, 3ª ed., págs. 172-179.

<sup>61</sup> DE CUPIS, Adriano, *El daño*, Editorial Bosch, Barcelona, 1975, pág. 122.

<sup>62</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, LUIS, *El patrimonio*, Editorial Porrúa, México, 1969, 6ª ed., pp. 77e y 80e.

## RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO

En el Código Civil del Distrito Federal no se encuentra un capítulo que regule los derechos de la personalidad, solamente en el Artículo 1916 se hace referencia a ellos al definir lo que debe entenderse por daño moral. Cabe mencionar también, que en nuestro país, aun no se ha aceptado por una gran parte de la doctrina que los derechos de la personalidad integran el patrimonio de una persona.

El Código Civil del Distrito Federal ha reconocido la existencia de los derechos de la personalidad y del consiguiente daño moral que se puede ocasionar cuando estos derechos son conculcados, aunque como ya se manifestó su regulación es muy limitada. La reforma que se realizó en diciembre de 1982 al Artículo 1916 introdujo el concepto de daño moral, de acuerdo con el cual:

"Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. . . "

Con relación a esta reforma, Manuel Bejarano <sup>61</sup> opina que al atribuir idéntico trato a los daños económicos y los morales, se introdujo un principio de congruencia en el sistema de la responsabilidad civil, lo cual constituye un avance considerable en la materia. Aunque reconoce que la reparación de los daños causados en la integridad física insuficiente.

Se ha establecido que el patrimonio moral de toda persona se compone por el patrimonio social u objetivo y por el patrimonio moral afectivo o subjetivo. El primero se refiere a los bienes que se relacionan de manera directa con el sujeto y

<sup>61</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Op. cit.*, Editorial Oxford University Press, México, 1986, 4<sup>a</sup> ed. págs. 11-233.

## RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO

el medio en que se desenvuelve socialmente, donde se exterioriza su personalidad. Es necesario comentar que cuando se dañan generalmente bienes que integran este patrimonio, casi siempre causan un daño económico pecuniario. Por ejemplo el ataque a la honra de un profesionista, en su medio acarreará un desprestigio que se traducirá en un perjuicio económico; es decir el agravio moral es la razón directa, de la merma o detrimento en la demanda de sus servicios como profesionista.

El Maestro Rojina Villegas dice respecto del patrimonio moral:

*"El daño moral consistió en toda lesión a los valores espirituales de la persona, originada por, virtud de un hecho ilícito, o sea, por cualquier tipo de interferencia en la persona, en la conducta, o en la esfera jurídica de otra, que no esté autorizada por la norma jurídica. Ya hemos dicho que toda interferencia que no esté autorizada por la norma jurídica en la persona, en la conducta o en el patrimonio de un sujeto, constituye un hecho ilícito en teorías generales"*<sup>64</sup>

En tanto, Manuel Borja Soriano, dice:

*"Existen dos tipos de patrimonio moral: el social y el afectivo. El social siempre trae aparejado un perjuicio pecuniario, en tanto que el afectivo está limpio de toda mezcla. El dolor, la pena, son los únicos perjuicios causados; pecuniariamente la víctima no sufre ningún daño."*<sup>65</sup>

Conforme a la definición contenida en el primer párrafo del Artículo 1916, del Código Civil vigente, los bienes que tutela dicha figura pertenecen a los siguientes tipos de patrimonios:

<sup>64</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho civil mexicano*. 3ª ed. Tomo II. Editorial Porrúa México, 1976. pág. 135.

<sup>65</sup> BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. 2ª ed. Tomo II. Editorial Porrúa México, 1974. pág. 428.

## RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO

- Patrimonio moral afectivo o subjetivo: Se integra por afectos, creencias, sentimientos, vida privada y configuración, y aspectos físicos.

- Patrimonio moral social u objetivo: Esta integrado por el decoro, el honor, la reputación y la consideración que de la persona tienen los demás.

Antes de hacer los comentarios particulares sobre cada bien, es necesario repetir que dicha clasificación es enunciativa, mas no limitativa; y tiene además un carácter extenso, por lo cual admite la analogía de la proporcionalidad.

El método que aplicaremos a continuación, será analizar el sentido gramatical del bien y después expresar su caracterización jurídica, porque de los nueve diversos bienes que menciona el daño moral como objeto de su protección no encontramos, al menos en la legislación civil, referencia sobre alguno de ellos. Esto es independiente de lo que el Código Penal da a entender por el delito de calumnia, puesto que también al configurar dicho delito se lesionan bienes que son objeto de tutela del agravio moral. Pero debido a la autonomía de nuestra figura, y que no tiene relaciones condicionantes con el daño patrimonial, ya sea producto de una responsabilidad civil contractual o extracontractual, tenemos que conducirnos de la siguiente forma.

### 3.5. - BIENES DEL PATRIMONIO MORAL AFECTIVO O SUBJETIVO

El Licenciado Salvador Ochoa Olvera en su libro el *Daño Moral* enumera y explica cada una de estos bienes aterrizándolos en una forma práctica y comprensiva primero explica el concepto en una forma gramatical y enseguida da su propio concepto de manera como lo exponemos a continuación:

## RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO

**Afectos.** El *Diccionario de la Real Academia Española*, define el afecto de la siguiente forma: "... (del latín *affectus*) inclinado a alguna persona o cosa, pasión del ánimo".<sup>66</sup> La tutela jurídica de este bien recaerá en la conducta ilícita de una persona que tiene como fin afectar o dañar ese ánimo particular sobre determinada persona o cosa, y que al verse lesionado tal bien sufrirá una afectación, lo cual constituye un agravio de naturaleza extrapatrimonial que debe ser reparado.

**Creencia.** Firme asentimiento y conformidad con una cosa.<sup>67</sup> Es un bien que comprende la naturaleza más subjetiva de la persona; ésta le da completo crédito a algo, una idea, un pensamiento, que incluso servirá de guía en su vida diaria, por tener la certeza de que es válido. El agravio moral se constituirá cuando la agresión específica recaiga sobre estos conceptos.

**Sentimiento.** Acción y efecto de sentir. Estado de ánimo. Sentir. Experimentar sensaciones producidas por causas internas o externas.<sup>68</sup>

Los sentimientos pueden ser de dolor o placer, según sea el caso. El daño moral más bien se refiere a los sentimientos que nos causan un dolor moral. Pero también la conducta ilícita que nos priva de sentimientos de placer puede constituir un agravio de naturaleza inmaterial, ya que lo mismo se puede afectar a una persona al causarle un dolor de manera directa, al privarla indirectamente de los sentimientos que le causan placer; por ejemplo, en el primer caso la pérdida de un ser querido o familiar, y en el segundo podría ser la afectación que sufre un poeta, en el placer que le causa ser considerado como cabeza de una escuela de escritores.

**Vida privada.** Respecto de este bien, el Licenciado Ochoa señala que son todos y cada uno de los actos particulares y personales

<sup>66</sup> Real Academia Española de la lengua. Op. Cit. pág. 31.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 31.

del sujeto; el adjetivo 'privado' se refiere a un hecho de familia, a la vista de pocos. También sobre lo anterior surge controversia. Una solución sería decir simplemente que: vida privada comprende mis hechos de familia, mis actos particulares y personales.

**Configuración y aspectos físicos.** Este bien se encuentra relacionado con la apariencia y con el modo de presentarse a la vista de las personas. Es la figura de un sujeto, así como su integridad física.

Entiéndase este derecho como una extensión del correspondiente a la seguridad de la persona, pero también debe contemplarse en dos aspectos: el primero se refiere a la agresión de palabra u obra, referido a la figura física del individuo; el segundo se refiere a las lesiones que recibe el sujeto agraviado en su cuerpo o en su salud, que se deriva del derecho a la vida que todas las personas tenemos.

En este caso, el daño moral se configura de la siguiente manera: cuando una persona causa una lesión en el cuerpo de otra y le deja una cicatriz perpetua, también ha infligido un dolor moral, independientemente del delito que hubiese cometido así como la responsabilidad civil en que hubiese incurrido y por la cual se le condena a pagar por daños y perjuicios, consistentes en curaciones y hospitalización. Este dolor moral, con arreglo al Artículo motivo de este trabajo, debe ser condenado y reparado. Es lo que algunos autores llaman "daños estéticos", que se producen en bienes del patrimonio moral social u objetivo.

**Decoro.** Lo integran: honor, respeto, circunspección, pureza, honestidad, recato, honra y estimación.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Ibidem, págs. 413-4.

<sup>69</sup> Ibidem, págs. 414.

El decoro se basa en el principio de que a toda persona se le debe considerar como honorable y merecedora de respeto, lo cual es una regla general aceptada en el trato social. Por tanto, la conculcación de este bien se configura cuando el sujeto activo, sin fundamento, daña a una persona en su honor o en la estimación que los demás tienen de ella en el medio social donde se desenvuelve y que es donde directamente repercute el agravio. Este tipo de daño constituye un ataque directo al patrimonio moral social del individuo. La tutela se establece en el sentido de: 'no me siento compelido con nadie a que se cuestione mi decoro con el simple ánimo de dañar e indirectamente tampoco me encuentro obligado a sufrir un ataque de tal naturaleza en el medio social.'

**Honor.** Es la cualidad moral que nos lleva a cumplir un deber.<sup>70</sup>

El honor de una persona es un bien objetivo que hace que ésta sea merecedora de admiración y confianza. El honor se gesta y crece en las relaciones sociales; lo configura la observancia de sus deberes jurídicos y morales. Los ataques al honor de las personas son los daños que más se presentan en materia de agravios extramatrimoniales. Este bien tiene una tutela penal en el delito de calumnia, figura que es independiente de los ataques que sufre el honor tutelado por el daño moral.

**Reputación.** Fama y crédito de que goza una persona.<sup>71</sup>

Este bien se puede apreciar en dos ámbitos importantes: el primero consiste en la opinión generalizada que de una persona se tiene en el medio social donde se desenvuelve, y la segunda consiste en lo sobresaliente o exitosa que es dicha persona en sus actividades. Como vemos claramente, el agravio extramatrimonial se configura cuando existen conductas ilícitas

<sup>70</sup> Ibidem, pág. 711.

<sup>71</sup> Ibidem, pág. 712.

que tienen por fin lograr el descrédito o menosprecio del agraviado.

**Consideración que de la persona tienen los demás:** es decir, el juicio que los demás tienen de una persona determinada y también se puede analizar como la estima que se tenga de un individuo. Pero respecto de este bien debe decirse que la consideración no es más que la acción de considerar; y que considerar es el trato con urbanidad y respeto entre las personas.

La consideración se entiende en términos generales, como la lesión del derecho de la personalidad que este bien consigna; el cual de ninguna forma es la consideración vista desde el aspecto subjetivo, porque la consideración que se tenga de cada persona en lo particular, puede ser igual al número de individuos sobre los cuales se emitan esos juicios.

La lesión opera en el aspecto objetivo de la relación social que nace de la consideración, aunque directamente tenga su fundamento en el aspecto subjetivo de la misma.

Es decir, si una persona sufre una afectación en la consideración que de ella tienen los demás, lo debemos entender como una lesión a la estima que los demás le profesan, o sea el trato con urbanidad y respeto del que es merecedora; para efectos de la certeza del daño no es necesario evaluar si la estima profesada o el trato respetuoso al agraviado, es merecido. Por el contrario, el solo hecho de violar la relación objetiva que establece la consideración, dará nacimiento a la acción de reparación moral en favor del sujeto pasivo.

Este bien es el que se presta a más discusiones por lo amplio de su contenido. Sólo mediante un análisis en su aspecto objetivo es cómo se podrán resolver los casos en que se tenga que determinar la existencia de un agravio moral, por la

**RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE HECHO ILÍCITO**

conculcación a la consideración que los demás tienen de una determinada persona.

## CAPÍTULO CUARTO

### ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 288 Y 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL Y PROPUESTAS

CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LAS REFORMAS REALIZADAS EN MAYO DEL 2000 AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL

#### 4.1. - ANTECEDENTES

El 25 de mayo del año 2000, fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el "Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal".

Estas reformas, que de acuerdo con el Artículo primero transitorio entraron en vigor el primero de junio del año 2000, han resultado muy controvertidas, pues la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no tiene facultades para reformar el Código Civil para el Distrito Federal de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia común y para toda la República en materia federal, por lo que se les ha atacado de inconstitucionales.

No obstante lo anterior, y dado que el juicio de amparo mediante el cual se puede combatir la inconstitucionalidad de este decreto no tiene efectos *erga omnes*, sino solamente para aquél que interpone dicho juicio, éste seguirá vigente hasta en tanto no se realice otra reforma que derogue los Artículos que en este trabajo se analizan.

En razón de lo anterior, y dado el trabajo que desempeño, me ha parecido interesante el analizar estos Artículos que de su simple lectura resultan confusos.

El objetivo que me propongo con este análisis es concluir si realmente se logró un avance significativo con las reformas hechas a los Artículos 288 y 289 bis del Código de Procedimientos Civiles.

#### 4.2. - EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LAS REFORMAS

La reforma a estos Artículos se encuentra dentro de los cambios que clasificaron en el grupo protección de género. Los argumentos que expusieron los assembleístas para la realización de estas reformas, en especial las referentes a los Artículos 288 y 289 bis, son las siguientes:

Que las realidades sociales de 1932, cuando entró en vigor el Código Civil en vigor en 1932 y las actuales son evidentemente diferentes, sobre todo en relación con la condición de la mujer y de los niños.

Que actualmente ha cambiado la forma en que se concibe la equidad de género y la protección a los niños, gracias a la histórica lucha en favor del respeto a la integridad de las mujeres a lo largo de las últimas décadas.

Que se necesitan reformas que respondan a la realidad social y a las pretensiones de equidad y justicia para las mujeres y los niños, y sean considerados sujetos de derecho y no fundamentalmente objetos de la ley.

Que el propósito de estas reformas constituye un esfuerzo por cambiar cultural y jurídicamente las condiciones de desigualdad en las relaciones jurídicas en que intervienen

mujeres, niños, discapacitados, etcétera., por lo que son "grandes transformaciones que requiere la sociedad".

#### 4.3. - EL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL, SUPUESTOS PREVISTOS POR ESTE ARTÍCULO ANTES DE LA REFORMA

A mi juicio, el Artículo 288 del Código Civil, que antes de la reforma era claro y de aplicación sencilla, quedó confuso y puede crear problemas con su aplicación.

Antes se encontraba redactado de la siguiente forma:

"En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

En los casos de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará sin no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Quando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito."

Los tres párrafos precedentes, regulaban lo referente al pago de alimentos en los casos de divorcio necesario y del divorcio por mutuo consentimiento. La redacción del último párrafo considero que produce confusión al establecer el pago de daños y perjuicios "a los intereses" del cónyuge inocente. ¿A qué intereses pudiera haberse referido? El término es ambiguo, considero que en todo caso, debió haber señalado "AL PATRIMONIO PECUNIARIO O A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD".

Con referencia a este Artículo, el Tribunal Colegiado de Circuito ha establecido la siguiente tesis:

Séptima Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 181-186 Sexta Parte

Página: 236

"DIVORCIO, DAÑOS Y PERJUICIOS ORIGINADOS POR EL. De acuerdo con el Artículo 288 del Código Civil "... cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito ..."; del examen de esta disposición e desprende que el pago de la indemnización no procede necesariamente en contra del cónyuge culpable del divorcio, sino sólo cuando se dé tal supuesto, lo que hace necesario que en la demanda se señalen los hechos en que se hacen consistir la pérdida o menoscabo patrimonial, o bien la privación de la ganancia lícita, en los términos de los Artículos 2108 y 2109 del Código Civil, con el propósito de que formando parte de la litis, el demandado tenga oportunidad de defenderse; además, el cónyuge actor tiene la carga de probar la existencia de los daños y perjuicios."

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 457/84. Filiberto Barradas Zurutuza. 3 de mayo de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: María de Lourdes Delgado Granados.

Nota: En el Informe de 1984, la tesis aparece bajo el rubro "DIVORCIO, CONDENA AL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.".

De la interpretación que el Tribunal Colegiado de Circuito, hace al Artículo 288 del Código Civil es posible inferir que en dicho supuesto era posible la reclamación de los daños producidos en el patrimonio económico del cónyuge inocente ocasionados por el cónyuge culpable, pues remite a lo que disponen los Artículos 2108 y 2109 que se refieren al incumplimiento de obligaciones, por violar una obligación previa contractual, y que en este caso realizan una integración de la ley al aplicarlos por analogía al supuesto del hecho ilícito que proviene de la violación a un deber que consigna la ley.

¿Qué daños y perjuicios podrían haberse demandado, que pudieran ocasionarse en el patrimonio económico del cónyuge inocente, cuando por el divorcio son causados por el cónyuge culpable? Considero que pueden ser algunos de los supuestos de reclamación de un pago patrimonial, por ejemplo, la mala

administración de la sociedad conyugal. Como ya señalamos en el Capítulo Primero, el Artículo 194 Bis del Código Civil prevé que el cónyuge que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes en favor del otro cónyuge.

En caso de que los bienes dejen de formar parte de la sociedad conyugal, el cónyuge que haya procedido en los términos señalados en este Artículo deberá pagar al otro la parte que le correspondía de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que le haya ocasionado. El pago patrimonial que establece la ley es claro. Otro ejemplo se da en la liquidación forzosa de una sociedad conyugal, cuando el cónyuge inocente se ve obligado a disolver su patrimonio en el procedimiento de divorcio necesario. Además es evidente que al dividir un bien para su partición, mediante la venta o la subasta pública, éste se devalúa

En los casos en que un cónyuge procreó hijos fuera del matrimonio, y ésta fue la causa del divorcio, y a ese mismo cónyuge se le condenó en otro procedimiento al pago de alimentos en favor de esos hijos nacidos fuera del matrimonio, el cónyuge inocente puede cuantificar lo que le afectó su patrimonio el pago de dichas pensiones; y como ya se explicó en el Capítulo Tercero, la indemnización que provenga de un hecho ilícito de carácter patrimonial será tendiente a pagar una cantidad igual al precio de lo afectado más los daños y perjuicios causados.

En el tiempo que llevo trabajando solamente he visto dos procedimientos en los que se reclame esta prestación patrimonial.

#### 4.3.1. - SUPUESTOS PREVISTOS EN ESTE ARTÍCULO EN RELACIÓN CON LA REFORMA REALIZADA

Para efectos del presente trabajo, serán objeto de análisis los siguientes párrafos del Artículo 288 del Código Civil:

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

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

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

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente Artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.

En el caso de las causales enumeradas en las Fracciones VI y VII del Artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.

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

Los derechos que consagra este Artículo a favor del cónyuge inocente son:

- a) El pago de una sanción a cargo del cónyuge culpable
- b) El pago de alimentos y
- c) La indemnización por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado.

Es importante destacar que el Artículo ya está estableciendo el pago de una sanción a cargo del cónyuge que dio causa al

divorcio. Cabe destacar que denomina indebidamente que dicho pago es por concepto de "alimentos" cuando realmente se está refiriendo a una sanción, lo que provoca confusión ya que el mismo Artículo más adelante señala cuales son los supuestos para el pago de alimentos. Sin embargo, no se le pueden dar dos caracteres a los alimentos, uno como pago de sanción del cónyuge como culpable; y otro de proporcionarse los cónyuges alimentos aún una vez decretado el divorcio, como deber jurídico de cómo lo establece el Artículo 302 del Código Civil.

Lo anterior implica que el juez debe sentenciar al culpable al pago de una cantidad de dinero como sanción. Es decir que al condenar, ya esta indemnizando al inocente por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. A mi juicio, considero que es necesario reformar el Artículo ya que la condena a que se refiere el primer párrafo no es un pago por concepto de alimentos sino una sanción por daños y perjuicios.

Además es importante precisar que dicha prestación únicamente debe de proceder en caso de haber sido solicitada expresamente, toda vez que en caso de que el juez lo haga por *motu proprio* estaría violando el principio de congruencia que toda resolución debe tener, ya que si bien es cierto que la familia es una institución de orden público y la sociedad está interesada en su conservación, por lo que el orden público está velando es la subsistencia de esta institución, y no por las sanciones que en su caso se apliquen en forma particular y en favor de los intereses particulares de una persona, que en nada beneficiar al orden público y a la sociedad.

Así mismo, es importante señalar que dicha condena, como actualmente se encuentra establecida, no prevé el tiempo de duración de la misma y rompe así el principio de seguridad jurídica que todo ordenamiento debe tener. Considero que la condena debe de imponerse por un lapso igual al que duró el

matrimonio, mientras el cónyuge inocente no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Así señalamos con toda precisión la vigencia de la pena y evitamos dejar en estado de incertidumbre al cónyuge que dio causa al divorcio.

Lo anterior sigue el criterio que a continuación se transcribe:

Séptima Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 181-186 Sexta Parte

Página: 71

DIVORCIO, ALIMENTOS A CARGO DEL CONYUGE CULPABLE DEL (ARTICULO 288 REFORMADO DEL CODIGO CIVIL). Antes de la reforma que sufrió por decreto publicado el 31 de diciembre de 1974, el Artículo 288 del Código Civil, se interpretó en el sentido de que la obligación del marido culpable del divorcio a pagar una pensión a la mujer inocente, tenía carácter de sanción, por lo que el Juez debía condenarlo forzosamente a ese pago aunque la mujer no necesitara alimentos; pero con motivo de la mencionada reforma no cabe la misma interpretación, porque además de que dicho precepto ya no da tratamientos distintos por razón de sexo, obliga al Juez a sentenciar sobre alimentos "... tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas, la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica ...", exigencias que por coincidir básicamente con los Artículos 306 y 311 del mismo ordenamiento, hacen llegar la conclusión de que el legislador suprimió a dicho deber el carácter de sanción para darle el de alimentos; por lo tanto, el juzgador ya no está obligado a condenar forzosamente al cónyuge, sino a sentenciar (condenando o absolviendo) sobre alimentos, determinado en su caso la existencia de tal obligación y su monto conforme a las reglas aplicables.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Enero de 2002

Tesis: II.3o.C.49 C

Página: 1716

ALIMENTOS. EN LOS CASOS DE DIVORCIO, PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA, DEBE ATENDERSE AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, AUN CUANDO ÉSTOS TENGAN EL CARÁCTER DE SANCIÓN PARA EL CONYUGE CULPABLE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Una nueva reflexión sobre el tema, obliga a este Tribunal Colegiado a apartarse del criterio que sostuvo en su anterior integración al emitir la tesis de rubro: "ALIMENTOS. TENER EL CARÁCTER DE SANCIÓN PARA EL CONYUGE CULPABLE, EN LOS CASOS DE DIVORCIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)." (visible en la página 1269, Tomo XII, octubre de 2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época), en el que se sostenía, en esencia, que en caso de divorcio la condena al pago de alimentos a cargo del cónyuge culpable y a favor del inocente, es una sanción que se encuentra desvinculada del principio de proporcionalidad. ciertamente, una interpretación armónica y sistemática del Artículo 271 del Código Civil para el Estado de México, conlleva a

considerar que si bien en el mismo específicamente no se establece, para cada uno de los casos que sobre petición de una pensión alimenticia se presentan en los juicios de divorcio, la cantidad que debe asignarse al deudor alimentario, también lo es que deja la decisión de señalarla al juzgador, quien para tal fin debe tomar en consideración, entre otras cuestiones, que los alimentos deben ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos; de ahí que resulta incuestionable que para fijar el monto de los alimentos, el juzgador no se encuentra obligado a señalar un porcentaje determinado y menos aún a seguir una regla consuetudinaria, pues, se reitera, para establecer la cantidad que habrá de asignarse al cónyuge que resultó inocente de la disolución del vínculo matrimonial es menester tomar en cuenta que éstos deberán ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad de quien debe recibirlos; por tanto, debe decirse que la condena al pago de alimentos a cargo del cónyuge culpable y a favor del inocente es una sanción que no se encuentra desvinculada del principio de proporcionalidad, en virtud de que no puede aceptarse la ausencia de un parámetro objetivo que establezca en qué proporción debe otorgarse la pensión alimenticia que como sanción se imponga al cónyuge culpable, pues entonces se correría el riesgo de que incluso se fijara una pensión arbitraria que dejara al deudor alimentario sin los medios para solventar su propia subsistencia; por ello, como el numeral 271 del Código Civil de la entidad no establece la forma en que deberá cuantificarse la pensión correspondiente, es indudable que para esto debe acudirse a la regla general a que alude el diverso 294 de la citada legislación, y partiendo de ésta deberá fijarse la aludida sanción, de acuerdo a las posibilidades del que debe darlos y a la necesidad del que los recibe, en estricto apego al principio de proporcionalidad que impera en estos casos.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 411/2002. María Beatriz Rivera Martínez. 18 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuñacla.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, noviembre de 2002, página 5, tesis 1a./J. 53/2002, de rubro: "ALIMENTOS. EL DERECHO QUE A ÉSTOS TIENE EL CÓNYUGE INOCENTE, EN EL CASO DE UN DIVORCIO NECESARIO, IMPLICA LA SUBSISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN DEL CÓNYUGE CULPABLE, QUE SURTIÓ CON EL MATRIMONIO. POR LO QUE SU OTORGAMIENTO DEBE SER PROPORCIONAL A LA POSIBILIDAD DEL QUE DEBE DARLOS Y A LA NECESIDAD DEL QUE DEBE RECIBIRLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)".

Nota: Esta tesis interrumpe el criterio sustentado en la diversa 11.3o.C.18 C, del propio Tribunal, de rubro: "ALIMENTOS. TIENEN EL CARÁCTER DE SANCIÓN PARA EL CÓNYUGE CULPABLE, EN LOS CASOS DE DIVORCIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, octubre de 2000, página 1269.

En la parte final de este párrafo donde remite a lo dispuesto en el Código para los hechos ilícitos, encuentro que:

- El Código Civil del Distrito Federal no regula los hechos ilícitos, pues como lo hace notar el Maestro Gutiérrez y González, la conducta ilícita no es un "acto jurídico" sino un hecho jurídico, ya que quien viola una norma no desea las consecuencias que esto produce.<sup>72</sup>
- Regula las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, dentro del Libro Cuarto de las Obligaciones, Título Primero Fuentes de las obligaciones.
- Capítulo V.
- En el Capítulo V del citado Título y Libro no hay regulación sobre lo que debe entenderse por daño y perjuicio. En este capítulo se encuentran las normas relativas a lo que una parte de la doctrina denomina responsabilidad extracontractual, también se regula el daño moral y la responsabilidad objetiva.

De acuerdo con estas consideraciones, puedo concluir entonces que los daños y perjuicios a que se refiere este párrafo no son solamente patrimoniales sino también los relativos al daño moral. Considero que sería ilegal volver a condenar a pago de daños y perjuicios cuando el juzgador haya condenado al pago de alimentos como sanción al cónyuge culpable, pues se estaría condenando doblemente por la misma causa.

Por otra parte, el daño moral que el divorcio pueda causar al cónyuge inocente se refiere, de acuerdo con el Artículo 1916 Código Civil, a la afectación que pueda sufrir en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación o vida privada. Considero que difícilmente pudiera causarse en cuanto a su configuración y aspectos físicos, que ya fueron explicados en el capítulo tercero de este trabajo. Ahora bien,

---

<sup>72</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, Editorial Porra, México, 1999, pág.44

antes de exponer las conclusiones a las que en la práctica he podido llegar sobre el daño moral en materia familiar, es necesario hacer la exposición correspondiente a la prueba y cuantificación del daño moral en nuestro sistema jurídico.

#### 4.4. - PRUEBA DEL DAÑO MORAL

La prueba del daño moral o la demostración de que se causó es de carácter objetivo, es necesario acreditar la realidad del ataque y la manifestación del sujeto pasivo, que no se encuentra jurídicamente obligado a soportar sin derecho alguno el ataque a los bienes que integran sus derechos de la personalidad. Acreditar la relación de causalidad de hecho o conducta ilícita con la comisión del daño es más que suficiente.

La tesis jurisprudencial aplicable dice textualmente:

Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Cuarta Parte, Página:98.

DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO. Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afecciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.

Afirmar jurídicamente que no se acreditó el dolor o el sufrimiento originados por el desprestigio del nombre y del honor de una persona, causados por cualquiera de las conductas que prevé el Artículo 267 del Código Civil, equivaldría a desconocer la tutela y protección de nuestro Derecho a dichos bienes de carácter moral. Nuestra ley civil impone al juzgador el analizar las circunstancias del caso, lo que implica una vía de solución legislativa a éste controvertido tema dada la dificultad de su prueba y de su cuantía o monto.

El daño moral se resuelve con justicia y equidad, caso por caso, como reflejo del marco legal de nuestro Derecho, ya que

las circunstancias propias de cada daño moral son directamente proporcionales a las pruebas de existencia del daño y al monto de la indemnización.

1. -El daño moral no puede ser probado de manera subjetiva y sólo es necesario acreditar la realidad del ataque.
2. -La prueba del daño moral es de carácter objetivo.
3. -El daño moral siempre implica una afectación al patrimonio de los sujetos pasivo y activo.
4. -La realidad del ataque de los bienes del daño moral es una prueba objetiva que no requiere de comprobación vía probanza de carácter subjetivo del sujeto pasivo del daño moral. El dolo civil es irrelevante en el daño moral; no importa si el causante del daño sabía o no de los efectos jurídicos de su conducta ilícita, ni tampoco es excluyente de responsabilidad civil el argumentar que se desconocía que se causaría molestia, agravio, sufrimiento o menoscabo en el patrimonio moral, a una persona al ejercitar la acción sancionable. Así confirma la Corte prueba objetiva de la realidad del ataque como prueba esencial del daño moral, en nuestro Derecho.

Época: Novena. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.  
Fuente: *Semanario judicial de la Federación*. - Tesis: I, Mayo de 1995. - Página: 355.

**DAÑO MORAL. NO ES NECESARIO QUE SU CAUSANTE SEA CONSCIENTE DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO Y DE LAS CONSECUENCIAS DEL MISMO PARA QUE PUEDA IMPUTÁRSELE SU CAUSACIÓN.** *No es cierto que para que a un sujeto pueda imputársele la causación de un 'Daño Moral', resulte necesario que sea consciente de la ejecución del acto y las consecuencias del mismo, habida cuenta de que los Arts. 1916 y 1916 bis en ningún momento exigen como requisito de la acción respectiva la mencionada imputabilidad sino que sólo prevé la mencionada imputabilidad, sino que sólo prevén la acusación de un daño, que este sea consecuencia de un hecho u omisión ilícitos, y que haya una relación de causa efecto entre ambos acontecimientos."*

En el Derecho mexicano el monto de la indemnización que, a título de reparación moral, tiene que pagar el condenado, se tiene las siguientes características:

El juez debe establecer el monto de la indemnización ya que es una facultad potestativa, entiéndase como tal el dominio y poder sobre una cosa o hecho. En este caso, el poder y dominio del juez es la fijación del monto de la indemnización moral.

Sobre el particular nuestros tribunales se han pronunciado en este sentido:

Octava Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIV, Julio de 1994, Página: 527

**DAÑO MORAL. FIJACION DEL.** De lo estipulado por el Artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal aplicable en materia federal en toda la República se concluye que el monto de la reparación del daño moral debe ser fijado por el juzgador de instancia de manera potestativa, y sólo debe atender a los derechos lesionados, al grado de la responsabilidad, a la situación económica del responsable y de la víctima, así como de las demás circunstancias del caso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 126/89. José María Pérez Conca y Rosa Barranco Martínez (sucesión de Sara Palma Barranco). 28 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Guillermo Báez Pérez.

Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: II, Julio de 1995 Tesis: II.2o.P.A.1 P Página: 269

**REPARACION DEL DAÑO MORAL. CONDENA. PAGO DE, DEBE ATENDERSE CAPACIDAD ECONOMICA.** Aunque en la sentencia de primer grado no se haya precisado que se trataba de un daño moral por la naturaleza de los delitos cometidos, y la circunstancia de que para la cuantificación del monto del daño causado se remite a la legislación laboral, ello no implica que deba desatenderse a la capacidad económica del sentenciado por estar expresamente determinado en el Artículo 32 del Código Penal para el Estado de México. De ahí que para la reparación del daño moral en cuanto a su pago debe atenderse a la capacidad económica del obligado a ello y si no quedó acreditada tal capacidad, la condena al pago de daño moral es ilegal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 76/95. Manuel Rivera Cruz. 28 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Mandujano Gordillo. Secretaria: Sara Olimpia Reyes García.

Asimismo el Órgano jurisdiccional deberá fundamentar la resolución judicial sobre el monto de la condena atendiendo los derechos lesionados como pueden ser honor, reputación, o vida privada; los derechos lesionados es sinónimo de bienes que protege el daño moral, además del grado de responsabilidad directa o indirecta, por acción u omisión; y lo más importante, que es referencia para los casos de daño moral en responsabilidad objetiva la situación económica del responsable. Que es uno de los aspectos que más tesis jurisprudenciales ha generado y uno de los principios generales que más se deben estudiar y valorar.

Sobre la capacidad económica del responsable, el demandante puede y debe ofrecer pruebas para acreditar la situación real o capacidad económica del responsable; pero incluso si se omite lo anterior, procede el amparo.

La tesis más importante sobre el particular es la siguiente:

Octava Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XI, Mayo de 1993, Página: 390

**REPARACION DEL DAÑO MORAL. FIJACION DEL MONTO DE LA.** La reparación del daño constituye una pena pública y debe imponerse de oficio al sentenciado; sin embargo, las lesiones causadas a la víctima del delito pueden constituir daño de carácter moral y económico, pues con motivo de ellas, sufre quebranto en su salud por cuyo motivo, necesita atención médica para sanar, lo cual ocasiona perjuicio en su patrimonio, pues tiene que hacer gastos. pero respecto a la primera cuestión, no es dable determinar su monto, cuando no está acreditada la capacidad económica del sentenciado requisito sine qua non para su procedencia y en cuanto al aspecto de tipo económico, debe atenderse a las constancias existentes en autos y cuando no estén demostrados tales elementos, es improcedente la condena a su pago.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1711/92. Isidro Cuato de la Cruz. 21 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretaria: Elizabeth Serrato Guisa.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917- 1986, Segunda Parte, Jurisprudencia 1615, página 2607.

El monto de la indemnización por daño moral, como ya mencionamos, es potestativo y discrecional para el órgano jurisdiccional y no puede abstenerse de establecerlo. El responsable de la comisión de daño moral tiene la obligación de repararlo mediante el pago de una cantidad de dinero; lo cual significa que, si existe daño moral, deberá proceder a indemnizar en metálico. Al respecto, veamos las siguientes tesis:

Época Octava. Instancia: Tribunal Colegiado de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo VII, Abril. Página: 169.

**DAÑO MORAL. FUNDAMENTACION DE SU CUANTIFICACIÓN.** A diferencia de los daños y perjuicios de naturaleza material causado según las a que se aluden en el Art.1913 del Código Civil para el Distrito Federal, que deben repararse a elección de la víctima u ofendido restableciendo el estado de cosas que tenían antes de la causación del daño cuando ello sea posible o en el pago en dinero equivalente a los daños y perjuicios causados, o bien, en la hipótesis de que daño recaiga en las personas y produzca la muerte o incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo que dispone la Ley Federal del Trabajo en su parte relativa, porque así la dispone expresamente el segundo párrafo del Artículo 1915 de dicho ordenamiento sustantivo, la reparación del Daño Moral que define e instituye el primer párrafo del Artículo 1916 del Código Civil citado, debe hacerse de acuerdo a las prevenciones contenidas en lo que concierne al monto de la indemnización, de acuerdo a la disposición contenida en el cuarto párrafo de dicho Artículo. La anterior determinación se fundamenta en la naturaleza inmaterial del Daño Moral que es diferente a los daños o perjuicios derivados de lo que la doctrina y la ley denominan responsabilidad objetiva. Por eso la Ley estableció la procedencia de la indemnización pecuniaria tratándose de la causación de los daños morales, independientemente de las circunstancias de que se hayan causado o no daños materiales, es decir, instituyó la autonomía del daño Moral a que se ha hecho referencia".

Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo 618/90 José Manuel González Gomes y otra. 28 de febrero de 1991. Unanimitad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.

Época Octava. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIII. Enero. Página 197.

**DAÑO MORAL. ELEMENTOS PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN.** Conforme al Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, la indemnización debe determinarse por el órgano jurisdiccional tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica tanto del responsable como de la víctima, y las demás circunstancias del caso. De modo que no es una limitante para el juzgador el salario devengado por la víctima del daño, ni puede tenerse como única base para determinar la indemnización".

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo 391/91 Banco ECH.snc.28 de junio de 1991.

Unanimidad de votos. Ponente Carlos Villegas Vázquez. Secretario Régulo Pola Jesús.

El problema radica en que la prueba del daño moral no es subjetiva, sino que su existencia tiene que acreditarse de una manera objetiva. Sin embargo resulta imposible de demostrar, de una manera directa, que una persona ha sido afectada en su honor, sentimientos, creencias, etcétera, porque no sabemos con certeza si el hecho ilícito le causó un dolor moral.

La demostración de la existencia del daño moral es objetiva y resulta de la violación de alguno de los bienes que tutela el derecho sobre agravio extrapatrimonial, realizados por una conducta ilícita y en ningún momento se podría hablar de prueba subjetiva, luego entonces ¿de qué forma se prueba la existencia del daño moral que sufrió una persona?.

En la obra del italiano Adriano De Cupis, del daño no patrimonial de su análisis se habla se desprende que en materia de prueba del agravio moral se debe tener en cuenta el siguiente razonamiento:

"La inestabilidad pecuniaria ha sido verdaderamente la razón que con más fuerza ha obstaculizado la tutela jurídica de los intereses referentes a bienes no patrimoniales".<sup>73</sup>

El mismo autor concluye:

"Por tanto, deberá el juez tratar de determinar la gravedad del dolor, relacionándolo con la sensibilidad individual de la persona perjudicada."<sup>74</sup>

Como vemos, la postura subjetiva conduce a la imposibilidad de la reparación moral, por ausencia de prueba, ya que son tesis superadas precisamente aquéllas que tratan de valorar económicamente los bienes morales y de contemplar su conculcación de manera subjetiva.

<sup>73</sup> DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Editorial Bosch; Barcelona, 1975. pág. 356.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pág. 359.

#### 4.4.1. - LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO MEXICANO

Tanto la exposición de motivos del decreto que reforma el Artículo 1916 del Código Civil, como el propio precepto legal, recogen las posturas más modernas sobre la prueba de la existencia del agravio moral. He aquí algunos párrafos de dicha exposición que confirman en principio, el rechazo absoluto a la prueba subjetiva y admiten plenamente la valoración objetiva del agravio extrapatrimonial.

"Por tal razón se estima plausible que en el primer párrafo del Art. 1916 se enumere la hipótesis del daño moral, con el fin de darle al órgano jurisdiccional pautas objetivas para determinar la existencia del agravio de los derechos extrapatrimoniales de la personalidad".<sup>75</sup>

"Es cierto que se menciona que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por el ataque a las afecciones íntimas, a la honra y a la reputación, así como al sentimiento de inferioridad que provoca una desfiguración o el detrimento del aspecto físico".<sup>76</sup>

"Pero la dificultad de acreditar el menoscabo de los atributos de la personalidad de contenido moral y de proyección esencial en la convivencia y la dificultad de una determinación exacta del detrimento sufrido, no puede significar que se dejen sin compensación tales afectaciones".<sup>77</sup>

"Por ello resulta necesario establecer qué se entiende por daño moral, a fin de que la víctima únicamente deba acreditar la realidad del ataque; y así el juez no tiene por qué confrontar la intensidad del dolor sufrido, en orden a que el propio dispositivo establece la categoría de los atributos de la personalidad, dignos de protección".<sup>78</sup>

Es así como, para demostrar el daño inmaterial, solamente es necesario:

1. - Probar la relación jurídica que vincula al sujeto activo o agente dañoso con el sujeto pasivo o agraviado. Es decir, debe de demostrarse la existencia del vínculo matrimonial.

<sup>75</sup> Nuestras leyes. Vol. I Ed. Gaceta Informativa de la Comisión de Información de la Cámara de Diputados; México, 1983. pág. 14.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pág.15.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pág.16.

<sup>78</sup> *Ibidem*, pág.17.

2. - Demostrar la existencia del hecho u omisión ilícito que haya causado un daño moral o lesionando uno o varios de los bienes que tutela esta figura. (Conducta antijurídica y realidad del ataque.) En el caso concreto la procedencia del divorcio necesario, por alguna de las causales previstas en el Artículo 267 del Código Civil, con excepción de las Fracciones ya indicadas.

Además de acreditar el daño moral concreto no es necesario acreditar ante el juez la intensidad del dolor sufrido o la magnitud del daño íntimamente causado. Con la valoración objetiva, existirá un daño moral desde el momento en que exista la conducta ilícita, que se demuestra con la realidad del ataque.

Para la prueba del daño moral no importa si los calificativos son ciertos o si verdaderamente le causaron dolor moral al sujeto pasivo, o si le fueron indiferentes, ya que existe el hecho antijurídico y al momento en que el agraviado solicita su reparación, está expresando en sentido afirmativo que uno o varios de sus bienes extrapatrimoniales le fueron conculcados. Todo bajo el principio de que ninguna persona está obligada a soportar tal agresión que se transforma en un daño moral, agravios directos a la personalidad del individuo.

Lo importante para cualquier sistema jurídico es legislar una figura que salvaguarde tanto los derechos fundamentales de la persona, los psíquicos y los morales, como el desenvolvimiento de su personalidad en la ejecución de actos jurídicos. Y de igual manera, que la lesión a dichos bienes de su patrimonio, trátese de persona física o moral, tengan una sanción consistente en una indemnización económica.

En un plan práctico, considero que la prueba idónea para hacer objetiva la prueba del daño moral es a través de estudios psicológicos y médicos, con los siguientes criterios aplicables:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Octubre de 1999

Tesis: II.2o.C.200 C

Página: 1321

PERICIAL EN PSICOLOGÍA. ADMITIDA DEBE PROVEERSE LO NECESARIO PARA SU DESAHOGO, POR SER EL MEDIO IDÓNEO PARA DETERMINAR LA SITUACIÓN FÍSICA, EMOCIONAL Y MORAL DE UNA PERSONA, MENOR DE EDAD, SI SE DISCUTEN CUESTIONES DE PATRIA POTESTAD. Cuando en un procedimiento de divorcio los contendientes en su calidad de padres discuten la patria potestad de los hijos procreados durante esa unión, el juzgador debe resolver lo adecuado en su favor, y en tal virtud ha de contar con los medios de convicción suficientes que inclinen su decisión en el sentido más favorable a dichos hijos. Ahora bien, si dentro del juicio el demandado ofrece pruebas para demostrar que la madre, al tener bajo su cuidado a los menores podría causarles un daño en su salud, seguridad o moralidad, el juzgador debe ordenar su desahogo, inclusive oficiosamente, máxime si se trata de la pericial en psicología y trabajo social, por ser la idónea para determinar la situación física, emocional y social del hijo, y así poder establecer cuál de los progenitores podrá brindarles la mejor atención, según sus especiales requerimientos, pues sólo con estos medios probatorios especializados se podrá obtener una perspectiva adecuada para decidir lo que sea más benéfico a los referidos menores de edad; de acuerdo con lo anterior, es de concluir que al no proveerse lo referente al desahogo de dichas probanzas, se transgreden las leyes del procedimiento, lo cual trasciende al resultado del fallo y provoca indefensión al oferente.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 126/99. Juan Emilio Jiménez Tello. 31 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Francisco Trenado Ríos, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado.

Octava Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XV-II, Febrero de 1995

Tesis: IV.3o.140 P

Página: 406

Aunado a dichas periciales se puede adminicular la prueba con dos testigos que sean acordes y contestes con relación a los cambios de autoestima y afectos del posible lesionado y, de ser posible, dictámenes de instituciones públicas cuando se trate de demostrar lesiones en el patrimonio de los derechos de la personalidad producidos por violencia familiar.

#### 4.4.2. - MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

Los Jueces civiles aplican con frecuencia la siguiente tesis al momento de razonar si quedaron o no demostrados los requisitos de procedencia del daño moral:

**DAÑO MORAL REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACIÓN.**  
De conformidad con el Artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que produzca la obligación de reparar el daño moral; al primero, consiste en que se demuestre que el daño se ocasionó y, el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello, así, aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, sino se demuestra que ésta produjo daño; o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarcitoria. Por tanto, no es exacto que después de la reforma de lo. De enero de 1963, al Artículo 1916 del Código Civil, se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos ilícitos; por el contrario, al entrar en vigor el Artículo 1916 bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.  
Amparo directo 245186. Jorge Alberto Cervera Suárez. 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochca Ochoa.  
Secretario: Noé Adonai Martínez Serinan.

Esta tesis establece de manera insuficiente que para proceder a condenar a una persona por daño moral tienen que acreditarse en juicio dos elementos esenciales que son: La ilicitud de la conducta y la prueba de la existencia del daño, sin incluir dentro de estos requisitos a la responsabilidad objetiva.

Estos elementos son vitales para declarar procedente la reparación moral, además de que dichos principios corresponden a la teoría del daño puro. Pero éste como tal no existe en nuestro derecho, ya que no puede existir la responsabilidad civil por daños y perjuicios si no existe daño sujeto agraviado. No obstante puede existir el daño pero no existir el sujeto agraviado, puede existir el daño y no existir la conducta ilícita, o bien puede existir la conducta ilícita y no

existir el daño, en los supuestos anteriores jamás se configurará responsabilidad civil por daños patrimoniales o extrapatrimoniales.

Por lo anterior, hago notar que el segundo párrafo del Artículo 1916 bis citado, es insuficiente y contradictorio, ya que repito, si bien son ciertos de manera general los elementos que se deben acreditar para la procedencia de la acción de reparación extrapatrimonial, como son la conducta ilícita y la existencia del daño, también debe tomarse en cuenta la responsabilidad objetiva que da origen al daño moral, donde existe responsabilidad civil aunque se obre lícitamente.

En la Responsabilidad Objetiva (Artículo 1913 del Código Civil del Distrito Federal) aun si la conducta es lícita existe la obligación de reparar. Por lo tanto, en su aprobación y promulgación, el apurado Artículo 1916 bis debió precisar lo anterior y no entrar en contradicción con el Artículo 1916 del mismo Código, ya que por una parte se establece que:

"... Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme el artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al Artículo 1926 ambas disposiciones del presente código..."

"...En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá de acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta."

Lo anterior demuestra una contradicción ya que si se siguiera estrictamente lo que dice el segundo párrafo, que exige la existencia de una conducta u obrar ilícito, jamás podría demandarse daño moral por responsabilidad objetiva,

---

<sup>79</sup> Código Civil

principio que resultaría absurdo y retrogrado en relación con la estructura general del reformado Artículo 1916 del Código Civil.

Concluyo de manera concreta que los elementos que debe reunir la acción de reparación moral son la ilicitud de la conducta y la prueba de la existencia del daño, que de manera implícita contiene también la relación de causalidad entre las partes y el daño causado.

En esta óptica judicial, en nuestro Derecho jamás existirá daño moral por responsabilidad objetiva ya que no se configura la conducta ilícita, lo cuál no es aceptable por lo siguiente:

1. El Artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal establece de manera específica que tendrá obligación de reparar el daño moral quien incurra en Responsabilidad Objetiva conforme al Artículo 1913 del mismo ordenamiento.
2. El Artículo 1916 bis establece de manera genérica que quien demande la reparación por daño moral por responsabilidad contractual, tendrá que acreditar la ilicitud de la conducta y el daño que directamente se le hubiere causado.
3. La norma especial deroga la norma general, por tanto, son elementos integradores de la acción de responsabilidad moral la ilicitud de la conducta, la realidad del ataque y la existencia del daño, con excepción del caso de la demanda de daño moral por responsabilidad objetiva donde existe la obligación civil de pagar daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados al sujeto pasivo aunque el obrar haya sido lícito

Por lo tanto concluyo: sí existe daño moral por responsabilidad objetiva en el Derecho mexicano, donde no se requiere la ilicitud de la conducta como elemento esencial de

procedencia de la acción de reparación extrapatrimonial, si no que se requiere que se compruebe la existencia de la responsabilidad objetiva y la realidad del ataque a cualquiera de los derechos de la personalidad que tutelan la figura del daño moral.

**DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO.** Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afectaciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.

Amparo Directo 8339186. G.A. y otra del 6 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Esta tesis de la misma forma que la anterior se representa creando confusiones en torno a la figura del agravio extramatrimonial. Si bien es cierto que la afectación del daño moral es subjetiva, es precisamente esta subjetividad la que no puede probarse (por ejemplo cada persona tiene un concepto del afecto o del honor diferente). Es por eso que la teoría del daño moral se ha manifestado de manera unánime, al afirmar que el daño moral desde su aspecto subjetivo no requiere ser demostrado y debe acreditarse la realidad del ataque.

Pero una conducta antijurídica o la realidad del ataque, se demuestra mediante una prueba objetiva, esto es, si la prueba del daño moral no es subjetiva, se debe probar de manera objetiva la relación de causalidad que une al sujeto a quien se le imputa la conducta ilícita con el sujeto que soporta el daño; y obviamente la existencia, certeza y magnitud del daño causado.

Cuando el Tribunal Federal afirma que "no puede probarse en forma objetiva como alegan los quejosos", refiriéndose al daño moral, estamos ante el supuesto jurídico, de que ni de forma objetiva ni subjetiva se puede probar el daño, y al no acreditar su existencia no existe responsabilidad civil por agravio extrapatrimonial.

La prueba del daño moral es de carácter objetivo y no requiere ser demostrado su aspecto subjetivo, que sería en todo caso probar de manera precisa la intensidad de un dolor psíquico, físico o espiritual, lo que por su naturaleza es jurídicamente imposible. En cambio, sí es posible acreditar ante un Tribunal la existencia de un ataque real y verosímil en contra de los bienes que integran el patrimonio moral de una persona.

#### 4.4.3. - DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

Los bienes morales no se pueden valorar en dinero. Ya que no existe equivalencia en dinero ¿cómo se establece el monto de la indemnización? Podemos concluir que la reparación moral es una reparación por equivalente y que la suma de dinero entregada cumple únicamente una función satisfactoria. De conformidad con esto vemos que, de acuerdo con nuestro Derecho, el monto de la indemnización será fijada por el órgano jurisdiccional, pero antes tiene que valorar situaciones previas a la determinación de la cantidad.

García Lopez señala a este respecto:

"La indemnización del daño moral supondría un enriquecimiento sin causa. Se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral que su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa".

El mantenimiento de esta tesis podría resultar válido desde unos esquemas estrictamente patrimonialistas en los que se identificase toda la teoría general del Derecho con una visión reducida a las relaciones privadas de índole económica, donde únicamente se protegieran los derechos o bienes patrimoniales. Sin embargo hoy en día semejante redarqución carece de base, porque una vez admitida jurídicamente la

responsabilidad civil por daños morales, el enriquecimiento patrimonial de la víctima del daño moral tendría su causa en la lesión de un bien jurídico tutelado por el Derecho Civil.<sup>80</sup>

A manera de conclusión afirma:

"Es inconcluso que cuando se manejaban conceptos puramente patrimoniales una pretendida indemnización de los daños morales tal vez supusiera un enriquecimiento sin causa, teniendo en cuenta la no conceptualización del daño moral como un daño jurídico civil, por tanto irresarcible".<sup>81</sup>

El Jurista argentino, Roberto H. Brebbia, expresa que hay que impedir que la indemnización por daño moral se convierta en un enriquecimiento sin causa en favor del sujeto pasivo de la relación jurídica dañosa. Esto es, nadie debe tener ganancias patrimonialmente sin causa jurídica y en perjuicio de un patrimonio diferente al ganancioso y que también, sin causa jurídica, soporta la pérdida.

En ningún momento el autor sudamericano se manifiesta en contra de la indemnización moral por suponerla un enriquecimiento sin causa, sino afirma que la indemnización moral no debe configurar tal institución del Derecho de las Obligaciones. Claro en su postura, admite la reparación moral, pero ésta no debe constituir un enriquecimiento sin causa o ilícito, como lo tipifica nuestro Código Civil del Distrito Federal.

El Maestro Ochoa Olvera considera que es válido que se hable de un esquema patrimonialista, en el aspecto de la reparación moral, sin que esto implique una confusión o invasión de esferas patrimoniales y extrapatrimoniales, ya que -afirma- no riñe en nuestro derecho la tutela de bienes de naturaleza extrapatrimonial con su reparación de contenido

<sup>80</sup> GARCIA LOPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral*. Editorial Bosch; Madrid, 1960. págs. 146-147.

<sup>81</sup> Ídem.

eminentemente patrimonial, lo cual nos obliga a distinguir entre el bien moral y su concepción extrapatrimonial, el interés del agraviado en obtener una satisfacción moral y la naturaleza de la reparación del daño moral en nuestro Derecho, que por disposición expresa del Código Civil, siempre se constituirá en la entrega de una suma de dinero, con excepción del daño moral agravado o calificado, donde aparte del metálico se ordena la publicación de la sentencia en los medios de comunicación social donde se difundió el evento dañoso.

Lo anterior nos da la pauta para solucionar cualquier duda y se deben aplicar los principios cimiento sin causa, como uno de los elementos que necesita valorar el juzgador en su libre arbitrio para determinar el monto de la indemnización por daño moral.<sup>82</sup>

Por otra parte, en el aspecto procesal, la reparación moral tiene las siguientes características: es una reparación por equivalente y con un fin satisfactorio.

Es equivalente porque se da cuando las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban antes del daño, pero se trata de ubicar al agraviado en una situación parecida a la que vivía antes del menoscabo. La compensación indemnizatoria, lisa y llanamente, por lo regular opera entregando una suma de dinero ya que es el medio más idóneo para reparar un daño. Esta reparación por equivalencia es única y exclusivamente monetaria; no puede existir la reparación como en ciertos casos de daño patrimonial donde se entrega un objeto similar o parecido al dañado, ya que esto es imposible tratándose de bienes inmateriales. En nuestro Derecho, el daño moral establece que la indemnización que se entrega a título de reparación sea en dinero.

<sup>82</sup> OLIVERA OLIVERA, Salvador. *La demanda por daño moral*. Editorial Montecarlo, México 1999. 2ª ed. Pág. 141.

Además, es *satisfactoria* en razón de que la reparación moral no admite, respecto de los bienes que tutela, una evaluación en dinero, ni perfecta ni aproximada, por ser de naturaleza extrapatrimonial. Aunque existe una importante y moderna excepción, bien protegido por la figura del daño moral: el nombre de una persona moral que en la actualidad tiene un valor económico, ya que para nadie es desconocido que por ejemplo, en el tráfico mercantil, el nombre o marca de una persona moral tiene un valor pecuniario determinado.

El nombre de una persona física o moral en nuestro Derecho se encuentra protegido, entre otras instituciones jurídicas por la correspondiente al daño moral. La anterior afirmación rompe con todo esquema del agravio moral que afirme que los bienes del patrimonio moral intrínsecamente no tienen valor pecuniario. Al menos esto en vía de excepción.

De regreso al tema, el honor, los sentimientos, los afectos, el decoro, la reputación, etcéteras, no tienen directamente valor económico, por lo cual no pueden tener un precio determinado. Entonces, lo que el Juez condena a pagar al responsable del daño moral es por la afectación que ha sufrido en su personalidad el sujeto pasivo; es decir, se debe separar el bien de su afectación. Por tanto, debe entenderse, que los bienes que tutela el daño moral no tienen precio alguno sin tonar en cuenta la excepción expuesta con anterioridad y la reparación se cumple entregando una suma de dinero en compensación monetaria del dolor moral sufrido.

El órgano jurisdiccional tiene la facultad discrecional para determinar el monto de dinero que se entregará al sujeto pasivo por concepto de reparación moral. Esta facultad discrecional deberá apreciar lo siguiente: los bienes lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, la realidad del ataque, la conducta ilícita y los aspectos económicos del sujeto activo y el sujeto pasivo. Pero el hecho de que el

juzgador tenga en cuenta los anteriores aspectos, no implica ninguna limitación al monto de la condena, sino que el arbitrio judicial debe nutrirse de dichas singularidades para fundar y motivar su resolución. Sabemos que las condenas por daño moral, en nuestro Derecho, están en vías de perfección, por lo nuevo de la figura y la ausencia de casos que sirvan de comparación de criterios judiciales.

Es momento de que los órganos jurisdiccionales no crean en limitantes cuando deben dictar una condena por daño moral, ya que el derecho civil espera, al otorgar una facultad discrecional al juzgador para determinar el monto de la suma que se pagará a título de indemnización moral, que se entienda que la responsabilidad civil por daño moral no es una acción de reparación improbable, o que su indemnización es meramente simbólica.

#### 4.4.4. - REQUISITOS PREVIOS PARA EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

1. - El Juez deberá hacer un análisis de los derechos lesionados, es decir, si el agravio moral conculcó la honra de la persona solamente o también su reputación, sentimientos, decoro, etcétera, según el caso concreto. De acuerdo con lo que se dijo en párrafos anteriores, no hay relación de la prueba de la existencia del daño moral con el número de bienes lesionados, sino que esto lo debe tomar en cuenta el juzgador para determinar la gravedad del daño causado a los bienes conculcados, que influirá determinadamente en el incremento o disminución de la suma que se entregará por concepto de reparación moral.

2. El grado de responsabilidad se relaciona directamente con el vínculo jurídico que existe entre el sujeto activo y el

agraviado, ya sea de responsabilidad directa o indirecta, la cual tratamos ampliamente en el capítulo de reparación. El juzgador tiene que tomar en cuenta los presupuestos anteriores del sujeto activo en la comisión del daño, ya que el grado de responsabilidad se está refiriendo a si causo el daño directamente o se encuentra indirectamente obligado a resarcirlo.

3. La situación económica de la víctima y del responsable. El Juez debe analizar este punto descartando la idea de que en caso de que el sujeto activo sea muy rico, la reparación deberá ser generosa, o si el agraviado carece de recursos económicos se le entregará una gran suma de dinero por concepto de indemnización, y de la misma forma a contrario sensu.

Se ha dicho que la suma de dinero que se entrega al agraviado, a título de reparación moral cumple una función satisfactoria por el dolor moral causado. Por lo que el aspecto económico tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo, se refiere a que la cantidad se considera equivalente para satisfacer el daño causado y, por ejemplo, podría incrementarse cuando la lesión se cause a uno de los bienes que integran el patrimonio moral social de una persona.

Como se explicó, casi siempre existe un daño pecuniario, como en el caso de la reputación de una persona, ya que una vez lesionado este bien, el descrédito en la sociedad donde se desenvuelve el agraviado puede traerle perjuicios económicos, como el tener menos clientela, en el caso de un profesionista.

4. Circunstancias genéricas del caso. Una vez que haya analizado y considerado los incisos anteriores y si así lo acredita la controversia, el juez deberá evaluar todo elemento extraño a lo mencionado, y que sea de una importancia tal que influya directamente en el aumento o disminución del monto de la reparación. Incluso aquí es donde puede valorar circunstancias que destruyan la ilicitud de la conducta o

irrealidad del ataque o aclaren la magnitud y extensión del daño, al recordar que todos los medios de prueba permitidos por nuestra ley procesal pueden ser utilizados para acreditar que existe o no agravio moral, o bien, que el monto de la reparación debe ser significativo, reducido o simbólico.

Creemos que uno de los criterios rectores en los cuales debe fundamentarse el juzgador para dictar su resolución condenatoria sobre agravio extrapatrimonial, es que la suma de dinero entregada al agraviado no constituya para éste un enriquecimiento sin causa.

En atención a lo antes expuesto el monto de la indemnización por daño moral en nuestro Derecho tendrá las siguientes características:

A. *Lo fijará el juez, el cual tendrá una discrecionalidad absoluta para establecer el monto, ya que el arbitrio judicial es libre, y debe apreciar para fundamentar su resolución el tipo de conducta ilícita, la realidad del ataque, los bienes lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, y los aspectos económicos del sujeto activo y del pasivo.*

B. *El uso de la facultad discrecional por parte del juez implicará también que la suma de dinero que se entrega para resarcir el daño inmaterial al agraviado, no constituya para éste un enriquecimiento sin causa.*

Ahora bien, respecto a la procedencia del daño, el poder judicial ha aplicado la siguiente jurisprudencia que a continuación se transcribe:

Octavo Época, Instancia. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 85, Enero de 1995, Tesis: I.F.C. 1739, Página: 49

**DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACION.** De conformidad con el Artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 Bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero, consistente en que se demuestre que el daño se ocasionó y, el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello; así, aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, si no se demuestra que ésta produjo daño; o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarcitoria. Por tanto, no es exacto que después de la reforma de 1° de enero de 1983, del Artículo 1916 del Código Civil, se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos lícitos; por el contrario, al entrar en vigor el Artículo 1916 Bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.

**QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.**

De esta jurisprudencia se desprenden los siguientes elementos: primero acreditar el daño moral, requiere que se demuestre que se ocasionó el daño, y segundo que éste sea consecuencia de un hecho ilícito.

Esta tesis es omisa al precisar el tipo de prueba que es la idónea para la comprobación del daño moral; ya que si se pierde la prueba subjetiva es imposible demostrar con certeza la existencia de un daño moral. La prueba del agravio moral es de carácter objetivo, y el ofendido tiene que acreditar la existencia de una conducta antijurídica o la realidad del ataque, porque contra toda ley de la lógica y de la naturaleza no es posible demostrar que un cónyuge sintió una afectación por el adulterio del otro, los malos tratos o la falta de ministración de alimentos.

Novena Época, instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: XVI, Noviembre de 2002. Tesis: I.3o.C.368 C, Página: 1131

**DAÑO MORAL. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RELATIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).** Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, se estableció por primera vez el concepto de daño moral en el Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, como la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias,

decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho, actividad, conducta o comportamiento ilícitos. Los tratadistas conciben el daño moral como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor notable en la vida del hombre, como son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor, entre otros. Sobre esa base, para que sea procedente la acción de daño moral, es menester que el actor demuestre los siguientes elementos: a) la existencia de un hecho o conducta ilícita provocada por una persona denominada autora; b) que ese hecho o conducta ilícita produzca afectación a una determinada persona, en cualquiera de los bienes que a título ejemplificativo tutela el Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal; y, c) que haya una relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico y el daño.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3203/2002. Edna Aidé Grijalva Larrañaga. 27 de marzo de 2002. Unanidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Israel Flores Rodríguez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tomo XIV, septiembre de 2001, página 1305, tesis I.3o.C.243 C, de rubro: "DAÑO MORAL. ES LA ALTERACIÓN PROFUNDA QUE SUFRE UNA PERSONA EN SUS SENTIMIENTOS, AFECTOS, CREENCIAS, DECORO, HONOR, REPUTACIÓN, VIDA PRIVADA, CONFIGURACIÓN Y ASPECTOS FÍSICOS, O BIEN, EN LA CONSIDERACIÓN QUE DE SÍ MISMA TIENEN LOS DEMÁS, PRODUCIDA POR HECHO ILÍCITO."

Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV. Septiembre de 2001

Tesis: I.3o.C.243 C

Página: 1305

**DAÑO MORAL. ES LA ALTERACIÓN PROFUNDA QUE SUFRE UNA PERSONA EN SUS SENTIMIENTOS, AFECTOS, CREENCIAS, DECORO, HONOR, REPUTACIÓN, VIDA PRIVADA, CONFIGURACIÓN Y ASPECTOS FÍSICOS, O BIEN, EN LA CONSIDERACIÓN QUE DE SÍ MISMA TIENEN LOS DEMÁS, PRODUCIDA POR HECHO ILÍCITO.** El derecho romano, durante sus últimas etapas, admitió la necesidad de resarcir los daños morales, inspirado en un principio de buena fe, y en la actitud que debe observar todo hombre de respeto a la integridad moral de los demás; consagró este derecho el principio de que junto a los bienes materiales de la vida, objeto de protección jurídica, existen otros inherentes al individuo mismo, que deben también ser tutelados y protegidos, aun cuando no sean bienes materiales. En México, la finalidad del legislador, al reformar los Artículos 1916 y adicionar el 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, mediante decreto publicado en el Diario oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, y posteriormente modificar los párrafos primero y segundo del Artículo 1916, consistió en hacer responsable civilmente a todo aquel que, incluso a quien ejerce su derecho de expresión a través de un medio de información masiva, afecte a sus semejantes atacando la moral, la paz pública, el derecho de terceros, o bien, provoque algún delito o perturbe el orden público, que son precisamente los límites que claramente previenen los Artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. Así, de acuerdo al texto positivo, por daño moral debe entenderse la alteración profunda

que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito. Por tanto, para que se produzca el daño moral se requiere: a) que exista afectación en la persona, de cualesquiera de los bienes que tutela el Artículo 1916 del Código Civil; b) que esa afectación sea consecuencia de un hecho ilícito; y, c) que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 8633/99. Marco Antonio Rascón Córdova. 9 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Rómulo Amadeo Figueroa Salmorán.

A este respecto, considero que es difícil lograr una valoración exacta del dinero cuando se trata de una lesión a bienes de naturaleza extrapatrimonial, como por ejemplo haber dado causa a cualquiera de las causales de divorcio ya comentadas. Pero esto no es un obstáculo para que el juzgador no pueda condenar, no necesariamente a una cantidad de dinero como pago de indemnización, ya que a mi parecer, indemnizar es dejar sin daño, salvo que se trate de una lesión física, que se debe de indemnizar de acuerdo a los lineamientos que señala la Ley Federal del Trabajo.

La indemnización no debe ser otra que el proporcionarle al cónyuge afectado terapias psicológicas que le proporcionen la estabilidad necesaria y la salud mental que tenía antes de su afectación que le permitan establecer nuevamente una vida familiar normal.

Así se lograría el objetivo de dejar sin daño. Asimismo considero que la materia familiar no puede ser objeto de especulación material, sino de conservación del núcleo familiar y de sus miembros. Además si el juez hiciera una condena por una cantidad de dinero a cargo del cónyuge que dio causa al daño moral esto atentaría directamente en contra del patrimonio de la familia.

Por lo tanto se concluye que el Juez de lo Familiar tendrá la facultad de decidir si condena al pago de una cantidad por

concepto de daño moral o como lo propongo ordenar las practicas de terapias.

Según mi propuesta el texto del Artículo 288 del Código Civil, podría quedar de la siguiente forma:

"Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar, a petición de parte, condenará al cónyuge que dio causa a la disolución del vínculo matrimonial al pago de una sanción económica a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

- 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.

Esta sanción pecuniaria se aplicará por el mismo lapso de duración del matrimonio, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge inocente tiene derecho, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente Artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código respecto a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, dentro del Libro Cuarto De las obligaciones, Título Primero Fuentes de las obligaciones, Capítulo V.

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

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

En el caso de las causales enumeradas en las Fracciones VI y VII del Artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios. En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato."

#### 4.4.5. - PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

El Artículo 1916 del Código Civil al no señalar alguna disposición especial sobre la prescripción de la acción de reparación moral, se tendrá que aplicar la disposición genérica contenida en el Artículo 1934 del Código Civil, que dice: "Art. 1934. La acción para exigir la reparación de daños causados, en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años, contados a partir del día en que se haya causado el daño".

Esta disposición genérica precisa el término en que prescriben las acciones derivadas de un agravio moral: dos años tanto para el sujeto pasivo directo como para el indirecto, contados a partir del momento en que se causa el daño. Respecto de esto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, precisa, desde qué momento debe computarse el lapso de dos años con la siguiente ejecutoria e impone la siguiente regla interpretativa del Artículo 1934 citado: la acción para reclamar la indemnización por el daño causado prescribe a los dos años, contados a partir de que el daño ha terminado de causarse, y la carga de la prueba de que operó la prescripción corresponde a quien opone la excepción:

Sexta Época, instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Cuarta Parte, LX, Página: 74

**DAÑOS Y PERJUICIOS, PRESCRIPCIÓN EN CASO DE.** Es evidente que si conforme al Artículo 1934 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, la acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del capítulo V, título primero, primera parte del libro cuarto de ese código, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño, no puede empezar a correr la prescripción cuando el daño empieza a causarse, sino cuando ha terminado de causarse.

Amparo directo 5869/59. Armando Arbesu y coagraviado. 28 de junio de 1962. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, quinta tesis relacionada con la jurisprudencia 117, página 354, bajo el rubro "DAÑOS Y PERJUICIOS, PRESCRIPCIÓN EN CASO DE."

El Artículo 278 del Código Civil señala: "El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la

demanda, excepto en el caso de las Fracciones XI, XVII y XVIII del Artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como, con las demás salvedades que se desprenden de ese artículo."

Como lo señalé en el Capítulo Segundo considero que el término de dos años debe ser igual cuando se invoque cualquier causal del divorcio, ya que aquellos que pretendan demandar la indemnización por hecho ilícito, prevista en el Artículo 288 del Código Civil, así como la compensación prevista en el Artículo 289 bis del mismo Código las deben de hacer valer al momento de interponer su demanda de divorcio, al contestar la demanda y reconvenir y ejercitarse al mismo tiempo, en términos de lo que establece el Artículo 31 de Código de Procedimientos Civiles:

Cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa, y provengan de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras. No pueden acumularse en la misma demanda las acciones contrarias o contradictorias, ni las posesorias con las petitorias, ni cuando una dependa del resultado de la otra. Tampoco son acumulables acciones que por su cuantía o naturaleza corresponden a jurisdicciones diferentes. Queda abolida la práctica de deducir subsidiariamente acciones contrarias o contradictorias.

En estos términos, considero que las prestaciones materia de mi trabajo, como el pago de la indemnización proveniente de un hecho ilícito, sea de carácter moral o patrimonial, y el pago de la compensación que prevé el Artículo 289 bis del Código de Procedimientos Civiles deben de reclamarse al momento que se demande el divorcio, o en su caso, al contestar la demanda y oponer la reconvencción planteada, ya que en cualquiera de los casos el pago de estas prestaciones debe de ser reclamado por el cónyuge que no dio lugar al divorcio, con excepción de la causal IX que establece el Artículo 267 del Código Civil. La cual puede ser invocada respecto al pago de la compensación que prevé el Artículo 289 bis del Código de Procedimientos Civiles y no a lo que prevé el Artículo 288.

#### 4.5. - EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

a) Supuestos que prevé este artículo.

Lo primero a lo que debo hacer mención es que no existe antecedente relativo a este Artículo, el cual dispone:

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

I.-Hubiera estado casados bajo el régimen de separación de bienes;  
 II.-El demandante se haya dedica en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; y

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

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

En el Capítulo Tercero de este trabajo se menciona la indemnización, respecto de la cual se dijo que: indemnizar es dejar sin daño y que consiste en la restitución al estado que tenía un derecho ajeno que ha sufrido un detrimento como consecuencia de la realización de un hecho culpable o no.

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

¿Puede considerarse, en este Artículo, que la causa por la que puede demandarse una indemnización del cónyuge, es la existencia de una responsabilidad civil por la comisión de un hecho ilícito?

Para dar respuesta a esta cuestión tendríamos que constatar la existencia de los elementos que integran la responsabilidad civil por hecho ilícito. Los cuales de acuerdo con el Maestro Gutiérrez y González, son:

"A. Una acción o una omisión.

B. Un detrimento patrimonial (daño y/o perjuicio)

C. Relación de causalidad entre la acción u omisión y el detrimento patrimonial.

- D. Restitución de las cosas al estado que tenían.
- E. Sólo de no ser posible restituir, entonces se paga con dinero el detrimento causado (daño y/o perjuicio)
- F. Imputable al autor de la acción u omisión.
- G. Que la acción u omisión implique:
  - a) Un hecho propio del responsable.
  - b) Que con su acción u omisión, origine que una persona a su cuidado, o una cosa que posee, causen físicamente el detrimento patrimonial.
- H. En ciertos casos, que el autor de la conducta, se constituya en mora.
- I. Violación culpable de un deber jurídico estricto sensu, o de una obligación lato sensu, previa a la realización del hecho ilícito."<sup>83</sup>

A. El Artículo no establece en qué puede consistir la conducta ilícita para que un cónyuge pueda obtener del otro una indemnización. Sin embargo, a modo de ejemplo, si la acción puede consistir en hacer lo contrario a lo que un deber jurídico determina y la omisión en no hacer lo que el deber jurídico manda, podría ponerse el caso de que uno de los cónyuges omitiera el cumplimiento de los deberes que establece el Artículo 164 del Código Civil.

B. Tampoco señala que debe causarse un daño y/o perjuicio en el patrimonio de uno de los cónyuges, establece que se puede demandar una indemnización. De acuerdo con el ejemplo expuesto, el detrimento patrimonial podría consistir en la pérdida de dinero e inclusive de ganancias lícitas que puede sufrir la cónyuge cuando su marido no cumple con su deber de proporcionar alimentos, y ella tiene que emplear la mayor parte de su salario o todo para el sostenimiento del hogar y de los hijos procreados; o en caso de que no trabaje, cuando tiene que vender sus bienes.

C. La relación entre el daño y el perjuicio causado y la conducta ilícita existe en el caso del ejemplo anterior,

---

<sup>83</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 56 y ss.

pues aquéllos son consecuencia directa y mediata de una conducta.

D. y E. En este Artículo no se establece que la indemnización consista en restituir las cosas al estado en que se encontraban, sino en el pago de hasta el cincuenta por ciento del valor de los bienes que hubiere adquirido uno de los cónyuges durante el matrimonio.

F. Al no señalar el Artículo en qué puede consistir la conducta ilícita, el cónyuge que demande esta pretensión tendría que acreditar que la conducta que le ocasionó un daño y/o perjuicio le es imputable a su cónyuge.

a. Que la conducta ilícita recae en el cónyuge que verifica la acción o realiza la omisión.

b. En este Artículo no se establece tampoco nada relativo a la mora en que podría incurrir el cónyuge que comete la conducta ilícita.

En mi opinión, este Artículo es ambiguo y contrario a las disposiciones que establecen lo relativo a los regímenes patrimoniales bajo los cuales se puede contraer matrimonio, por lo tanto debe de ser derogado. No obstante propongo que, en caso de que continúe vigente, se adicione a la ley la posibilidad de que sean las partes las que pacten, desde que contraigan matrimonio y celebren sus capitulaciones matrimoniales, el porcentaje que por concepto de compensación le pueda corresponder al cónyuge que se encuentre dentro del supuesto que establece el Artículo en estudio y que en caso de no hacerlo se resolverá mediante contienda judicial.

Es notable que el Artículo en cita no establece la razón o la causa por la que procede la indemnización que señala, por lo

que seguramente será objeto de innumerables y variadas interpretaciones de los abogados postulantes, litigantes y jueces.

Si recorro a la exposición de motivos, podría concluir arriesgadamente que este Artículo se incluyó con objeto de lograr una "igualdad" entre la mujer y el hombre, "equidad de género", es ahora el término de moda; proteger supuestamente a la mujer que no trabajó fuera del hogar por dedicarse al cuidado de éste, de su cónyuge y de sus hijos, y que como consecuencia del divorcio podría quedarse en una posición económica notoriamente desventajosa en relación con la de su marido, cuando ha contraído matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, pues si lo contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal y no se estipuló otra cosa en las capitulaciones matrimoniales, le corresponde legalmente el cincuenta por ciento de los gananciales de dicha sociedad.

Ciertamente, el Artículo no señala que el derecho de demandar la indemnización corresponda sólo a la mujer, pero aún no conozco algún caso en que el hombre sea el que se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y al cuidado de los hijos.

Debo aclarar que no se trata de una indemnización sino de una compensación, y proponiendo que este término sea cambiado en el Artículo en estudio para darle una mayor claridad.

#### 4.5.1. - DERECHO DE LOS CONYUGES A EXIGIR UNA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Al ocuparnos del tema de la indemnización que se le debiera otorgar a uno de los cónyuges (en el caso que tratamos, a la mujer), hemos expuesto la tesis tendiente a sustentar la existencia de una obligación de apoyar al sostenimiento

económico del cónyuge y de los hijos en caso de existir, con la finalidad de protegerlos en los requerimientos básicos, como lo son los alimentos y la educación.

Debe haber el compromiso por parte del consorte a compensar a su contraparte en caso de presentarse el divorcio, y tomar en cuenta las siguientes razones: por una parte las dificultades materiales que a ésta se le presentarán al caer en el desamparo después de haber recibido el apoyo permanente que la vida diaria con el consorte ha significado para ella la resistencia que puede encontrar en el medio laboral y social al que necesita acudir para resolver los problemas materiales inmediatos de su subsistencia; por otra parte el dolor, la lesión afectiva que recibe la mujer abandonada por el hombre con quien ha convivido en singular condición.

Aunque se analiza de manera más concreta el contexto de la mujer y el derecho de ésta para exigir una compensación, por ser la situación más frecuente, no se descarta de ninguna forma el derecho que tiene el hombre a exigirla en las mismas condiciones. Aun cuando en la actualidad se observa que se viven condiciones regularmente igualitarias, en varios aspectos de la vida cotidiana, en lo que compete a los dos géneros.

En el caso de México, es más común que sea la mujer la que se dedique al cuidado del hogar a la atención de los hijos y buscando el mejor funcionamiento y desarrollo de la familia. Es en este caso, que no ejerce un trabajo remunerado aun que tenga la capacidad profesional para desempeñar alguna actividad fuera de casa, y como consecuencia de ello no tiene un ingreso fijo propio y por ende carece también de bienes propios.

En dicho supuesto, al proceder a la disolución del vínculo matrimonial, la mujer quedaría totalmente desprotegida y desamparada. Con la finalidad de protegerla, (o al hombre en su

caso), se planteó el Artículo 289-Bis, que determina que se le debe de otorgar una garantía que le permita subsistir en caso de darse dicha disolución. Por esto los legisladores procuraron otorgarle el derecho irrefutable al cónyuge que se encuentre en dicha coyuntura, de exigirle al otro una compensación.

La parte que le corresponda como compensación a uno de los cónyuges se debe de tomar como un resarcimiento o remuneración al trabajo efectuado durante los años que haya durado el matrimonio, siempre y cuando, en efecto se demuestre que el cónyuge demandante hubiere colaborado ampliamente en las labores inherentes al hogar, a la educación de los hijos, al apoyo del núcleo familiar, así como que no haya dado origen a dicha disolución.

#### 4.5.2. - RIESGO DE ABUSO

La inducción al cumplimiento de una obligación y el ejercicio de un derecho no es un acto ilícito por el solo hecho de ejercerlo, sino que se considerará abuso todo aquello que exceda a la moral y a un buen conducir. Por ello es importante determinar que los actos contrarios a las buenas costumbres pueden ser objeto de los actos jurídicos.

Es aquí donde el juzgador deberá allegarse de todas las pruebas y elementos para proceder a dictar sentencias apegadas a derecho, tomando por supuesto como base el hecho de que el cónyuge culpable no le asiste el derecho de demandar una indemnización de su contraparte, toda vez que lo que se pretende es salvaguardar los intereses del cónyuge inocente y del núcleo familiar.

Por la necesidad de afirmar la existencia de los derechos subjetivos, hay que cuidarse de los excesos que suelen acontecer en el ejercicio de la aplicación de la ley por que si

en algún momento la legislación los reconoce con un fin justo y útil, puede acontecer también que en ciertas circunstancias se tornen injustos.

Es completamente legítimo usar los derechos que la ley concede, pero en definitiva no lo es abusar de ellos con un afán de ventaja y dolo. Por lo tanto, el individuo debe saber de antemano qué es lo que puede hacer y lo que no, a través de la ley.

La legislación es la base dentro de la cual la persona puede desarrollar sus actividades sin temor de perjudicar a terceros, si esto se produce se debe aplicar una pena. El derecho termina cuando comienza el abuso.

Es por ello que en la interpretación y aplicación del Artículo 289-Bis del Código Civil, el Juez se debe de apegar a la aplicación justa del precepto legal, por lo tanto es importante que analice y estudie la coyuntura que se le presenta de manera particular y detallada, ya que de ello dependerá que se respalde a quien tenga los argumentos a favor y no haya dado origen al rompimiento del vínculo matrimonial, sin menoscabo del manejo del caso por aspectos de género.

Se puede discutir el término abuso del derecho pero no se puede discutir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe, estos derechos no pueden estar a disposición de la perversidad porque tiene una base que es su espíritu. No se puede pensar que esta facultad en manos de los jueces puede transformarse en un instrumento de seguridad jurídica y así negar al ser humano los derechos que tiene.

Es cierto que en la actualidad se sigue presentando la idea de que es obligación del hombre ser el sustento económico de la familia y que la mujer se desempeñe en las funciones del

hogar, por lo que partimos de que aún al ser distintas las obligaciones, ambas son igualmente importantes y se deben de cumplir imperiosamente.

Sin embargo, en el supuesto que se menciona y que se sigue dando en la actualidad, con el argumento de que el marido es quien tiene la obligación de proveer de satisfactores a la familia, muchas mujeres se dedican al ocio desentendiéndose de sus obligaciones que como madres y esposas les competen, situación a la que están expuestos tanto hombres como mujeres. Como se puede observar, este Artículo fue adicionado para proteger a la familia y específicamente a las mujeres, quienes por siglos habían sido soslayadas. Así lo aborda también la exposición de motivos por parte de los legisladores.

Sin embargo dicha disposición legal es muy delicada, toda vez que puede prestarse (en caso de no analizar el caso concreto) al abuso por parte de alguno de los cónyuges sobre el patrimonio del otro, pretextando una condición falsa, esconder en ella una realidad ociosa a la cual el otro cónyuge está forzado a proporcionar alimentos a personas que se dediquen al ocio, tal y como el siguiente criterio jurisprudencial lo señala:

"ALIMENTOS, FINALIDAD DE LA INSTITUCION.- La institución de los alimentos no fue creada por el legislador para enriquecer al acreedor o para darle una vida holgada y dedicada al ocio, sino simplemente para que viva con decoro y pueda atender a su subsistencia.

Amparo Directo 2474/73. Rosa Baruch Franyutti y coagraviados. 20 de septiembre de 1974.- cinco votos.- Ponente, Rafael Rojina Villegas.- Secretario Sergio Torres Lyras.

Precedente: Amparo Directo 1470/72.- Renato Mellado Martínez.- 29 de abril de 1974 - cinco votos - Ponente Rafael Rojina Villegas. Boletín.- Año 1. septiembre de 1974. Número 9 Tercera Sala Página 62"

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido la siguiente tesis aislada sobre a la naturaleza jurídica de la

mal llamada indemnización, respecto a la cual proponemos que se cambie el término por el de compensación.

Novena Época  
Instancia Tribunal Colegiado de Circuito  
Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo: XVIII, Julio de 2003-08-31  
Tesis: 1.8°. C.249 C  
Página:1125

**INDEMNIZACIÓN PREVISTA POR EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL (VICENTE A PARTIR DEL UNO DE JUNIO DEL DOS MIL). SU NATURALEZA JURÍDICA.** Del análisis del Artículo 289 bis del Código Civil par el Distrito Federal, se aprecia que se estableció la posibilidad de que un cónyuge demandara del otro una indemnización de baste el cincuenta por ciento de los bienes que hubiera adquirido el demandado durante el matrimonio, lo que podría producir de inicio convicción en el sentido de que lo que regula el precepto es una indemnización por un acto ilícito; sin embargo, esa apreciación inicial se ve totalmente desvirtuada si se toma en consideración que uno de los cónyuges puede demandar del otro la disolución del vínculo matrimonial, apoyándose sólo en la Fracción IX del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, hipótesis en la que existe cónyuge culpable y, por ende, tampoco acto ilícito alguno. Además, si se analiza en su integridad el primer Artículo de referencia se advierte que, en realidad, éste encierra una modificación al régimen de separación de bienes, pues se señalan como elementos para que pueda producirse el derecho a accionar, el que los cónyuges se hubieran casado bajo el régimen de separación de bienes y que el demandante no hubiere adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los de la contraparte.  
OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO  
Amparo directo 153/2003. 26 de marzo de 2003. Unanimidad de votos.  
Ponente: Carlos Arellano Hobelsberger. Secretario: Ismael Hernández Flores.

Asimismo el precepto legal, materia de la presente investigación, debe ser aplicado al cónyuge inocente, ya que aquél que haya dado origen a la ruptura del vínculo matrimonial y por ende al núcleo familiar, además de dañar moral y afectivamente al mismo, no podría de ninguna forma ser recompensado con los bienes adquiridos durante el matrimonio después de que fue éste quien destruyó la armonía familiar, toda vez que al causar la disolución del vínculo matrimonial deja de asistirle derecho alguno que ejercitar en contra de su excónyuge, con la sola excepción de las Fracciones VI, VII Y IX del Artículo 267 Código Civil. Aunque considero que sólo de las dos primeras, por que si bien es cierto que, el cónyuge enfermo es el que supuestamente dio causa al divorcio, no es por la

realización de una conducta voluntaria; y de acreditarse la procedencia del divorcio por estas causales, no habrá declaración de cónyuge culpable en la sentencia, dada la naturaleza de las causales referidas; sin embargo, aunque el cónyuge enfermo fuera declarado culpable, ninguna de las dos hipótesis expuestas encuadraría dentro de los supuestos del párrafo anterior del citado Artículo, por lo que considero incorrecto que el legislador incluyera en el Artículo 288 del Código Civil, el párrafo que establece que el cónyuge enfermo únicamente tiene derecho a alimentos si carece de bienes y esta imposibilitado para trabajar, y excluya el posible pago de una indemnización.

Respecto a la causal IX, al no haber cónyuge culpable, es aplicable el siguiente criterio:

Novena Época

Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomó: XVII, Febrero de 2003

Tesis: I.6o.C.262 C

Página: 980

ALIMENTOS. SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRARLOS EN LOS DIVORCIOS EN QUE NO HAY CÓNYUGE CULPABLE, COMO OCURRE EN LA CAUSAL RELATIVA A LA SEPARACIÓN POR MÁS DE UN AÑO PREVISTA POR EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN IX, DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. La referida causal, a saber, la separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que la haya originado, debe dar lugar a la obligación de suministrar alimentos, pues si bien no existe disposición expresa en ese sentido, ello se sigue de integrar la ley y aplicarla analógicamente. En efecto, el Artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal presenta una laguna que debe integrarse conforme a las normas fijadas por los Artículos 13 de dicho ordenamiento y 14 de la Constitución General de la República. El vacío de la ley radica en la falta de regulación precisa y pormenorizada de la subsistencia de la obligación de los cónyuges de darse alimentos en el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial por la causa de divorcio fijada en el Artículo 267, Fracción IX, del Código Civil para el Distrito Federal, para lo cual no se califica la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, toda vez que la norma en comento sólo prevé directamente las situaciones de divorcio necesario en las que se hace esa calificación y las de divorcio voluntario, sin que la antes especificada quede comprendida en esas categorías. Sin embargo, el principio general acordado en esa ley respecto de los alimentos entre los cónyuges en caso de divorcio en general, consiste en que debe considerarse subsistente el derecho del que los necesita, si no ha sido declarado culpable de la disolución del vínculo, sujeto a las modalidades que exige la naturaleza jurídica de tal obligación y a las circunstancias del caso, tales

como la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, sin excluir de modo expreso el divorcio necesario fundado en la causal mencionada. De ello se infiere, considerando, además, que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición, que en la hipótesis de que se trata procede la condena al pago de alimentos en favor del cónyuge que los necesite y en contra del que tenga la posibilidad de darlos, tomando en cuenta las constancias de autos, la capacidad actual de los dos para trabajar y su situación económica, además de los elementos que deben tenerse presentes siempre que se va a decidir una controversia sobre alimentos valorándolos cuidadosamente y en uso de un prudente arbitrio.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2676/2002. Armando Minor Zacarías. 9 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Fuente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Alfonso Avianeda Chávez.

#### 4.5.3. - REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DEL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN O COMPENSACIÓN

Es importante destacar que para la procedencia, ya sea del pago de la indemnización que prevé el Artículo 288 del Código Civil o el pago compensatorio que prevé el 289 bis, es necesario que se dé la procedencia de la acción principal, que en este caso es la disolución del vínculo matrimonial, es decir, la procedencia del divorcio. De alguna de las causales de divorcio y como consecuencia de esta, el juez debe de resolver sobre las prestaciones que podrán ser una de estas o las dos, y analizar si se dieron los supuestos necesarios para la procedencia de la compensación. Estos requisitos son los siguientes:

1. - Se tiene que demostrar que los cónyuges estuvieron casados bajo el régimen de separación de bienes, y lo cual se demuestra con el atestado del Registro Civil y las capitulaciones matrimoniales y que dicho matrimonio se haya contraído posteriormente a las reformas del 1 de junio del 2000;

2. El cónyuge que reclama esta prestación debe de acreditar el haberse dedicado, en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo en el hogar, y en su caso, al cuidado de los hijos. Dicha situación

se puede acreditar con la confesional del demandado, testigos y documentos que acrediten estos extremos. Además, es necesario acreditar que se tenía la posibilidad de realizar otra actividad remunerada ya sea por tener los estudios para ello o por haber contado con algún empleo con anterioridad al matrimonio o que se le prohibió realizar alguna actividad remunerada.

3. - Que durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte, por lo que debe de aportar los elementos necesarios para probar este extremo como son los títulos de propiedad o las escrituras de las constituciones de sociedades mercantiles.

4. - Que la reclame el cónyuge que no dio causa al divorcio.

En consecuencia si se reúnen todos estos elementos, el juez deberá de pronunciarse sobre dicha prestación al decretar el divorcio y deberá de resolver atendiendo las circunstancias especiales de cada caso. Esto es, en una forma discrecional puede condenar a una compensación hasta por el 50% del valor de los bienes de su contrario y estas circunstancias especiales dependen del tiempo que dedicó el cónyuge al cuidado del hogar, y de los hijos, y de la capacidad económica de los interesados, nos referimos a su nivel de vida.

La adición de dicho Artículo pretende otorgar la seguridad económica necesaria para que la familia se encuentre más protegida y tenga mayores probabilidades de desarrollarse en un ambiente de respeto y armonía. Lo que se busca con el planteamiento del Artículo 289-Bis del Código Civil es dar un respaldo y sustento a ambos consortes, ya que en las condiciones actuales que se presentan en el ámbito de lo social y lo económico, es fundamental garantizar la subsistencia de la mujer y de los hijos. Es aquí donde se percibe un esbozo

innovador y vanguardista dentro de nuestro Derecho de Familia, hago referencia a la protección del individuo que efectúa una labor no remunerada, como es el trabajo dentro del hogar.

Como se ha venido analizando a lo largo de este trabajo la adición del Artículo 289 bis del Código Civil, fue creada con el fin de que la mujer no quedará desamparada en caso de un divorcio, por carecer de ingresos y bienes propios como consecuencia de haberse dedicado preponderantemente al trabajo del hogar y en su caso al cuidado de los hijos. Lo importante es si en la práctica se podrá actualizar esta hipótesis.

En este sentido muchas mujeres deciden convertirse en amas de casa, esposas y madres al mismo tiempo, por lo menos durante los primeros años de vida de los hijos, ya que esto es más sano para el desarrollo de los niños. Sin embargo dicha labor "femenina" se esta considerando actualmente por la ley como una aportación económica para el sostenimiento del hogar de conformidad con lo que dispone el Artículo 164 bis del Código Civil.

Desde el momento en que un matrimonio tiene hijos adquiere una obligación imperativa para con ellos, por lo menos hasta que cumplan la mayoría de edad, y es la mujer quien se dedica preponderantemente a su cuidado y crianza, por lo que sus posibilidades de ejercer un trabajo remunerado disminuyen, a diferencia del hombre que no por el hecho de ser padre deja de trabajar, sino que al contrario aumenta su obligación de proveer a su familia.

Anteriormente, el papel del hombre era el de sostener económicamente a su familia y el de la mujer el trabajo doméstico y el cuidado de los hijos, sin embargo aunque esta costumbre ha disminuido considerablemente, no ha desaparecido por completo ya que en muchos matrimonios actuales se sigue dando.

Hoy en día es más común que ambos cónyuges ejerzan un trabajo remunerado, contribuyan económicamente al sostenimiento del hogar, y que compartan el trabajo y el cuidado de los hijos. Asimismo, el hecho de que las mujeres dejen de desempeñar un trabajo remunerado para dedicarse al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos no siempre es verdad. En muchas ocasiones la mujer no trabaja porque no quiere, aunque esta preparada para ello, y además su cónyuge le proporciona una posición económica desahogada que le permite contratar servicio doméstico, que se encarguen de los quehaceres y del cuidado de los hijos.

Por mi parte considero que si los cónyuges acuerdan que la mujer o en su caso el hombre, se quede al cuidado de los hijos y esto le permite al otro trabajar, como quiera que sea las circunstancias, se debe de respetar este acuerdo y debe atenerse a sus consecuencias legales. Dicho acuerdo lo deben de redactar los cónyuges ya sea desde sus capitulaciones matrimoniales o en su caso en un convenio que ratificarán ante un Juez de lo Familiar, y deben de señalar el monto de la compensación de los bienes, que le podría corresponder al cónyuge que se quede en el domicilio.

Sin embargo el Juez no cuenta por parte del ordenamiento legal con los lineamientos para la cuantificación, es decir, el Código Civil no señala en forma concreta como se debe de hacer el cálculo para definir el monto de la compensación. A mi juicio, esto hace inaplicable de dicha condena ya que el cónyuge puede apelar la cuantificación con el argumento de que es ilegal.

¿Por que ilegal? Por que ésta no puede ser producto de una consideración, aproximación o una corazonada del juzgador, es decir, éste no puede condenar porque así lo siente o porque considera justo que se pague ciertas cantidad.

El propio Artículo señala que el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, puede condenar a una compensación hasta por el cincuenta por ciento y habrá de resolverlo según las circunstancias especiales de cada caso con base en mi experiencia, consideró que cuando el hombre o la mujer se han dedicado al cuidado de los hijos y del hogar, y cuentan con una preparación académica para ejercer una profesión, e incluso ya ejercían un trabajo profesión al remunerado y lo dejaron cuando contrajeron matrimonio; la mejor forma de establecer la compensación, sería mediante una pericial en trabajo que determine la cantidad de dinero y la posibilidad de desarrollo profesional que dicho cónyuge hubiera podido alcanzar durante el tiempo que duró el matrimonio; a la cual también debe deducirse la cantidad que hubiese tenido que gastar en desarrollar su trabajo y los gastos del hogar, ya que sería injusto aplicar en forma completa puras percepciones.

Otra forma podría ser tomar en cuenta el momento en que se adquirieron los bienes. Si fueron adquiridos al inicio del matrimonio se entiende que se necesitó menos ayuda del cónyuge para adquirirlo que si se hubiese adquirido en pagos durante el matrimonio, o si el bien fue adquirido como la ayuda del cónyuge, el porcentaje que le corresponde que dependerá del valor de su contribución.

En esta lid la jurisprudencia será el medio que irá normando los criterios más acertados para definir la compensación, y dará luz en los casos específicos sobre la forma más justa de cuantificar.

La validez de una norma se sustenta en que fue producida por alguien facultado para hacerlo y conforme a un procedimiento previsto en otra norma. Un ordenamiento jurídico es válido si sus normas son eficaces, y resultan eficaces cuando son obedecidas. Una norma jurídica es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que regula

corresponde a los hechos. Si una norma no se aplica ni se obedece, es que no es eficaz, y no se considera como una norma jurídica válida.

Kelsen al hacer estas afirmaciones, no involucra otras ciencias, pero creo que para poder medir si las normas de un orden jurídico son eficaces ayudaría hacer un estudio sociológico.

Sin embargo, una norma jurídica adquiere validez antes de ser eficaz, es decir, antes de ser obedecida y aplicada, ya que no depende de esto. Entonces debe distinguirse entre validez cómo el deber ser de la norma, por un lado, y por el otro, la eficacia como hecho del ser. Por tanto una norma que se ha sancionado pero que aún no se ha aplicado es considerada como válida y probablemente se volverá eficaz.

Si la norma permanece indefinidamente ineficaz se dice que ha sido privada de su validez por desuso, fue válida durante un período considerable de tiempo, a pesar de no tener eficacia.

Una vez analizados los conceptos anteriores, concluyo que el Artículo 289 bis del Código Civil es válido pero considero que carecerá de eficacia toda vez que la mal llamada indemnización será difícil de cuantificar y puede atacarse de ilegal con mucha facilidad, lo que a la larga resultará en un precepto de derecho que carecerá de eficacia.

Ahora bien, si lo que este Código pretende es proteger al cónyuge que durante el matrimonio no trabajó y se dedicó preponderantemente al cuidado de los hijos, considero que no únicamente debe de incluirse para los casos de divorcio, sino también en materia de sucesiones, ya que en términos del CAPÍTULO IV del Código Civil la sucesión entre cónyuges se da en los siguientes términos y condiciones:

\*De la sucesión del cónyuge

Artículo 1624. El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia.

Artículo 1625. En el primer caso del Artículo anterior, el cónyuge recibirá íntegra la porción señalada; en el segundo, sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada.

Artículo 1626. Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes.

Artículo 1627. Concurriendo el cónyuge con uno o más hermanos del autor de la sucesión, tendrá dos tercios de la herencia, y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá por partes iguales entre los hermanos.

Artículo 1628. El cónyuge recibirá las porciones que le correspondan conforme a los dos Artículos anteriores, aunque tenga bienes propios.

Artículo 1629. A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el cónyuge sucederá en todos los bienes.

Por lo tanto si el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes, el cónyuge que sobrevive en una sucesión legítima solamente tiene derecho si concurre con descendientes, al monto que le corresponde a un hijo. Si el autor de la sucesión carece de bienes o si tiene bienes al morir pero estos no igualan a la porción de un hijo el cónyuge sobreviviente tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada. Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes; si concurre con uno o más hermanos del autor de la sucesión tendrá dos tercios de la herencia y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá por partes iguales entre los hermanos; a falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el cónyuge sucederá en todos los bienes. Considero que esta situación es injusta ya que si la ley prevé que se compense al cónyuge en los casos de divorcio a fin de protegerlo y que éste conserve el nivel de vida que había tenido, con mayor razón debería compensar aquel que durante toda su vida vivió al lado de su cónyuge y que murió

sin dejar disposición testamentaria en cual proteja a su cónyuge.

Pero es más alarmante, a mi parecer, no prevenir esta compensación también en los caso en que uno de los cónyuges disponga de todos sus bienes en una sucesión testamentaria y no incluya a su cónyuge, no obstante de que éste o ésta ha estado a su lado durante toda su vida. Considero justo que tenga derecho hasta de EL CINCUENTA POR CIENTO de los bienes que durante toda su vida conyugal adquirieron y de los cuales deben de disfrutar en su vejez. Propongo que se incluya un Artículo en el capítulo respectivo en el tenor siguiente:

\*De la sucesión del cónyuge.

Artículo 1629 bis.- El cónyuge que sobrevive, tendrá derecho a una compensación hasta del 50 % del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, con el autor de la sucesión siempre que durante su matrimonio se hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes, se haya dedica en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o del marido y que durante el matrimonio no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los del de cujus, este Artículo se aplicará también en los casos de sucesiones testamentarias en los cuales concurren todos los supuestos antes señalados aún cuando el autor de la sucesión no haya incluido a su cónyuge dentro de estos parámetros.

En primer lugar propongo que se derogue dicha disposición a fin de dar seguridad jurídica a los contrayentes respecto a su régimen patrimonial y así no atentar contra el patrimonio de cada individuo. En caso de que subsista dicha figura, considero que el Artículo 289 bis del Código Civil se debe modificar para quedar en los siguientes términos:

En la demanda de divorcio, el cónyuge que no dio causa al divorcio podrá demandar del otro una compensación de hasta el 50 % del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, siempre que:

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

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

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

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

#### 4.5.4. - RETROACTIVIDAD

En este punto estaremos hablando prácticamente de la retroactividad de pago de la compensación que prevé el Artículo 289 bis del Código de Procedimientos Civiles, toda vez que, como ya se mencionó en el capítulo que antecede, el pago de la indemnización que el divorcio causa ya se contemplaba desde antes de la reforma, aunque no se llevara a la práctica.

Es importante estudiar este punto, ya que si bien es cierto que la ley entró en vigor el primero de junio del año 2000, no es posible aplicar las disposiciones en perjuicio de persona alguna, ya que el Artículo 14 Constitucional prevé que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Aunado a esto, es importante destacar que en términos de la teoría de los derechos adquiridos y los componentes de la norma emitido en la tesis número 2511, sustentada por el pleno de ese alto Tribunal Federal, publicada en la página 1745, del tomo I en Materia Constitucional, Precedentes Relevantes, del Apéndice al Semanario Jurisprudencia, se establece que en la teoría de los derechos adquiridos se distinguen dos conceptos: El derecho adquirido y la expectativa de derecho.

El primero se define como aquél que introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. Con base en esta teoría, cabe precisar que si una ley o acto concreto de aplicación no ateca derechos adquiridos sino simples expectativas de derecho, no viola la garantía de

irretroactividad de las leyes que prevé el Artículo 14 constitucional. La tesis en cuestión es del tenor siguiente:

Sexta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Primera Parte, CXXXVI, Página: 80

RETROACTIVIDAD, TEORÍAS DE LA. Sobre la materia de irretroactividad, existen diversidad de teorías, siendo las más frecuentes, la de los derechos adquiridos y de las expectativas de derecho y la de las situaciones generales de derecho y situaciones concretas o situaciones abstractas y situaciones concretas, siendo la primera, el mandamiento de la ley, sin aplicación concreta de la misma. El derecho adquirido es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, se realiza el derecho y entra al patrimonio; en el segundo, el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio; estos conceptos han sido acogidos por la Suprema Corte, como puede verse en las páginas 226 y 227 del Apéndice al Tomo I, del Semanario Judicial de la Federación, al establecer: "Que para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial". "La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado, para cambiar, modificar o suprimir los derechos individuales adquiridos". "Al celebrarse un contrato, se crea una situación jurídica concreta, que no puede destruirse por la nueva ley, si no es incurriendo en el vicio de retroactividad. Si una obligación ha nacido bajo el imperio de la ley antigua, subsistirá con los caracteres y las consecuencias que la misma ley le atribuye".

Amparo en revisión 1981/55. Marinera de Navojoa, S. A. y coagraviados. 7 de mayo de 1968. Mayoría de doce votos. La publicación no menciona los nombres de los disidentes ni del ponente.

Nota: Esta tesis también aparece como relacionada con la jurisprudencia 162, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, Sexta Parte, página 301.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Parte, Tomo LXXI, Tercera Parte, página 2497, publicada bajo el rubro "RETROACTIVIDAD, TEORÍAS SOBRE LA."

Por lo que hace a la teoría de los componentes de la norma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que toda disposición jurídica contiene un supuesto y una consecuencia. De tal suerte que si el supuesto se realiza la consecuencia debe producirse generando los derechos y obligaciones correspondientes y, con ello, que los destinatarios de la norma estén en posibilidad de ejercerlo y

de cumplirlas. Pero el supuesto y la consecuencia no siempre se generan de modo inmediato, dado que puede suceder que su realización ocurra fraccionada en el tiempo. Por tanto, debe apreciarse si concurre alguna de las hipótesis:

1. - Si durante la vigencia de la norma jurídica se actualizan, de un modo inmediato, el supuesto y la consecuencia establecidas en ella, ninguna disposición legal posterior podrá variar, suprimir o modificar aquel supuesto o esa consecuencia sin violar la garantía de irretroactividad, atento que fue antes de la vigencia de la nueva norma cuando se realizaron los componentes de la norma sustituida.

2. - Si la norma jurídica establece un supuesto y varias consecuencias sucesivas, puede ocurrir que durante la vigencia de esa norma se actualice el supuesto y alguna o algunas de las consecuencias, pero no todas, por lo que ninguna norma posterior podrá variar los actos ya ejecutados sin ser retroactiva.

3. - También puede ser que la realización de alguna o algunas de las consecuencias de la ley anterior, que no se produjeron durante su vigencia, no dependa de la realización de los supuestos previstos en esa ley, ocurridos después de que la nueva disposición entró en vigor, sino que tal realización estaba solamente diferida en el tiempo, ya sea por el establecimiento de un plazo o término específico, o simplemente porque la realización de esas consecuencias era sucesiva o continuada; en este caso la nueva disposición tampoco deberá suprimir o modificar las consecuencias no realizadas, por la razón sencilla de que éstas no se encuentran supeditadas a las modalidades señaladas en la nueva ley.

4. - Si la norma jurídica completa un supuesto complejo, integrado por diversos actos parciales sucesivos y una consecuencia, la norma posterior no podrá modificar los actos del supuesto que se haya realizado bajo la vigencia de la norma anterior que los previó, sin violar la garantía de

irretroactividad. Pero en cuanto al resto de los actos componentes del supuesto que no se ejecutaron durante la vigencia de la norma que los previó, si son modificados por una posterior, ésta no puede considerarse retroactiva; en ese contexto los actos o supuestos habrán de generarse bajo el imperio de la norma posterior, y consecuentemente las disposiciones de ésta deben regir su relación, y la de las consecuencias. Lo anterior, conforme a la jurisprudencia número P/J 123/2001, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 16, del tomo XIV, correspondiente al mes de octubre del 2001, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta cuyo rubro y texto son:

**RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA.**- Conforme a la citada teoría, para determinar si una ley cumple con la garantía de irretroactividad prevista en el primer párrafo del Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe precisarse que toda norma JURÍDICA CONTIENE UN supuesto y una consecuencia, de tal suerte que si aquél se realiza, ésta debe producirse, generándose, así los derechos y obligaciones correspondientes y, con ello, los destinatarios de la norma están en posibilidad de ejercitar aquellos y cumplir con éstas; sin embargo, los supuestos y la consecuencia no siempre se generan de modo inmediato, pues puede suceder que su realización ocurra fraccionada en el tiempo. Esto acontece, por lo general, cuando el supuesto y la consecuencia son actos complejo, compuestos por diversos actos parciales. De esta forma, para resolver sobre la retroactividad o irretroactividad de una disposición jurídica, es fundamental determinar las hipótesis que pueden presentarse en relación con el tiempo en que se realicen los componentes de la norma jurídica. Al respecto cabe señalar que generalmente y en principio, pueden darse las siguientes hipótesis: 1.- Cuando durante la vigencia de una norma jurídica se actualizan, de modo inmediato, el supuesto y la consecuencia establecidos en ella. En este caso, ninguna disposición legal posterior podrá variar, suprimir o modificar aquel supuesto o esa consecuencia sin violar la garantía de irretroactividad, atento que fue antes de la vigencia de la nueva norma cuando se realizaron los componentes de la norma sustituida. 2 - El caso en que la norma jurídica establece un supuesto y varias consecuencias sucesivas. Si dentro de la vigencia de esta norma se actualiza el supuesto y alguna o algunas de las consecuencias, pero no todas, ninguna norma posterior podrá variar los actos ya ejercitados sin ser retroactiva. 3.- también puede suceder que la realización de alguna o algunas de las consecuencias de la ley anterior, que no se produjeron durante su vigencia, no dependerá de la realización de los supuestos previstos en esa ley, ocurridos después de que la nueva disposición entró en vigor, sino que tal realización estaba solamente diferida en el tiempo, ya sea por el establecimiento de un plazo o término específico, o simplemente porque la realización

de esas consecuencias era sucesiva o continuada; en este caso la nueva disposición tampoco deberá suprimir, modificar o condicionar las consecuencias no realizada, por la razón sencilla de que éstas no están supeditadas a las modalidades señaladas en la nueva ley.

4. - Cuando la norma jurídica contempla un supuesto complejo, integrado por diversos actos parciales sucesivos y una consecuencia. En este caso, la norma posterior no modifica los actos del supuesto que se hay realizado bajo la vigencia de la norma anterior que los previos, sin violar la garantía de irretroactividad. Pero en cuanto al resto de los actos componentes del supuesto que no se ejecutaron durante la vigencia de la norma que los previo, si son modificados por una norma posterior, esta no puede considerarse retroactiva. En esta circunstancia, los actos o supuestos y consecuentemente, son las disposiciones de ésta las que deben regir su relación, así como la de las consecuencias que a tales supuestos se vinculan".

Sentado lo anterior, debe señalarse que aunque el matrimonio se haya celebrado con anterioridad a la vigencia de la ley citada, los Artículos 21 y 289 del Código Civil vigentes antes de la reforma establecían:

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

Artículo 289. -En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.- - -El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse, sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio.- - -Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio".

Con la trascripción anterior se pone de manifiesto que conforme al régimen de separación de bienes adoptado por las partes correspondía a cualquiera de ellas el dominio exclusivo de los bienes que adquirieron durante el matrimonio, salvo que existiera un pacto en contrario en las capitulaciones matrimoniales.

El Artículo 289 bis actual modifica los efectos del régimen de separación de bienes que se hubiere adoptado al celebrarse el matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de esa disposición jurídica, pues no debe perderse de vista que de acuerdo con el Artículo 212 antes citado, en el régimen de separación de bienes los cónyuges conservaban la propiedad y administración de los que respectivamente les pertenecían, y

todos los frutos y accesiones de esos bienes no eran comunes, sino del dominio exclusivo, además de que no existía algún precepto legal que impusiera alguna modalidad a ese derecho de propiedad de los consortes aunque se divorcien. En consecuencia, la nueva disposición jurídica no puede aplicarse a los bienes que hubieran adquirido uno solo de los cónyuges bajo el imperio de la ley anterior, pues se afectaría el derecho de propiedad que se introdujo al patrimonio de una persona bajo una disposición anterior. Para normar criterio al respecto se han emitido las siguientes tesis.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 574/94. Petróleos Mexicanos. 2 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Benito Alva Zenteno. Novena Época, Instancia: DÉCIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Octubre de 2002, Tesis: I.13o.C.11 C, Página: 1365

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

DÉCIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 433/2002. Susana Rodríguez Ríos. 13 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Ramírez Sánchez. Secretaria: Gabriela Esperanza Alquicira Sánchez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, página 1210, tesis I.8o.C.229 C, de rubro: "DIVORCIO. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL."

Nota: Las tesis citadas aparecen publicadas con los números 183 y 2a. LXXXVIII/2001, en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo IV, Materia Civil, página 125, y en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, junio de 2001, página 306, respectivamente.

Novena Época, Instancia: OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: XV, Mayo de 2002, Tesis: I.8o.C.229 C, Página: 1210

DIVORCIO. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. De acuerdo con lo dispuesto en el mencionado precepto, que entró en vigor a partir del uno de junio de dos mil, en casos de divorcio cualquiera de los cónyuges puede solicitar una indemnización de hasta el cincuenta por ciento de los bienes que hubiere adquirido el otro cónyuge, cuando estuvieran casados bajo el régimen de separación de bienes, el demandante se hubiera dedicado en el lapso que duró el matrimonio, preponderantemente, al trabajo del hogar y no hubiera adquirido bienes propios durante el matrimonio o los que hubiera adquirido resulten notoriamente menores a los de su cónyuge. Ahora bien, si el matrimonio fue celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición jurídica en comento y la disolución del vínculo matrimonial se promueve con posterioridad a la iniciación de su vigencia, no podrá demandarse el pago de la indemnización correspondiente, porque esa nueva figura jurídica modifica los efectos del régimen de separación de bienes pactado bajo el imperio de la ley anterior, conforme al cual cada cónyuge conserva la propiedad y administración de sus bienes, aunque llegaran a divorciarse; de modo que si antes de la entrada en vigor de la supracitada norma no existía en el Código Civil para el Distrito Federal algún precepto que impusiera alguna modalidad al régimen de separación de bienes aunque se divorciaran los cónyuges, no pueden alterarse los efectos de ese régimen patrimonial del matrimonio que previeron los consortes pues existiría una aplicación retroactiva en perjuicio del cónyuge demandado y la consiguiente violación a la garantía de irretroactividad de la ley, prevista en el párrafo primero del Artículo 14 constitucional.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo Directo 915/2001. María del Rosario Arreola Teijeiro. 22 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arellano Hobeisberger. Secretario Marco Antonio Hernández Tirado.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción número 108/2002, pendiente de resolver en la Primera Sala.

La tesis jurisprudencial más reciente a este respecto es la número 78/2004 que fue aprobada en sesión pública del día 3 de septiembre del 2003, por contradicción de la tesis 24/2004-PS. Fueron sustentadas por los tribunales Colegiados Octavo y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil del primer Circuito, por unanimidad de cuatro votos, siendo ponente José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Cuyo contenido es el siguiente:

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

No comparto el criterio de la jurisprudencia anterior, toda vez que al considerar la propiedad de los bienes que les pertenecen a cada uno de los cónyuges, no les confiere un derecho subjetivo definido e inamovible, y modifica los efectos del régimen de separación de bienes que se hubiere adoptado al celebrarse el matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de esa disposición jurídica. No debe perderse de vista, como ya se mencionó que el Artículo 212 del Código Civil para el Distrito Federal, en el régimen de separación de bienes, los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los que respectivamente les pertenecen, así como todos los frutos y accesiones de esos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del cónyuge titular.

Además de que no existía algún precepto legal que impusiera alguna modalidad a ese derecho de propiedad de los consortes aunque se divorcien. En consecuencia, insisto, la nueva disposición jurídica no puede aplicarse a los bienes que hubieran adquirido uno solo de los cónyuges bajo el imperio de la ley anterior, pues se afectaría el derecho de propiedad que se introdujo al patrimonio de la persona bajo la disposición anterior.

Por otra parte, se introduce un nuevo elemento como es considerar que los derechos de propiedad son necesariamente modulados por la necesidad de atender a los fines básicos e indispensables de la institución patrimonial, la cual vincula inseparablemente el interés privado con el público.

Considero que existe un error de redacción cuando se refiere a la institución patrimonial pues, al parecer, se refiere a la institución matrimonial que es la que sí está vinculando inseparablemente del interés privado al interés público.

Finalmente la tesis citada pretende regular la disolución del régimen de separación de bienes y en los diez años en que me he desempeñado en el área familiar, jamás me ha tocado conocer de una disolución de separación de bienes, pues como ya se señaló en párrafos anteriores, cada cónyuge sabe perfectamente qué es de su propiedad y al no existir comunidad de éstos no hay disolución, a menos de que se trate de una copropiedad en la cual, desde su adquisición, cada cónyuge tiene la certeza jurídica de qué porcentaje le pertenece.

#### 4.6. - JURISDICCIÓN

El órgano jurisdiccional competente para conocer de la demanda por daño moral son los jueces civiles, que pueden ser del Fuero Común o del Fuero Federal cuando una de las partes en conflicto sea la Nación. Cuando se trate de demandar los daños y perjuicios que el divorcio haya causado, ya sea que se trate de un daño moral o patrimonial, deberá de demandarse el divorcio necesario, que es competencia únicamente de Jueces de lo Familiar de Primera Instancia, en términos de lo que establece el Artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles en su Fracción XII que establece:

“Es Juez competente: En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal. y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado”.

El Artículo 52 de la Ley Orgánica en relación con el Artículos 156 Fracción XI del Código de Procedimientos Civiles, así como el Artículo 149 del ordenamiento legal en cita, prevén que la competencia por razón de materia únicamente es prorrogable en las materias civil y familiar; y en aquellos casos en que las prestaciones tengan íntima conexión entre sí, o por los nexos entre las personas que litiguen, sea por razón de parentesco, negocios, sociedad o similares, o deriven de la

misma causa de pedir, sin que para que opere la prórroga de competencia en las materias señaladas sea necesario convenio entre las partes, no dará lugar a excepción sobre el particular.

En consecuencia, ningún Tribunal podrá abstenerse de conocer de asuntos con el argumento de falta de competencia por materia, cuando se presente alguno de los casos señalados. Lo cual daría lugar a la división de la contienda de la causa o a multiplicidad de litigios con posibles resoluciones contradictorias.

Por otra parte, cuando en una demanda de divorcio en donde se demande por daño moral exista reconvención por el mismo concepto, las reglas que se observarán para determinar la competencia por cuantía serán las mismas. Es decir, el Juez de lo Familiar de primera Instancia conocerá con Independencia de la cuantía porque, como ya señalamos, la prestación principal es el divorcio necesario y la procedencia de éste es indispensable para la procedencia del pago de la indemnización, independientemente de la cuantía, y su tramitación se deberá llevar acabo en la vía ordinaria civil. No existe para este proceso ninguna tramitación especial, y por tanto todas las formalidades del juicio ordinario civil se aplican a este tipo de demandas.

## CONCLUSIONES

A lo largo de mi investigación llegué a conclusiones relacionadas con el estudio de los Artículos 288 y 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, además de elaborar otras en relación a instituciones como el matrimonio, los regímenes patrimoniales y las capitulaciones matrimoniales.

1. Concluyo que la definición legal de matrimonio que da nuestro Código Civil debe de modificarse, toda vez que el Artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal señala en una forma indubitable que se trata de la unión de un hombre y una mujer que constituye un acto jurídico, para realizar una vida en pareja, que es el matrimonio como estado es una situación permanente.

A mi parecer debe agregarse que se refiere a una comunidad de vida "conyugal", que precisa algunos deberes como el respeto, la igualdad y la ayuda mutua.

De igual forma, pienso que se debe modificar la parte donde señala que se trata de una unión libre y decir una **unión voluntaria**, que es un término más jurídico para una situación de derecho, ya que como está redactado pareciera que hablamos de la figura del concubinato, que también es una unión libre, pero una situación de hecho.

Además propongo agregar estos conceptos:

El matrimonio es la unión voluntaria de un hombre y una mujer para realizar una comunidad de vida conyugal, donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe de celebrarse ante el Juez el Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

2. En las reformas al Código Civil para el Distrito Federal de mayo del 2003, se debió de aclarar y reglamentar la forma de cómo se producen los efectos contra terceros respecto a la sociedad conyugal, ya que dicho ordenamiento se limita a decir que las capitulaciones matrimoniales se deben inscribir en el Registro Público de la Propiedad; situación que pocos hacen, y el tercero no sabe si un bien inmueble determinado es o no parte de la sociedad conyugal, pues en el folio real no se mencionan las capitulaciones matrimoniales. Por tanto se debería obligar a los Notarios Públicos a que cada vez que autoricen una escritura de propiedad de un bien mencionen el régimen patrimonial bajo el cual está casado el adquirente, y registren el régimen en el folio correspondiente.

3. Se propone que los cónyuges, desde que determinan sus capitulaciones matrimoniales en los casos de separación de bienes, puedan incluir una cláusula en la cual establezcan la forma, porcentaje e incluso una cantidad con la que tendrá que compensar un cónyuge a otro en caso de disolución del vínculo matrimonial y se encuentren dentro de los supuestos que establece el Artículo 289 bis del Código Civil.

4. Se debe de unificar el término para la prescripción de las causales de divorcio, si se pretende la disolución de la misma institución, que es el matrimonio el término para la prescripción de las causales debe de ser el mismo.

5. En las sentencias de divorcio necesario en las que se acrediten causales de violencia familiar, las medidas provisionales que prevé el Artículo 282 Fracción VII del Código Civil, deben de subsistir en caso de que proceda el

divorcio necesario. Si se demuestra la violencia, ya sea física o psicológica, el simple hecho de emitir una resolución judicial que decrete el divorcio no hará cesar la conducta del agresor. En cambio, si se resuelve en la misma sentencia sobre que subsistan las medidas que se fijaron como provisionales, en forma definitiva, realmente la norma se hará eficaz.

6. Los daños y perjuicios a que se refiere el párrafo tercero del Artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, son los relativos al daño moral. Pues en este caso no tiene aplicación la responsabilidad objetiva, sólo cuando se trate del daño patrimonial respecto a la sociedad conyugal o aun mal manejo de ésta como lo prevé el Artículo 194 Bis del Código Civil.

7. El Artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal contempla tres tipos de pagos a que puede condenarse al culpable en favor del inocente, que son:

- a) El pago de una sanción a cargo del cónyuge culpable,
- b) El pago de alimentos, y
- c) La indemnización por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado.

Es importante destacar que el Artículo ya está estableciendo el pago de una sanción a cargo del cónyuge que dio causa al divorcio. Sin embargo denomina indebidamente que dicho pago es por concepto de "alimentos" cuando realmente se está refiriendo a una sanción, lo cual es confuso ya que el mismo Artículo más adelante señala cuáles son los supuestos para el pago de alimentos y considera que no se le deben dar dos caracteres a los alimentos, uno como pago de sanción y

otro como deber jurídico, establecido en el Artículo 302 del Código Civil, de proporcionarse alimentos entre los cónyuges aún una vez decretado el divorcio.

Lo anterior implica que al establecer el Artículo en estudio que el juez debe sentenciar al culpable al pago de una cantidad de dinero como sanción, y así ya está indemnizando al inocente por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Considero que es necesario reformar el Artículo ya que la condena a que se refiere el primer párrafo no es un pago por concepto de alimentos.

Además, es importante precisar que dicha prestación únicamente debe de proceder en caso de haber sido solicitada expresamente, por lo que toda vez que el Juez lo haga por *motu proprio* estará violando el principio de congruencia que debe tener toda resolución.

Si bien es cierto que la familia es una institución de orden público y la sociedad está interesada en su conservación, por lo que el orden público está velando es la subsistencia de esta institución, y no por las sanciones que en su caso se apliquen en forma particular y en favor de los intereses particulares de una persona, que en nada benefician al orden público y a la sociedad.

Así mismo, es importante señalar que dicha condena, como actualmente se encuentra establecida, no prevé el tiempo de su duración de manera que rompe el principio de seguridad jurídica que todo ordenamiento debe tener. Considero que la duración de la condena debe ser por un lapso igual al que duró el matrimonio, mientras no se contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Así queda señalada con toda precisión la vigencia de la pena y se evita dejar en estado de incertidumbre al cónyuge que dio causa al divorcio.

Es necesario hacer la diferencia entre el pago de alimentos y el pago de la pena que establece el Artículo 288 del Código Civil. La primera parte del citado Artículo se refiere al pago de una pena que deberá pagar el cónyuge culpable al inocente y que solamente debe de ser decretada a petición de parte, a lo cual hace falta establecer el tiempo de vigencia; Y el pago de alimentos al cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar.

El inocente solamente puede reclamar el pago de la indemnización por daño moral y ya no por daños patrimoniales, ya que se estaría condenando doblemente al culpable por la misma causa.

Es difícil lograr una valoración exacta del monto de la indemnización cuando se trata de daño a bienes de naturaleza extramatrimonial por cualquiera de las causales de divorcio ya comentadas, pero esto no es un obstáculo para que el juzgador no pueda condenar. A mi parecer no necesariamente tiene que ser una cantidad de dinero ya que si indemnizar es dejar sin daño, salvo que se trate de una lesión física, se debe de indemnizar de acuerdo a los lineamientos que señala la Ley Federal de Trabajo. La indemnización no debe ser otra que el proporcionarle al cónyuge afectado terapias psicológicas que le ayuden a recuperar la estabilidad y salud mental que le permitan establecer nuevamente una vida familiar normal. Así se logra el objetivo de dejar sin daño. Considero que la materia familiar no puede ser objeto de especulación material, sino de conservación del núcleo social que es la familiar y sus miembros.

El Juez de lo Familiar debe decidir si condena al pago de una cantidad, por concepto de daño moral, u ordena la práctica de terapias.

En esta lid propogo que el texto del Artículo 288 del Código Civil, para el Distrito Federal, quede en los siguientes términos:

**Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar, a petición de parte, condenará al cónyuge que dio causa a la disolución del vínculo matrimonial al pago de una sanción económica a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:**

- 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.

Esta sanción pecuniaria se aplicará por el mismo lapso de duración del matrimonio, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge inocente tiene derecho a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente Artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código respecto a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, dentro del Libro Cuarto De las obligaciones, Título Primero Fuentes de las obligaciones, Capítulo V.

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

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando

el acreedor contraiga nuevas nupcias, se una en concubinato o deje de necesitarlos.

En el caso de las causales enumeradas en las Fracciones VI y VII del Artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.

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

8. - El pago de la indemnización proveniente de un hecho ilícito, sea de carácter moral o patrimonial y el pago de la compensación que prevé el Artículo 289 bis del Código de Procedimientos Civiles deben de reclamarse al momento de que se demande el divorcio, o en su caso al contestar la demanda y oponer la reconvencción planteada. Y en cualquiera de los casos debe de ser reclamado por el cónyuge que no dio lugar al divorcio, con excepción de la causal IX, que establece el Artículo 267 del Código Civil, la cual sólo puede ser invocada respecto al pago de la compensación que prevé el Artículo 289 bis del Código de Procedimientos Civiles y no a lo que prevé el Artículo 288 del mismo ordenamiento.

9. - Son requisitos para el pago de la compensación según el Artículo 289 del Código Civil, cuando se dan los siguientes supuestos:

1. - Demostrar el matrimonio de las partes bajo el régimen de separación de bienes (atestado del registro civil y las capitulaciones matrimoniales);
2. - Que el cónyuge que reclama esta prestación se haya dedicado preponderantemente, en el lapso en que duró el matrimonio, al trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de

los hijos. Dicha situación se puede acreditar con la confesional del contrario, testigos y documentales que acrediten estos extremos. Además es necesario acreditare que se tenía la posibilidad de realizar otra actividad remunerada, ya sea por tener los estudios para ello; por haber contado con algún empleo con anterioridad al matrimonio; o que en su caso se le haya prohibido realizar alguna actividad remunerada.

3. -Que durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios, o de haberlos adquirido, que sean de un valor notoriamente inferior a los de la contraparte. Para tal efecto se debe aportar los elementos necesarios que prueben este extremo, como son los títulos de propiedad o las escrituras que contengan las constituciones de sociedades mercantiles.

4. - Que la reclame el cónyuge que no dio causa al divorcio.

La compensación se decretará atendiendo las circunstancias especiales de cada caso. El Juez puede, en una forma discrecional, condenar a una compensación hasta por el 50% del valor de los bienes de su contrario y estas circunstancias especiales dependen del tiempo en que se dedicó el cónyuge que no dio causa al divorcio al cuidado del hogar y de los hijos, y a la capacidad económica de los interesados, y su nivel de vida.

Aclaro que se trata de una compensación y no de una indemnización ya que el citado Artículo no establece que debe causarse un daño y/o perjuicio en el patrimonio de uno de los cónyuges, sólo establece que se puede demandar una indemnización. La relación entre el daño, el perjuicio causado y la conducta ilícita existe, pero no se establece que la indemnización consista en restituir las cosas al estado en que se encontraban, sino en el pago de hasta el

cincuenta por ciento del valor de los bienes que hubiere adquirido uno de los cónyuges durante el matrimonio. Propongo que para darle una mayor claridad el término de indemnización será cambiado por el de compensación.

10. Como el Código no menciona una forma para cuantificar el porcentaje de la compensación hago las siguientes propuestas: Cuando el hombre o la mujer se han dedicado al cuidado de los hijos y del hogar y cuenten con una profesión u oficio e incluso si al momento de contraer matrimonio la ejercían percibiendo un salario que dejaron de percibir cuando contrajeron matrimonio, la mejor forma de establecer la compensación, sería a través de una prueba pericial en trabajo que determine la cantidad de dinero y la posibilidad de desarrollo profesional que dicho cónyuge hubiera podido alcanzar durante el tiempo que duró el matrimonio, de esto debe deducirse el monto que este cónyuge hubiese tenido que gastar en desarrollar su trabajo y en aportar los gastos del matrimonio.

Otra forma podría ser atendiendo al momento en que se adquirieron los bienes durante el matrimonio. Es decir si, cuando el bien se adquirió al inicio del matrimonio se entiende que necesitó menos ayuda del cónyuge para adquirirlo que si se adquirió a pagos durante todo el matrimonio; o si el bien se adquirió, con la ayuda del cónyuge será el porcentaje de la aportación del valor que le corresponderá como compensación.

La jurisprudencia será el medio que irá normando los criterios más acertados para dicha compensación y dará luz en casos específicos sobre la forma justa de cuantificar.

11. - Si la intención del legislador, al incluir el Artículo 289 bis del Código Civil, fue la de proteger al cónyuge que durante el matrimonio no trabajó y se dedicó preponderantemente al cuidado de los hijos, esta compensación no debe de incluirse únicamente para los casos de divorcio, sino también en materia de sucesiones ya que en términos del Libro Tercero, Título Cuarto, Capítulo IV del Código Civil la sucesión entre cónyuges sólo se da en los términos que establece dicho Capítulo.

Por lo que si el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes, el cónyuge que sobrevive en una sucesión legítima solamente tiene derecho si concurre con descendientes, a lo que corresponde a un hijo. Si carece de bienes o si tiene bienes al morir el autor de la sucesión, pero estos no igualan a la porción de un hijo, el sucesor tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada.

Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes. Si el cónyuge concurre con uno o más hermanos del autor de la sucesión, tendrá dos tercios de la herencia, y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá por partes iguales entre los hermanos. Sólo a falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el cónyuge sucederá en todos los bienes.

Considero injusta esta situación ya que si la ley prevé que se compense al cónyuge en los casos de divorcio a fin de protegerlo y que éste conserve el nivel de vida que había tenido, con mayor razón debe de compensar a aquel cónyuge que durante toda su vida vivió al lado del que muere sin que esté dejara disposición testamentaria que lo proteja. Pero es más

alarmante no prever esta compensación también en los casos en que uno de los cónyuges disponga de todos sus bienes en una sucesión testamentaria y no incluya a su compañero, no obstante de que éste o ésta, hubiera estado a su lado durante toda su vida. Considero justo que tenga derecho hasta DEL CINCUENTA POR CIENTO de los bienes que adquirieron durante toda su vida conyugal y de los cuales deben de disfrutar en su vejez. Por esto propongo que se incluya un Artículo en el Capítulo respectivo en el tenor siguiente:

\*De la sucesión del cónyuge.

Artículo 1629 bis.- El cónyuge que sobrevive, tendrá derecho a una compensación hasta del 50 % del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, con el autor de la sucesión siempre que durante su matrimonio hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes, se haya dedicado en el lapso en que duró el matrimonio preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o del marido y que durante el matrimonio no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los del de cujus. Este Artículo se aplicará también en los casos de sucesiones testamentarias en las cuales concurren todos los supuestos antes señalados aún cuando el autor de la sucesión no haya incluido a su cónyuge dentro de estos parámetros.

12. Propongo que el Artículo 289 bis del Código Civil se derogue, por que modifica los efectos del régimen de separación de bienes que se hubiere adoptado al celebrarse el matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de esa disposición jurídica. No debe perderse de vista que de acuerdo con el Artículo 212, en el régimen de separación de bienes los cónyuges conservaban la propiedad y administración de los que respectivamente les pertenecían, y todos los frutos y accesiones de esos bienes no eran comunes, sino del dominio exclusivo, además de que no existía algún precepto legal que impusiera alguna modalidad a ese derecho de

propiedad de los consortes, aunque se divorciaran. Considero que la nueva disposición jurídica no puede aplicarse a los bienes que hubiera adquirido uno sólo de los cónyuges bajo el imperio de la ley anterior, pues se afectaría el derecho de propiedad que se introdujo al patrimonio de una persona bajo una disposición anterior por lo que únicamente puede aplicarse respecto de aquellos bienes que se adquiere con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición.

Ahora bien, solo para el caso de que siga vigente, propongo que se modifique para quedar en los siguientes términos:

En la demanda de divorcio **el cónyuge que no dio causa a éste**, podrá demandar del otro una compensación de hasta el 50 % del valor de los bienes que hubiere adquirido durante el matrimonio, siempre que:

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

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

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

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

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA VARGAS, GLADIS. *La convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los derechos de la niñez*. Derechos Humanos constructores de ciudadanía y democracia. Serie Documento de Trabajo 5 UNICEF Fondo de las naciones Unidas para la Infancia. Noviembre del 2001.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones civiles*. Editorial Oxford University Press, México, 1998, 4ª. Edición.

*La Controversia del Orden Familiar*. Tesis Discrepantes, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1994.

BONIFAZ ALONZO, Leticia. *El problema de la eficacia en el Derecho*. Editorial Porrúa. México 1993.

BONNECASE, Julien. *Tratado elemental de derecho civil*. México, 1ª ed. Editorial Harla, 1997.

BORJA SORIANO Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. 7a edición. Tomo II Porrúa, México 1974.

BOSCH GARCÍA, Carlos. *La técnica de investigación documental*. Editorial Trillas. 12ª edición. México 2001.

BREBBIA Roberto E. *El daño moral*. Editorial Orbi; Buenos Aires 1967.

BUERES J. Alberto. *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Universidad del Museo Social Argentino. Editorial Abeledo - Perot Buenos Aires Argentina. 1989. Sexta Edición.

CARRERAS, Joan. *Las Bodas: Sexo, Fiestas y Derecho*. Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia. Ediciones RIALP

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los derechos de la personalidad*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F.

*La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*. Editorial Porrúa. México 2001. Cuarta Edición.

*La familia en el Derecho. Derecho de familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. Editorial Porrúa. México 1994. Tercera Edición.

*La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales*. Editorial Porrúa. México, 1995. Tercera Edición.

*La familia en el Derecho. Convenios Conyugales y Familia*. Editorial Porrúa. México 2001. Cuarta Edición.

DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Casa Editora. Bosch, Barcelona, 1975.

DE LA PEZA, José Luis. *De las obligaciones*. McGraw-Hill/Interamericana Editores. México 1997.

GARCÍA LÓPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral*. Bosch; Madrid 1990.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del derecho*. Editorial Porrúa. México 1984. Trigésima Quinta Edición.

GHERSI Carlos A. *Teoría general de la reparación de daños*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires. Argentina. 1997

GOMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México 1987.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. *Derecho Familiar*. Editorial Universidad Autónoma de Chiapas, Promociones Jurídicas y

Culturales, S.C. 2da edición, México, 1988.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.

*El patrimonio, El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y derechos sucesorios.* Editorial Porrúa, México, 1993, Cuarta Edición.

*Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil.* Editorial Porrúa, México, 1999.

*Derecho de las obligaciones.* Editorial Porrúa. México 1997. Décima Segunda Edición.

INSTITUTAS DE GAYO. Novena Edición. Editorial Campos; Madrid España 1988.

JIMÉNEZ GOMEZ, Juan Ricardo. *Lineamientos básicos para la Investigación jurídica.* Boletín del Centro de Investigaciones Jurídicas. "DR HECTOR FIX ZAMUDIO". Universidad de Querétaro. Facultad de Derecho. México 1994.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* Editorial Porrúa México, Novena Edición. 1997. Novena Edición.

LOPEZ RUIZ, Miguel. *Elementos para la Investigación. Metodología y Redacción.* Editorial UNAM. México 1995. Segunda Edición.

MACHADO, José. *Cuestiones prácticas del derecho civil moderno.* Bosch; Buenos Aires, 1970.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario.

*Instituciones de derecho civil.* Tomo III, Derecho familiar, México, Porrúa, 1988.

*El matrimonio. Sacramento- contrato- institución.* Tipografía editorial Mexicana S.A. 1965.

MARINA ARROM, Silvia. *Las mujeres de la ciudad de México 1790-1857*. Siglo XXI editores. México 1988. Primera Edición.

MAZEAUD, Henry y León, André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo Primero, Vol. I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, 5ª. Edición.

MIZRAHI Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires. Argentina. 1998.

MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de familia*. Editorial Porrúa. México 1987. Tercera Edición. Nuestras leyes. Vol. I Ed. Gaseta Informativa de la Comisión de Información de la Cámara de Diputados; México, 1983.

OCHOA OLVERA, Salvador. *Daño Moral*. Editorial. Montealto, México, 1999, 2ª. Edición.

OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Harla. México. 1991.

PALLARES Eduardo. *El divorcio en México*. Editorial Porrúa. 5ª edición. México 1987.

PEREZ DJARTE, Alicia Elena y N. *Derecho de familia*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.

PINA VARA, Rafael de. *Diccionario Jurídico*. 17ª ed. México Porrúa. 1991.

PLANIOL, Marcel. *Tratado elemental de derecho civil*. Puebla, México. Editorial. José M. Cajica distribuido por Porrúa 1945, tomo I.

PONCE DE LEON, Luis. *Metodología del derecho*. Editorial Porrúa. México 1997. Segunda Edición.

ROJINA VILLEGAS, Rafael.

*Compendio de Derecho Civil*, tomo III. Teoría general de las obligaciones. Editorial Porrúa. México, 1967.

*Compendio de Derecho Civil*, tomo I. *Compendio de Derecho civil* Introducción, personas y familia. Editorial Porrúa. México, 1984. Vigésima Edición.

ROVIRA SUEIRO, María E. *La Responsabilidad Civil derivada de los Daños Ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia imagen*. CEDECS Editorial S.L. Barcelona 1999. España.

RUIZ TORRES Humberto Enrique y SOBERANES FERNÁNDEZ José Luis. *Elaboración De Trabajos Escolares Y Originales De Investigación Para La Edición De Libros*. Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1983.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Los Grandes cambios en el derecho de familia de México*. Editorial Porrúa. México 1991. Segunda Edición.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Editorial Monte corvo, S.A., Madrid, 1981, 3ª. Edición,

ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Segunda Edición. Buenos Aires Argentina 1993.

## LEGISLACIONES

Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial Sista, México 1998.

Código Civil para el Distrito Federal. Publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 2002.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Publicado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 2003.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México 2002

## JURISPRUDENCIA y DICCIONARIOS

Diario de Debates de la Cámara de Senadores LVII Legislatura. Año 1 Tomo 1, Volumen número 42. Primer Periodo Ordinario agosto 22- diciembre 15 de 1

Diccionario jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Quinta edición México. 1992.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Argentina. 1984.

IUS 2003. Jurisprudencia y Tesis aisladas. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Real Academia Española de la lengua. Diccionario de la lengua española. Espasa - Calpe; Madrid, 1970.

TAMAYO SALMORAN, Rolando. *Diccionario Jurídico Mexicano Instituto De Investigaciones Jurídicas*. Quinta Edición. Editorial UNAM. México, 1993.