



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN

“CRITICA AL ARTICULO 289 BIS DEL CODIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL Y LA CONSECUENTE DESAPARICIÓN
DEL REGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FABIAN GARCIA AYALA

ASESOR:

LIC. MARIA DEL CARMEN HERNANDEZ VACA

MÉXICO

2005

m. 342313

AGRADECIMIENTOS:

A Dios

Por darme la oportunidad de concluir un ciclo más en mi vida, por las bondades que me ha brindado, por ser mi guía y ejemplo de una vida sin pretensiones absurdas; por darme unos padres excepcionales y amorosos, pero sobretodo agradezco las limitaciones, el sufrimiento y los golpes que a lo largo de mi vida han despertado en mi los principios elementales para admitir mis errores, mis defectos y cualidades, el valor para enfrentarme a mi mismo y la sabiduría necesaria para discernir entre lo bueno y lo malo.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Fernando García Ayala.

FECHA: 30/03/05.

FIRMA: [Firma manuscrita]

A la Universidad

Por darme la gran oportunidad de participar de ese maravilloso universo de conocimientos y compartir en sus aulas las mas diversas opiniones y manifestaciones culturales y académicas.

*A mis padres
Eugenio García Guzmán y
Raquel Ayala González*

*Por darme la vida, la confianza
y la libertad para vivirla plenamente y
cometer mis propios errores.*

*Por su fortaleza, esfuerzo y
apoyo incondicional en todas las
etapas de mi vida.*

*Por su amor, sus cariños y sus
regaños, y por ser la mano amiga y
una manifestación de dios en mi
formación.*

A Monserrat

*Por apoyarme de manera
incondicional en los momentos
difíciles y por darme unos hijos
hermosos.*

*Gracias a ti, soy una mejor
persona.*

*A mis hijos
Alexa y Pablo*

Por llenar mi vida de felicidad e ilusiones, ustedes son el motivo, principio y fin de todos mis actos, me fortalecen y alientan a seguir adelante.

*A mis hermanos
Yazmín, Mauricio y Blanca Ivonne.*

Por su cariño, apoyo y tolerancia en los momentos buenos y malos que hemos vivido juntos.

Agradecimiento especial a mi asesora: Mto. María del Carmen Hernández Vaca

Por su invaluable ayuda en la realización de este trabajo, pero sobretodo por su amistad incondicional

Te quiero amiga.

A mis amigos

*Por que sin su ayuda y apoyo
este momento no habría sido posible.*

*Abel, David, Aarón, Jorge, Mary e
Isrra.*

DEDICATORIA ESPECIAL

*Dedico este humilde trabajo a mi
abuela Hermelinda González
Navarrete, e in memoriam, a mi
abuelo † Lino Ayala Sánchez por su
inmenso amor y cuidados, por ser un
gran ejemplo de humildad y coraje,
que éste pequeño logro sirva para
satisfacer en algo sus anhelos.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO.

1.1 Evolución histórica del matrimonio.....	3
1.1.1 Roma.....	3
1.1.2 Francia.....	8
1.1.3 España.....	11
1.1.4 México.....	13

CAPÍTULO SEGUNDO

GENERALIDADES DEL MATRIMONIO.

2.1 Matrimonio.....	19
2.2 Características del matrimonio.....	23
2.3 La finalidad del matrimonio.....	27
2.4 Régimen patrimonial del matrimonio.....	35
2.5 Importancia del régimen patrimonial.....	39
2.6 Régimen patrimonial de sociedad conyugal.....	40
2.7 Régimen patrimonial de separación de bienes.....	42
2.8 Régimen patrimonial mixto	47

CAPÍTULO TERCERO

REGULACIÓN JURÍDICA DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

3.1 Código civil vigente en el Distrito Federal.....	51
3.2 Naturaleza jurídica del régimen de separación de bienes.....	58
3.3 Características del régimen de separación de bienes.....	60
3.4 Formas de disolución del régimen de separación de bienes.....	63
3.5 Jurisprudencia.....	63

CAPÍTULO CUARTO

CRÍTICA AL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y LA CONSECUENTE DESAPARICIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

4.1 Análisis al régimen de separación de bienes, antes de las reformas del 25 de mayo de 2000.....	79
4.2 Análisis de las reformas al régimen de separación de bienes del 25 de mayo de 2000.....	84
4.3 Análisis al artículo 289 bis del Código Civil vigente en el Distrito Federal.....	86
4.4 Crítica al artículo 289 bis y la consecuente desaparición del régimen de separación de bienes.....	88
Conclusiones.....	94
Bibliografía.....	98

INTRODUCCIÓN

La presente investigación atiende a la necesidad de que la sociedad tenga una legislación congruente, que brinde seguridad a las personas al exteriorizar su voluntad en actos jurídicos particulares, o bien, que determinen su estado civil ante la sociedad, como lo es la institución del matrimonio, que mediante un régimen patrimonial regula la situación jurídica de los consortes con relación a los bienes adquiridos con anterioridad y durante la duración de éste.

Mediante un acuerdo y manifestación de las voluntades, los cónyuges, contraen nupcias y eligen entre la separación de bienes o la sociedad conyugal, ambos regímenes contenidos y regulados por el Código Civil Vigente para el Distrito federal.

El hecho de contraer matrimonio en la mayoría de los casos, requiere no sólo de la capacidad jurídica de cada uno de los cónyuges, también involucra aspectos sociales, económicos y emocionales afectivos, que si bien la ley no considera, éstos son determinantes para el desarrollo de la nueva familia a la que se da origen con esta unión.

Una decisión tan importante puede afectar a futuro la calidad de vida, patrimonio y estabilidad emocional de las personas, de manera permanente, por lo que se necesita una protección en el ámbito jurídico, suficiente para no sufrir un detrimento considerable en su patrimonio en caso de divorcio y la disolución en consecuencia, del vínculo matrimonial.

Cabe mencionar, que la figura de separación de bienes, hasta antes de las reformas del 25 de mayo de 2000, brindaba dicha seguridad jurídica a los consortes, que en un determinado momento de sus vidas se veían en la necesidad de disolver dicho vínculo, ya que al llegar a ese extremo y acudir al Juez de lo Familiar, éste resolvía su situación respecto del matrimonio, sin mayor carga que el desgaste

emocional que esto acarrea, dejando a salvo los bienes y propiedades que a cada una de las partes corresponda, de conformidad con lo establecido en las capitulaciones matrimoniales al contraer nupcias bajo el régimen de separación de bienes.

Es el caso que mediante decreto publicado en el mes de mayo de 2000, mediante el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, se adicionan y modifican, diversos artículos del Código Civil y de Procedimientos Civiles, en los que se incluye la adición del artículo 289 bis, que contradice en su totalidad a lo establecido en el régimen de separación de bienes, dejando prácticamente sin efectos esta figura, que medianamente cumplía con el requerimiento de la sociedad de salvaguardar los derechos y el patrimonio de las personas.

Analizaremos el régimen de separación de bienes antes y después de la reforma al Código Civil Para el Distrito Federal, la problemática que nos presenta la adición del citado artículo para llegar por último al planteamiento que formula este trabajo, para tener una legislación congruente, al menos en la materia que nos ocupa.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO

1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MATRIMONIO

Es importante conocer los antecedentes de la figura jurídica del matrimonio a fin de entender los alcances y trascendencia de éste a través de los siglos en la sociedad en general, teniendo como base el Derecho romano.

1.1.1 ROMA

El Derecho romano es considerado entre los estudiosos como la cuna del Derecho, y por lo tanto otros países lo han tomado como base de su legislación hasta nuestros días, por lo que iniciaremos el presente trabajo hablando precisamente de lo que éste establece respecto del matrimonio.

El carácter fundamental del matrimonio, consiste en una mera relación de convivencia de dos personas de distintos sexos, situación que en inicio no requiere de formalidad alguna de orden jurídico y manteniéndose dicha convivencia únicamente por la *affectio maritalis* o intención continua de vivir como marido y mujer.

El maestro Manuel Chávez Ascencio en su libro *La familia en el Derecho*, refiere a Eugène Petit, quien señala: "el matrimonio se halla integrado por dos hechos esenciales: uno físico, la conjunción del hombre con la mujer (entendida como unión o como unidad de vida), que se manifiesta exteriormente con la *deductio* de la esposa *in domum mariti*. El otro elemento, intencional o psíquico, vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión a la cual comparan el matrimonio las fuentes con frecuencia; el *animus* es el requisito que integra o compete al *corpus*. Este elemento espiritual es la *affectio maritalis*, o sea la intención

de quererse como marido y mujer, de crear y mantener una vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; la voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, como en el matrimonio germano que es a modo de contrato, sino que debe prolongarse en el tiempo, renovándose de momento en momento, por que sin ella la convivencia física pierde su valor, y el matrimonio deja de existir¹.

Para el maestro Gumesindo Padilla, el derecho romano consideraba "el matrimonio es una situación de hecho meramente social, el Derecho no regula la forma de celebrarse, son importantes los actos sociales que inician la convivencia y también la constitución de la dote, aunque ni unos ni otra sean en rigor imprescindibles"².

Al respecto Marcel Planiol y Georges Rippert mencionan: "en la antigüedad romana el matrimonio había sido solemne; tuvo sus formas particulares, una de ellas consistía en una ceremonia religiosa, la *confarreatio*, otra, puramente civil, la *coemptio*. Pero estas solemnidades que ciertamente en su origen habían sido las formas del matrimonio mismo, con el tiempo no eran suficientes sino adquirir la potestad especial llamada *manus*, y el matrimonio podía formarse sin ellas"³.

Consideramos que la descripción más acertada al respecto es la que realiza el profesor Gumesindo Padilla, el afirma, que en el Derecho romano la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*, no son formalidades propiamente del matrimonio, sino las formas de adquirir la *manus*, que no es otra cosa que el poder marital del hombre sobre la mujer, ya que como ha sido mencionado el matrimonio romano jamás fue un acto jurídico y mucho menos, solemne; siempre fue un hecho social que sí producía efectos jurídicos.

¹ CHAVEZ ASENCIO Manuel F., La Familia en el Derecho . Ed. Porrúa, S.A., México, 1985, p. 167

² PADILLA SAHAGUN Gumesindo. Derecho Romano I, Ed. Mc Graw Hill, México 1996, P.56.

³ PLANIOL. & RIPPERT. Tratado Elemental De Derecho Civil, Tomo III, Trad. Editorial Cajica, Puebla, México 1963, P. 328.

Es importante determinar y entender en qué consiste la potestad llamada *manus* para posteriormente adentrarnos y referirnos a la *confarreatio* y a la *coemptio*.

Señala el profesor Padilla "*manus* es la potestad que tiene el marido sobre su *uxor* (esposa) o sus nueras. La mujer que está bajo la *manus mariti* rompe con los vínculos de agnación con su familia, para ingresar a la familia de su marido como agnado, de esta manera quedara *loco filiae* (en lugar de una hija) si su marido es *sui iuris*, o bien *loco neptis* (en lugar de nieta) si su marido es *alieni iuris*. La *manus* no se produce automáticamente por la celebración del matrimonio, sino requiere de un acto especial"⁴.

En las instituciones de Justiniano se contemplaba al matrimonio como "la unión del varón y la mujer que llevan en sí un régimen inseparable de vida. Como anteriormente se ha señalado, esto no tenía soporte jurídico, sino una mera situación de convivencia, manteniéndose sólo por la *affectio maritalis* o la intención continua de vivir juntos"⁵.

Las *iustae nuptiae* consisten en el matrimonio que se celebra entre ciudadanos romanos, que eran los que poseían el *connubium* o *ius connubii*, es decir, la aptitud reconocida por el Derecho para poder contraer *iustae nuptiae*, ésta era la única que daba a los hijos la calidad de *liberi* o *iusti*, y al padre la patria potestad sobre sus hijos.

La *iustae nuptiae* era un privilegio que sólo los ciudadanos romanos podían hacer valer y a través de ella obtener la *manus* o mejor dicho, la potestad que tenía el marido sobre su esposa o nueras. Así, si la mujer se encontraba bajo la *manus mariti* terminaba todos los vínculos de agnación con su familia y pasaba a la familia de su marido en calidad de agnada, y quedaba en lugar de hija si su esposo era *sui*

⁴ PADILLA SAHAGUN Gumesindo Op. Cit. P. 57.

⁵ VENTURA SILVA Sabino. Derecho romano, Curso de Derecho privado, 10ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, P. 111.

iuris, o en lugar de nieta si su marido era *alieni iuris*. De esta forma la *manus* se adquiría de tres formas:

- 1) *Conferreatio*. Consistía en una ceremonia religiosa celebrada por el gran pontífice (*flamen Dialis*) o sacerdote de Júpiter, en presencia de diez testigos y la pronunciación de palabras solemnes, los esposos deberían de comer pan de trigo (*panis farreus*), el cual era el símbolo de su asociación a la vida completa del marido, pero esta ceremonia matrimonial que era propia de los patricios, cayó en desuso.
- 2) *Coemptio*.- Era la emancipación o venta ficticia de la mujer al marido hecha por el *pater familias* de la mujer, o bien, por ella misma si era *sui iuris*, con la autorización de su padre o tutor, con la presencia de cinco ciudadanos romanos púberes. La mujer pasaba bajo la *manus* del marido, gracias a las palabras especiales de la *coemptio*. Cuando la *conferreatio* cayó en desuso la *coemptio* que era la propia de los plebeyos, se generalizó entre los patricios.
- 3) *Usus*.- Esta forma resultaba de la cohabitación del hombre y la mujer por espacio ininterrumpido de un año, pero si la mujer pasaba fuera del lecho conyugal tres noches continuas antes del plazo de un año, el *usus* no se constituía. Esta forma desaparece a fines de la época clásica.

REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Entre los requisitos para contraer matrimonio señalaremos los siguientes:

- A) Pubertad. En un principio se fijó a los 12 años para las hijas, por lo que hace a los hijos, se les consideraba en la edad en que el padre de familia encontrara en ellos, por el examen del cuerpo, las señales de la pubertad. Con los procleyanos se estableció que los hombres fueran declarados

púberes a los 14 años; mientras los sabinianos siguieron con la práctica de la *inspectio corporis*.

- B) Consentimiento de los contrayentes.- Éstos debían casarse libremente. El demente no puede consentir mientras esté en ese estado, pero podía casarse en un intervalo lúcido. Los *sui iuris* podían casarse libremente, los hijos bajo la autoridad necesitaban el consentimiento del jefe de familia, esto se funda en la autoridad paterna.

PROHIBICIONES PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO

Entre las prohibiciones para celebrar el matrimonio están: la existencia de un matrimonio anterior no disuelto, ya que el Derecho romano no admitía la poligamia ni la poliandria, y en la época cristiana, el voto de castidad y las órdenes mayores. El parentesco (en línea directa hasta el infinito, en línea colateral entre hermanos, entre tío y sobrina y tía y sobrino y en el parentesco por afinidad: entre el padre y la viuda del hijo; entre el padrastro viudo o divorciado y la hijastra, entre suegro y nuera, entre suegra y yerno y entre cuñados), la tutela, desempeño de cargos públicos, el rapto, el adulterio, ciertos motivos de índole política y en la época cristiana la religión.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO CON RESPECTO A LOS CÓNYUGES

El matrimonio producía varias consecuencias, entre ellas: fidelidad, alimentos, disfrutaban del *beneficium competentiae*, es decir, que la condena que obtenía un cónyuge contra el otro, no iba más allá de las posibilidades del vencido, si el marido era declarado en quiebra, se presumía que todo cuanto hubiera adquirido la esposa en el matrimonio procedía del fallido y, por ende, entraba en la quiebra, esto era la llamada *cautio Muciana*, en cuanto a los hijos, los nacidos *ex iustis nuptiis*, son hijos legítimos, *liberi o iusti*, caen bajo la autoridad de su padre o abuelo paterno, si el padre es *alieni iuris*.

CAUSAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

- A) Muerte de uno de los cónyuges
- B) Por incapacidad sobrevenida a alguno de los consortes, *capitis deminutio* máxima o media; *incestus superveniens*, o sea si el suegro adoptaba como *filius* al yerno, con lo que, desde el punto de vista a la agnación, los dos cónyuges se encontraban en la condición de hermanos; al llegar al cargo de senador se disolvía el matrimonio del que estuviera casado con una liberta; la pérdida de la libertad o de la ciudadanía; el cónyuge que caía prisionero del enemigo no recuperaba su anterior matrimonio por el *ius postliminii*.
- C) Por voluntad de los cónyuges, de uno solo o por cesación de la *affectio maritalis*.
- D) Por divorcio; el profesor Gumesindo padilla señala "al igual que el matrimonio no requiere forma especial alguna, bastaba que ambos cónyuges estén de acuerdo en disolver el matrimonio, lo que se llamaba *divortium*. También podía disolverse por voluntad de cualquiera de ellos, lo que solía hacerse mediante una notificación, llamada *repudium*, por escrito (*per litteras*) o por mensajero (*per nuntium*), aunque ninguna forma sea indispensable. La *lex iulia de adulteriis* exige la presencia de siete testigos y un liberto que notifique el repudio, para el caso de divorcio por adulterio. La liberta casada con su patrón, no podía repudiar a su marido"⁶.

1.1.2 FRANCIA

Básicamente el matrimonio en un principio era regulado únicamente a través de la Iglesia, es decir, tenía un carácter puramente religioso.

⁶ PADILLA SAHAGUN, Gumesindo. Op. Cit. P.66

En 1563 se estableció exigir que el consentimiento se llevara a cabo ante la presencia del párroco de la feligresía de uno de los contrayentes, llamado *in facie ecclesiae*, y afectaba de nulidad todo aquel matrimonio que no fuera celebrado de ese modo.

Posteriormente, con la huella que dejó el pensamiento cristiano y a decir de Chávez Asencio "con la revolución francesa en 1789 se dio un gran paso en materia familiar al quitarle al matrimonio su carácter religioso y conceptuarlo como un contrato, el cual se consideraba como la simple manifestación del consentimiento y se mina la principal fuente de la familia"⁷.

Por su parte Mazeud nos señala: "el legislador de 1804 no se preocupó del matrimonio religioso más que de manera negativa: para evitar que los cónyuges se contenten con el matrimonio religioso, prohíbe a los ministros del culto, bajo sanciones penales, proceder a un matrimonio si los esposos no justifican la celebración previa del matrimonio civil"⁸.

Afirmado lo anterior, Teodor Kipp y Martín Wolf nos dicen al respecto: "en Francia durante el siglo XVI se difundió una teoría teológica-jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato del sacramento; la regulación del contrato es competencia exclusiva del estado, pero es presupuesto para recibir el sacramento del matrimonio"⁹.

El Código de Napoleón fue resultado de la revolución francesa, es decir, fue una combinación entre el Derecho antiguo y revolucionario.

Julien Bonnecase, nos señala los requisitos que se tienen que satisfacer para poder celebrar el matrimonio y al respecto cita: "so pena de inexistencia son, la diferencia de sexo, el consentimiento de los futuros esposos, la celebración del

⁷ CHAVEZ ASENSIO, Manuel F. Op. Cit. P. 4.

⁸ MAZEUD, Henry y Otros. Lecciones De Derecho Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1969, Vol. III, p. 63.

⁹ KIPP TEODOR y Martín Wolff. Tratado De Derecho De Familia, Tomo IV, Vol. I, Barcelona, España 1810, Bosch Casa Editorial, S.A. P. 14.

matrimonio ante el oficial del estado civil. Las condiciones requeridas so pena de nulidad absoluta son la pubertad de los esposos, la ausencia de cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad entre los futuros esposos o ausencia de incesto, la ausencia en cada esposo de un matrimonio anterior no disuelto, o ausencia de bigamia, la publicidad del matrimonio, la competencia oficial del estado civil. Las condiciones exigidas so pena de nulidad relativa, son la integridad del consentimiento de los esposos, el consentimiento de los ascendientes de la familia¹⁰.

De lo anteriormente descrito, se desprende:

SO PENA DE INEXISTENCIA

- A) Diferencia de sexo.
- B) Consentimiento de los futuros esposos.
- C) La celebración ante el oficial de registro civil

SO PENA DE NULIDAD ABSOLUTA

- A) Pubertad de los consortes. - 15 años para las mujeres y 18 en los hombres.
- B) Ausencia de cierto grado de parentesco, por consanguinidad, afinidad o ausencia de incesto.
- C) La ausencia de cualquiera de los consortes de un matrimonio anterior no disuelto.
- D) Ausencia de bigamia.
- E) Publicidad del matrimonio, con entrada libre de público.
- F) La competencia del oficial del estado civil; el cual se determinaba en razón del domicilio de alguno de los contrayentes.

¹⁰ BONNECASE. Julien, Elementos Del Derecho Civil, Tomo Y, Cárdenas Editor Y Distribuidor, México 1965, p. 505.

SO PENA DE NULIDAD RELATIVA

- A) Integridad del consentimiento de los esposos; que el consentimiento se encuentre libre de cualquier vicio
- B) El consentimiento de los ascendientes de la familia; el de los padres, a falta de éstos lo otorgan los abuelos, a falta de ambos lo corresponde al consejo de la familia.

Respecto del matrimonio, la constitución en su Título II, artículo 7, señalaba: "La ley únicamente considera al matrimonio como un contrato civil". Sobre el particular, Bonnacase señala su inconformidad y hace notar que ésta y las demás disposiciones del Derecho de familia trataron con verdadera pasión de derribar a la familia, lo que confirma la Ley del Divorcio de 1792 que plantea tres causales: la demencia o locura de uno de los cónyuges, el acuerdo mutuo, y la posibilidad del divorcio por voluntad de sólo uno de los cónyuges"¹¹.

1.1.3 ESPAÑA

El Derecho español se caracteriza por que en él predomina la visión sacramental del matrimonio y el consiguiente reconocimiento de la Iglesia, es decir, era básicamente una figura regulada por la institución religiosa.

En tiempos de Felipe II, con la recepción de la Gran Cédula del 12 de junio de 1564 establecida en el Concilio de Trento, se vive en España el sistema puro del matrimonio religioso. Al respecto Salvador Carrión señala: "el matrimonio civil no es conocido en nuestra legislación (española) hasta el año de gracia de 1870. Durante el periodo anterior, rigen en España como leyes del reino, las disposiciones del Concilio de Trento, no reconociéndose por consecuencia más forma matrimonial que la canónica"¹².

¹¹ CHAVEZ ASENCIO Manuel. Op. Cit. P 4.

¹² CARRION OLMOS, Salvador. Historia y Futuro del Matrimonio Civil en España, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1977, p. 55.

En la ley de 1870 se impone por primera vez el sistema de matrimonio civil obligatorio; con ésta, el único matrimonio válido era el civil.

Es derogada la ley del Matrimonio Civil en lo referente al sistema matrimonial, por los decretos de 22 de enero y 9 de febrero, ambos de 1875, con lo que se da un sistema de matrimonio civil subsidiario, para los que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica. A decir de Manuel Peña, en el artículo 42 del Código Civil en su redacción originaria establecía: "La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico que deben de contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil que se celebrará del modo que determine este Código"¹³.

De la misma forma Salvador Carrión nos dice que con el sistema de matrimonio civil subsidiario del canónico, el matrimonio civil se dejaba para: "los que no profesando la religión de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento"¹⁴.

Con la llegada de la segunda república, se reflejan cambios en el sistema matrimonial, tales como que el sistema del matrimonio civil daba pasos a un sistema de matrimonio facultativo. En 1932 se impuso el sistema puro de matrimonio civil, pero en 1938 iniciada la guerra civil, se deroga la ley de la república, regresando al matrimonio civil subsidiario, y quienes querían realizar el matrimonio civil, debían acreditar documentalmente la acatolicidad o por declaración jurada de no haber sido bautizado.

Posteriormente, como fruto final de las negociaciones entre la Iglesia y el Estado, firman un acuerdo sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 y ratificado el 4 de diciembre del mismo año, en el cual destaca:

¹³ PEÑA BERNALDO DE QUIROZ. Manuel. Derecho De Familia, Universidad De Madrid, Facultad, Secc. Publicaciones. Madrid 1989, p. 39.

¹⁴ CARRION OLMOS, Salvador. Op. Cit. P. 78.

- a) El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las formas del Derecho canónico. Así, el matrimonio canónico, surtía sus efectos desde su celebración y además inscribirlo en el registro civil con la presentación de la certificación eclesiástica.

- b) A disposición del Derecho canónico los contrayentes pueden acudir a los tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad a solicitud de cualquiera de las partes. Dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del estado en resolución dictada por el tribunal civil competente.

Por su parte, Ramón Badenes nos señala: "Actualmente cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España ante el juez o funcionario que haga sus veces, o en forma religiosa..."¹⁵.

El matrimonio religioso tenía reconocimiento pleno, una vez que era debidamente inscrito en el registro civil.

1.1.4 MÉXICO

Es importante revisar la evolución histórica del matrimonio en nuestro país, a través de las diferentes épocas en las que se divide nuestra historia, con el fin de entender el desarrollo de esta institución en nuestra sociedad.

¹⁵ BADENES GASSET, Ramon. Conceptos Fundamentales Del Derecho, Marcombo Boixares, Editores España 1961, p. 266, 267.

ÉPOCA PRECORTESIANA

El régimen jurídico de esta época, a decir de algunos cronistas, fue muy pobre, ya que no existía una codificación y su Derecho era consuetudinario, es decir, se regía por la costumbre.

Durante esta época, menciona el maestro Chávez Asencio, "fue el pueblo azteca el que alcanzó mayor relevancia dentro del desarrollo o evolución de la figura del matrimonio. En esta época se permitía la poligamia, es decir, el que un hombre podía tener varias mujeres a la vez, pero esto era únicamente entre los pudientes, como una especie de privilegio, ya que el requisito para ello, era el que pudieran mantener a todas sus esposas".

El parentesco reconocido en este pueblo era: el consanguíneo, por afinidad y el civil.

Entre los requisitos que se exigían para la celebración del matrimonio, destacan los siguientes:

- a) Edad; entre 20 y 22 años para el hombre y entre 15 y 18 en la mujer.
- b) Consentimiento; eran los padres del contrayente los que escogían a la novia, ya que se reunían en consejo familiar y tomaban la decisión de si el hijo podía casarse con determinada mujer.

El matrimonio en esta época tenía un carácter básicamente religioso en razón de estar regulado por sus creencias; cuando éste no era celebrado de manera religiosa, carecía de validez.

Predominaba la figura del patriarcado, que consistía en que la patria potestad recaía siempre en el padre.

Cabe mencionar también, a decir del maestro Chávez Asencio, que en esta época se dio el llamado matrimonio a prueba; éste se daba, en razón a la unión de un hombre y una mujer por un tiempo determinado (el que ellos establecieran); si al término de éste, ellos estaban de acuerdo con esta relación, entonces celebraban su matrimonio; a esta forma también se le llamó Ensayo Matrimonial, que se consolidaba o no con la celebración del matrimonio.

ÉPOCA COLONIAL

Con la conquista de los españoles, el matrimonio se lleva a cabo atendiendo a lo previamente establecido por las leyes originadas en España, con el propósito de levantar a la raza autóctona al nivel de la colonizadora y básicamente para que el Derecho no pusiera trabas a los matrimonios que se celebraran entre españoles e indígenas, lo cual además se autorizaba mediante las Cédulas publicadas en fechas 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556.

Chávez Asencio en su libro, *La Familia en el Derecho*, refiriéndose a Salvador Chávez Hayoe, nos cita: "Las reglas del derecho civil acerca del matrimonio en Indias se encuentran contenidas en la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, que recogió los diversos preceptos que la experiencia había dictado. Según, aquí, como en España los menores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre, en su defecto, de la madre o de los abuelos o de sus parientes mas cercanos, faltando todos estos, de los tutores debiendo en estos dos últimos casos obtenerse la aprobación judicial; exceptuándose a las indias, a los negros, a los mulatos y castas, que no fueren oficiales de milicias, en cuyo caso deberían impetrarla de sus curas y doctrineros. Los españoles cuyos padres o tutores vivieron en España o en otro reino de indias, podían solicitar directamente licencia de la autoridad judicial"¹⁶.

¹⁶ CHAVEZ ASENCIO. Manuel F. Op. Cit. P. 4.

Pero la forma de matrimonio que imperaba en esta época en México, seguía siendo preponderantemente religioso; el matrimonio se lleva a cabo ante la presencia de un representante de la Iglesia, el cual antes de la celebración de dicho acto comunica a todos los asistentes de la iglesia la realización próxima del matrimonio y si sabían de algún impedimento para que se realizara, ya que éste sería de un carácter indiscutible.

ÉPOCA INDEPENDIENTE

En el México independiente, y hasta las Leyes de Reforma, el matrimonio fue de carácter religioso y de competencia exclusiva de la Iglesia; a la renuncia del presidente de la República en ese momento, don Benito Juárez, quien era Presidente de la Suprema Corte de Justicia ocupa el lugar por ministerio de ley y emite la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de enero de 1857, días antes de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y entre lo más importante al respecto destacaba:

Artículo 1.- Se establece en la República el Registro del Estado Civil.

Artículo 3.- Todos los habitantes tienen la obligación de inscribirse. Quien no lo hiciere no podrá ejercer sus derechos civiles.

Artículo 12.- Los actos de estado civil son:

I.- El nacimiento

II.- El matrimonio

III.- La adopción y arrogación

IV.- El sacerdocio y la profesión de algún voto religioso, temporal o perpetuo.

V.- La muerte.

En el artículo 65 establecía, que después de celebrado el matrimonio religioso, los contrayentes debían registrarlo ante el Oficial del Estado Civil; esto debía de ser dentro de las 48 horas siguientes a éste último (art. 71) y cuyo matrimonio que no

estuviera registrado, no produciría efectos civiles (art. 72). El artículo 73 consideró como efectos civiles: la legitimidad de los hijos, la patria potestad, el derecho hereditario, las gananciales, la dote, las arras y demás acciones que competen a la mujer, la administración de la sociedad conyugal que corresponde al marido, y la obligación de vivir en uno.

Como podemos ver, la Iglesia no se alejaba de manera total de la celebración del matrimonio, ya que intervenía en disposición de la citada Ley Orgánica del Registro del estado Civil, así como también menciona el régimen patrimonial de sociedad conyugal, otorgándole de oficio, la administración de dicha sociedad al cónyuge varón.

Posteriormente, es emitida la Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, en la cual se excluye a la Iglesia de la competencia del matrimonio, ya que en su artículo primero consideró al matrimonio como un contrato civil, como disoluble, la edad mínima considerada era de 14 años para el hombre y 12 para la mujer y la expresión de la voluntad de los contrayentes.

El Código Civil de 1870 regula al matrimonio y lo define en su artículo 159 como "la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Entre otras cosas, estableció también la edad para los hombres de 14 y de 12 para la mujer, con el consentimiento de los padres, hasta antes de los 21. Así también el guardarse fidelidad, ayudarse mutuamente, contribuir al sostenimiento del hogar, el poder marital sobre la mujer, obligo al marido a dar alimento y protección a la esposa.

El Código Civil de 1884 no presenta ningún cambio respecto a la regulación del matrimonio.

Don Venustiano Carranza en el año de 1917, promulga la Ley de Relaciones Familiares, en la cual se observan diversos cambios. Define al matrimonio en su artículo 13 como: “un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”, así pues, podemos notar que se acaba determinadamente con lo que contenían los anteriores ordenamientos, en el sentido de señalar al matrimonio como indisoluble; por lo que hace a la edad de los contrayentes, esta debía de ser de 14 años en los hombres y de 12 años para las mujeres; entre los requisitos para la celebración del matrimonio, estableció la presentación de las actas de nacimiento correspondientes, declaración de dos testigos, constancia de autorización de los padres cuando se trata de menores y certificado médico.

CAPÍTULO SEGUNDO

GENERALIDADES DEL MATRIMONIO

2.1 MATRIMONIO

Sin duda, una de las figuras más importantes del desarrollo personal de todo individuo es el matrimonio, el cual es considerado la base de la familia y ésta a su vez de la sociedad. Por lo que resulta relevante definirlo y atender de esta forma la opinión de diversos juristas que han escrito al respecto, y cuya aportación al presente trabajo es indispensable.

El concepto del matrimonio ha evolucionado en razón de las épocas y de las tendencias doctrinales que lo definen:

Para empezar el desarrollo del presente punto, señalaremos que la palabra matrimonio deriva de la unión de *matris* (madre) y *moniun* (carga o gravamen); su significado etimológico es: que las cargas más pesadas derivadas de la unión, recaen sobre la madre.

El Diccionario Larousse, lo define como "la unión legítima del hombre y la mujer"¹⁷.

Etimológicamente, Antonio Ibarrola, señala: "significa cargo gravamen o cuidado de la madre"¹⁸.

Doctrinalmente el maestro Ibarrola nos dice que, "el matrimonio es una institución jurídica, la base fundamental de la familia, el centro de la misma, de mayor

¹⁷ Diccionario Larousse usual. S.V. matrimonio.

¹⁸ IBARROLA Antonio, Derecho de Familia, 2ª edición, Ed. Porrúa, S.A. México, 1981, p.104.

importancia por que forma o constituye el fundamento de la sociedad civil, y representa a su vez la completa comunidad de la vida de un hombre y una mujer, reconocida y regulada por el Derecho, que se encamina a la conservación y desarrollo de la especie; en el que se encuentran los elementos de toda la sociedad y de todos los particulares comprendidos en el destino humano; precedida de la manifestación del consentimiento; por el acto jurídico de la celebración del matrimonio ante el Oficial de Registro Civil¹⁹.

El maestro Rojina Villegas considera al matrimonio como "una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie"²⁰.

Del concepto anterior, se desprende que el fin primordial del matrimonio se atribuye a la procreación o perpetuación de la especie, ello no implica que las parejas que no puedan hacerlo estén impedidas para contraer matrimonio, tratándose sobre todo de adultos mayores que han perdido la capacidad reproductiva o de cualquier otra pareja al encontrarse en situación de difícil procreación, lo que reduce al matrimonio a una convivencia de ayuda mutua con cualquier otro objetivo.

Por su parte Sara Montero establece que "es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas, una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la ley"²¹.

Considero que el anterior concepto es erróneo ya que si bien es cierto, el matrimonio es una de las formas legales de la constitución de una familia, también es cierto que existe la figura del concubinato, siendo entonces el matrimonio un vínculo jurídico establecido entre dos personas de diferente sexo que crea entre ellos una comunidad de vida total no permanente o definitiva, ya que también existe otra figura

¹⁹ Idem. P.137.

²⁰ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y la Familia, Edit. Porrúa, S.A. P. 56.

²¹ MONTERO DUHALT. Sara. Derecho de Familia, Edit. Porrúa, S.A., México 1992, P. 9.

jurídica que permite la disolución del vínculo matrimonial y la nulidad del mismo, siendo éste el divorcio.

Para el maestro Chávez Asencio, el matrimonio es un "contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos"²².

De la misma forma Peña Bernaldo dice que el matrimonio "es la regulación jurídica de estado civil y de carácter familiar que vincula a un hombre y a una mujer en comunidad de vida plena y, en principio, perpetua, base de una nueva familia"²³.

A su vez Efraín Moto Salazar señala que el matrimonio "es un contrato solemne por el que se unen dos personas de sexo diferente, con la doble finalidad de procrearse una familia y ayudarse a soportar las cargas de la vida"²⁴.

Giuseppe Branca en su libro Instituciones de Derecho Privado establece: "con el matrimonio dos personas de diverso sexo, pertenecientes, una a la familia A y la otra a la familia B, se unen para convivir como marido y mujer y dan origen a una tercera familia C: de este modo se constituye, establemente, una de las formaciones sociales en que se desarrolla la personalidad del individuo"²⁵.

Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho define al matrimonio puro y simple como: "la unión de dos personas de distinto sexo realizada voluntariamente con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de los fines de la vida"²⁶.

²² CHAVEZ ASENCIO. Manuel F. Op. Cit. P. 4.

²³ PEÑA BERNALDO DE QUIROZ. Manuel. Derecho de Familia, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid 1969. P. 31.

²⁴ MOTO SALAZAR Efraín. Elementos De Derecho. Edit. Porrúa, S.A., México 1986, P. 106.

²⁵ BRANCA Giuseppe. Instituciones de Derecho Privado. Trad. de la 6ª Edición Italiana por Pablo Macedo. Edit. Porrúa, S.A., México 1978. P. 113.

²⁶ DE PINA VARA Rafael, Diccionario de Derecho. 13ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1965. P. 346.

Otra definición un tanto más apegada a la realidad jurídico social contemporánea, es la que expresa el Doctor Miguel Palomar en su "Diccionario para Juristas": "el matrimonio es la unión del hombre y la mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales"²⁷.

El "Diccionario Jurídico Mexicano" del Instituto de Investigaciones Jurídicas, define al matrimonio como "una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges originando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne"²⁸.

Se agregan al concepto diferentes elementos, ya que éste considera al matrimonio como una institución jurídica plenamente reconocida por el Derecho mexicano, es decir, como un conjunto de normas de igual naturaleza que persiguen los mismos fines.

Agrega también, que el matrimonio deriva de un acto jurídico solemne, lo cual significa que además de la manifestación de las voluntades de los cónyuges, se requiere también de la manifestación de la voluntad del estado, por medio de un representante o autoridad investida de fe pública, que para el caso es un Juez del Registro Civil, mismo que otorga al matrimonio el carácter de público, formal y solemne.

En México, la legislación ha planteado a lo largo de la historia diferentes concepciones en los diversos ordenamientos civiles que han precedido al actual, en cuanto al desarrollo que ha tenido la definición de la institución jurídica del matrimonio, a continuación desarrollaremos una breve reseña histórica de dicho concepto de matrimonio, con el fin de poder precisar sus características esenciales y determinar su naturaleza jurídica.

²⁷ PALOMAR J. Miguel. Diccionario para Juristas, Editorial Mayo, México 1981, p. 845.

²⁸ U.N.A.M Instituto De Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano 8ª edición, tomo II, Editorial Porrúa, S.A. 1995, p. 2085.

En el Código civil de 1870 y 1884 , se establecía que "el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con el vínculo indisoluble, para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Ambos códigos, definen al matrimonio como la sociedad legítima que persigue la perpetuidad de la especie y la ayuda mutua para llevar las cargas de la vida y de subsistencia, dándole también un carácter perpetuo e indisoluble.

De todo anterior podemos definir de manera personal al matrimonio como "la unión legítima de un solo hombre con una sola mujer en igualdad de circunstancias, estableciendo un vínculo jurídico entre ambas personas que acarrea derechos y obligaciones recíprocas para compartir una vida en común y ayudarse a soportar el peso de la vida".

2.2 CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO

Una vez establecido el concepto del matrimonio, es importante determinar su naturaleza jurídica, para ello, y a decir del maestro Edgar Baqueiro Rojas, el concepto tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores tan importantísimos, tales como Marcel Planiol, quien lo define como "la unión sexual del hombre y de la mujer elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento de la Iglesia".

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

- León Duguit, quien sostiene que el matrimonio constituye en acto jurídico condición; es un acto jurídico por que es una declaración de la voluntad a la que el Derecho otorga determinados efectos. Es condición en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente

establecido con derechos y deberes que no pueden ser alterados por las partes.

- Antonio Cicu, quien manifiesta que el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea; para que exista el matrimonio se requiere que éste sea declarado por un oficial del registro civil. Por lo tanto, aunque haya acuerdo de los interesados éste no es suficiente, puesto que sin el oficial del registro civil no hay matrimonio. Así el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del estado.
- Haouriou y Bonnacase, por su parte, sostienen que el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de Derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración.²⁹

De lo anterior, podemos señalar que los diversos autores, distinguen en el matrimonio las siguientes características:

1. Es un acto solemne.
2. Es un acto complejo por la intervención del estado; requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la del estado.
3. Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.
4. En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el Derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado civil de casado con todas sus implicaciones, quieran o no las partes.

²⁹ BAQUEIRO ROJAS. Edgar y Rosalia Buen Rostro. Derecho de Familia, Edit. Harla, México 1990, P. 40 y 41.

5. Sus efectos se extienden mas allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
6. Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

Se puede observar, que entre los diversos autores que nos hablan del matrimonio no existe unificación de criterios, mientras que algunos lo consideran como un contrato, algunos lo consideran como una institución jurídica y otros un acto jurídico complejo; situación que al final ayuda a obtener una mejor clasificación del matrimonio; pues si bien es cierto que se trata de un contrato, en cuanto a la manifestación de la voluntad de los contrayentes, también es cierto que se trata de una institución, atendiendo a los objetivos del mismo y de la regulación contenida en el Código Civil, y por último también se trata de un acto jurídico complejo ya que no sólo depende de la voluntad de las partes, sino también la declaración del representante del estado que recae en el Juez del Registro Civil, requisito sin el cual carece de solemnidad el acto.

Al respecto, el maestro Rafael Rojina Villegas, acertadamente señala "aún cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después en el Código Civil Vigente han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, tampoco es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el Derecho canónico que dio el carácter de sacramento al matrimonio. Por esto, en el artículo 130 de la Constitución de 1917 se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil"³⁰.

³⁰ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Derecho Civil Mexicano, Vol. 1 Edit. Porrúa, S.A., México 1969. P. 345 Y 346.

Ahora bien, desde el punto de vista doctrinal, el matrimonio es un contrato:

Bilateral: ya que genera derechos y obligaciones recíprocas y/o independientes a cargo de ambos cónyuges dependiendo del tipo de régimen que se elija, el de sociedad conyugal o el de separación de bienes y requiere también de la manifestación de las voluntades de los contrayentes.

Oneroso: ya que en las capitulaciones matrimoniales no puede pactarse que a uno solo de los contrayentes se beneficie con las utilidades de la sociedad conyugal, o bien, que cargue con todas las pérdidas; por lo que respecta a la separación de bienes, el Código Civil vigente en el artículo 212 señala:

Artículo 212. En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservaran la propiedad y la administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, y por consiguiente, todos los frutos y accesorios de dichos bienes no serán comunes, sino del dueño de ellos. Los bienes a que se refiere el artículo anterior deberán ser empleados preponderantemente para la satisfacción de los alimentos de su cónyuge y de sus hijos, si los hubiere; en caso de que se les deje de proporcionar injustificadamente, estos podrán recurrir al Juez de Lo Familiar, a efecto de que les autorice la venta, gravamen o renta para satisfacer sus necesidades alimentarias.

De la interpretación del numeral transcrito, se desprende, que a pesar de que supuestamente los cónyuges conservan la propiedad y la administración de sus respectivos bienes, los frutos de estos deberán ser preponderantemente empleados en la satisfacción de los alimentos de su cónyuge, mismos que comprenden: la comida, el vestido, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto, además de los gastos de educación, y en general todos aquellos enumerados en el artículo 308 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal, lo que implica un beneficio directo para el cónyuge que no tenga bienes o en su defecto,

que éstos sean de una cuantía menor a la de su cónyuge, y en consecuencia nunca es gratuito.

Artículo 308 los alimentos comprenden:

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto,*
- II. Respecto de los menores, además de los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a las circunstancias personales;*
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr en lo posible, su habilitación o rehabilitación y desarrollo; y*
- IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurara que los alimentos se les proporcionen integrándolos a la familia.*

Formal: ya que siempre debe constar por escrito

Solemne: ya que requiere de la manifestación de la voluntad del estado por medio del Juez del registro Civil, sin lo cual, carece de validez

2.3 LA FINALIDAD DEL MATRIMONIO

CONCEPTO DE FIN O FINALIDAD QUE PROPORCIONA LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA Y EL DICCIONARIO JURÍDICO.

La Real Academia de la Lengua Española señala: fin : "Término, consumación de algo. // Motivo, finalidad"³¹.

En cuanto a la finalidad: "Fin. Motivo, razón de ser"³².

Por su parte el Diccionario Jurídico señala: "Fin (lat. Finis.) amb. Remate., término o consumación de una cosa (ú m.n.). //Motivo u objeto con que se ejecuta una cosa"³³.

En cuanto a finalidad indica: "f. Fig. fin con que o por que se hace una cosa"³⁴.

Aún cuando ambas definiciones proporcionadas por los distintos diccionarios son parecidas, y los conceptos de finalidad son muy similares, los Legisladores no les conceden el mismo sentido, por lo que no vemos en la necesidad de recurrir a la enciclopedia Omeba, para aclarar las dudas al respecto, señalándonos ésta:

"FINES DEL MATRIMONIO". Sumario: Concepto histórico. Doctrina de la Iglesia Católica. Legislación actual. Importancia de la unión sexual. Fines éticos del matrimonio.

Al hablar de los fines del matrimonio, nos referimos a la forma monógama del mismo, que es en la actualidad, la única aceptada por los países de civilización occidental.

Según opinión de la mayoría de los tratadistas, el matrimonio es, por su trascendencia, una verdadera Institución de Derecho civil, que reviste al mismo tiempo, para la Iglesia, el carácter de sacramento.

³¹ Diccionario Real Academia de la Lengua Española. s.v. fin.

³² Idem, s.v. finalidad.

³³ Diccionario para juristas. s.v. fin.

³⁴ Idem, s.v. finalidad.

Según las opinión de Vélez Sársfield "el matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. La base de la constitución de las sociedades civilizadas³⁵.

¿Cuáles son entonces los fines, tanto jurídicos con humanos de esta institución, que constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la civilización actual?. Como es lógico suponer, los mismos han variado de acuerdo a las circunstancias ambientales y económicas de los distintos periodos de la historia, pero los más fundamentales continúan siendo esencialmente los mismos".

Para los antiguos hebreos el fin directo era constituir una familia, que sería entre más prolifera más rica.

Para los espartanos, germanos y romanos, pueblos guerreros por excelencia, tenía por fin la procreación, tener sucesores a quienes heredar al morir, pues al ser pueblos guerreros la muerte a una edad joven era inminente.

"Según la doctrina canónica, expresada en el canon 1023 del Código canónico de 1917, los fines esenciales del matrimonio son tres:

- 1) La procreación, que debe continuarse con la ecuación de los hijos;
- 2) La ayuda mutua (en el Génesis ya se advirtió que el hombre no debía esta solo, que necesitaba una compañera semejante a él);
- 3) una defensa contra la concupiscencia.

³⁵Enciclopedia Jurídica Ormeba. Tomo XII fam. Sara Dreskill, S.A. p.268.

Vale decir que para el Derecho canónico los fines esenciales del matrimonio son: "la satisfacción del amor, mutua compañía y asistencia, y procreación y educación de los hijos"³⁶.

Sin embargo, la procreación no puede considerarse como un fin *sine qua non*, ya que si así fuera no tendría razón de ser los matrimonios contraídos entre ancianos o *in articulo mortis*, que aún cuando bajo ciertos aspectos puedan parecer absurdos, son cabalmente aceptados por la ley y por la religión.

Kant, en los Principios metafísicos del Derecho, dice: "El fin del matrimonio, es procrear y educar a los hijos, puede ser siempre un fin que la naturaleza se ha propuesto, al dar al hombre la inclinación recíproca de los sexos. Pero el hombre que se casa, no está obligado so pena de ilegitimidad en la unión, a proponerse ese fin; de otro modo, al cesar la facultad se disolvería por sí mismo, de pleno derecho"³⁷.

Los tratadistas franceses. Colin y Capitant, al hablar de los fines del matrimonio dicen: "Las personas se casan por amor, pero también lo hacen por razonamiento, por interés, por ambición, por reconocimiento".

Estas uniones tienen un valor jurídico y a veces, también adquieren una dignidad moral igual a la de los matrimonios por amor"³⁸.

Sin embargo, desde el punto de vista religioso resulta inaceptable el concubinato, ya que va en contra de la moral y de las buenas costumbres, independientemente de que se encuentre regulado y reconocido jurídicamente.

³⁶ *ib idem*

³⁷ *idem*. Pag. 390.

³⁸ *Id.* Pag. 391.

LOS FINES DEL MATRIMONIO SEGÚN LA DOCTRINA

En la actualidad la doctrina habla de diversos fines del matrimonio; sin embargo, considero que la más acertada proviene del Código napoleónico tratándose ésta de la Portalis, que a la letra indica:

"El matrimonio tiene el doble fin de organizar la familia y perpetuar la especie, pero es también la sociedad del hombre y la mujer para ayudarse a soportar el peso de la vida y compartir un destino común."

Todas las sociedades modernas consideran la vida matrimonial como el tipo de existencia más normal y conveniente para los adultos. Los cónyuges deben encontrar en esas relaciones no sólo la satisfacción de sus necesidades sexuales y la cooperación moral y económica, sino también una correspondencia emotiva. Por lo consiguiente, podemos decir que, desde un punto de vista puramente individualista, el matrimonio tiene por fin lograr la dicha y la armonía de la pareja. Tan importante es éste fin, a la consideración de la legislación actual, que si no se logra, los cónyuges pueden recurrir a la separación en unos países y del divorcio en otros.

Para completar la proyección colectiva y social de los fines de la institución, debemos agregar la procreación con especial determinación de la legitimidad de la prole, la educación de los hijos, y el mantenimiento de la economía familiar, parte importante de la general.

Continuando con las ideas de Vélez Sársfield, al estudiar nuestro Derecho civil, comprendió toda la trascendencia de la institución matrimonial y de sus fines de la misma. Haciéndose eco de las palabras de Lord Robertson dijo: "El matrimonio confiere el estado de legitimidad a los hijos que nazcan, y los derechos, deberes relaciones y privilegios que de éste estado se originan; da nacimiento a las relaciones de consaguinidad y afinidad, en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civilizada".

El matrimonio permite la propagación de la especie dentro de un orden legal con todas las ventajas que la legitimidad concede a la prole. Éste ha sido el pensamiento preponderante de los legisladores modernos; sin embargo, no han hecho más que expresar, en los códigos de nuestra época, la inquietud alimentada por los hombres de todas las edades, vale decir: determinar la legitimidad del hijo, con la consiguiente certeza de la paternidad.

La ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido.

El matrimonio se propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos. Todos estos fines justifican ampliamente su calidad de elemento vital de la sociedad.

Importancia de la unión sexual como fin del matrimonio. Como ya hemos visto, uno de los fines primordiales del matrimonio, a lo largo de los tiempos, ha sido la unión de los sexos, para propia satisfacción de la pareja, o para que la misma represente un eslabón más en la ininterrumpida cadena de propagación de la especie.

Tanta importancia se concede a este fin, que la Iglesia Católica, enemiga declarada del divorcio, admite la nulidad del vínculo matrimonial, en los siguientes supuestos:

- Si el matrimonio no puede consumarse sexualmente.
- Cuando no se ha consumado.

La mayoría de las legislaciones modernas, consideran que la importancia sexual es una causa de nulidad, porque impide que se cumpla con uno de los fines esenciales del matrimonio. Además de la vinculación sexual, el matrimonio impone a los cónyuges una serie de deberes

Sara Montero Duhalt divide al matrimonio en : a) El matrimonio como Acto Jurídico; b) El matrimonio como contrato; c) El matrimonio como estado y d) El matrimonio como institución jurídica.

- A) El Matrimonio como Acto Jurídico. Es un acto jurídico ya que es una manifestación de voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas. "El matrimonio es un acto jurídico porque surge de la manifestación de la voluntad de los que lo contraen, acorde con las normas que lo regulan y, una vez realizado, produce las consecuencias jurídicas previamente establecidas en la ley"³⁹.
- B) El Matrimonio como Contrato. El matrimonio es forzosamente un contrato porque crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas, es productor de relaciones personales de carácter moral no patrimonial. Continúa señalando la autora Sara Montero Duhalt:
- C) El matrimonio como estado. "El matrimonio configura un estado civil de las personas, y que el mismo está regido por un conjunto de normas de carácter imperativo que armónicamente enlazadas forman una institución, el matrimonio, creemos surge a través de un contrato"⁴⁰. Por otra parte y en el mismo orden de ideas sobre el matrimonio, señala:
- D) El matrimonio como Institución Jurídica. Institución significa que es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico y persigue una finalidad de interés público.

Continua: Una vez contraído el matrimonio, nacen para los cónyuges, independientemente de su voluntad, ciertos derechos y deberes recíprocos derivados

³⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. p. 19.

⁴⁰Idem. P. 112.

directamente de la ley, por ser el matrimonio una auténtica institución jurídica en la que la voluntad de los sujetos es inoperante en ese sentido. Al respecto el artículo 147 CC: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta y en el mismo sentido: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio (art. 182 CC)".

Nos señala, "El matrimonio no es rescindible por incumplimiento; únicamente dará lugar a la acción de divorcio, cuando la conducta de uno de los cónyuges, en incumplimiento de los deberes matrimoniales, esté recogida como causa de divorcio."

Resumiendo lo relativo a la naturaleza jurídica del matrimonio, puede establecerse que la misma es múltiple, pues por matrimonio se entiende el acto jurídico, como contrato solemne de derechos de la familia y de interés público. Matrimonio es la ceremonia misma que da nacimiento a esta figura; es el estado civil de los casados; Matrimonio es una institución cuando lo contemplamos como un conjunto de normas de carácter imperativo que regulan un todo orgánico (el estado de casados) y que persiguen una finalidad de interés público y por último, para el Derecho canónico y para los sistemas jurídicos que lo aceptan como regulador de la familia de los sujetos, el matrimonio es un sacramento, entendido por tal, un contrato natural al que la Iglesia considera de carácter sagrado e indisoluble, en vida de los cónyuges.

De igual manera Santo Tomás señala dos fines: la generación y educación de la prole y el mutuo auxilio. Para Mitón en el año de 1643, el amor y la concordia son fines del matrimonio⁴¹.

⁴¹ MANUEL F. CHÁVEZ Asencio. Op. Cit. P. 4.

2.4 RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Conceptos del Régimen Patrimonial del Matrimonio

Es importante precisar el concepto del régimen patrimonial del matrimonio para la eficaz comprensión y desarrollo de éste capítulo analizaremos diversas opiniones de autores especialistas en la materia.

Manuel Chávez Asencio señala: "es el estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos entre sí y en sus relaciones con terceros"⁴².

José Castán Tobeñas, citado por Chávez Asencio, lo define como: "el conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio, sea en las relaciones de los cónyuges entre sí o en sus relaciones con los terceros".

Sergio Martínez Arrieta lo define como: "el marco jurídico que gobierna las relaciones patrimoniales que con motivo del matrimonio nacen respecto de los cónyuges entre sí, frente a sus hijos y otros terceros"⁴³.

Ramón Meza Barros citado por Martínez Arrieta lo define como: "el estatuto que rige las relaciones pecuniarias entre los cónyuges entre sí y con respecto de terceros, y los derechos que han de corresponderles al disolverse la sociedad conyugal"⁴⁴.

La Enciclopedia Jurídica Omeba, lo define como: "un estatuto de disciplinamiento, o sea un conjunto de normas jurídicas articuladas en un sistema base del ordenamiento jurídico del hogar, por el que se conoce cómo se pondrán a contribución los patrimonios del marido y de la mujer para la satisfacción de las

⁴² Idem. P. 240.

⁴³ MARTÍNEZ ARRIETA Sergio. El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México. 1ª. Ed. México, Editorial Porrúa, S.A. 1984. P. 5.

⁴⁴ Idem. P. 84.

necesidades económicas de la familia. Las consecuencias o repercusiones que el matrimonio tendrá sobre la propiedad de aquellos y la especial afección a las situaciones de responsabilidad⁴⁵.

Es decir, el régimen matrimonial da las bases, o establece el marco legal en el que se van a desenvolver las relaciones patrimoniales, de los cónyuges. Pero en ningún momento se refiere de manera directa a la transmisión de los bienes específicos de cada uno de ellos.

Carlos Vidal Taquín, por su parte lo define como "el conjunto de normas que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con los terceros"⁴⁶.

Para Colín, citado por Vidal Taquín es: "el conjunto de reglas que fijan las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio, los derechos de terceros que contraten con ellos o que, por una cosa u otra, lleguen a ser sus acreedores, y finalmente los derechos respectivos de cada esposo el día en que llegue a disolverse el matrimonio"⁴⁷.

Entonces deducimos que el régimen patrimonial de bienes en el matrimonio, puede ser elegido por los futuros cónyuges a su conveniencia, ya sea que determinen el régimen de separación de bienes o que acuerden el régimen de la sociedad conyugal.

Ahora bien, estimamos que todo régimen patrimonial se constituirá por medio de un contrato por requerir innegablemente de un concierto de voluntades, que será expreso, cuando esté integrado plenamente por las capitulaciones matrimoniales, o bien será tácito por así llamarlo, cuando al no capitular las partes por tan sólo designar uno de los regímenes establecidos en nuestra legislación y en el caso de la

⁴⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba, Op. Cit. p. 537.

⁴⁶ VIDAL TAQUÍN Carlos. Régimen de Bienes en el Matrimonio. 3ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1967. p. 4.

⁴⁷ Idem. p. 64.

sociedad por firmar conformándose con el formato que de capitulaciones matrimoniales se les presenten, acepten la aplicación del sistema propuesto por el legislador como régimen supletorio, que en particular de nuestra legislación, lo no pactado se deberá tener por Separación de Bienes, o bien porque en su caso no acepten la aplicación inconsciente del conjunto de disposiciones normativas establecidas por el legislador para suplir las omisiones del caso, y por ende para regular el tipo de régimen elegido.

Consideramos que el régimen patrimonial del matrimonio, “es el conjunto de normas, convencionales o legales, que regulan la condición jurídica de los bienes de los cónyuges entre sí, y de éstos frente a terceros”.

Siendo que son pactos o convenios donde se establece el régimen legal de propiedad, administración y disfrute de los bienes de los consortes y de sus frutos, sea bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, puntos que se definirán posteriormente.

Por eso es preciso señalar la importancia dentro del régimen patrimonial del matrimonio, de no confundirlo con las capitulaciones matrimoniales y el pacto sobre el régimen matrimonial.

Bajo el criterio de los anteriores autores observamos que debe de tomarse en cuenta sobre la forma conveniente de organizar los regímenes patrimoniales aceptables.

Sin embargo, otros autores consideran convenientemente dejar en plena libertad a los contribuyentes para que sean ellos los que señalen cual va a ser el régimen conforme al que se regirá su matrimonio, teniendo como ventajas en cuanto a que, cada pareja escogerá libremente para ponerse de acuerdo sobre a quien pertenecen los bienes actuales, cómo se administrarán los bienes que con el común esfuerzo vayan adquiriendo, cómo se administrará y se dispondrá el matrimonio que

la familia vaya formando para proceder como mejor les convenga, situación que a futuro puede acarrear confusión en la aplicación del régimen o en la determinación de la propiedad y de la administración de los bienes, quedando en ocasiones uno de los cónyuges desprotegido.

En previsión de esas dificultades, otros autores sostienen que debe de permitirse la libre estipulación entre los cónyuges y a la vez regular así un régimen que pueda escogerse como supletorio para el caso en que éstos no quieran o no estén en posibilidades de pactar de forma independiente un régimen propio.

La legislación civil, fija un régimen básico para poder distribuir las responsabilidades y también da la oportunidad a los cónyuges de poder determinar el sistema que mejor les convenga conforme a sus intereses, así por medio del régimen se destinan los bienes de cada uno en ciertas proporciones y formas específicas, a garantizar la satisfacción de las necesidades matrimoniales.

Sergio Martínez Arrieta dice: "el régimen matrimonial sólo está conformado por normas direccionales, entendiéndose por aquellas las que de una manera abstracta indican la forma de estructurar el contenido del régimen matrimonial (sociedad conyugal o separación de bienes). El régimen matrimonial, es una consecuencia legal forzosa e integrante relativa al aspecto patrimonial, conformado por normas direccionales que nacen con la celebración del matrimonio"⁴⁸.

El maestro Rojina Villegas por su parte señala: "el artículo 98 fracción V del Código Civil vigente exige que con la solicitud del matrimonio se presente el convenio que los pretendientes deberán de celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran después.

En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el régimen de separación de bienes, en

⁴⁸ MARTÍNEZ ARRIETA Sergio. Op. Cit. P. 35.

consecuencia la ley no presume ningún sistema, sino que es obligatorio convenirlo expresamente, así el Juez del Registro Civil no deberá de proceder a la celebración del matrimonio si no se cumple con este requisito previo de fundamental importancia⁴⁹.

Sin embargo, aunque la ley previene que los contrayentes determinen el régimen patrimonial que consideren pertinente mediante las capitulaciones matrimoniales, en la actualidad, el Juez del Registro Civil puede celebrar el matrimonio sin cumplir este requisito previo aunque sea considerando como requisito esencial, y no de validez, aún cuando es de fundamental importancia en el aspecto patrimonial.

Concluyendo, en el convenio que se menciona es preciso señalar el tipo de régimen patrimonial elegido por los cónyuges, la forma en que habrá de regir respecto de los bienes de éstos, para que, de esta manera se pueda establecer en forma clara y precisa los casos concretos en que habrá de regir el régimen legal supletorio, y lograr que bajo de ninguna influencia o circunstancia la voluntad expresa y manifiesta de los cónyuges se vea afectada.

2.5 IMPORTANCIA DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL

El régimen patrimonial reviste una especial importancia en el matrimonio, tan es así que este se encuentra regulado por la legislación de la materia, y como hemos podido observar a través del tiempo los legisladores han adecuado los diversos regímenes patrimoniales del matrimonio a la realidad social imperante, en pro de potestar los bienes intrínsecos de la institución matrimonial.

La importancia de los regímenes patrimoniales, radica en la manifestación de la voluntad de los cónyuges, y de la evolución de las comunidades humanas.

⁴⁹ ROJINA VILLEGAS. Rafael Op. cit. p. 26

Consideramos que es esencial que los cónyuges piensen detenidamente sobre los alcances del régimen a elegir, ya que el mismo surge como una consecuencia inherente a la celebración del matrimonio.

La doctrina señala que el legislador se encuentra técnicamente mejor preparado para poder organizar un régimen aceptable, considerando las cosas en abstracto y aplicando un régimen previamente estudiado, puede establecer normas para que el patrimonio de los cónyuges resulte ser mejor distribuido de tal forma que resulte más equitativa y práctica, en consecuencia los cónyuges tendrán necesariamente que adoptar el o los sistemas que el legislador apruebe, adecuando sus necesidades e intereses a lo previamente establecido y considerado como legal.

En nuestro derecho los regímenes patrimoniales previamente establecidos son el de separación de bienes y el de sociedad conyugal, de los cuales los cónyuges deberán elegir y convenir a través de las capitulaciones matrimoniales, pudiendo en todo caso coexistir entre ellos y dar origen a un régimen mixto.

Así también el régimen patrimonial a que están sujetas las relaciones económicas de los bienes de los cónyuges entre sí surge como consecuencia de la celebración del matrimonio.

Ahora bien, la importancia y necesidad de los regímenes patrimoniales del matrimonio, se constituye por el dominio, administración y disposición de los bienes que cada uno de los cónyuges tenga al momento de celebrarse el matrimonio o de los que adquieran posteriormente.

2.6 RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SOCIEDAD CONYUGAL

EL Código Civil vigente en el Distrito Federal no da una definición concreta de lo que es lo sociedad conyugal, pero a decir del maestro Ramón Sánchez Medal, el Código Civil de 1989 señala: "la sociedad conyugal es el contrato por el que los

consortes, al momento o después de celebrar su matrimonio convienen en que cada uno de ellos conceda sobre determinados bienes de su propiedad al otro cónyuge una cierta participación en las utilidades de dichos bienes, pagadera a la terminación del mismo contrato⁵⁰.

A diferencia de los códigos civiles anteriores de 1870 y 1874 mismos que imponen como régimen legal la comunidad de ganancias, y a diferencia también de la Ley de Relaciones Familiares de 1917 que impuso el régimen de separación de bienes, el Código de 1928 así como el vigente no establecen de manera determinante un nuevo régimen legal sino que obligan expresamente a los consortes a elegir antes o al momento de contraer matrimonio a la elección de los regímenes ya existentes es decir sociedad conyugal y el de separación de bienes, debiendo además, estipular mediante capitulaciones matrimoniales el alcance y los efectos del régimen matrimonial de bienes que hayan escogido, pudiendo incluso lograr un régimen mixto que convine los anteriormente citados.

La sociedad conyugal tiene como elemento formal el que éste, en todos los casos debe constar por escrito y ante el representante del estado que para el caso lo es el Juez del Registro Civil.

Por otra parte la sociedad conyugal debe contener la manifestación de la voluntad de los consortes en la cual se estipulan el alcance y los efectos de dicha sociedad y que el Código señala como capitulaciones matrimoniales.

Como elementos reales del contrato de sociedad conyugal tenemos los siguientes: los bienes de la sociedad, el inventario, las deudas sociales, las aportaciones, la finalidad social, y el administrador designado.

Respecto de los bienes de la sociedad cabe señalar que no se transmite la propiedad de un consorte a otro por virtud de la sola sociedad, y en todo caso al

⁵⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles. Edit. Porrúa, S.A., México 1989, p. 396.

transmitir la propiedad de bienes de un consorte a otro se configura la donación entre cónyuges; respecto del inventario aunque la propia ley señala que deben existir capitulaciones matrimoniales al constituir la sociedad conyugal, en la práctica nunca se lleva a cabo; en cuanto a la finalidad nos estaremos a lo expresado en el punto 2.3 del presente capítulo; por lo que hace a las aportaciones, estas no implican una transmisión definitiva de la sociedad puesto que en caso de divorcio los bienes deben devolverse a quien los aportó; para finalizar en cuanto al administrador, y ya que no se genera entidad jurídica ni persona moral alguna, dicho administrador sólo actúa como mandatario del cónyuge.

2.7 RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES

Para Miguel Palomar, lo defina como "el que rige entre marido y mujer cuando el patrimonio y su administración se mantienen independientes, contribuyendo ambos cónyuges a los gastos familiares"⁵¹.

En este orden podemos concebir este tipo de régimen como, aquel sistema que delimita los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí, manteniéndolos independientes y autónomos, por corresponder a cada uno de ellos la administración y propiedad de los bienes de que sean dueños, garantizando así los intereses propios, sin que exista vinculación alguna entre los bienes de los consortes.

También el régimen de la separación de bienes puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los cónyuges al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después, así como sus frutos y accesiones.

Por lo tanto, el régimen de separación de bienes es aquel por medio del cual cada uno de los esposos mantiene de forma exclusiva la propiedad, goce, disfrute y administración de sus bienes, y responde exclusivamente de sus deudas, situación

⁵¹ Diccionario para Juristas. s.v. separación de bienes.

que variará según se adopte el régimen al momento de celebrarse el matrimonio o durante la duración del mismo.

Este sistema puede, en un momento dado, ser más conveniente que el régimen de sociedad conyugal desde el punto de vista afectivo moral, aunque en sentido estricto no se forma un interés común en el patrimonio de los cónyuges.

Se caracteriza en su forma absoluta por que cada cónyuge conserva en propiedad y administración lo que le es propio.

Para Martínez Arrieta el régimen de separación de bienes es; "en su más pura expresión, es aquel en el cual uno de los cónyuges ostenta en forma exclusiva el dominio y administración de los bienes que le pertenecen; si dicho régimen nace a la celebración del matrimonio, bien se puede decir que en él los cónyuges conservan en igual calidad el dominio y administración de sus bienes; en cambio, si se concreta durante el matrimonio, más que el conservar en el mismo un estatus jurídico como el dominio y la administración de los bienes, es el adquirir la facultad de administrar y disponer con plena independencia jurídica los bienes que les pertenezcan respectivamente"⁵².

Será parcial cuando los bienes no estén comprendidos en las capitulaciones del régimen de separación en donde se pacta que algunos bienes o frutos de éstos corresponderán a otro régimen matrimonial, y serán objeto del régimen de la sociedad conyugal que deben de constituir los cónyuges.

El régimen de la separación de bienes decimos que es aquel sistema en que la totalidad de los bienes de cada cónyuge fueron incluidos en las capitulaciones matrimoniales de separación, así como de los bienes y accesorios que en lo futuro obtengan por cualquier medio

⁵² MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio, Op. cit.p. 36.

Cabría únicamente agregar, como lo señala Alberto Pacheco Escobedo: "que en el régimen de separación absoluta, es necesario que ambos cónyuges contribuyan a las cargas del matrimonio y éste régimen desde luego tiene la gran ventaja de ser perfectamente claro ante terceros y clarifica también las relaciones patrimoniales entre los cónyuges al no confundir los patrimonios"⁵³.

A su vez, señala el mismo autor, Alberto Pacheco, que: "con este régimen, la situación patrimonial de los esposos sigue siendo la misma que antes del matrimonio, y éste no afecta el patrimonio de los contrayentes, con excepción de las obligaciones que se adquieren necesariamente en todo matrimonio, como son la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, y la de darse alimentos cuando se necesite".

De lo visto anteriormente podemos deducir, que el régimen de separación de bienes es el régimen patrimonial del matrimonio establecido en virtud de capitulaciones matrimoniales por convenio entre los cónyuges, en el cual cada uno conserva la propiedad, el goce y la administración de sus propios bienes, sin perjuicio de sus obligaciones.

Consideramos que la implantación del sistema de separación de bienes, resulta ser un avance en el ámbito legislativo, ya que en éste régimen los cónyuges aún después de celebrado el matrimonio seguirán ejerciendo el dominio y administración de sus propios bienes y que sólo tendrá por efecto mantener el estado patrimonial que ya ostentaban antes de la celebración del matrimonio.

La diferencia de antes o después de la celebración del matrimonio, bajo el régimen de separación de bienes, será la satisfacción de las cargas matrimoniales que recaerá en ambos cónyuges, aunque en lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios.

⁵³ PACHECO Alberto. *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, Vol. II, No. 5, sep. 1958. "Régimen supletorio del contrato de matrimonio en relación con los bienes", P.27.

Rafael Rojina Villegas dice al respecto: "el régimen de la separación de bienes no altera la obligación de cada uno de los cónyuges de contribuir a la educación y alimentación de los hijos, así como de las demás cargas del matrimonio"⁵⁴.

Por otro lado, en los matrimonios mexicanos generalmente es el hombre quien se dedica a generar los recursos económicos ordinarios del matrimonio, mientras que la mujer asume la dirección y cuidado de los trabajos propios del hogar y el cuidado de los hijos.

En opinión general, con base en el Código Civil vigente nos dice Manuel Chávez Asencio: "en caso eventual de que los cónyuges no celebraran capitulaciones matrimoniales habría que regir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges con arreglo al régimen de separación de bienes, ya que se establece que el marido y la mujer mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o de disponer de sus bienes propios, sin que para tal objeto el esposo necesite del consentimiento de la esposa y viceversa, estimo que no se trata de un régimen de separación de bienes en el Código Actual, sino de hecho que los consortes no convinieron entre sí régimen alguno y por lo tanto sus relaciones jurídicas respecto a los bienes se regularán como si de separación se tratara, no que se establezca un régimen legal de separación.

Es decir, el marido y la mujer tendrán la libre administración de sus bienes sin haber régimen legal, lo que se asemeja al régimen de separación de bienes.

Pero en el caso de capitulaciones matrimoniales incompletas, estaríamos ante la presencia de un posible régimen legal forzoso de sociedad conyugal para los bienes que no estuvieron comprendidos en las capitulaciones matrimoniales de separación"⁵⁵.

⁵⁴ ROJINA VILLEGAS Rafael. Op. cit. P. 26.

⁵⁵ CHÁVEZ ASECIO Manuel. Op. Cit.P. 4.

Por lo que el régimen de la separación de bienes opera en aquellos casos en que no se haya elegido alguno de los regímenes y cuando no se hayan pactado las capitulaciones matrimoniales, y no es necesario que consten en escritura pública cuando en las capitulaciones matrimoniales se pacte la separación de bienes siempre y cuando se celebre durante el matrimonio y los cónyuges no tengan bienes propios, pues no existen bienes propios que se vayan a transmitir, pero cuando se establezcan deberán de contener un inventario.

El régimen de separación de bienes al igual que cualquier otro régimen matrimonial, es una consecuencia de la institución del matrimonio, por lo tanto goza de la naturaleza de dicha institución.

Como ventajas de la separación de bienes, dice Martínez Arrieta: "mantiene la independencia y la libertad económica de cada uno de los cónyuges, impide la transmisión de riesgos entre los patrimonios de los cónyuges, aleja del todo el interés económico de los cónyuges, mantiene delimitado los patrimonios de cada cónyuge, y elude las dificultades de la liquidación"⁵⁶.

Aunque también hay autores que toman la separación de bienes con mucha reserva, permitidos para casos en concreto para personas maduras, de viudos con hijos con bienes anteriores al matrimonio.

Martínez Arrieta dice que: "el régimen de la separación de bienes supone el mínimo de relación posible, la obligación mutua de los alimentos entre los cónyuges y común frente a los hijos, se resuelve mediante la contribución proporcional de los esposos, la atribución de la dirección de la familia del marido y de la potestad doméstica a la mujer".

⁵⁶ MARTÍNEZ ARRIETA Sergio. Op. cit. p. 35.

Particularmente consideramos que bajo este régimen de separación de bienes, cada cónyuge tendrá garantizada la propiedad y administración de los bienes que le pertenezcan, sin tener que requerir en lo absoluto de licencia o autorización del otro cónyuge para disponer de los bienes que le son propios.

2.8 RÉGIMEN PATRIMONIAL MIXTO.

Existe en nuestro sistema la posibilidad de que los cónyuges pacten el sistema de sociedad conyugal para ciertos bienes y el de separación de bienes para otros o bien, que hasta cierta época de la vida matrimonial haya regido un sistema y después inicie otro.

Como lo establece el artículo 208 del Código Civil Vigente del Distrito Federal es factible la existencia de un régimen mixto, ya que señala:

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

Al respecto nos comenta Rojina Villegas "estipulándose el régimen de la sociedad conyugal para los inmuebles o bien, cabe que la separación se refiere a los productos del trabajo, profesión o industria o comercio que ejerce alguno de los cónyuges, siempre que en cuanto a los bienes exista la sociedad"⁵⁷.

También el régimen de la separación parcial puede concretarse a los bienes anteriores al matrimonio, para reputar comunes los que adquieran después.

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS Rafael. Op. cit. P. 26.

Así mismo, existe la posibilidad de que comprenda hasta determinada fecha durante la vida matrimonial y sólo a partir de ésta se pacte el régimen de comunidad, que a su vez puede ser absoluta o parcial".

El Código Civil en el artículo 209 estatuye lo siguiente:

Artículo 209. Durante el matrimonio, la separación de bienes puede terminar o ser modificada si así lo convienen los cónyuges. En todo caso, tratándose de menores de edad, deberán intervenir, presentando su consentimiento, las personas a que se refiere el artículo 148 del mismo ordenamiento jurídico".

En consecuencia, también existe la posibilidad que durante el matrimonio se dé término a la sociedad conyugal, para pactar la separación de bienes (artículo 207 del Código Civil vigente).

En el mismo sentido el artículo 197 del Código Civil permite que la sociedad conyugal termine por voluntad de los cónyuges, de tal suerte que al disolverse la misma se procederá a formar el inventario correspondiente, liquidándose la sociedad conyugal en los términos pactados en las capitulaciones matrimoniales otorgadas para el nuevo régimen.

El pacto de disolución del régimen de la sociedad conyugal, es al mismo tiempo un convenio de separación de bienes para el futuro, determinándose por virtud de la liquidación los bienes que correspondan a cada esposo.

El maestro Chávez Asencio, señala al respecto: "cabe la posibilidad de que los cónyuges pacten el sistema de sociedad conyugal para ciertos bienes, y el de separación de para otros, o bien, que al principio de su vida matrimonial hubieren convenido en un régimen y después lo cambiaren, en este último caso existe

coexistencia de ambos regímenes, sino que un régimen se extingue para dar vida a otro”.

La separación parcial nos dice Chávez Asencio: “puede existir referida a ciertos bienes. Por ejemplo; los muebles y estipular que la sociedad conyugal comprenda los inmuebles, o bien, también podría pactarse entre los cónyuges que la separación se refiera al producto del trabajo, profesión, industria o comercio de cada uno, y con relación a los otros bienes exista el régimen de la sociedad conyugal. También podría pactar que el régimen de la separación sea durante la vigencia se rija por la sociedad conyugal”.

Del estudio e interpretación de los artículos 207 y 208 del Código Civil, se entiende la posibilidad de crear un régimen patrimonial mixto.

Ignacio Galindo Garfias al respecto señala diversas posibilidades.

- a) Régimen de separación de bienes pactado en capitulaciones anteriores al matrimonio comprendiendo tanto los bienes adquiridos con anterioridad al mismo, cuanto los que se adquieran después.
- b) Régimen parcial de separación de bienes, cuando se refiera sólo a los adquiridos con anterioridad al matrimonio, estipulándose el régimen de sociedad conyugal para los que se adquieran durante la vida matrimonial.
- c) Régimen parcial de la separación de bienes, cuando las capitulaciones se pacten durante el matrimonio, de tal manera que exista el régimen de separación de bienes, o bien, cabe la situación contraria, es decir, que primero haya existido el régimen de la separación de bienes hasta la fecha de la capitulaciones y después sobrevengan el régimen de sociedad conyugal.

- d) Régimen mixto en cuanto a que se pacte separación para ciertos bienes (artículo 208 del Código Civil vigente)⁶⁸.

Este sistema de regímenes mixtos deberá de regularse, desde luego por las capitulaciones matrimoniales, en las que será necesario, como consecuencia, aplicar en cuanto al régimen de la sociedad conyugal los requisitos que se establecen para su celebración y funcionamiento, así como los que resulten propios del régimen de separación de bienes.

Nuevamente ante éste sistema previsto en el Código Civil, da la posibilidad simultánea del régimen de separación de bienes y el del régimen de sociedad conyugal, ofreciendo una serie de posibilidades a los cónyuges quienes llegado el caso podrán elegir cualquier forma de relación que consideren adecuada, siempre y cuando se cumplan las prescripciones legales.

El régimen mixto al contener al régimen de separación de bienes y del régimen de sociedad conyugal goza de las características inherentes de cada uno de ellos.

⁶⁸ GALINDO GARFIAS Ignacio. *Op. cit.* p. 21.

CAPÍTULO TERCERO

REGULACIÓN JURÍDICA DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

3.1 CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

En el Título Quinto, Capítulo VI, del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se incluye la norma reguladora de lo que llamamos el régimen de Separación de Bienes regulado en los Artículos 207 al 218 mismos que señalan:

"Artículo 207. Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después.

En atención a lo que estableció la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que impone el régimen de separación de bienes, el Código Civil vigente en el Distrito Federal, deja medianamente a salvo la esencia de la figura jurídica que nos ocupa, ya que aún ahora como en las Códigos anteriores, los cónyuges deben forzosamente elegir entre la sociedad conyugal y la separación de bienes, debiendo estructurar mediante las capitulaciones matrimoniales el alcance del régimen que estos elijan, o bien combinarlos para formar un régimen mixto; elección que deberá ser tomada antes o durante la celebración del matrimonio.

En este sentido, si los contrayentes no celebraron las capitulaciones matrimoniales por escrito o éstas son deficientes, habría que regir la relación patrimonial entre los cónyuges mediante la separación de bienes ya que si son mayores de edad cada uno tiene la capacidad legal para administrar los bienes propios de la manera que más convenga a sus intereses personales, ya que no

necesitan ambos la autorización del esposo o esposa, en atención a la capacidad jurídica de cada una de los cónyuges.

En atención a lo anterior, el autor Sánchez Medal señala: "...también en el Código Civil Vigente puede decirse que existe un régimen legal de bienes en materia de matrimonio, ya que si a pesar de lo ordenado por los artículos 98, fracción V, 99 y 103, fracción VII, del Código Civil, los contrayentes no celebraron capitulaciones matrimoniales expresas o estas fueron incompletas, habría que regir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges *con arreglo al régimen de separación de bienes*, en ya que establece el legislador como una norma general, que " el marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad general para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejercitar las acciones y oponer excepciones que a ellos corresponde, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquel; *salvo a lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes* (172, reformado)"⁵⁹.

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

"Artículo 209. Durante el matrimonio, la separación de bienes puede terminar o ser modificada, si así lo convienen los cónyuges. En todo caso, tratándose de menores de edad, deben intervenir, prestando su consentimiento, las personas a que se refiere el artículo 148. Reforma del 20/05/00."

Al respecto el maestro Sánchez Medal señala: "si la sociedad conyugal o la separación de bienes se establecen por los cónyuges ya durante la vigencia de su matrimonio, para sustituir un régimen de bienes por otro, es necesaria la previa autorización judicial en virtud de que los cónyuges necesitan de ésta autorización

⁵⁹ MEDAL SÁNCHEZ, Ramón Op. Cit. P. 398

judicial para contratar entre sí (Art. 174, Código Civil y Art. 938-II, Código de Procedimientos Civiles)⁶⁰.

“Artículo 210. No es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes antes de la celebración del matrimonio. Si se pacta durante el matrimonio, se observaran las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate.”

Es importante destacar, que respecto a las formalidades a que se refiere el artículo anterior se debe seguir lo establecido en el ordenamiento citado de acuerdo a las formalidades de los contratos, es decir, de tratarse de bienes inmuebles, la transmisión de la propiedad deberá constar en la escritura pública correspondiente.

“Artículo 211. Las capitulaciones que establezcan separación de bienes siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, y nota especificada de las deudas que al casarse tenga cada consorte.”

Como se ha mencionado, las capitulaciones matrimoniales son pactos o convenios que los contrayentes celebran antes o durante la celebración del matrimonio en las cuales se constituye el régimen matrimonial que estos consideren, y en las cuales se reglamenta la administración de los bienes, que para el caso de la separación de bienes ésta recae en el propietario de los mismos; dichas capitulaciones pueden ser modificadas durante el matrimonio ante el Juez de lo familiar.

“Artículo 212. En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, y por

⁶⁰ Idem. P. 40.

consiguiente todos los frutos y accesorios de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos.”

“Los bienes a los que se refiere el párrafo anterior deberán ser empleados preponderantemente para la satisfacción de los alimentos de su cónyuge y de sus hijos, si los hubiere, en caso de que se les deje de proporcionar injustificadamente, estos podrán recurrir al Juez de lo Familiar, a efecto de que les autorice la venta, gravamen o renta para satisfacer sus necesidades alimentarias. Gaceta Oficial del D.F. 25/05/00.”

“Artículo 213. Serán también propios de cada uno de los consortes, los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvieren por servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria.”

Cabe mencionar que de acuerdo con lo que establece el Código civil vigente, en su capítulo correspondiente a los bienes con relación al matrimonio, mientras no se pruebe que los bienes o utilidades logrados por alguno de los cónyuges pertenecen sólo a uno de ellos, éstos, se tendrán como parte de una sociedad conyugal, correspondiendo por partes iguales a cada cónyuge; ahora bien, independientemente de lo establecido en las capitulaciones matrimoniales, son propios de cada uno de los cónyuges, salvo pacto en contrario y de conformidad con el artículo 182 Quintus:

- a) Los bienes y derechos que le correspondan al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que posea antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere mediante prescripción durante el matrimonio.
- b) Los bienes adquiridos después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna.

- c) Los bienes adquiridos por cualquier título propio, que sea anterior al matrimonio, aunque la adjudicación se haya hecho después de la celebración de éste; siempre que todas las erogaciones que se generen para hacerlo efectivo, corran a cargo del dueño de éste.
- d) Los bienes que se adquirieran con el producto de la venta o permuta de los bienes propios
- e) Objetos de uso personal.
- f) Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio, salvo cuando éstos integren o pertenezcan a un establecimiento o explotación de carácter común. No perderán el carácter de privados por el hecho de haber sido adquiridos con fondos comunes, pero en este caso el cónyuge que los conserve, deberá pagar al otro en la proporción que corresponda.
- g) Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio tendrán el carácter de privativo cuando la totalidad o parte del precio alzado se satisfaga con dinero propio del mismo cónyuge, se exceptúan la vivienda, enseres y menaje familiares.

"Artículo 214. (Derogado)"

"Artículo 215. Los bienes que los cónyuges adquirieran en común por donación, herencia, legado, por cualquiera otro título gratuito o por don de la fortuna, entretanto se hace la división serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en ese caso, el que administre será considerado como mandatario."

En este caso así como en el de la sociedad conyugal, el administrador de dichos bienes no tiene más que el carácter de mandatario tal como lo menciona el maestro Sánchez Medal: "En cuanto al administrador es de destacarse que no representa a ninguna entidad jurídica ni a ninguna persona moral, puesto que la sociedad conyugal es una verdadera sociedad oculta y no crea ninguna persona moral, Dicho administrador es, pues, solo un mandatario, que exige, por lo tanto, el otorgamiento expícito de un mandato de un cónyuge a otro cónyuge (215 in fine), y requiere siempre facultades claras y expresas(189-VII in fine)"⁶¹.

"Artículo 216. En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten; pero si uno de los cónyuges, por ausencia o impedimento del otro, se encarga temporalmente de la administración de los bienes del ausente o impedido, tendrá derecho a que se le retribuya por éste servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere. Gaceta Oficial del D.F. 25/05/00"

"Artículo 217. El marido y la mujer que ejerzan la patria potestad se dividirán entre sí, por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede."

"Artículo 218. Derogado (Gaceta oficial del D.F. 25/05/00)."

La adición al artículo 216 de la posibilidad de obtener retribución económica por parte de uno de los cónyuges en caso de ausencia, así como de las diversas adiciones y reformas que presenta el decreto de fecha 25 de mayo de 2000, atiende a la necesidad de "que se reconozca de manera expresa el trabajo en el

⁶¹ Ibidem. P. 402.

hogar o el cuidado de los hijos como contribución económica al sostenimiento del hogar⁶².

LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES.

Sobre la administración de los cónyuges no debe haber mayor problema si partimos de la base que corresponde la propiedad exclusiva de sus bienes a cada consorte, la administración lógicamente corre la misma suerte.

Pero en el caso que en el régimen de separación de bienes, los cónyuges recibieran en común ciertos bienes a título gratuito (donaciones, herencias, o legados) o por don de la fortuna. Si eso sucede, mientras se hace la división los bienes serán administrados por ambos, o por uno de ellos de acuerdo con el otro; el administrado será considerado como mandatario. (Art. 215 del C.C.).

En cuanto a la asistencia mutua que debe proporcionarse la pareja dentro del matrimonio la encontramos en la reforma al artículo 216, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de diciembre de 1983.

Al no cobrarse entre los cónyuges retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten, o por los consejos o asistencia que se dieren.

MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Durante el matrimonio la separación de bienes puede terminar o modificarse para ser sustituida por la sociedad conyugal: pero si los consortes son menores de edad se observará lo dispuesto en el artículo 181. lo mismo se observará cuando las capitulaciones se "modifiquen" durante la menor edad de los cónyuges.

⁶² BATRES GUADARRAMA, Martí. Iniciativa de Reforma Sesión del 14 de Abril de 2000, Palacio Legislativo Sn. Lázaro, México p. 96.

Recordamos que la forma de llevar a cabo la "modificación" es con base en que los consortes expresen su consentimiento en un convenio, que tendrá que ser aprobado judicialmente.

La modificación no implica que necesariamente se tenga que terminar el régimen de separación, porque puede resultar su modificación, de una separación total a una parcial y viceversa.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

En su más pura expresión, el régimen patrimonial de separación de bienes es aquel en el cual cada uno de los consortes ostenta en forma exclusiva el dominio y administración de los bienes que les pertenecen.

"En sustancia no existen muchas notas cualitativas para distinguir entre la naturaleza de las normas conformadoras de la separación de bienes, a la de los patrimonios separados existentes antes de la celebración de las nupcias, pues en ambos casos cada consorte conserva la administración y dominio de sus bienes; sin embargo, creemos que la nota distintiva radica en el interés público que matiza al régimen de separación de bienes, pues sobre éste pesa la satisfacción de las cargas matrimoniales, circunstancia ésta que no existe antes de la boda"⁶³.

DIVERSAS CLASES DE SEPARACIÓN DE BIENES.

De acuerdo a su fuente tomaré en cuenta tres clases:

Régimen Legal. Este régimen se instituye por mandato imperativo de la ley, pudiendo ser, a su vez, derivado de un acto sancionador.

⁶³ MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio. Op. cit. p. 19.

- a) Régimen Legal Sancionador.- Aplicable a aquellos matrimonios celebrados bajo el régimen de sociedad conyugal y que sean declarados judicialmente nulos o ilícitos, según lo previenen los artículos 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, y 261 del Código Civil.
- b) Régimen Legal Alternativo.- Este tipo de Régimen está instituido aún en el Código Civil para el Estado de Veracruz.

Régimen Judicial. Esta separación de bienes se da como consecuencia de la declaración de ausencia de alguno de los cónyuges, según está previsto por el artículo 195 del Código Civil.

Convencional. Este régimen de separación de bienes se da en virtud del convenio entre los cónyuges, pudiendo surgir durante el matrimonio, según previsión del artículo 209 del Código Civil.

Otra forma en que los cónyuges convienen para la creación de su régimen de separación de bienes es la establecida por el Código Civil en su artículo 208, el cual establece:

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

Por lo anterior, y como ya se ha mencionado, se deberá distinguir entre separación de bienes total y separación de bienes parcial.

Separación de bienes total, será cuando los bienes pertenecientes a alguno de los cónyuges, no se incluya en el convenio de gananciales, de la sociedad conyugal o cuando la sociedad conyugal se refiera únicamente a los bienes inmuebles y la

separación de bienes a los productos del trabajo, profesión, industria o comercio ejercidos por alguno de los cónyuges.

Rojina Villegas aclara: "Siempre que en cuanto a los bienes exista la sociedad y agrega que incluso la separación parcial puede concretarse a los bienes anteriores al matrimonio, para refutar comunes los que se adquirieran después"⁶⁴.

Es claro que dentro de la separación de bienes no acontecen los problemas relativos a la administración de los bienes que se dan en la sociedad conyugal, puesto que para regular estos casos la legislación categóricamente establece que ya sea ésta o los frutos, productos del trabajo serán del cónyuge que los genere, que sea propietario o responsable de ellos.

Excepción a lo anterior resulta lo establecido por el artículo 189 del Código Civil, a elección de los cónyuges.

3.3 CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

"El régimen de separación de bienes, no contiene masa indivisa, activa o pasiva, ni durante el matrimonio, ni a su disolución y que deja conservar cada uno de ellos la administración, la disposición y el disfrute de los mismos"⁶⁵.

Nuestro Código Civil lo define en su artículo 212:

"Artículo 212. En el régimen de separación de bienes 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 de ellos."

⁶⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. P. 419.

⁶⁵ MAZEAUD HENRI y León Jean, Lecciones de Derecho Civil, Volumen I (Los Regímenes Matrimoniales) Ediciones Jurídicas Europa-América-Buenos Aires p. 641.

"Los bienes a los que se refiere el párrafo anterior deberán ser empleados preponderantemente para la satisfacción de los alimentos de su cónyuge y de sus hijos, si los hubiere, en caso de que se les deje de proporcionar injustificadamente, estos podrán recurrir al Juez de lo Familiar, a efecto de que les autorice la venta, gravamen o renta para satisfacer sus necesidades alimentarias. Gaceta Oficial del D.F. 25/05/00."

En consecuencia no se transmite la propiedad de los bienes de los cónyuges, no existe copropiedad, no hay administrador de los bienes de sociedad ya que no hay sociedad entre cónyuges, tal como lo mencionan los siguientes autores:

"La separación supone el mínimo de relación posible. La obligación de alimentos, mutua entre los cónyuges y común frente a los hijos, se resuelve mediante la contribución proporcional de los esposos, la atribución de la dirección de la familia al marido, y la de la potestad doméstica a la mujer. El Código Civil que se comenta con esto y con regular la posición de la mujer frente a su patrimonio, no contiene presunciones de propiedad de los bienes ni preceptos sobre liquidación de lo pagado por las deudas domésticas, administración de hecho por el marido, empleo de los fondos sobrantes, colaboración entre los cónyuges en trabajo, empresas y negocios, etc.; cuestión que, en principio, habrán de apreciarse conforme a las reglas ordinarias del derecho patrimonial y a las directrices antes indicadas"⁶⁶.

"Este régimen no afecta en forma alguna a la responsabilidad de sostenimiento de la familia puesto que ambos cónyuges, por disposición expresa de la ley, están obligados a contribuir a las cargas del hogar en proporción a sus posibilidades"⁶⁷.

⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis. Derecho de Familia, Barcelona, Librería Bosch, 1963, p. 662.

⁶⁷ CARRERAS MALDONADO, María. Algunas consideraciones en relación a la sociedad conyugal, Rev. El Foro 6º num. 15, p. 54.

Entrando a nuestro estudio, primeramente nos debemos preguntar si en realidad es correcto que se pacte expresa y directamente, a través de las capitulaciones, el régimen de separación de bienes para que éste tenga existencia. A mayor abundamiento, si tomamos en cuenta que la legislación civil en su numeral 207 nos dice: "Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial", resulta fatal concluir que efectivamente es necesario capitular para dar nacimiento al régimen de separación.

La necesidad de pactar la separación surgió en los códigos anteriores, obedeciendo a la existencia de la sociedad legal como régimen supletorio, pero al desaparecer ésta, tal exigencia se ve injustificada, pues los consortes conservan la administración y dominio de sus bienes al igual que antes de la boda.

Apoyamos nuestra opinión con el comentario de Alberto Pacheco: "Si los cónyuges pactan como régimen patrimonial de su matrimonio el de separación de bienes o el de sociedad legal, no es necesario que existan capitulaciones en escritura pública, (Art. 210) es más extremando los términos, ni siquiera es necesario que celebren capitulaciones, pues en el primer caso separación de bienes los patrimonios personales quedan perfectamente definidos; son, bajo este punto de vista, dos extraños, con sus derechos y obligaciones propios e independientes, y basta la presentación del acta de matrimonio que mencione esta circunstancia para que cualquier tercero que contrate con alguno de los cónyuges sepa con toda claridad el régimen matrimonial a que está sujeto"⁶⁸.

Sin olvidar que las capitulaciones como el convenio son de suma importancia para la constitución de este tipo económico-matrimonial, para establecer una separación parcial respecto a ciertos bienes, o limitarse a la propiedad sin incluir

⁶⁸ PACHECO, Alberto. Op. Cit. P. 44.

ganancia; de la misma forma se pueden establecer variantes sobre la administración y algo más importante la forma que han de solventar las cargas del matrimonio.

Para terminar con el presente punto es importante hacer hincapié en que en estos tiempos las nuevas parejas eligen el régimen que nos ocupa por las características que ya hemos señalado y por la autonomía que brinda en el manejo de los bienes propios de cada individuo.

Cabe afirmar que tratándose de separación de bienes no habrá lugar a repartición de patrimonio, no a repartición del pasivo, ni se aplicarán, si los cónyuges no lo hubiesen pactado así, reglas especiales para el régimen de comunidad reducida a gananciales. Tampoco habrá lugar a subrogación de bienes, ni a liquidación de los mismos por disolución de la sociedad, ni la intervención del Juez para decretar a quién pertenecen los mismos.

3.4 FORMAS DE DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Las formas en que puede terminar la separación de bienes pueden ser:

1.- **MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN:** mediante convenio entre los cónyuges, para dar así paso al régimen de sociedad conyugal o bien a un régimen mixto, cabe mencionar que es necesaria la autorización judicial.

2.- Por muerte de alguno de los cónyuges o de ambos.

3.- Nulidad del matrimonio o declaración judicial.

4.- Por disolución del vínculo matrimonial.

3.5 JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, en el caso que nos ocupa, juega un papel muy importante en la resolución de problemas derivados a las reformas establecidas en el Código Civil del Distrito federal del 25 de mayo de 2000, en especial a lo concerniente a la aplicación de dichas reformas y en concreto del artículo que se critica en el presente trabajo, dado la naturaleza de la ley en general, a la entrada en vigor de la norma el conflicto se presenta en la aplicación retroactiva de la Ley y en la practica a la unificación de criterios que los Jueces aplican a la resolución de los divorcios que se presentan invocando la reforma de la ley y de la aplicación del artículo 289 bis.; para tal efecto y ya que compartimos plenamente la idea de la especialista e investigadora en Derecho Lic. Teresa Lobo, al efecto se transcribe su artículo publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

"RETROACTIVIDAD DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y JURISPRUDENCIA

Teresa Lobo:

El párrafo 1 del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". Por otro lado, el artículo 5o. del Código Civil para el Distrito Federal, reitera lo anterior de la siguiente manera: "A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna"; sin embargo, decir que una ley es retroactiva porque se aplica hacia el pasado (situaciones jurídicas creadas con anterioridad), es un argumento simplista y carente de un verdadero estudio y análisis de la figura de la retroactividad y de los derechos adquiridos.

Ahora bien, con motivo del Decreto que derogó, reformó y adicionó diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal con fecha 25 de mayo de 2000, el cual entró en vigor el día 1o. de junio de 2000, se incorporó a dicho ordenamiento jurídico el reconocimiento, mediante una remuneración económica, al trabajo doméstico,

siendo éste aplicable en una primera etapa, como indemnización con motivo del divorcio.

En éste tipo de juicio, los cónyuges se encuentran frente la posibilidad de resolver sus conflictos y concertar mediante la suscripción de un convenio; si no es así, el Poder Judicial debe determinar la procedencia o no, de sus pretensiones; en éste último supuesto, y en ocasiones, la disolución del vínculo matrimonial no es en sí el conflicto litigioso relevante, ya que ambos cónyuges pudieran estar de acuerdo al respecto; casos en los que sus diferencias se cargan sobre la situación en que quedan los hijos en relación a los padres, cuando los hay, la determinación de la custodia y régimen de convivencia, que puede ser difícil de conciliar entre los afectados; así como de los aspectos patrimoniales inherentes, ya sea, a la patria potestad o alguno de los divorciantes, así como de repartir los bienes habidos durante la vigencia del matrimonio entre éstos con motivo de su disolución.

En éste último supuesto, la repartición de los bienes con motivo de la liquidación de la sociedad conyugal debe realizarse conforme a las capitulaciones matrimoniales, y existe a la fecha basta jurisprudencia sobre el tema.

Sin embargo, con motivo del Decreto mencionado los cónyuges pueden solicitar, además del pago de una pensión alimenticia definitiva derivada del artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal y del pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados derivada del párrafo 4 del artículo 288 de dicho ordenamiento jurídico, el pago de una indemnización equivalente hasta el 50% del valor de los bienes adquiridos durante el matrimonio, derivada del artículo 289 bis del mencionado Código, siempre y cuando, durante la vigencia del mismo, no trabajara, ni desempeñara alguna actividad remunerada de forma regular y permanente, estuviera dedicado al cuidado y atención de hijos, de su cónyuge y del hogar; no hubiera adquirido bienes de valor y cuando su cónyuge sí los hubiera adquirido.

Regresando al tema de la retroactividad de las leyes, sin duda alguna esta nueva norma es aplicable a los matrimonios contraídos con posterioridad a su

entrada en vigor, pero qué sucede cuando los contendientes contrajeron nupcias con anterioridad.

¿Puede considerarse que el juez que hubiese condenado al cumplimiento con dicha indemnización, estaría aplicando retroactivamente el precepto legal en comento?

Para dar respuesta a lo anterior debemos atender a que el principio general es la aplicación inmediata de toda ley, esto es, que se aplica en el presente, pero que no puede ser aplicada al pasado, principio que como cualquier otro admite excepciones y salvedades.

En la doctrina destacan 3 teorías sobre la retroactividad de las leyes; a saber: a) la teoría tradicional o de los derechos adquiridos (cuyo exponente es Merlin); b) la teoría de las situaciones jurídicas abstractas y de las situaciones jurídicas concretas (cuyo exponente es el jurista francés Bonnetcase); y, por último, c) la teoría de los hechos pasados y de los hechos futuros (cuyo representante es Planiol).

La primera teoría formula que una ley es retroactiva cuando desconoce derechos adquiridos conforme a una ley anterior, no lo es si su desconocimiento es de meras expectativas de derecho. Los derechos adquiridos se definen como aquellos que han entrado a nuestro dominio, que forman parte de él y que no pueden ser quitados a quien los tiene.

Por otra parte, la segunda de las teorías postula que por situación jurídica corresponde la manera de ser de cada uno frente a una regla de derecho. Solamente que, mientras por la noción de situación jurídica abstracta entendemos la manera de ser eventual o teórica de cada uno respecto de una ley determinada, sucede de distinta manera con la situación jurídica concreta. Esta es, en oposición a la situación jurídica abstracta, la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto o de un hecho jurídico que ha hecho actuar en su provecho o en su contra las reglas de una institución jurídica, confiriéndole al mismo tiempo y efectivamente, las ventajas o las obligaciones inherentes al funcionamiento de esta institución.

La tercera de las teorías postula de forma concreta que la ley es retroactiva cuando se aplica al pasado, ya sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, ya sea para modificar y suprimir los efectos de un derecho, efectos que se han realizado.

En el mismo orden de ideas, la aplicación concreta de la norma ha llevado a la creación de varias tesis jurisprudenciales relevantes sobre el tema de la retroactividad como la que se refiere a las diversas teorías sobre el tema, en los siguientes términos:

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 L 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".

Sobre la teoría de los derechos adquiridos resulta relevante el contenido de la siguiente tesis:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY (TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS) (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DE YUCATÁN). El Código Civil de Yucatán como los demás que rigen en los diversos estados del país, calcados del Código del Distrito Federal de mil novecientos veintiocho, ha pretendido resolver el problema de la retroactividad de la ley, mediante la siguiente fórmula: "Las disposiciones de éste código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores a su vigencia, en cuanto con su aplicación no se violen derechos adquiridos" (artículo segundo transitorio).

El legislador acogió en éste precepto, la teoría del llamado "derecho adquirido", respecto de la cual Nicolás Coviello, en su obra Doctrina general del Derecho civil dice: que no sólo es vaga e incierta en sí misma y sin sólida base científica, sino también de aplicación difícil y a menudo imposible, para resolver los casos variadísimos que se presentan; que no hay acuerdo entre los varios autores de la teoría, sobre si la intangibilidad del derecho adquirido significa respecto de su existencia únicamente, o también de las consecuencias que constituyen sus varias manifestaciones, y que hay también desacuerdo sobre el concepto mismo de "derecho adquirido", locución ésta que es defectuosa, pues si no puede haber en concreto un derecho subjetivo, sin un hecho adquisitivo, del cual derive en favor de una persona determinada un poder para con otra, lo mismo vale "derecho" a secas, que "derecho adquirido". También Roberto Ruggiero, al referirse a la noción del "derecho adquirido", en sus "instituciones de derecho civil", expresa que sus definiciones son tantas, cuantos son los escritores que las suscriben. Ante semejante desconcierto doctrinal, ha habido quien sostenga que dicha teoría debe desterrarse del campo de la ciencia jurídica, y algunos códigos modernos no la han acogido, apartándose de la antigua tradición (Código Civil alemán).

De cualquier modo, es necesario fijar la interpretación del artículo segundo transitorio del Código Civil de Yucatán, antes transcrito, y para ello debe notarse que ese precepto excluye la aplicación de la nueva ley, respecto de los derechos que tuvieron lugar antes de su vigencia, ya que sólo habla de los

efectos jurídicos de tales hechos, y excluye también los efectos realizados antes de la aparición de dicha ley, por la primordial razón que domina toda esta materia y que consiste en que "la ley no puede obligar antes de existir"; pero si la ley no puede gobernar las causas que produjeron aquellos efectos, ni los efectos mismos, porque unas y otros son anteriores a su aparición, no puede decirse lo propio con respecto a los efectos jurídicos realizados después de dicha aparición, por más que resulten generados por hechos ocurridos antes; en otros términos, no cabe aplicar la nueva ley ni a los actos ni a los efectos de los mismos, que se hubieran realizado bajo el imperio de la ley anterior, sino tan sólo a los efectos que se realizaren después. Esta interpretación encuentra apoyo en la concepción romana. La célebre Ley 7, título XIV, libro I del código, se haya concebida en estos términos: "Es cosa cierta que las leyes y Constituciones rigen y disciplinan negocios futuros, y no hechos pasados, salvo que expresamente hayan estatuido lo contrario, ya sea comprendiendo el tiempo pasado o bien los negocios que estén todavía pendientes". Esto quiere decir que si una explícita declaración en contrario, del legislador, los hechos jurídicos y todas sus consecuencias legales se rigen exclusivamente por la ley que se hallaba en vigor al tiempo en que aquellos se produjeron. La ley romana, en el silencio del legislador, admite en toda su pureza el principio de la irretroactividad, según el cual, la ley sólo dispone para lo futuro, no para lo pasado, y en éste se comprende, según el pensamiento de Pascual Fiore, no sólo el hecho de que puede depender la adquisición de un derecho, sino también los efectos legales de ese hecho, ya nacido e individualmente adquirido, "que se deben considerar como derechos accesorios de aquel derecho principal, y por tanto, sujetos a la autoridad de la misma ley vigente en el momento en que nació el derecho principal de que emanan" (De la irretroactividad e interpretación de las leyes), Coviello, en su obra citada, expone así su teoría:

La ley nueva no es aplicable a consecuencias de hechos pasados, aun efectuadas bajo su imperio, cuando su aplicación tenga como presupuesto necesario el hecho pasado, ya porque no fue conforme a la nueva ley, o bien por constituir el elemento de hecho de que surgen consecuencias jurídicas que

no habrían nacido para la antigua ley; en cambio la nueva es aplicable en la hipótesis contraria...

Más adelante, el propio autor resume así su teoría: "La máxima ley no tiene fuerza retroactiva", significa que el juez no puede aplicarla a hechos pasados, o desconociendo las consecuencias ya realizadas, o quitando eficacia o atribuyendo una diversa a las consecuencias nuevas, sobre la base única de la apreciación del hecho pasado. Hecha esta exposición doctrinal, entremos al estudio del artículo segundo transitorio, del Código Civil de Yucatán y observemos que este precepto impone una cortapisa a la aplicación de la nueva ley, en cuanto a los efectos jurídicos realizados después de la aparición de aquélla, cortapisa que consiste en que con tal aplicación no se violen derechos adquiridos, esto es, derechos engendrados en virtud del acto que se consuma al amparo de la ley reguladora del mismo. La Suprema Corte de Justicia, desecha toda idea, toda invocación a la doctrina inexistente del "derecho adquirido", contrapuesta a la noción de mera expectativa, y reteniendo sólo la primera noción, por tal entiende el derecho a secas, esto es, "cualquier interés jurídicamente protegido". Conviene, antes de terminar éste estudio, hacer referencia a la doctrina de Ferrara.

La teoría que nosotros proponemos (dice el tratadista), es la del respeto de los hechos realizados, pero rigurosamente formulada sin restricciones ni adiciones complementarias. Se trata de una regla única y precisa que puede formularse así: tempus regit factum. Todo hecho jurídico, ya sea un acontecimiento casual o un acto jurídico, se regula tanto en lo que mira a sus condiciones de forma como de sustancia, cuanto por lo que atañe a todos sus efectos -pasados, presentes o futuros-, por la ley del tiempo en que el hecho quedó jurídicamente realizado, salvo que la nueva ley quiera excluir en mayor o menor medida la eficacia del antiguo ordenamiento jurídico. Pero mientras esta cláusula de exclusión de la nueva ley, no resulta establecida expresa o tácitamente, rige el ordenamiento jurídico anterior que acompaña los hechos y relaciones que nacieron bajo su imperio, a través del nuevo régimen jurídico (Tratado de derecho civil italiano).

La Suprema Corte de Justicia considera que la disposición transitoria del Código de Yucatán, no se ajusta exactamente ni a las doctrinas ni a la regla romana antes invocadas, si bien éstas prestan seguro apoyo a la interpretación que se ha dado a ese precepto. En resumen, hay que distinguir dos categorías de efectos: los que se produjeron con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, y los posteriores a la misma; los primeros caen bajo el régimen de la ley derogada; los segundos se gobiernan por la ley derogatoria. Lo más jurídico sería que también estos últimos se normaran por la de abolida; pero esta interpretación tan radical, no puede sostenerse frente a los términos de la disposición legal de que se trata.

También la jurisprudencia ha contemplado otra teoría, la de los componentes de la norma, para determinar la aplicación retroactiva de las normas, como se observa de la tesis siguiente:

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 párrafo 1 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 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, el supuesto 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 complejos, 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 éste 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 ejecutados 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 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 éste caso la nueva disposición tampoco deberá suprimir, modificar o condicionar las consecuencias no realizadas, 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 éste caso, 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 norma posterior, ésta no puede considerarse retroactiva.

En esta circunstancia, los actos o supuestos habrán de generarse bajo el imperio de la norma posterior 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.

Ahora bien, con relación a la nueva figura jurídica prevista en el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, materia de nuestro estudio existen tres posibilidades, considerarla inaplicable al matrimonio contraído con anterioridad a la entrada en vigor de la misma; aplicable a los matrimonios contraídos con anterioridad pero a partir de la vigencia de la norma; o bien, aplicable a los

matrimonios contraídos con anterioridad a su vigencia atendiendo a que no está desconociendo, violentando o suprimiendo un derecho adquirido por alguno de los cónyuges o por ambos.

Atendiendo a las tesis transcritas se puede concluir que una ley es retroactiva cuando viola o suprime un derecho adquirido. Dicho lo anterior, a contrario sensu, cuando la ley no viola o no suprime un derecho adquirido ésta no se está aplicando de forma retroactiva en perjuicio de alguien.

Del contenido del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende la creación de un derecho a favor de cualquiera de los cónyuges a demandar de su otro cónyuge el pago de la indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiera adquirido, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1) haberse casado bajo el régimen patrimonial de separación de bienes; 2) que el cónyuge demandante se hubiera dedicado de forma preponderante al trabajo del hogar, en su caso, al cuidado de los hijos; y 3) no haber adquirido bienes, o si los adquirió que estos sean inferiores a los del otro cónyuge.

Resulta necesario precisar que no es un derecho creado a favor exclusivamente de la mujer, sino que es un derecho abierto a cualquiera de los cónyuges que reúna los requisitos y condiciones antes mencionados.

En este orden de ideas, para determinar si dicha reforma legislativa se está aplicando de forma retroactiva es necesario contestar la siguiente pregunta ¿cuál es del derecho que ha suprimido o violado la entrada en vigor del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal?

Puede considerarse que con la reforma se crea un nuevo derecho (para ambos cónyuges), pero no suprime uno adquirido y en consecuencia, si no existe un derecho, éste no puede ser suprimido, luego entonces, la reforma legislativa no se aplica retroactivamente en perjuicio de persona alguna, aun cuando el matrimonio se hubiere celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, ya que no hay un derecho adquirido que pueda verse suprimido.

Al respecto cabe señalar que como sucede en el caso la retroactividad no solamente puede presentarse como conflicto de leyes en el tiempo, ya que el legislador puede crear una nueva situación jurídica, como señala la siguiente tesis de jurisprudencia:

RETROACTIVIDAD, NO SOLAMENTE PUEDE PRESENTARSE COMO CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO. Es un error pretender que la circunstancia de que una ley ordinaria actúe sobre el pasado no es contraria al artículo 14 constitucional al no existir una ley anterior a aquélla, al amparo de la cual hayan surgido derechos que resulten lesionados con la vigencia de la nueva ley. Efectivamente, si bien es verdad que por regla general el fenómeno de la retroactividad se presenta como un conflicto de leyes en el tiempo, como una controversia entre dos leyes expedidas sucesivamente y que tienden a normar el mismo acto, el mismo hecho o la misma situación, también lo es que puede darse el caso de que los mandatos de una ley sean retroactivos y lesivos al mencionado artículo 14 cuando rijan de manera originaria determinada cuestión, es decir, cuando ésta sea prevista legislativamente por primera vez. En atención a ese fenómeno complejo que constituye la aparición del Estado, explicable por el principio de soberanía en virtud del cual el pueblo adopta la forma de gobierno que le place y se da normas que le permitan encauzar su vida social, surge una diferenciación entre gobernantes y gobernados que hace posible que quienes integren el Poder Legislativo estén en aptitud de regular normativamente la conducta de los gobernados. Pero ello no significa que éstos hayan perdido su libertad aun en lo normado y que sólo puedan realizar los actos que específicamente les sean autorizados, sino nada más que habrán de abstenerse de hacer lo prohibido por la ley y de sujetarse a los lineamientos trazados por ésta en las hipótesis previstas por el legislador. Consecuentemente, en aquellos casos en que la conducta del gobernado no haya sido normada en forma alguna por el Poder Legislativo, de manera que no pueda ser considerada prohibida ni válida únicamente cuando se cifia a determinadas restricciones, su realización constituirá el ejercicio de un "derecho", emanado precisamente de la ausencia de una ley reguladora, y tutelado, por lo mismo, por el orden jurídico, en cuanto éste, al dejar intacto el ámbito de libertad en que tal conducta es factible, tácitamente ha otorgado

facultades para obrar discrecionalmente dentro del mismo. Por consiguiente, la ausencia de normas limitadoras de la actividad del individuo, configura un derecho respetable por las autoridades, aun por el propio legislador, cuya vigencia desaparecerá hasta que surja una norma legislativa al respecto. Es decir, antes de la prevención legislativa, el derecho estriba en poder obrar sin taxativas; después de ella, el derecho está en obrar conforme a tal prevención, pues mientras las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta, el gobernado puede hacer todo lo que dicha ley no le prohíbe.

Establecido que la ausencia de normas legislativas configura para el gobernado el derecho de obrar libremente, y que tal derecho también es tutelado por el orden jurídico, porque todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades le está por ellas permitido, tiene que admitirse que el surgimiento de una ley que regule una situación hasta entonces imprevista legislativamente, sólo puede obrar hacia el futuro, ya que de lo contrario estaría vulnerando el artículo 14 constitucional, que estatuye que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Ahora bien, si en un caso no existía ley alguna anterior a unas circulares reclamadas que fijara el precio oficial de un producto para los efectos de la cuantificación del impuesto de exportación, los quejosos tuvieron el derecho de exportar tal producto al precio que estimaron pertinente, tomando en cuenta para su fijación exclusivamente los costos de producción y un margen de utilidad. En consecuencia, las circulares que "rigen situaciones anteriores a la fecha de su publicación", vulneran el derecho de los quejosos, derivado precisamente de la ausencia de disposiciones legales que lo limitaran o reglamentaran.

En el caso de la nueva disposición en comento cabe señalar que crea un nuevo efecto con motivo del divorcio, es decir, el pago de una indemnización por un supuesto no previsto con anterioridad por el legislador, y que tiene como motivo primordial el trabajo doméstico no remunerado, que se pretende reconocer y proteger como derecho a favor del cónyuge que en forma continua se dedique al mismo y que por tal motivo no reciba remuneración por su esfuerzo cotidiano, ¿pero puede estimarse que la creación de esta norma afecta los derechos patrimoniales adquiridos de los cónyuges?

Para resolver lo anterior, cabe señalar que el texto del artículo 212 del Código Civil dispone sustancialmente que en el régimen de separación de bienes los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen y, que por consiguiente, todos los frutos y acciones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos.

Lo anterior pone de manifiesto que si los cónyuges optaron por el régimen separación de bienes cuando contrajeron nupcias, corresponde a cualquiera de los cónyuges el dominio exclusivo de los bienes que adquiriera durante matrimonio, salvo que existiera un pacto en contrario en las capitulaciones matrimoniales.

Con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, no existía algún precepto que impusiera alguna modalidad a ese derecho de propiedad de los consortes, aunque se divorciaran. En consecuencia, si el vínculo matrimonial fue celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, puede considerarse que la nueva disposición jurídica no puede aplicarse al caso, ya que el régimen matrimonial de separación de bienes se pactó bajo el imperio de la ley anterior, la cual no contemplaba alguna modalidad a dicho régimen aunque se divorciaran los cónyuges.

Por otra parte, puede considerarse que la nueva figura jurídica prevista en el artículo 289 bis para el Distrito Federal, modifica los efectos del régimen de separación de bienes que se hubiera adoptado al celebrarse el matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de esa disposición jurídica ya que con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, no existía algún precepto que impusiera alguna modalidad a ese derecho de propiedad de los consortes, aunque se divorciaran; pero que la nueva disposición jurídica puede aplicarse a los bienes que hubiera adquirido uno solo de los cónyuges bajo el imperio de la nueva ley, para lo que resulta relevante precisar cuáles fueron los bienes que se adquirieron durante el matrimonio y si éstos fueron adquiridos con posterioridad a la entrada en vigor del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, y así determinar si

resulta aplicable o no la referida norma legal, toda vez que las consecuencias del divorcio no constituyen un derecho u obligación que se introduzca al patrimonio de una persona, por lo que podrán apreciarse las situaciones ocurridas con posterioridad a la entrada en vigor de aquella norma, a efecto de determinar si resulta procedente el pago de la indemnización.

Sobre el tema a la fecha se ha publicado la siguiente tesis:

DIVORCIO. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. De acuerdo con lo dispuesto en el mencionado precepto, que entró en vigor a partir del uno de junio de dos mil, en casos de divorcio cualquiera de los cónyuges puede solicitar una indemnización de hasta el cincuenta por ciento de los bienes que hubiere adquirido el otro cónyuge, cuando estuvieran casados bajo el régimen de separación de bienes, el demandante se hubiera dedicado en el lapso que duró el matrimonio, preponderantemente, al trabajo del hogar y no hubiera adquirido bienes propios durante el matrimonio o los que hubiera adquirido resulten notoriamente menores a los de su cónyuge. Ahora bien, si el matrimonio fue celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición jurídica en comento y la disolución del vínculo matrimonial se promueve con posterioridad a la iniciación de su vigencia, no podrá demandarse el pago de la indemnización correspondiente, porque esa nueva figura jurídica modifica los efectos del régimen de separación de bienes pactado bajo el imperio de la ley anterior, conforme al cual cada cónyuge conserva la propiedad y administración de sus bienes, aunque llegaran a divorciarse; de modo que si antes de la entrada en vigor de la supracitada norma no existía en el Código Civil para el Distrito Federal algún precepto que impusiera alguna modalidad al régimen de separación de bienes aunque se divorciaran los cónyuges, no pueden alterarse los efectos de ese régimen patrimonial del matrimonio que previeron los consortes, pues existiría una aplicación retroactiva en perjuicio del cónyuge demandado y la consiguiente violación a la garantía de irretroactividad de la ley, prevista en el párrafo 1 del artículo 14 constitucional.

Sin duda, éste es un tema no resuelto aún en forma definitiva, que da mucho por pensar, máxime si se atiende al espíritu del legislador, que sin duda fue el

*de proteger a las mujeres que a la fecha de la creación del mencionado artículo, habían dedicado su vida al trabajo doméstico y que con motivo de su divorcio quedaban en desventaja económica con respecto a su cónyuge*⁶⁹.

De la lectura del artículo anterior con las tesis citadas, se desprende que si bien la retroactividad de la ley se presenta como un conflicto de leyes en el tiempo, la aplicación del artículo 289 bis se entenderá a los matrimonios contraídos en fecha posterior a la entrada en vigor de la norma, de lo contrario se estaría violentando lo que dispone al respecto nuestra Carta Magna; por tal motivo y con los antecedentes del régimen de separación de bienes que hemos mencionado así como la jurisprudencia que se señala, pasaremos al estudio de la parte total de la presente tesis.

⁶⁹ LEON TERESA, Revista de Derecho Privado, Nueva Época, Año II, num. 4, enero-abril 2003, México. P. 251-263.

CAPÍTULO CUARTO

CRÍTICA AL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y LA CONSECUENTE DESAPARICIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

4.1 ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES ANTES DE LAS REFORMAS DEL 25 DE MAYO DE 2000.

Iniciaremos el presente capítulo detallando la norma reguladora de este régimen antes del 25 de mayo de 2000, transcribiendo y comentando los artículos referentes al capítulo VI del Título Quinto del Código Civil del Distrito Federal de 1999.

“Artículo 207. Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después.”

Lo que significa, como ya lo hemos visto, que las capitulaciones matrimoniales se pueden constituir en cualquier tiempo, siguiendo las formalidades que la propia ley establece, y que se pueden incluir en éstas, además de los bienes de los que sean dueños los consortes hasta antes de celebrar el matrimonio, los bienes que éstos adquieran con posterioridad al acto.

“Artículo 208. la separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán

objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.”

La separación de bienes puede ser absoluta o parcial, dando lugar en este caso a un régimen mixto, lo cual significa la coexistencia de la sociedad conyugal y la separación de bienes, por lo que respecta a los bienes incluidos en la sociedad conyugal, la administración de éstos puede ser de manera conjunta o bien nombrando un administrador único de dichos bienes, así como de sus frutos y accesorios.

“Artículo 209. Durante el matrimonio, la separación de bienes puede terminar o ser sustituida por la sociedad conyugal, pero si los consortes son menores de edad, se observará lo dispuesto por el artículo 181”.

Lo mismo se observará cuando las capitulaciones de separación se modifiquen durante la menor edad de los cónyuges.

Los menores que con arreglo a la ley puedan contraer matrimonio, podrán también otorgar capitulaciones matrimoniales, siempre y cuando se cuente con la autorización de las personas que para la celebración del matrimonio den su consentimiento, de conformidad con lo que establecía el artículo 149 de los requisitos para contraer matrimonio, mismo que menciona *“El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos. Art. 150. faltando los padres y abuelos, se necesita el*

consentimiento de los tutores; y faltando estos, suplirá el consentimiento, en su caso el Juez de lo Familiar de la residencia del menor.”

“Artículo 210. No es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes antes de la celebración del matrimonio. Si se pacta durante el matrimonio, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate.”

Basta con un contrato privado por medio del cual se otorguen las capitulaciones, sólo si se tratara de modificar el régimen después de celebrado el matrimonio se seguirán las formalidades para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles o inmuebles, según sea el caso.

“Artículo 211. Las capitulaciones que establezcan separación de bienes siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, y nota especificada de las deudas que al casarse tenga cada consorte.”

El inventario de los bienes que pertenecen a cada uno de los contrayentes es indispensable para determinar la propiedad de los mismos en caso de controversia o divorcio, así como de las deudas de cada uno de los cónyuges tenga al momento de contraer matrimonio.

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

Aunque para algunos autores la separación de bienes, más que un régimen económico matrimonial, implica la ausencia de él, ya que como se menciona en el artículo citado, cada uno de los cónyuges conservan la propiedad y administración sobre los bienes que a cada uno les pertenece, así como sus frutos y accesiones, sin entrar éstos a un régimen común, conservando el dominio de los mismos; Consideramos que la separación de bienes sí constituye un régimen patrimonial ya que mediante un convenio entre las partes se estipulan las condiciones respecto de los bienes de cada una de ellas, regulando así el goce y disfrute de los mismos, así como sus frutos y accesorios, estableciendo un régimen de estricto respeto a la propiedad de cada uno de los cónyuges.

“Artículo 213. Serán también propios de cada uno de los consortes, los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvieren por servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria.

Artículo 214. (Derogado)

Artículo 215. Los bienes que los cónyuges adquirieran en común por donación, herencia, legado, por cualquiera otro título gratuito o por don de la fortuna, entretanto se hace la división serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en ese caso, el que administre será considerado como mandatario.”

Para la división de los bienes adquiridos en común durante un matrimonio establecido por separación de bienes es necesario seguir las formalidades establecidas en la ley dependiendo del tipo de bienes de que se trate, ya sea durante el matrimonio o bien a la separación o divorcio de los cónyuges.

“Artículo 216. Ni el marido podrá cobrar a la mujer, ni esta a aquel retribución u honorario alguno por los servicios personales que le prestare, o por los consejos o asistencia que le diere.

Artículo 217. El marido y la mujer que ejerzan la patria potestad se dividirán entre sí, por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede.

Artículo 218. El marido responde a la mujer y esta a aquél de los daños y perjuicios que le cause por dolo, culpa o negligencia.”

Hasta antes de mayo de 2000 la ley facultaba a los cónyuges para demandar daños y perjuicios por culpa o negligencia de alguno de ellos, cuando por estas causas se causaba un detrimento en el patrimonio del otro, situación razonable tratándose de un régimen en el que la división de bienes es absoluta.

Por lo que se refiere a los bienes que éstos adquieren en común, el código establecía normas adecuadas y lógicas, dejando a salvo la propiedad de los mismos a quien le corresponda, sin obligaciones comunes más que las de proporcionarse alimentos recíprocos y a sus descendientes, teniendo como objeto dicho régimen individualizar la capacidad patrimonial de cada consorte en interés de ellos y de terceros, mediante esa especificación se hace posible también la aportación de los esposos a la educación y a la alimentación de los hijos y a las demás cargas del matrimonio, dando también a los cónyuges la posibilidad y la opción de desarrollarse personal e individualmente a la actividad o profesión que estos elijan.

4.2 ANÁLISIS DE LAS REFORMAS AL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES DEL 25 DE MAYO DE 2000.

“Artículo 209. durante el matrimonio, la separación de bienes puede terminar o ser modificada, si así lo convienen los cónyuges. En todo caso, tratándose de menores de edad, deben intervenir, prestando su consentimiento, las personas a que se refiere el artículo 148. Gaceta Oficial del D. F. 20/05/00.

Artículo 212. En el régimen de separación de bienes 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 de ellos.

Los bienes a los que se refiere el párrafo anterior deberán ser empleados preponderantemente para la satisfacción de los alimentos de su cónyuge y de sus hijos, si los hubiere, en caso de que se les deje de proporcionar injustificadamente, éstos podrán recurrir al Juez de lo Familiar, a efecto de que les autorice la venta, gravamen o renta para satisfacer sus necesidades alimentarias. Gaceta Oficial del D.F. 25/05/00.”

La adición del segundo párrafo al presente artículo resulta verdaderamente incongruente, ya que por una parte en el primer párrafo, menciona que *“En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen...”*, dejando a salvo la propiedad de los bienes a cada uno de los cónyuges, mencionando además respecto de los frutos y accesorios de los mismos bienes que estos son del dominio exclusivo del propietario y por ende quedan también a salvo y bajo la propiedad y administración de su dueño.

Por otro lado en la adición de este segundo párrafo que se comenta, impone de inicio el destino que deberán tener dichos bienes, además de los frutos y accesorios; ahora bien, es cierto que la obligación de proporcionar alimentos y educación al cónyuge y a los hijos de éstos ya está establecida en la ley; ésta no faculta ni da posibilidad expresa de venta de bienes por caso de incumplimiento de las obligaciones alimentarias.

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

La adición de dicho párrafo al artículo 212, insisto, además de incongruente a lo establecido en su párrafo primero y atenta contra la integridad y esencia de la norma ya que deja sin efecto a todo el régimen de separación de bienes, dando incluso la posibilidad de contraer nupcias con fines de lucro.

“Artículo 216. En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten; pero si uno de los cónyuges, por ausencia o impedimento del otro, se encarga temporalmente de la administración de los bienes del ausente o impedido, tendrá derecho a que se le retribuya por éste servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere.” Gaceta Oficial del D.F. 25/05/00

Si bien es cierto que el trabajo de la mujer en el hogar merece de un reconocimiento y por que no de una retribución económica, estas modificaciones a la ley y específicamente a la separación de bienes son exageradas, ya que si por ausencia o impedimento del otro la mujer se encarga del negocio o de los bienes del marido, ésta ya se está beneficiando por el simple hecho de que no queda desamparada y de los frutos o ganancias de dichos bienes obtiene su sustento y la de sus hijos, pero además la ley ahora le otorga un beneficio extra pudiendo percibir un ingreso económico por una labor que en estricto sentido y para no quedar en desamparo se vería obligada a realizar, por lo que en caso de controversia podría incluso adjudicarse dichos bienes, de acuerdo al monto de su retribución.

Artículo 218. Derogado (Gaceta oficial del D.F. 25/05/00).

Este artículo fue derogado por la reforma del 25 de mayo del 2000.

4.3 ANÁLISIS AL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

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

i. Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes; (Gaceta Oficial del D.F. 25 de mayo de 2000).

Como vimos en el capítulo correspondiente el régimen de separación de bienes se caracteriza básicamente por la ausencia de éste, es decir, la ausencia de un régimen patrimonial, ya que cada uno de los cónyuges conserva individualmente el dominio sobre sus bienes, por lo que, en consecuencia, esta primera fracción, deja sin efectos a todo lo establecido por el capítulo VI del Título Quinto del Código Civil

del Distrito Federal, ya que atenta a la individualidad y la propiedad de los bienes de los cónyuges, lo que resulta además incongruente con la voluntad de los mismos, ya que al elegir ambos contrayentes el "régimen" de separación de bienes es por el simple hecho de que les interesa conservar su independencia y el dominio de sus bienes y posesiones.

La adición de este artículo a la legislación vigente otorga la posibilidad por parte de alguno de los cónyuges, sin distinción de género, a demandar del otro mediante la demanda de divorcio, hasta el 50% del valor de los bienes que el demandado, hubiere adquirido durante el matrimonio.

Es importante señalar que dicho artículo menciona este derecho por concepto de indemnización, dando por anticipado la calidad de víctima al demandante del divorcio, que invariablemente tendrá que ser necesario o contencioso; asimismo señala únicamente los bienes adquiridos durante el matrimonio, no así sobre los bienes con los que haya llegado a éste.

El cónyuge demandante podrá solicitar dicha indemnización siempre que, como ya se mencionó, esté casado bajo el régimen de separación de bienes y se den las siguientes hipótesis:

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 (Gaceta Oficial del D.F. 25 de mayo de 2000).

Es decir, que durante el tiempo en que haya durado el matrimonio, sin importar si fue un día o cincuenta años, el demandante se haya dedicado principalmente al desempeño del trabajo del hogar, y en su caso al cuidado de los hijos.

Desafortunadamente el código no da una definición de lo que es el “trabajo del hogar”, por lo que se entendería que cualquier actividad de la naturaleza que ésta sea, y que se desempeñe en el domicilio conyugal será considerada como trabajo del hogar.

III. durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte (Gaceta Oficial del D.F. 25 de mayo de 2000).

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

La fracción III señala, que para solicitar dicha indemnización el demandante no tendría que haber adquirido bienes de su propiedad, es decir que la factura o título de propiedad correspondiente a los bienes, no esté a su nombre, o que habiendo adquirido bienes, éstos sean notoriamente menores a los de su cónyuge, al que está demandando el divorcio, sin importar, su monto o valor, la naturaleza de los bienes, el uso, los frutos y los accesorios de éstos, sin señalar en que porcentaje, siempre que sean menores a los del cónyuge demandado; otorgando al juez la facultad de aplicar su propio criterio, equivocado o no, a cada caso en particular.

4.4 CRÍTICA AL ARTÍCULO 289 BIS Y LA CONSECUENTE DESAPARICIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

La exposición de motivos de éste proyecto justifica la adición del artículo 289 bis, y en general a la reforma del Código Civil y de procedimientos Civiles de manera global, por los múltiples problemas que podemos observar en la sociedad en general y en la familia como núcleo de ésta, una constante en la violación a la dignidad y al derecho de las personas en especial de las mujeres y de los menores.

Consideramos que para lograr este propósito es necesario estudiar las medidas legales de protección y promoción femenina y de menores y no solamente adicionar y reformar leyes con un espíritu partidista, como es el caso de esta reforma.

Señala el legislador: "El Código Civil vigente es el reflejo de las necesidades económicas, jurídicas, políticas y sociales de otra época que enmarcaban condiciones específicas de una sociedad que se desarrollaba en el año de 1928, cuyas condiciones de vida eran totalmente distintas a las de una sociedad que se desarrolla en el año 2000. El Código Civil vigente se ha vuelto incapaz de registrar algunas de las nuevas necesidades y problemas sociales que hoy exigen atención inmediata"⁷⁰.

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

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

"De grandes avances sociales son las reformas que se presentan en esta iniciativa, por primera vez se garantiza en la ley civil la igualdad de condiciones no sólo entre el hombre y la mujer, sino entre los diversos sectores que conforman la sociedad capitalina, si bien es cierto que el artículo 4 Constitucional consagra los principios de igualdad jurídica de los sexos, la protección y fomento del núcleo familiar y la paternidad responsable, publicados en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1974, la responsabilidad de los padres y el apoyo

⁷⁰ Diario de Debates de la ALDF. Exposición de Motivos, Proyecto para la derogación de reformas y adiciones de disposiciones del Código Civil y de Procedimientos civiles del Distrito federal. 28 de abril de 2000. P. 98.

institucional para la satisfacción de las necesidades y salvaguarda de los derechos fundamentales de la niñez publicada en el Diario Oficial el día 18 de marzo de 1980, la protección de la salud y responsabilidad de la Federación, y los estados para la prestación de servicios en ese campo, publicada en el Diario Oficial el día 3 de febrero de 1983, en derecho a la vivienda y apoyo institucional para tal fin publicada en el Diario Oficial el día 7 de febrero de 1983 y la protección a las culturas y los pueblos indígenas publicada en el Diario Oficial el 28 de enero de 1992; sin embargo, la realidad social es otra, estos grandes principios rectores de la dinámica social son permanentemente vulnerados, el Estado principal motor de la desigualdad social, no ha garantizado no sólo a la sociedad capitalina sino al pueblo mexicano estos derechos fundamentales, a diario vemos el trato injusto que se vive en todos los rincones, a diario vemos deambular a miles de familias sin hogar, a niños abandonados por sus padres y lo que es peor aún rechazados por la sociedad misma⁷¹.

Es insensato legislar con ligereza sobre un tema al cual no se le ha dado la importancia necesaria, redactando reformas y adiciones ambiguas e incongruentes, estas reformas no benefician a nadie, por el contrario, ofenden y devalúan al trabajo de la mujer y propiamente a la mujer económicamente activa, ya que si bien es cierto hay mujeres casadas que dedican su vida al hogar, también es cierto que existen mujeres productivas en todos los niveles de la sociedad, algunas por cierto muy exitosas, ejecutivas, actrices, empresarias, músicos, licenciadas, doctoras, etc., que además se hacen cargo de su hogar, que su ingreso es mayor que el de su cónyuge varón y que con este artículo se verían afectadas en su patrimonio y en su persona en caso de un divorcio.

Cabe incluso, la posibilidad de contraer nupcias como medio de lucro, sin distinción de sexo, ya que, de la manera que este artículo está redactado otorga el derecho tanto al hombre como a la mujer, y no es claro al mencionar los tres supuestos en que es posible demandar el 50% de los bienes, ya que no menciona si es necesario que concurren las tres hipótesis o sólo una de ellas.

⁷¹ Idem. P. 100.

Entendemos que como requisito indispensable deberán estar casados bajo el régimen de separación de bienes y considero que esta fracción debería estar incluida en el primer párrafo de dicho artículo señalando que:

En la demanda de divorcio, los cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, podrán demandar del otro, una indemnización de hasta el 50% de los bienes que hubiere adquirido durante el matrimonio, siempre que:

I. El demandante se haya dedicado durante el tiempo en que duró el matrimonio, principalmente al desempeño del trabajo del hogar y en su caso al cuidado de los hijos.

Para los efectos del presente artículo deberá entenderse como "trabajo doméstico" el realizado por el cónyuge para el mantenimiento del domicilio conyugal y el bienestar familiar como es, la limpieza general, la elaboración de alimentos, la atención de los hijos, la supervisión escolar de los hijos, elaboración de tareas, desarrollo deportivo de la familia, organización de eventos conmemorativos de los miembros de ésta, salud, vestido, etc.

II. Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido haya sido con dinero propio y sean notoriamente menores a los de la contraparte, debiéndose entender por "notoriamente menores" que los bienes del demandante no excedan en proporción de por lo menos el 20 % del total de los bienes adquiridos por su cónyuge.

Queda sobrentendido que cada caso es totalmente diferente a otro, aunque éstos sean de la misma naturaleza y en consecuencia el juez determinará de acuerdo a su criterio y a lo que expresamente establezca la ley.

Otro objetivo importante que pretendió el legislador solucionar con esta reforma es el abuso del hombre sobre la mujer, tema del que la escritora Patricia

Duarte menciona en su obra, *"Ambos están atrapados, ella porque depositó su vida y sus expectativas para que él las llenara. Él, que las tomó sin compromiso, violando todas las reglas de interacción humana, por la vía más corta y brutal: la violencia. Ambos bajo la idea propia de cómo debe funcionar un hombre y una mujer en ésta sociedad, pero en la desventaja para ella de haberse convertido en su víctima y está recluida dentro del lugar bajo la presión del dolor físico y emocional viviéndolo como virtud femenina"*⁷².

Además del abuso hacia la mujer, señala el legislador que es importante destacar y reconocer el trabajo realizado en el hogar y señala:

"En la sociedad y particularmente las mujeres, han venido dando una lucha abierta para que se reconozca el trabajo que éstas desempeñan dentro del hogar, así como el cuidado de los hijos, como un aporte económico al sostenimiento del hogar. Muchas mujeres, dedican no sólo su vida personal, sino en ocasiones hasta profesional a esta noble actividad; sin embargo, la ley no la ha percibido como tal y mucho menos considerarla con un valor económico. Más aun, en muchos hogares mexicanos, la mujer desempeña una doble actividad, la que deviene del trabajo remunerado y la actividad no remunerada que se ejecuta como una obligación exclusiva derivada del matrimonio; sin embargo, es el momento preciso de reivindicar dicha condición proponiendo en la presente iniciativa agregar el artículo 164 bis, reconociendo esta labor como un aporte económico."

No podemos pasar por alto la importancia de esta labor, que es determinante en el desarrollo de la familia y en consecuencia de la sociedad misma; sin embargo, creemos que la adición específica del artículo materia de esta tesis, resulta contradictoria a todo lo establecido en el capítulo correspondiente al Régimen de separación de bienes, queda claro que la aportación que hace la mujer en el núcleo familiar resulta de un valor invaluable y por tal motivo se debería regular dicha

⁷² DUARTE, Patricia. *Hacia una Nueva Humanidad en las Relaciones de Violencia*, editorial Diana, México 1998. P. 125.

actividad dando a ésta el exacto valor que tiene, y por que no plantear una retribución económica a las mujeres que dediquen principalmente su vida al cuidado de su familia, pero para esto, es necesario un estudio minucioso de los factores que intervienen en esta problemática, sin demeritar el trabajo doméstico y a la propia mujer en consecuencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El régimen de separación de bienes se caracteriza básicamente por que en tal régimen patrimonial, cada cónyuge conserva el dominio de sus bienes, por lo que, en consecuencia, la adición del artículo 289 bis al Código civil del Distrito Federal, deja sin efectos lo establecido por el capítulo VI del Título Quinto referente a la Separación de Bienes, lo que desde mi particular punto de vista resulta absurdo e incongruente.

SEGUNDA. La adición de éste artículo a la legislación vigente otorga la posibilidad por parte de alguno de los cónyuges, sin distinción de género, a demandar del otro mediante la demanda de divorcio, hasta el 50% del valor de los bienes que el demandado, hubiere adquirido durante el matrimonio por concepto de indemnización, dando por anticipado la calidad de víctima al demandante del divorcio, asimismo señala únicamente los bienes adquiridos durante el matrimonio, no así sobre los bienes con los que haya llegado a éste, teniendo como requisito "indispensable", el que esté casado bajo el régimen de separación de bienes.

TERCERA. La segunda hipótesis planteada en dicho artículo señala que el demandante se haya dedicado, en el lapso que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y en su caso al cuidado de los hijos; lo que nos indica, que durante el tiempo en que haya durado el matrimonio sin importar si fue un día o cincuenta años, el demandante se haya dedicado principalmente al desempeño del trabajo del hogar, y en su caso al cuidado de los hijos.

Lamentablemente se les olvidó a los legisladores definir para efectos de interpretación de dicho artículo, una definición de lo que es el "*trabajo del hogar*", por lo que se entendería que cualquier actividad de la naturaleza que ésta sea, y que se desempeñe en el domicilio conyugal será considerada como trabajo del hogar.

TERCERA. La fracción III del artículo que se critica, nos señala, que para solicitar dicha indemnización, el demandante no tendría que haber adquirido bienes de su propiedad, es decir, que la factura o título de propiedad correspondiente a los bienes, no esté a su nombre, o que habiendo adquirido bienes, éstos sean notoriamente menores que los de su cónyuge, al que está demandando el divorcio, sin importar, su monto o valor, la naturaleza de los bienes, el uso, los frutos y los accesorios de éstos, sin señalar en qué porcentaje, siempre que sean menores que los del cónyuge demandado; otorgando al juez la facultad de aplicar su propio criterio, equivocado o no, a cada caso en particular.

CUARTA. Como se desprende de la simple lectura del texto de dicho artículo, éste menciona tres hipótesis por las que se podrá solicitar en la demanda de divorcio necesario, una indemnización de hasta el 50% de los bienes del otro cónyuge; pero no especifica si deben concurrir las tres hipótesis o es suficiente alguna de ellas.

QUINTA. La exposición de motivos de esta reforma trata de justificar la adición del artículo 289 bis, por los diferentes problemas que se presentan en la familia como núcleo de la sociedad, una constante en la violación a la dignidad y al derecho de las personas en especial de las mujeres y de los menores.

Consideramos que para lograr este propósito, es necesario estudiar las medidas legales de protección y promoción femenina y de menores y no solamente adicionar y reformar leyes con un espíritu partidista, como es el caso de esta reforma.

SEXTA. Es impudente legislar con ligereza sobre un tema al cual no se le ha dado la importancia necesaria, redactando reformas y adiciones ambiguas e incongruentes, estas reformas no benefician a nadie, por el contrario, ofenden y devalúan al trabajo de la mujer y propiamente a la mujer económicamente activa, ya que si bien es cierto hay mujeres casadas que dedican su vida al hogar, también es

cierto que existen mujeres productivas en todos los niveles de la sociedad, ejecutivas, actrices, empresarias, músicos, licenciadas, doctoras, que además se hacen cargo de su hogar, que su ingreso es mayor al de su cónyuge varón y que con la adición de este artículo se ven seriamente afectadas en su patrimonio y en su persona en caso de un divorcio, ya que incluso, cabe la posibilidad ahora de contraer nupcias como medio de lucro.

SÉPTIMA. Considero que la redacción del artículo 289 bis es ambigua, incongruente y se presta a confusión, debiendo éste, por lo menos ser más específico, señalando entre otras cosas que durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido haya sido con dinero propio y sean notoriamente menores a los de la contraparte, debiéndose entender por "notoriamente menores" que los bienes del demandante no excedan en proporción de por lo menos el 20 % del total de los bienes adquiridos por su cónyuge.

OCTAVA. No podemos pasar por alto la importancia del "trabajo del hogar", que es determinante en el desarrollo de la familia y en consecuencia de la sociedad misma; sin embargo, creemos que la adición específica del artículo materia de esta tesis, resulta contradictoria a todo lo establecido en el capítulo correspondiente al régimen de separación de bienes, queda claro que la aportación que hace la mujer al núcleo familiar resulta invaluable y por tal motivo se debería regular dicha actividad dando a ésta el exacto valor que tiene, ¡y porqué no, plantear una retribución económica a las mujeres! que dediquen principalmente su vida al cuidado de la familia, pero para esto, es necesario un estudio minucioso de los factores que intervienen en esta problemática, sin demeritar al trabajo doméstico.

NOVENA. Con la "imposición" del artículo 289 bis, se establece que en el caso del divorcio de los cónyuges que están unidos por el régimen de separación de bienes, al momento de la disolución de la unión, un cónyuge que sólo realizó trabajo en el hogar durante la duración de esta unión, puede reclamar el 50% de los bienes que se generaron durante el matrimonio, "para no dejar en la calle al cónyuge que

sólo haya tenido un trabajo en el interior del hogar”, sin distinción de sexo. Consideramos que dicha adición carece de una valoración y estudio exhaustivo del problema que los legisladores pretenden solucionar, y que se debe legislar para eliminar las lagunas que presenta la ley y no para generar conflictos de interpretación y aplicación a lo ya establecido.

BIBLIOGRAFÍA

Badenes Gasset, Ramón. Conceptos fundamentales del Derecho, Ed. Marcobo Boixares, Madrid, 1981.

Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buen Rostro. Derecho de familia, Ed. Harla, México 1990.

Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buen Rostro. El Derecho romano, Ed. Porrúa, México 1994.

Bonnecase, Julien. Elementos del Derecho Civil. T. I. Ed. Cárdenas, México 1985.

Branca, Giuseppe. Instituciones de Derecho privado. Traducción de la 6ª Edición Italiana por Pablo Macedo. Ed. Porrúa, México 1978.

Chávez Asencio, Manuel F. La familia en el Derecho. Ed. Porrúa, México 1985.

Duarte, Patricia. Hacia una nueva humanidad en las relaciones de violencia. Ed. Diana, México 1988.

Ibarrola, Antonio. Derecho de familia, 2ª edición, Ed. Porrúa, México 1981.

Kipp, Teodor y Martín Wolff. Tratado de Derecho de familia, T. IV, Vol. I. Ed. Bosch, Barcelona 1910.

La Cruz Berdejo, José Luis. Derecho de familia. Ed. Bosch, Barcelona 1963.

Martínez Arrieta, Sergio. El régimen patrimonial del matrimonio en México. edición. Ed. Porrúa, México 1984.

Mazeaud, Henri y León Jean. Lecciones de Derecho civil. Volumen I. Ed. Jurídicas Europa-América-Buenos Aires, 1998.

Montero Duhalt, Sara. Derecho de familia. Ed. Porrúa, México 1992.

Moto Salazar, Efraín. Elementos de Derecho. Ed. Porrúa, México, 1986.

Padilla Sahagún, Gumesindo. Derecho romano I. Ed. Mc Graw Hill. México, D.F. 1996.

Peña Bernaldo de Quíroz, Manuel. Derecho de familia. Universidad de Madrid, 1989.

Planiol, Marcel Y Georges Ripper. Tratado elemental de Derecho civil. T. III, Trad. Ed. Cajica, Puebla, 1983.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Vol. 1 Ed. Porrúa, México 1989.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho civil, personas y la familia. Ed. Porrúa, México 1982.

Sánchez Medal, Ramón, De los contratos civiles. Ed. Porrúa, México 1989.

Ventura Silva, Sabino. Derecho romano, curso de Derecho privado. 10ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1990.

Vidal Taquín, Carlos. Régimen de bienes en el matrimonio. 3ª edición. Ed. Astrea, Buenos Aires 1987.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. 13ª edición, Ed. Porrúa, México 1985.

Diccionario enciclopédico visual color. Programa Educativo Visual, AVV. Aruba 1997.

Enciclopedia jurídica Omeba. Tomo XII.

García Pelayo Ramón, Diccionario Larousse usual. Ed. Larousse México, 1975.

Palomar J. Miguel, Diccionario para juristas. Ed. Mayo, México. 1981.

UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano 8ª edición, tomo II, Ed. Porrúa 1995.

HEMEROGRAFÍA

Batres Guadarrama Martí. Gaceta Oficial del D.F. iniciativa de reforma, sesión del 14 de abril de 2000, Palacio Legislativo Sn. Lázaro, México.

Carreras Maldonado, María. Algunas consideraciones en relación a la sociedad conyugal. Revista El Foro 6ª núm. 15.

Carrión Olmos, Salvador. Historia y futuro del matrimonio civil en España. Ed. Revista de Derecho privado. Madrid 1977.

Diario de debates de la ALDF. Exposición de motivos, proyecto para la derogación de reformas y adiciones de disposiciones del Código Civil y de Procedimientos civiles del Distrito federal. 28 de abril de 2000.

León, Teresa. Revista de Derecho privado, Nueva Época, Año II, N°. 4, enero-abril México 2003.

Pacheco, Alberto. Revista de Derecho notarial mexicano. Vol. II, N°. 5, sept. 1958, "Régimen supletorio del contrato de matrimonio en relación con los bienes".

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil de 1870

Código Civil de 1884

Código Civil de 1928

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Ley Orgánica del Registro de Estado Civil de 1857

Ley de Matrimonio Civil de 1859.

Ley de Relaciones Familiares 1917