

302809

UNIVERSIDAD MOTOLINIA, A.C.



ESCUELA DE DERECHO

7

CLAVE 302809

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**“ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL
CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL
DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
TANIA PELEJERO RODRÍGUEZ



DIRECTOR DE TESIS: LIC. JOSE LUIS FRANCO VARELA

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D.F. JUNIO DEL 2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PAGINACION DESCONTINUA

Lic. José Luis Franco Varela
Notario 150

BAJIO 330
MEXICO, D. F.

TELS. 564-64-62
564-60-10
FAX: 564-55-01

México, D.F., a 06 de mayo del 2002.

Asunto: Se emite voto aprobatorio.

En mi carácter de Director de la tesis titulada "ANALISIS DEL ARTICULO 289 BIS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL", que para obtener el título de Licenciado en Derecho presenta la alumna **Tania Pelejero Rodríguez**, con número de cuenta 86501374-4, me permito emitir voto aprobatorio, en virtud de que considero que dicha investigación reúne los requisitos de contenido académico y forma establecidos por el reglamento.

Atentamente


LIC. JOSÉ LUIS FRANCO VARELA.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LIC. RAUL ANGEL KANAFANY ALVAREZ DE TOLEDO

México, D.F. a 07 de Mayo de 2002

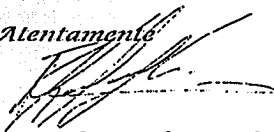
Asunto: Se Emite Voto Aprobatorio

*Lic. Jose Luis Franco Varela
Director Técnico de la Escuela
De Derecho de la Universidad
Motolinia, A.C.
Presente*

Distinguido Maestro:

En mi carácter de Revisor de la Tesis titulada "ANALISIS DEL ARTICULO 289 BIS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL", que para obtener el título de Licenciado en Derecho presenta la alumna Tania Pelájero Rodríguez, con número de cuenta 86501374-4, me permito emitir voto aprobatorio, en virtud de que considero que dicha investigación reúne los requisitos de contenido académico y forma establecidos por el reglamento.

Atentamente



*Lic. Raul Angel Kanafany Alvarez de Toledo
Licenciado en Derecho
Cédula Profesional 2207405*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A DIOS

Por haberme dado la oportunidad de existir y por las bendiciones que han llenado mi vida.

AL LICENCIADO JOSÉ LUIS FRANCO VARELA

Por sus sabios consejos y la invaluable ayuda que me prestó en la elaboración de este trabajo de investigación.

AL LICENCIADO RAÚL ÁNGEL KANAFANY ALVÁREZ DE TOLEDO

Agradeciéndole todas sus atenciones y participación en este trabajo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A MIS PADRES

Les agradezco con todo mi corazón la confianza, amor y apoyo que han depositado en mí. Sin su ayuda y ejemplo este sueño jamás hubiera sido posible. Soy afortunada en tenerlos. Los amo.

A CAMILA Y MARÍA JOSÉ

Por su inocencia y su amor incondicional.

A MAYTE, LUIS Y FERNANDA

Por todos los momentos maravillosos que hemos compartido a través de los años y por su apoyo incondicional. Los adoro.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A LUIS

**Por llenar mi vida de
ilusiones y confianza y,
por demostrarme que el
amor verdadero sí existe.
Te Quiero Mucho.**

A ANEL, ESMERALDA, KARLA, BETTY, ÁNGELES Y JUAN

**Por su amistad incondicional,
consejos desinteresados y
risas inolvidables.**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1 EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO	4
1.1 LA FAMILIA EN ROMA	4
1.2 DE LA FAMILIA Y EL PARENTESCO	5
1.3 RELACIONES ENTRE EL PATERFAMILIAS Y LOS MIEMBROS DE SU DOMUS	7
1.3.1 LA PATRIA POTESTAS	8
1.3.2 DERECHOS SOBRE LA PERSONA	9
1.3.3 DERECHOS SOBRE LOS BIENES	10
1.4 FUENTES DE LA POTESTAD PATERNA	11
1.4.1 IUSTAE NUPTIAE	11
1.4.2 CONDICIONES DE VALIDEZ PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO	13
1.5 EFECTOS JURÍDICOS DE LAS IUSTAE NUPTIAE	15
1.6 EL RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL DERECHO ROMANO	16
1.7 OTRAS UNIONES DE CARÁCTER MARITAL	16
1.8 EL MATRIMONIO CONFORME AL CODIGO NAPOLEÓNICO	18
1.9 EL MATRIMONIO CONFORME AL CODIGO CIVIL DE 1884	20
1.10 EL MATRIMONIO CONFORMA AL CODIGO CIVIL DE 1928	21
1.11 EL MATRIMONIO CONFORME A LAS REFORMAS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL 2002	22
1.12 FINES DEL MATRIMONIO	22
1.13 DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO	24
1.14 RÉGIMENES PATRIMONIALES	35
1.14.1 SOCIEDAD CONYUGAL	37
1.14.2 DE LOS MODOS DE TERMINARSE LA SOCIEDAD CONYUGAL	40
1.14.3 OTROS ASPECTOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	42
1.14.4 DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES	43
CAPÍTULO 2 EL DIVORCIO	46
2.1 DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO	46
2.2 EL DIVORCIO DENTRO DEL CÓDIGO NAPOLEÓNICO	47
2.3 EL DIVORCIO DE CONFORMIDAD CON EL CODIGO CIVIL DE 1884	53
2.4 EL DIVORCIO DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO CIVIL DE 1928	54
2.5 EL DIVORCIO DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL	54
2.5.1 DIVERSOS CONCEPTOS DE DIVORCIO	54
2.6 CLASIFICACIÓN DEL DIVORCIO	56
CAPÍTULO 3 RETROACTIVIDAD DE LA LEY	80
3.1 CONCEPTO DE RETROACTIVIDAD	80
3.2 ABROGACIÓN Y DEROGACIÓN	82
3.3 TEORÍAS ACERCA DE LA RETROACTIVIDAD	85
3.4 RETROACTIVIDAD CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.	92
3.5 DERECHO PROCESAL Y EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD	95

CAPÍTULO 4 LA INDEMNIZACIÓN EN MATERIA JURIDICA	99
4.1 INDEMNIZACION CIVIL	102
4.2 INDEMNIZACIÓN LABORAL	104
4.3 HECHO ILICITO	106
4.4 RIESGOCREADO	108
4.5 RESPONSABILIDAD CIVIL	110
CAPÍTULO 5 ANALISIS DEL ARTICULO 289 BIS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL	113
DISTRITO FEDERAL	
5.1 CRITICA AL ARTICULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL	113
5.2 RETROACTIVIDAD DEL ARTICULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL	118
CONCLUSIONES	123
BIBLIOGRAFIA	132

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo principal adentrarnos dentro del mundo de dos instituciones jurídicas sumamente importantes en el ámbito del Derecho de Familia: el matrimonio y el divorcio o disolución del vínculo matrimonial.

El matrimonio como es bien sabido, es un contrato del que se derivan una infinidad de derechos y obligaciones, que persiguen fines propios, sui generis. Con él se pretende llegar a una vida plena en la que amor y cooperación deben reinar por sobre todas las cosas. Su finalidad es actualizar en la especie sus fines tales como la comunidad de vida, la fidelidad, el respeto, por mencionar algunos; siendo el principal y más importante de ellos: la posibilidad de procrear uno o varios hijos.

En efecto la perpetuación de la especie en el matrimonio representa la culminación plena de esta unión y en la mayoría de las veces viene a consolidar la relación existente entre marido-mujer, aunque algunas ocasiones no es así.

Tengo la firme idea de que las parejas deben luchar lo más que se pueda para seguir unidos en familia, deben de actuar en busca de sus ideales y/o metas y sobre todo deben propagarse el amor, respeto, comprensión, ayuda, comunicación y demás sentimientos que hacen que esta unión se enaltezca y prospere. Creo firmemente en el matrimonio a pesar de que en estos días ha perdido su importancia y verdadero espíritu.

Me parece, como ya le mencione, que es bueno hacer todo lo necesario para que un determinado matrimonio siga adelante, pero también me parece pertinente la disolución del vínculo matrimonial cuando la convivencia entre los cónyuges ha llegado a tal grado que no permite bajo ninguna expresión o forma la sana convivencia entre ellos; o bien cuando alguno de los cónyuges incurre en alguna de las conductas previstas en el artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Así es, cuando una de las partes toma la determinación de solicitar a la autoridad judicial el divorcio, por creer que ésta es la mejor solución a sus problemas, puede hacerlo a través de las siguientes formas: divorcio vincular (separación de cuerpos), divorcio administrativo, divorcio voluntario y/o divorcio necesario. Estos tipos de divorcio tienen sus respectivas consecuencias, pero el que nos importa de sobremanera por la íntima relación que tiene con el tema a desarrollar es precisamente el divorcio contencioso.

En el divorcio necesario y a manera de una pequeña introducción, existe conflicto entre las partes; la parte actora que es quien lo promueve tiene la facultad de solicitar en el respectivo capítulo las prestaciones que crea convenientes, entre ellas además de la solicitud de la disolución del vínculo matrimonial, puede pedir, el pago de alimentos, el pago de daños y perjuicios, las medidas provisionales pertinentes (por mencionar algunas de ellas) y además un nuevo derecho que la ley le otorga a toda aquella persona que habiéndose casado bajo el régimen de separación de bienes y dedicado su tiempo al hogar y cuidado de los hijos, demanda el divorcio necesario.

Este derecho que fue producto de las reformas realizadas al Código Civil vigente del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000 consiste en una "indemnización" que el cónyuge que si adquirió bienes durante la vigencia del matrimonio está obligado a darle a su ex cónyuge. Indemnización que ha causado gran controversia en el mundo jurídico en virtud de que consideran, por una parte, que la misma no debe ser procedente en atención a que la aplicación del numeral que la regula, esto es el artículo 289 Bis del ordenamiento legal antes citado, se estaría dando de manera retroactiva y, que además de resultar retroactiva la aplicación de dicha disposición, es igualmente perjudicial para el cónyuge a quien se le condena a cubrir esta indemnización, vulnerándose por consiguiente la garantía individual prevista en el artículo 14 constitucional.

Por otra parte, y aunado a lo anterior, si bien es cierto que el espíritu de esta disposición es bien intencionada, también es cierto, que su redacción, a mi juicio, está mal planteada, ya que indebidamente se habla de una "indemnización" que el cónyuge demandado debe conceder al cónyuge demandante que le solicite esta prestación, y digo que el término de indemnización es indebido, pues ésta tiene lugar cuando se configura la responsabilidad civil que, se actualiza al generarse un hecho ilícito y/o por la creación de un riesgo o, cuando la relación obrero-patronal llega a su fin; y en el caso de la disolución del matrimonio ninguna de estas figuras se actualiza, situación por la cual refiero que el término de indemnización está mal empleado.

En otras palabras, el surgimiento de este precepto (Art. 289 Bis C.C.), requiere de un gran estudio y análisis en virtud de que el mismo contiene una serie de hipótesis que, si bien su intención es dar mayor seguridad jurídica y protección, a aquellas personas que se encuentren en esa situación, resulta por el contrario sumamente perjudicial en virtud de que se pasa por alto la voluntad de los cónyuges que desde el inicio del matrimonio decidieron adoptar el régimen de separación de bienes, al tratar de despojarlos de gran

parte de su patrimonio con esta nueva disposición. Por tanto es necesario que el contenido de este numeral, sea modificado en sus términos para evitar que su aplicación origine graves problemas que afecten la esfera jurídica de sus destinatarios y que nuestro sistema jurídico caiga por consiguiente en un proteccionismo exagerado, que no tiene razón de ser.

Así pues, la presente tesis trata precisamente del análisis del artículo 289 Bis del Código Civil. A lo largo del presente trabajo trataré de explicar en base a los fundamentos de derecho correspondientes y en base mi criterio, las razones, motivos, por las que creo que la aplicación de ésta disposición normativa por una parte, es retroactiva y por ende violatoria de la garantía individual prevista en el artículo 14 constitucional; y por la otra, que su redacción y alcance deben ser modificados en su totalidad, proponiendo en su lugar otra alternativa más equitativa y apegada a la realidad por, la que atraviesa la sociedad mexicana.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO I

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

1.1 LA FAMILIA EN ROMA

Antes de iniciar el desarrollo del presente trabajo es importante hacer alusión a la importancia que el Derecho Romano ha tenido en la vida jurídica de nuestro país y el motivo por el cual resulta indispensable desglosar de manera concreta los antecedentes que en el Derecho Familiar, en especial lo relativo a la disolución del matrimonio encontramos.

Esta importancia deriva fundamentalmente de la influencia que el Derecho Romano ejerció en la vida de las naciones por ellos conquistados a lo largo de la historia, de entre las cuales se encontraba España, que a su vez, transmitió ese cúmulo de conocimientos e instituciones a las colonias que estuvieron bajo el dominio de la corona española, como lo es el caso de nuestro país que por obvias razones pasó a formar parte del sistema jurídico romano-germánico.

Así las cosas, a continuación pasaremos a ver la estructura de la familia romana.

De acuerdo al estudio realizado por el Maestro Eugéne Petit, en su obra denominada "Tratado Elemental de Derecho Romano", "en la Antigua Roma, las personas consideradas dentro de la familia se dividían en dos clases: los alieni iuris y sui iuris"¹.

Los alieni iuris, afirma el referido autor, eran las personas que se encontraban sometidos a la autoridad de otro y, los sui iuris eran las personas libres de toda autoridad que dependían únicamente de ellas mismas.

Es decir, los sui iuris eran aquellos individuos que no se encontraban sujetos a ninguna autoridad y que podían ejercer sobre los que de él dependían los poderes siguientes: la patria potestad (autoridad paternal), la manus (autoridad del marido, y a veces de un tercero sobre la mujer casada), el mancipium (autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre) y la autoridad del Señor sobre el esclavo; características reunidas en el paterfamilias.

¹ Petit Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, Porrúa, México, 1963, pág.95.

Los *alieni iuris*, eran por el contrario, las personas que se encontraban sujetas a cualesquiera de los poderes mencionados en el párrafo que antecede.

El hombre *sui iuris* era, como lo menciona el autor en cita, el llamado *paterfamilias* o jefe de familia, denominación que implicaba que este tipo de personas tenía la facultad de tener un patrimonio, y de ejercer, sobre otro, las cuatro clases de poderes mencionadas anteriormente. Cabe resaltar que también existían mujeres *sui iuris*, llamadas también *materfamilias*, quienes podían contar con patrimonio propio y ejercer la autoridad de ama sobre los esclavos, pero de ninguna manera contaban con la autoridad que ejercía el *paterfamilias*, pues ésta sólo correspondía a los hombres.

1.2 DE LA FAMILIA Y EL PARENTESCO

En cuanto a la palabra familia, aplicada ésta a las personas, Eugéne Petit afirma que ésta se empleaba en el Derecho Romano en dos sentidos contrarios. "En el sentido propio se entiende por familia o *domus* la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único".²

En consecuencia y como podemos apreciar, la familia comprendía al *paterfamilias* que era el jefe, a los descendientes que estaban sometidos a su autoridad y a la mujer *in manu*, lo que significaba que ésta se encontraba en una situación análoga a la de una hija. Por consiguiente, la constitución de la familia romana, así entendida, se caracterizaba por el rasgo dominante del régimen patriarcal, es decir, el poder absoluto y soberanía del padre o abuelo paterno sobre los demás miembros de la familia. El poder del *paterfamilias* era tal que era el dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad.

Por tanto, el centro de la *domus* era el *paterfamilias*, quien era el dueño de todos los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes, es quienes tenía la patria potestad sobre los hijos y nietos y muchas veces poseía mediante la *manus* un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras. Además, era el juez dentro de la *domus*, y el sacerdote de la religión del hogar; inclusive y debido al gran poder que ejercía sobre los miembros de su familia podía imponer la pena de muerte a sus súbditos.

² Petit Eugéne, Ob. Cit., pág.96

Sin embargo, y a juicio de Guillermo Floris Margadant, autor del libro "Derecho Romano", es preciso hacer notar que no era necesario ser padre para poder ser paterfamilias. El término familia significa, en el antiguo latín, patrimonio doméstico; así paterfamilias significa el que tiene "poder" sobre los bienes domésticos. "El término paterfamilias, designa, por tanto, a un romano libre y sui juris - en otras palabras, una persona -, independientemente de la cuestión de si está casado y tiene descendientes".³

En cuanto a la mujer, refiere Floris Margadant, el término materfamilias existió, pero sólo como título honorífico dentro de la familia y la sociedad, y no como término jurídico. Si una romana libre y sui juris dirigía su propia domus, aunque fuera soltera o viuda, no podía tener la potestad sobre los hijos necesitando un tutor para todas las decisiones importantes.

En resumen el paterfamilias era la única persona que en la antigua Roma tenía una plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal; todos los demás miembros de la domus dependían de él y participaban de la vida jurídica de Roma a través de él. En otras palabras, sólo el paterfamilias era realmente una persona.

Por otra parte y atendiendo al segundo sentido que se aplicaba a la familia en Roma, mencionado por Eugène Petit, "éste se refería a las personas que se encontraban bajo la autoridad paternal, los que se encontraban unidos entre ellos por el parentesco civil llamado agnatio. Así la familia se componía de los agnados, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellos por el parentesco civil y, de los Cognados relativos al parentesco natural o de sangre".⁴

La cognatio se refería al parentesco que unía a las personas descendientes una de otra en línea directa o descendientes de un autor común en línea colateral, sin distinción de sexos. Era, por tanto, un parentesco que resultaba de la misma naturaleza. Pero a pesar de esto los cognados no formaban parte de la familia civil pues para ser miembro de ésta se tenía que tener el título de agnados.

Por su parte la agnatio era el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. La agnación existía entre el padre y los hijos o hijas nacidos de su matrimonio legítimo, o

³ Floris Margadant Guillermo, Derecho Romano, Porrúa, Tercera Edición, México, 1968, pág. 191.

⁴ Petit Eugène, Ob. Cit., pág.96

introducidos a la familia por la adopción. Así, la familia agnática comprendía, según Eugéne Petit a:

- a) Los que están bajo la autoridad paternal o la manus del jefe de familia, entre ellos y con la relación al jefe.
- b) Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe, y que lo estarían si aún viviesen. Cuando muere el jefe, los descendientes, ya unidos por la agnación, quedan agnados también entre ellos.
- c) Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido. Si el jefe ha muerto al casarse sus hijos, y éstos tienen hijos, estos hijos estarán agnados entre ellos.

"La agnación se desenvolvía hasta lo infinito, aunque sólo se transmitía por medio de los varones. Cuando un jefe de familia tenía un hijo y una hija, los hijos del hijo serán sus agnados, y los de su hija estarán bajo la autoridad del marido, que es su padre; es decir, en la familia de su padre y no en la de su madre, por lo que la agnación quedaba suspensa por vía de las mujeres. " ⁵

Por tanto, la madre estaba excluida de los agnados, a menos que fuera in manu, extendiéndose esta exclusión a todos los parientes por parte de las mujeres.

1.3 RELACIONES ENTRE EL PATERFAMILIAS Y LOS MIEMBROS DE SU DOMUS

Siguiendo lo narrado por el Maestro Guillermo Floris Margadant, en su obra titulada "Derecho Romano", las relaciones entre el paterfamilias y los diversos miembros de sus domus eran las siguientes:

- a) Sobre los clientes, el paterfamilias tiene un poder patronal.
- b) Sobre los esclavos, el paterfamilias tenía un poder comparable al que tiene sobre la propiedad privada.
- c) Sobre los libertos el paterfamilias ejerce los iura patronatus.
- d) Sobre su esposa y sus nueras podía tener la manus.
- e) Sobre los hijos y nietos tenía la patria potestad.

⁵ Petit Eugéne, Ob. Cit., Porrúa, México, 1963, Pág. 97.

1.3.1 LA PATRIA POTESTAS

Como quedó precisado la patria potestad era el nombre con el cual se identificaba a la relación existente entre el paterfamilias y sus descendientes. En cuanto a este tópico Marta Morineau Iduarte y Román González Iglesias refieren lo siguiente: "La patria potestad pertenece al jefe de familia sobre sus descendientes, que forman parte de la familia civil o agnática".⁶

Por su parte, Eugéne Petit, afirma que el carácter principal de esta autoridad es que tenía menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la familia, derivándose así de tal situación, las consecuencias siguientes:

- a) No se modifican a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les podía liberar.
- b) Sólo pertenecía al jefe de familia, aunque no siempre era el padre quien ejercía la patria potestad.
- c) La madre nunca podía llegar a tener la potestad paternal.

"En sus efectos, esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos".⁷

Por su parte, Guillermo Floris Margadant manifiesta que este poder, que, normalmente duraba hasta la muerte del paterfamilias, nos muestra los siguientes aspectos:

El padre o abuelo tenían un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlo, aunque, en caso de llegar a ese extremo, sin causa justificada, el paterfamilias se exponía a sanciones por parte de las autoridades correspondientes.

Por ser el paterfamilias la única "persona" verdadera dentro de la familia, originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del paterfamilias.

⁶ Morineau Iduarte Marta y González Iglesias Román, Derecho Romano, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 2000, Pág. 61.

⁷ Petit Eugéne, Ob. Cit. Pág. 101

1.3.2 DERECHOS SOBRE LA PERSONA

A estos derechos se refiere el multicitado autor Eugéne Petit en su obra "Tratado Elemental de Derecho Romano" y consistían básicamente en lo siguiente:

Durante los primeros siglos, la potestad paternal hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tenía sobre ellos poder de vida y de muerte, podía manciparlos a un tercero y abandonarlos.

El poder del jefe de familia para hacer dar muerte al hijo que estaba bajo su potestad se efectuaba al parecer más en los tiempos anteriores a la República, en la cual al parecer hacían uso de ello de manera más moderada. Y para que la pena de muerte prosperara el paterfamilias debía hacer la acusación delante del magistrado por ser éste el único con derecho a pronunciar la sentencia.

El paterfamilias también podía mancipar al hijo que tenía bajo su autoridad, es decir, cederle a un tercero, a la manera de mancipación, de donde nacía en beneficio del adquirente la autoridad especial llamada mancipium, encontrándose de esta manera el hijo en una condición análoga a la de un esclavo, aunque de forma temporal.

Asimismo, y según apunta el multicitado autor, por regla general el padre podía mancipar al hijo en un momento de miseria, y en un precio efectivo, ejecutando por tanto una verdadera venta; a veces también le emancipaba a su acreedor en señal de garantía. Es indudable, prosigue Eugéne Petit, que en estos casos el hijo no era un bien como el esclavo, pero sí un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servicios pudieran prestar. El adquirente se comprometía a liberarle al cabo de un tiempo determinado, pero si rehusaba, el censor podía anular el mancipium, quedando el hijo bajo la autoridad paternal.

Cabe mencionar que el Derecho Romano luchó en contra de esta práctica; la Ley de las XII Tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuese libertado de la autoridad paternal, y la jurisprudencia, interpretando al pie de la letra el texto de la ley, admitía que para las hijas y los nietos una sola mancipatio producía los mismos efectos.

Finalmente, el padre de familia podía dejar a sus hijos, abandonándolos, aunque esta práctica parece ser que sólo se prohibió en el Bajo Imperio, Constantino decidió que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo; por su parte Justiniano al hijo abandonado lo declaró libre, *sui iuris* e ingenuo.

1.3.3 DERECHOS SOBRE LOS BIENES

Como acertadamente apunta el tan mencionado tratadista Eugéne Petit, en la familia, y por razón del carácter absoluto de la autoridad paterna, el hijo, en cuanto a sus bienes, estuvo en una situación comparable a la del esclavo. Su personalidad se absorbía con la del jefe de familia, no haciendo más que uno con él, y no pudiendo, por tanto, tener bienes propios.

Todo lo que el hijo adquiría, propiedades, derechos de crédito, etc., pertenecían al jefe de familia, para quien el hijo era, un instrumento de adquisición, aunque el Derecho Civil no admitió que el paterfamilias pudiera hacer deudor al hijo.

Sin embargo, si en la familia sólo existía un patrimonio, cuyo dueño era el jefe de familia, los hijos en autoridad se les consideraba como teniendo sobre sus bienes, que han contribuido a aumentar, una especie de copropiedad, latente en la vida del jefe, pero manifestándose a su muerte; en cuyo caso, los recogía como bienes ya de su propiedad, a título de herederos *sui*.

Por otra parte resulta importante resaltar que la regla por la cual los hijos de familia no podían tener nada en propiedad se modificó bajo el Imperio. En esa época, ciertas adquisiciones les fueron otorgadas en toda propiedad, extendiéndose en lo sucesivo este favor, aunque en la época de Justiniano fue casi derogado.

De igual manera es importante mencionar que en la época de Augusto se creó el *peculio castrense* en favor del hijo de familia que fuese militar, el cual comprendía todos aquellos bienes adquiridos como consecuencia de su profesión; esto es, su sueldo y su botín de guerra.

Así las cosas, el hijo de familia se encontraba en una situación bastante superior a la del esclavo en cuanto a la personalidad propia que le reconoce el Derecho Civil. En virtud de su capacidad personal, podía también figurar en los actos jurídicos, obligándose, además civilmente tanto por sus contratos como por sus delitos. La autoridad paterna no surtió

ningún efecto sobre la condición social del hijo de familia, pues éste disfrutaba de los derechos políticos y podía en su caso, ocupar los cargos públicos de la época.

1.4 FUENTES DE LA POTESTAD PATERNA

En opinión de Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González, "Se entiende por fuentes de la patria potestad aquellas instituciones que crean la relación de dependencia de un *alieni iuris* respecto de un *sui iuris*".⁸ Estas fuentes eran las siguientes:

1. El matrimonio o *Iustae nuptiae*.
2. La adopción.
3. La legitimación.

En este punto cabe hacer un paréntesis, en el sentido de que sólo me dedicaré a exponer el matrimonio como fuente de la patria potestad, toda vez que de esta institución se deriva la figura jurídica del divorcio que constituye el eje central del trabajo que se expone.

1.4.1 IUSTAE NUPTIAE

Es la fuente principal de la patria potestad y se llamaba *iustae nuptiae* o *justum matrimonium* al matrimonio legítimo, a la unión monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del Derecho Civil Romano.

En la sociedad romana, debido al interés religioso y político que entrañaba la familia, resultaba de suma importancia la conservación de ésta a través de la institución del matrimonio cuyo fin principal era la procreación de los hijos.

Para Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González, "El matrimonio está constituido por dos elementos: Uno objetivo, que consiste en la convivencia del hombre y de la mujer, y otro de carácter subjetivo, que consisten en la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer, elemento al que llaman, *affectio maritalis*. La *affectio maritalis* se exterioriza por el honor *matrimonii*, esto es el trato que

⁸ Morineau Iduarte Marta Román Iglesias González, Ob. Cit., pág. 62

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los esposos se dispensan en público, muy especialmente el que el marido da a la mujer, quien debía de compartir el rango social de aquél y gozar de la dignidad de esposa.”⁹

En virtud de lo anterior, y de conformidad con el criterio de los autores citados en el párrafo que antecede, se desprende que la mujer dentro del matrimonio participaba en el rango social del marido, de los honores de que estaba investido y de su culto privado, llegando a ser la unión entre los esposos aún más estrecha, si a la *iustae nuptiae* se acompañaba la *manus*. La mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido, que tenía autoridad sobre ella, como un padre sobre su hijo, y se hacía, además, propletaría de todos sus bienes.

En cuanto a los hijos, es importante señalar que se consideraban como hijos legítimos únicamente a aquellos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del *iustae nuptiae*, o bien los nacidos dentro de los 300 días contados desde la terminación del matrimonio. Sin embargo, para impugnar la legitimidad o no del producto nacido en las circunstancias mencionadas, podía existir prueba en contrario por parte del marido, de los herederos de aquél o de la madre de la criatura, en el sentido de demostrar que no había existido relación carnal alguna entre ellos, ya fuese por enfermedad, impotencia, etc.

En resumen, los hijos nacidos dentro de los plazos señalados quedaban automáticamente bajo la patria potestad del padre, con todas las obligaciones y derechos que ello implicaba; tratándose de las hijas, éstas tenían derecho a que el padre les diera una dote en el momento de contraer matrimonio, dote que debía estar en relación directa con la fortuna y rango social del paterfamilias.

Para Modestino, juriconsulto de la época clásica romana, “la *iustae nuptiae* era la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos.” (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*) Sin embargo, bajo el Imperio, los lazos del matrimonio se relajaron bastante con las costumbres del tiempo. El culto privado perdió su importancia y la *manus*, cada vez más en desuso, acabó por desaparecer.

⁹ Morineau Iduarte Marta y Román Iglesias González, Ob. Cit., pág 63

Es importante mencionar que en el derecho antiguo el matrimonio solía realizarse cum manu. "Acto por el cual, la mujer salía de la patria potestad de su padre (si era alieni iuris) y caía bajo la manus de su marido o perdía su calidad de sui iuris (si la tenía) y devenía alieni iuris dependiendo de su marido, como una hija (loco filiae)".¹⁰

Finalmente resulta importante mencionar que las iustae nuptiae podían estar precedidas por un acuerdo entre los futuros cónyuges o sus padres, convenio, mediante el cual se comprometían a la celebración del matrimonio. Esta promesa de futuras nupcias se conoce como sponsales y no daba lugar a acción alguna para exigir su cumplimiento; no obstante, se acostumbraba a entregar una cantidad de dinero para garantizar la celebración del matrimonio, y así, en el supuesto de que éste no se llevara a cabo por culpa de alguno de los contrayentes, el culpable perdía el dinero previamente entregado, mismo que quedaba en poder del contrayente inocente.

1.4.2 CONDICIONES DE VALIDEZ PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Según Marta Moríneau Iduarte y Román Iglesias González, en Roma, las condiciones indispensables para la validez del matrimonio eran cuatro:

- La pubertad de los futuros esposos.
 - El consentimiento de los esposos.
 - El consentimiento del jefe de familia.
 - El connubium.
- **La Pubertad:** Es la edad en que las facultades físicas del hombre y de la mujer están suficientemente desarrolladas para permitirles realizar el principal objeto del matrimonio: tener hijos que perpetúen la familia. En un principio, la pubertad se fijó a los doce años para las hijas y 14 años para los hijos, aunque a éstos se les reconocía como púberos en la edad en la que el padre de familia encontraba en ellos, por el examen de su cuerpo, las señales de la pubertad.
- **Consentimiento de los esposos:** Las personas que se iban a casar debían consentir libremente, debían expresar libremente su consentimiento para llegar a realizarlo. Sin embargo, en una primera época, este consentimiento era secundario, ya que la autoridad paterna era absoluta, inclusive se podía obligar al hijo a

¹⁰ Bialostoksky Sara, Panorama del Derecho Romano, UNAM, Facultad de Derecho, Tercera Edición, México, 1990, pág.67

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

contraer matrimonio. Pero posteriormente y ya en la época imperial, este fue un requisito indispensable con independencia de la voluntad paterna.

Tratándose de los dementes, éstos no podían otorgar su consentimiento mientras estuvieran en estado de locura, pero sí podían casarse y otorgar su consentimiento en los intervalos lúcidos.

- **Consentimiento del jefe de familia.** La persona que se casaba siendo sui iuris, no tenía necesidad del consentimiento de nadie. No ocurría así con los hijos bajo autoridad paternal, los cuales debían contar con el consentimiento del pater familias. Este consentimiento no estaba fundado en el interés y la protección de los esposos, sino tan sólo en la autoridad paterna y los derechos de jefe de que estaba investido, cuyas consecuencias eran las siguientes:
 - ✓ Este consentimiento era necesario, sea cual fuere la edad del descendiente.
 - ✓ El consentimiento de la madre nunca se exigía, por no tener autoridad.
 - ✓ El jefe de familia debía consentir, aunque sólo fuere abuelo del descendiente que iba a casarse, y en igual caso, el consentimiento del padre también se exigía para sus nietos.
 - ✓ Tratándose de las hijas, quienes entran en la familia civil de su marido, no era necesario el consentimiento del padre, era suficiente el del abuelo que tenía la autoridad.
- **Connubium.** Consistía en la aptitud legal para contraer la iustae nuptiae, para lo cual se necesitaba ser ciudadano romano; empero la falta de connubium podrá ser substituida por una orden del emperador autorizando la celebración de las iustae nuptiae.

Por tanto, una vez cumplidos los requisitos enumerados anteriormente, era posible la celebración del iustum matrimonium, existiendo, sin embargo, una serie de impedimentos para llevarlo a cabo, impedimentos que según Guillermo Floris Margadant eran los siguientes:

- a) Que los cónyuges no fueran sexualmente capaces.

- b) Que los cónyuges no tengan otros lazos matrimoniales.
- c) Que no exista un parentesco de sangre dentro de ciertos grados.
- d) Que no exista una gran diferencia de rango social. Para el matrimonio era necesario cierta similitud de educación y de intereses.
- e) Que la viuda deje de pasar un determinado tempus luctus.
- f) Que no exista una relación de tutela entre ambos cónyuges. Sólo después de terminar la tutela y de rendir cuentas, el ex-tutor puede casarse en iustae nuptiae con su ex-pupila.
- g) El justo matrimonio no podía celebrarse entre la adúltera y su amante, entre el raptor y raptada, con personas que hayan hecho un voto de castidad, entre un gobernador y una mujer de provincia, etc.

1.5 EFECTOS JURÍDICOS DE LAS IUSTAE NUPTIAE

1. Los cónyuges se deben fidelidad. A este respecto, el derecho romano trata más severamente a la esposa que al marido; las "aventuras" del marido, siempre y cuando no tuvieran lugar en la ciudad del domicilio conyugal, no eran causa de divorcio; en cambio, la mujer adúltera cometía un delito público.
2. La esposa tenía el derecho y el deber de vivir con el marido. El marido podía reclamar la entrega de la esposa, si ésta se quedaba sin su permiso, en una casa ajena.
3. Los cónyuges se deben mutuamente alimentos, y éstos se determinaban en vista de las posibilidades del que los debe dar, y de las necesidades de las que los debe recibir.
4. Los hijos nacidos dentro del matrimonio, caen automáticamente bajo la patria potestad de su progenitor.
5. Los hijos de justo matrimonio siguen la condición social del padre.
6. Los cónyuges no pueden hacerse mutuamente donaciones.
7. Desde la época de Augusto, se prohíbe que la esposa sea fiadora del esposo.

8. Un cónyuge no puede ejercer contra el otro una acción por robo.
9. En caso de quiebra o concurso del marido, se presume que cuanto haya adquirido la esposa en el matrimonio, procede del marido y entra en la masa de la quiebra. Si se trata de adquisiciones hechas por la esposa con ingresos propios, a ella correspondía comprobar tal circunstancia.
10. La viuda pobre tenía ciertos derechos – bastante limitados – a la sucesión del marido, si éste muere intestado.

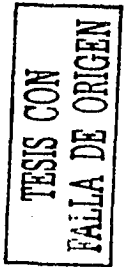
1.6 EL RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL DERECHO ROMANO

De acuerdo al Maestro Guillermo Floris Margadant, el derecho romano en esta materia distinguió:

- a) La separación total, que resulta del matrimonio sine manu, siempre y cuando éste no se combine con un contrato de sociedad.

Si la esposa tiene un patrimonio propio, por ser sui iuris, de todos modos, su matrimonio no le quita la libre administración. Desde luego, la esposa puede encargar al marido que también le administre los bienes, mediante un mandato siempre revocable. En tal caso, él es responsable de un grado de cuidado, en relación con la administración de estos bienes, no menor que el cuidado que muestra en la administración de los suyos propios.

- b) Una sociedad parcial o total, de bienes aportados o de gananciales, que puede resultar de un contrato respectivo entre los cónyuges.
- c) La concentración de todo el patrimonio de los cónyuges en las manos del marido, como resultado de un matrimonio cum manu.



1.7 OTRAS UNIONES DE CARÁCTER MARITAL

Independientemente de las iustae nuptiae y con características distintas, el derecho romano reconoció y reguló otras uniones lícitas de carácter marital, aunque con consecuencias inferiores a aquéllas que producía el iustum matrimonium.

Estas uniones son descritas por Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González en su libro "Derecho Romano", de la Colección Textos Jurídicos Universitarios, y consistían en lo siguiente:

1. El concubinato.
2. El contubernio.
3. El matrimonio sine connubio.

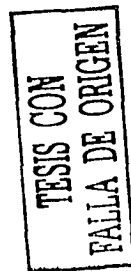
- El concubinato: Los romanos daban el nombre de concubinatus a una unión de orden inferior más duradera y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. "Es una unión marital de orden inferior al iustum matrimonium, pero al igual que éste es de carácter monogámico y duradero, de igual modo reconocido por la ley".¹¹

Esta especie de matrimonio nació como consecuencia de la prohibición de realizar iustae nuptiae cuando existía desigualdad de condición social entre los futuros cónyuges. Su reglamentación data de la época de Augusto y solo estaba permitida entre personas púberes y solteras, estando prohibida entre personas con algún rasgo de parentesco, como sucedía en el matrimonio legítimo.

En un principio el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos al iustae nuptiae; por eso la mujer no era elevada a la condición social del marido. Las condiciones para la constitución del concubinato era por una parte la no-existencia del matrimonio y que éste fuere celebrado entre personas púberes y no parientes en el grado prohibido por el matrimonio.

Según Paulo, reconocido como uno de los juristas más importantes de la época clásica romana, sólo se podía tener una concubina, siempre y cuando no existiese mujer legítima, siendo por tanto esta unión monogámica, para la cual no era necesario el consentimiento del paterfamilias en virtud de que la mujer no entraba a formar parte de la familia agnática del marido. Al respecto, los hijos nacidos de esta unión seguían la condición de la madre y no la del padre, no pudiendo éste, por tanto, ejercer la patria potestad, naciendo en consecuencia los hijos como sui iuris.

- Contubernio: Se llamaba así a aquella unión de carácter marital existente entre esclavos o entre un libre y un esclavo.



Esta unión no tenía consecuencias jurídicas de ninguna especie y los hijos nacidos de tal unión seguían la condición de la madre, no reconociéndose ningún parentesco de carácter agnático, sino únicamente un parentesco natural llamado *cognatio servilis* existente entre padres e hijos por un lado, y hermanos y hermanas por otro. Lo anterior con el objeto de que si llegaban a adquirir la libertad, no se pudiese celebrar una unión matrimonial entre personas parientes en estos primeros grados, debido a estar en contra de la naturaleza.

- Matrimonio *Sine Connubio*. Así se le denominó a aquella unión de carácter marital que se celebraba entre personas que por algún motivo no gozaban del *connubium*, o cuando menos una de ellas no gozaba de él; por ejemplo, entre un ciudadano romano y una peregrina o una latina o entre dos peregrinos.

Para su celebración, en términos generales se debía cumplir con los mismos requisitos que para la *iustae nuptiae* pero no tenía los mismos efectos jurídicos, ya que los hijos nacían *sui iuris*.

1.8 EL MATRIMONIO DENTRO DEL CÓDIGO NAPOLEÓNICO

Los redactores del Código Napoleónico, consideraron al matrimonio como un contrato. El fundamento sobre el cual se basaron para considerar al matrimonio en estos términos fue precisamente el Contrato Social de Rousseau.

El art. 1101 del Código Napoleónico define al contrato como un "convenio por el cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras a dar, hacer o no hacer alguna cosa". La característica principal de todos los contratos es la autonomía de la voluntad, de ahí la libertad de los contrayentes para celebrar el matrimonio.

Aunque dentro de este Código no existe un concepto o definición del matrimonio, es importante señalar que todos los contratos tuvieran o no, una denominación propia, estaban sometidos a las reglas generales que establecía el Título III del Libro III "De los contratos o de las obligaciones convencionales en general"; las reglas particulares a cada contrato estaban establecidas en los títulos relativos a cada uno de ellos. Por lo que el matrimonio debía celebrarse de conformidad con las disposiciones relativas a su constitución, de entre las cuales se encuentran las que a continuación se citan:

¹¹ Morineau Iduarte Marta y Román Iglesias González. Ob. Cit., pág 73

El matrimonio, es concebido dentro del Código Napoleónico como un contrato solemne, ya que éste contrato, que crea una nueva familia, debía según el punto de vista de los redactores de este código, formarse solemnemente.. Su celebración se realizaba ante la presencia del Oficial del Estado Civil, en el ayuntamiento y ante la presencia de cuatro testigos, fueran o no familiares de los contrayentes. El Oficial del Estado Civil, era la autoridad facultada para celebrar este contrato y debía antes de declararlo legítimo, recibir la declaración sucesiva de los contrayentes en donde se estableciera su voluntad de recibirse mutuamente como marido y mujer. Hecho lo anterior, el mencionado oficial, declaraba, en nombre de la ley, la unión de los cónyuges en matrimonio, procediendo después a redactar el acta correspondiente.

El matrimonio no podía celebrarse en cualquier lugar, sino en aquél en donde por lo menos uno de los esposos fuere conocido. Al respecto el art. 74 del Código Napoleónico establecía: El matrimonio se celebrará en la municipalidad en que tenga su domicilio uno de los contrayentes. Este domicilio, en cuanto al matrimonio, se establecerá por seis meses de habitación continua en el mismo lugar".

Así mismo, el matrimonio debía anunciarse públicamente. El artículo 63 del código en cita determinaba lo siguiente "Antes de la celebración del matrimonio, el oficial del Estado Civil hará dos publicaciones del mismo, con ocho días de intervalo, el domingo, en la puerta de las oficinas del ayuntamiento". Si las publicaciones no se realizaban el matrimonio podía ser impugnado, así lo establecía el artículo 191 C.N., numeral que a la letra dice: "Todo matrimonio que no se hay contraído públicamente y que no se haya celebrado ante el oficial público competente, puede ser impugnado por los esposos mismos, por los padres, por los ascendientes y por todos los que tengan en ello un interés actual, así como por el mismo ministerio publico".

La edad mínima requerida para contraer matrimonio era de 25 años, por ende quien no contará con esta edad no podía contraer matrimonio si no contaba con el consentimiento de sus padres. No obstante lo anterior, el artículo 15 del código en comento determinaba "Los hijos de familia que hayan llegado a la mayoría de edad fijada por el artículo 148 están obligados antes de contraer matrimonio, a solicitar formal y respetuosamente, el consejo de sus padres, o el de sus abuelos cuando aquellos hubieren fallecido o estén imposibilitados para manifestar su voluntad".

En cuanto al régimen patrimonial, los cónyuges podían adoptar la separación de bienes o el régimen de comunidad a través de las convenciones matrimoniales respectivas.

Por cuanto hace a la mujer, como lo menciona Julien Bonnecase en su Obra titulada "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia, ésta, "no sólo por efecto de la ley queda sujeta a la potestad marital, viendo realmente disminuida su personalidad con motivo de su incapacidad y de los derechos reconocidos al marido sobre sus relaciones y correspondencia, sino que también, sin que ella lo sospeche y como consecuencia del régimen legal, su patrimonio se encuentra totalmente en poder del marido, siéndole imposible eludir en forma alguna, salvo la elección y efectos del régimen de separación de bienes, este conjunto de reglas coercitivas".¹²

Así con todas estas características el matrimonio fue concebido por los redactores del Código Napoleónico, en especial por Colin y Capitant, como un "contrato civil por el cual el hombre y la mujer se unen con el objeto de vivir en común y prestarse mutuamente asistencia y ayuda bajo la dirección del marido, como jefe del hogar."¹³

1.9 EL MATRIMONIO CONFORME AL CÓDIGO CIVIL DE 1884

En el Código Civil de 1884, el artículo 155 referente al matrimonio expresaba lo siguiente: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Los fines de esta llamada sociedad eran precisamente la perpetuación de la especie y la ayuda mutua que los cónyuges debían de prestarse. Se trataba de un vínculo jurídico que no podía disolverse bajo ninguna forma o expresión, estando obligados por ende los cónyuges, a permanecer unidos por todo el tiempo que vivieran.

Su celebración se llevaba ante el Oficial del Registro Civil competente, quien además de declarar unidos en matrimonio a los contrayentes, debía redactar y levantar el acta respectiva, de lo que se infiere que esta institución era de naturaleza solemne.

¹² Bonnecase Julien, La Filosofía Aplicada al Derecho de Familia, José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, pág.184.

¹³ Bonnecase Julien, Ob. Cit., pág. 189

1.10 EL MATRIMONIO CONFORME AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES Y PARA LOS ESTADOS DE GUERRERO, MÉXICO Y NAYARIT.

Dentro de este código no existió como en el de 1884, una definición del matrimonio. Tan sólo contiene los requisitos para su celebración y los fines del mismo los cuales se encontraban comprendidos en los siguientes artículos:

Art. 146.- El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige.

Art. 147.- Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.

Art. 148.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Los presidentes municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

Artículos de los que se desprende que el matrimonio era considerado como un contrato esencialmente solemne, el cual debían de celebrar satisfaciendo todos y cada uno de los requisitos previstos en los artículos 146 al 161. Así mismo, los fines al igual que en el código de 1884, eran los mismos: la perpetuación de la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges.

Por otra parte y dentro de los derechos y obligaciones que nacían de este contrato, se encontraban entre otros, el de la contribución de cada uno de los cónyuges a los fines del matrimonio; el socorro mutuo; la cohabitación de ambos en el domicilio conyugal; el del proporcionamiento de alimentos entre ellos y para los hijos; autoridad y consideraciones iguales dentro del hogar; la administración de los bienes ya sea que se hubieren casado bajo el régimen de separación de bienes o bajo el de sociedad conyugal.

1.11 EL MATRIMONIO CONFORME A LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL 2002

Conforme el artículo 146 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el matrimonio es " la unión libre de un hombre y de una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

Concepto del cual se desprende según mi punto de vista, por un lado que esta institución consiste en la voluntad, en el acuerdo, en el deseo libre de dos personas de distinto sexo con el fin de establecer una sociedad en la que deben imperar, por así decirlo de ambas partes, la honestidad, devoción, honra y consideración como partes integrantes del respeto a que se comprometen.

Por otro lado con el objeto de asistirse, procurarse y apoyarse recíprocamente en un ambiente de paridad, en el que podrán decidir de conformidad con sus intereses en común, el fructificación y culminación del lazo que los une de manera responsable e informada. Decisión que deberá ser tomada sin presión alguna y en el momento en que así lo crean conveniente. La Unión que para que sea válida, forzosamente deberá ser tramitada ante la autoridad competente, que en nuestro país es el Juez del Registro Civil que corresponda, debiendo de igual manera cumplir con todos y cada uno de los requisitos y formalidades previstos en ley.

Así las cosas y una vez expuesto el concepto de matrimonio que en nuestra legislación se contempla, pasaremos de inmediato a establecer los fines que el mismo persigue, así como los derechos y obligaciones que se derivan de él, los cuales resultan de suma importancia para el tema a desarrollar.

1.12 FINES DEL MATRIMONIO

Para empezar, debemos de decir que los fines del matrimonio son: Los motivos y objetivos que, como consecuencia de la constitución de éste, persiguen aquéllas personas que desean contraerlo. Es decir, son las causas que se desea se realicen como resultado de la unión entre los cónyuges, las cuales si bien es cierto que pueden ser

variables de acuerdo a los intereses y cultura de los contrayentes, también lo es que son universales y generales tales como el de perpetuación de la especie a través de la procreación.

"La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares para "compartir su común destino", no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio. La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio. Todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y de sus derechos familiares. El estado del matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el Derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad".¹⁴

En virtud de lo anterior y de acuerdo al concepto que de matrimonio se contempla en nuestra legislación, podemos afirmar que los fines primordiales del matrimonio en nuestro país, son la procreación de los hijos y la comunidad de vida; fines que como el propio Código Civil lo establece deberán llevarse a cabo en un ámbito de respeto y ayuda mutua.

Por comunidad de vida, debemos entender el proyecto de vida que quieren llevar a cabo conjuntamente los consortes, la convivencia diaria entre éstos, el compañerismo, la comprensión y apoyo en todos los acontecimientos que día con día se les presenten. El compartir los logros realizados, el destino y vida en común, la cooperación mutua, y en general, el vivir unidos bajo la existencia de un trato en el que la relación entre los cónyuges sea de amor y cordialidad. Lo anterior en virtud de que el objeto del matrimonio es la plena convivencia de los cónyuges.

Por lo que respecta a la perpetuación de la especie, entendida ésta como otro de los fines del matrimonio, cabe mencionar que este se logra a través de la procreación de los hijos que de común acuerdo decidan tener los cónyuges. Procreación que a mi juicio, debe estar fundada primeramente en el amor que se profesen los esposos, amor que, por

¹⁴ Petit Eugène, Ob. Cit., pág. 117.

consiguiente, hará que el nacimiento del futuro hijo represente la alegría máxima y culminación del matrimonio. En segundo término esta procreación debe ser responsable, planeada y atendiendo a las circunstancias (tanto económicas como psíquicas) de la pareja para que el hijo crezca en un ambiente de armonía y cordialidad y así evitar uno de los grandes problemas que enfrentamos en la actualidad, que es de niños maltratados; procreación que como mencioné debe ser responsable e informada, en el sentido que los padres sepan las consecuencias y los deberes que tienen para con ellos, responsabilidad que consistirá, además, en el proporcionamiento de alimentos y educación, así como el cuidado necesario para su desenvolvimiento y básicamente en el amor que como tales deben recibir.

Así las cosas y como le manifiesta Rafael Rojina Villegas, las finalidades del matrimonio exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras subsista el lazo conyugal; para éste autor la comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que el derecho eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de las relaciones jurídicas que constituyen ese estado.

Una vez examinados los fines del matrimonio, pasaremos en consecuencia a desentrañar el contenido de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio y cuáles son estos.

1.13 DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

Como bien sabemos, el matrimonio se compone de un conjunto de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los intereses superiores de la familia, a saber: la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges; a continuación trataremos de exponer de una manera general cuáles son estos derechos y deberes, así como el alcance y consecuencia de los mismos.

Para Rafael Rojina Villegas, en su libro de "Compendio de Derecho Civil", los efectos del matrimonio se determinan desde tres puntos de vista:

- a) Entre consortes.
- b) En relación con los hijos.
- c) En relación con los bienes.

- Efectos entre consortes: Los cuales comprende: el derecho a la vida en común, con la obligación relativa de la cohabitación; el derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente; el derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos; el derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua
- El derecho a exigir una vida en común, con la obligación de habitar bajo el mismo techo, es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio. "Se refiere al deber de los cónyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal que hará posible el cumplimiento de los otros deberes. Se trata de un deber entre iguales, complementario y recíproco".¹⁵

Obligación que se encuentra prevista en el artículo 163 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales".

Sin embargo, y tal y como lo establece el segundo párrafo del artículo en mención, este deber de cohabitación puede ser dispensado, "Los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud o integridad".

- El cumplimiento del débito carnal. Se trata de una forma sui generis que sólo puede existir, como es evidente, en este tipo de relación ínter subjetiva, ya que cada uno de los sujetos está facultado para interferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima, que impone la relación sexual. Se trata no sólo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio. En la ley y en algunas doctrinas se señala la perpetuación de la especie como uno de los fines del matrimonio y en esa virtud, debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

¹⁵ Chávez Ascencio Manuel F., Convenios Conyugales y Familiares, Porrúa, México, 1999, pág. 18

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"Este deber está comprendido dentro del amor conyugal. Actualmente se entiende este débito en una forma más personalizante, más unitiva y de mutua entrega. Es un deber permanente, entre iguales, complementario y se exige como recíproco".¹⁶

- El derecho a exigir fidelidad y la obligación correlativa, implican fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona distinta, que impliquen un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. El adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilicitud por lo que se refiere a este deber.

Figura que se encuentra sancionada por el Código Civil en la fracción I del artículo 267 que establece: "Son causales de divorcio: I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges."

Para Manuel F. Chávez Ascencio la fidelidad, nace del matrimonio y comprende, no sólo los actos de no hacer, relativos a abstenerse de relaciones genito-sexuales con persona distinta del cónyuge, sino en especial el cumplimiento de la promesa dada y al compromiso diario y permanente entre cónyuges. Comprende la permanencia del matrimonio como forma y camino de vida.

"En el deber de fidelidad impuesto jurídicamente a los consortes encontramos efectivamente principios de orden ético: preservar la moralidad del grupo familiar. De orden social: proteger la familia monogámica, y también de orden religioso en cuanto que el cristianismo en este aspecto como la religión mosaica, funda la familia en la constitución de una pareja formada por un solo hombre y una sola mujer".¹⁷

- El socorro y la ayuda mutua, se trata de verdaderos derechos-deberes o estados funcionales que, como explica Cicu, descansan siempre en la solidaridad familiar y tienen por objeto los fines superiores de la misma. El deber de socorro comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y, sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges.

¹⁶ Chávez Ascencio Manuel F., Ob. Cit., pág.18.

¹⁷ Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil, Porrúa, México, 2000, pág. 569

"No son similares los términos de ayuda y socorro mutuo. Cada uno tiene su propia significación. Entiendo que la ayuda mutua hace referencia más bien al aspecto económico, a lo relativo a los alimentos, administración de bienes, etc., y el socorro hace referencia a la asistencia recíproca en caso de enfermedad, auxilio espiritual y promoción humana que deben dispensarse los cónyuges, ayuda en la vejez, etc. Combinados ambos logran la promoción integral de cada uno en la comunidad conyugal".¹⁸

Estos derechos-deberes, se encuentra consagrados en el Código Civil en los artículos 162, 164 y en los que regulan los alimentos.

Art. 162. - Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Art. 164. - "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes

Propios en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

Dentro de este apartado, considero importante agregar otros tres derechos-deberes que se generan como consecuencia de esta relación entre consortes, los cuales de acuerdo al multicitado Maestro Manuel F. Chávez Ascencio son:

- Diálogo. Aún cuando este deber no está expresamente contenido dentro de nuestra legislación, se deriva del contexto del Código Civil. El diálogo se presenta tanto en el matrimonio como en la familia, y se estima necesario para el amor conyugal y la promoción integral. Esta explícitamente comprendido dentro del socorro y la ayuda mutua y en todas las

¹⁸ Chávez Ascencio Manuel F., Ob. Cit., oág. 19.

disposiciones que se refieren a la familia, como aquella que previene que resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, formación y educación de los hijos (Art. 168 C.C.) Es un deber que nace del matrimonio y se exige como recíproco y complementario.

- **Respeto.** Para este autor, el respeto a la persona es otro de los valores conyugales y familiares, el cual se encuentra y se promueve en el matrimonio y se encuentra relacionado estrechamente con la promoción humana. Ejemplo de ello es que existen disposiciones dentro de la legislación que se orientan al respeto de la dignidad humana, y en especial a la dignidad de los cónyuges. Se considera impedimento para celebrar matrimonio: el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre, y también la violencia física o moral para la celebración del matrimonio (artículo 156, fracciones VI y VII C.C.)
- **Autoridad.** Como en toda comunidad, en el matrimonio y en la familia debe haber autoridad. La autoridad es compartida (Art. 168 C.C.) y debe tenerse como un servicio entre cónyuges y en favor de los hijos.
- **Efectos del matrimonio respecto a los hijos:** Para Rafael Rojina Villegas, los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista: Para atribuirles la calidad de hijos legítimos, para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, y para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.
- **El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo.** El artículo 324 del Código Civil dispone: "Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los hijos nacidos dentro del matrimonio y II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provengan ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la ex cónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

- Legitimación de los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres. Los artículos 354 al 359, que actualmente se encuentran derogados mediante publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000, regulaban esta importante consecuencia, que en nuestro derecho sólo puede obtenerse por el matrimonio y no un decreto del Jefe de Estado, como sucede por ejemplo, en el derecho italiano o alemán. Artículos que a continuación se transcriben:

Art. 354. - El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos nacidos antes de su celebración.

Art. 355. - Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.

Art. 356. - Si el hijo fue reconocido por el padre y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales. Tampoco se necesita reconocimiento del padre, si ya se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento.

Art. 357. - Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres.

Art. 358. - Pueden gozar también de ese derecho que les concede el artículo 345 los hijos que ya hayan fallecido al celebrarse el matrimonio de sus padres, si dejaron descendientes.

Art. 359. - Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que le reconoce si aquélla estuviere encinta.

- Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad. En nuestro derecho, el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean legítimos o naturales. Por ese motivo,

nuestro Código Civil, al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad de hijo legítimo o natural, sino que conlleva ese poder al padre y madre, y a falta de éstos a los ascendientes en segundo grado, tal y como lo dispone el artículo 414 del ordenamiento en cita que a la letra dice: "La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

En los artículos 415 al 418, reformados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997, se regulaba el ejercicio de la patria potestad para el caso de los hijos naturales. Por consiguiente, el matrimonio sólo viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, respecto de los hijos legítimos.

En la mayoría de las legislaciones, el matrimonio sí produce efectos respecto a los hijos; por lo que se refiere al padre, se requiere que se trate de hijos legítimos para que ejerza la potestad respectiva. En cuanto a la madre generalmente se admite que tratándose de hijos naturales, a ella le corresponda la patria potestad. Existe un sistema distinto conforme al cual, tratándose de hijos naturales, no se reconocen los efectos de la patria potestad, sino que se somete a los menores una tutela especial.

Partimos del supuesto de que se trata de hijos naturales reconocidos, pues faltando el reconocimiento, o una sentencia que declare la paternidad o la maternidad, es evidente que también en nuestro derecho sólo cabe el régimen de tutela dado que los padres son desconocidos. El problema, por consiguiente, se plantea para los casos de los hijos naturales reconocidos a efecto de determinar si quedan sujetos a patria potestad o tutela.

- Efectos del matrimonio en cuanto a los bienes: "La familia como toda entidad necesita, para cumplir sus funciones, medios económicos para satisfacerlos y por lo mismo le es indispensable un patrimonio. Pero cómo ha de formarse éste, de qué fuentes ha de nutrirse, de qué modo han de combinarse y coexistir los bienes patrimoniales del matrimonio, con los particulares o privados de cada cónyuge, son otras tantas cuestiones

que dan lugar a la distinta organización de los bienes de la sociedad conyugal, que en suma, el régimen matrimonial de bienes".¹⁹

Como se dijo, el matrimonio no sólo produce efectos en cuanto a las personas de los cónyuges y en cuanto a los hijos de éstos, también los produce sobre el patrimonio de los cónyuges, es decir, sobre los bienes que les pertenecen o lleguen a pertenecer. De hecho antes de que se celebre el matrimonio, se proyectan efectos sobre aquellos bienes que a título de donación reciben los futuros consortes, es decir sobre aquellos bienes que con motivo del próximo matrimonio les son donados. Sujetándose tal situación a un régimen especial que comprende no sólo las donaciones u obsequios que se hacen entre sí los novios, sino también los que reciben de terceras personas, figura que recibe el nombre de donaciones antenupticiales. Asimismo, durante la vida matrimonial, los esposos suelen hacerse mutuamente diversos regalos, obsequios que reciben el nombre de donaciones entre consortes.

Finalmente los cónyuges, en el momento de celebrar el matrimonio, deben declarar por escrito ante el Juez del Registro Civil a que régimen al cual van a quedar sometidos los bienes y derechos de que son propietarios o que en lo futuro adquieran: Para lo cual deberán presentar ante el Juez del Registro Civil adjunto a la solicitud de matrimonio, un convenio en el que se establezca la manera en que habrán de disfrutar, administrar y disponer de los bienes que en ese momento pertenecen a cada uno de ellos y los que en un futuro adquieran. Situación que se encuentra prevista en la fracción V del artículo 97 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice:

Art. 97. - "Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al juez del registro civil del domicilio de cualquiera de ellas, que exprese:

V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes . . . , No puede dejarse de presentar este convenio ni aun con el pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el Juez del Registro Civil deberá tener especial

¹⁹ Valverde Valverde Calixto, Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV, Madrid, pág. 260

cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado".

Así las personas que deseen contraer matrimonio deberán cumplir con este requisito de anexar adjunto a la solicitud de matrimonio un convenio que haga referencia a las disposiciones antes mencionadas, convenio al que la ley denomina como Capitulaciones Matrimoniales y las cuales se encuentran definidas en el artículo 179 Código Civil. , Numeral que establece: "Las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario".

Así las cosas, todas aquéllas personas que deseen casarse podrán hacerlo, ya bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes, como lo dispone el artículo 178 C.C. que establece: "El matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes".

Regímenes que para el Maestro Ignacio Galindo Garfias consisten en la situación jurídica de los bienes de los consortes, ya sea la separación de bienes entendida esta como la separación de la propiedad, uso, goce y administración de los bienes mismos. Sobre sus frutos o productos y, la constitución de la sociedad conyugal que establece una comunidad entre los consortes, sobre los bienes que cada uno aporte a la sociedad y sobre los frutos o productos de los mismos.

Una vez expuesto el panorama general de los efectos patrimoniales del matrimonio, pasaremos pues a su estudio, el cual para fines didácticos dividiremos en tres puntos: a) Las donaciones antenuptiales, b) Las donaciones entre consortes y, c) Los regímenes matrimoniales: separación de bienes y sociedad conyugal.

a) Donaciones Antenuptiales.

"Donaciones esponsállicas. Recibfan este nombre o el de sponsalitia largitates, los presentes, obsequios y regalos de boda que antes de celebrarse el matrimonio suelen hacerse los futuros cónyuges ".²⁰

²⁰ Valverde Valverde Calixto. Ob. Cit.. Tomo IV, Pág. 352.

Son todos aquellos actos de enajenación que a título gratuito, hace uno de los futuros consortes al otro, en consideración al matrimonio o bien, todas aquellas enajenaciones que en forma gratuita, hace un extraño en favor de uno de los futuros cónyuges o de ambos, como resultado del matrimonio a celebrarse.

Donaciones que tienen su fundamento en el artículo 219 C.C. que establece: "Son donaciones antenupticiales":

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

Como es obvio estas donaciones deben ser previas a la celebración del matrimonio, teniendo como características comunes que quien hace la donación (donante), la realiza en consideración al matrimonio y quien o quienes la reciben (donatarios). Ha de ser siempre uno de los futuros esposos o ambos si el donante se propone a favorecer a la vez a los dos futuros cónyuges.

Para su validez no es necesario la aceptación expresa de(l) cónyuge(s) y no pueden ser revocadas si al donante le sobrevienen hijos, ni tampoco por ingratitud, a no ser que el donante fuere un extraño, que la donación haya sido hecha a ambos esposos y que los dos hayan sido ingratos. Las donaciones antenupticiales hechas entre los futuros cónyuges podrán ser revocadas, cuando durante el matrimonio, el donatario realice conductas de adulterio, violencia familiar, abandono de las obligaciones alimentarias u otras que sean graves a juicio del juez de lo familiar, cometidas en perjuicio del donante o de sus hijos (Arts. 225, 226, 227 y 228 C.C.)

De igual manera es importante señalar que este tipo de donaciones quedará sin efecto si el matrimonio dejare de efectuarse, en cuyo caso los donantes tienen el derecho, desde el momento en que tuvieron conocimiento de tales hechos, de exigir la devolución de lo que hubieran dado con motivo del matrimonio.

b) Donaciones entre consortes.

Constituyen la declaración unilateral de voluntad que hace uno de los cónyuges en favor del otro, con el fin de transmitirle de manera gratuita y previa a la celebración del matrimonio, determinados bienes o derechos.

Conforme al artículo 232 del Código Civil, los cónyuges pueden hacerse donaciones, con tal que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios. Numeral del que claramente se desprende que éstas donaciones de ninguna manera deben ser contrarias las capitulaciones matrimoniales y, que sólo serán válidas cuando no perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos.

Este tipo de transmisión gratuita que se hacen entre sí los futuros cónyuges tienen características especiales. Por un lado, el Código Civil en su artículo 221, establece una limitación en cuanto al valor de los bienes que puede ser objeto de esta clase de liberalidades, entre los futuros cónyuges ya que establece que las donaciones entre los futuros cónyuges, aunque fueren varias, no podrán exceder reunidas en ningún caso, de la sexta parte de los bienes del donante. Pues el exceso de esta proporción trae como resultado que dicha donación sea inoficiosa; es decir, la transferencia de los bienes objeto de la donación, no surtirán efecto alguno, lo anterior en virtud de que se consideran como inoficiosas aquéllas donaciones que por su cuantía excesiva causan un grave empobrecimiento del donante.

Así las cosas, para saber si una donación antenupcial es inoficiosa, podrán elegir, el futuro cónyuge o sus herederos, como época para hacer el avalúo de los bienes, la fecha en que se hizo la donación o la fecha del fallecimiento del donador. (Art. 223 C.C.) Sin embargo, si al hacerse la donación no se hubiere formado inventario de los bienes del donador, no podrá en consecuencia elegirse la época en que la donación se otorgó. (Art. 224 C.C.)

En cuanto a la revocación de este tipo de donaciones, como vimos anteriormente, éstas no se revocan por sobrevenir hijos al donante ni por ingratitud, a menos que el donante fuere un extraño y que la donación haya sido hecha a ambos esposos y que éstos sean ingratos; por el contrario estas donaciones serán revocables cuando uno de los cónyuges (donatario) durante el matrimonio, realice adulterio, abandone las obligaciones

alimentarias a su cargo, ejerza violencia familiar, etc. en perjuicio del donante o de sus hijos.

a) Donaciones de extraños.

Aunque en principio todas las donaciones antenuptiales se encuentran sujetas a un régimen semejante, existen algunas variantes en cuanto las donaciones antenuptiales hechas por un tercero. En primer lugar un tercero, puede efectuar la donación en favor de uno solo de los cónyuges o en beneficio de ambos. (Art. 219 fracción II. Al igual que las donaciones hechas entre los futuros cónyuges, las otorgadas por un tercero extraño, serán inoficiosas en cuanto exceda el valor de la donación de la sexta parte de los bienes del donante.

En cuanto la revocación de las donaciones antenuptiales que realice un extraño, éstas podrán ser revocadas por ingratitud de ambos cónyuges y quedarán sin efecto alguno cuando el matrimonio no llegase a realizarse, en cuyo caso, el donante podrá exigir la devolución de lo que hubiere donado.

1.14 RÉGIMENES PATRIMONIALES

Como quedo precisado en párrafos anteriores, todos aquellos que deseen contraer matrimonio deberán anexar a la solicitud de matrimonio, un convenio en el cual los contrayentes expresen el régimen patrimonial que regirá su matrimonio (Art. 98 fracción V C.C.); este convenio se denomina Capitulaciones Matrimoniales, que como ya dijimos son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes. (Art. 179 C.C.)

"El convenio que celebran entre sí los cónyuges, para establecer el régimen de propiedad y disfrute de los bienes que les pertenecen o que en lo futuro les pertenezcan, así como de los frutos de estos bienes, se denomina capitulaciones matrimoniales".²¹

Este convenio puede celebrarse, adoptando cualquiera de los siguientes regímenes patrimoniales: sociedad conyugal o separación de bienes.

²¹ Pacheco E. Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Panorama Editorial S.A., México, 1984, Pág.137.

Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio, ante el Juez de lo Familiar. (Art. 180 C.C.)

El Maestro Galindo Garfias al respecto manifiesta lo siguiente: "La redacción de este precepto da lugar a confusión cuando dice que las capitulaciones matrimoniales "pueden otorgarse" antes de la celebración del matrimonio o durante él. Las capitulaciones *deben* otorgarse antes de la celebración del matrimonio y pueden ser modificadas libremente, en cualquier tiempo durante la vida conyugal, por acuerdo de ambos consortes. Ya estableciendo la separación de bienes si existía la sociedad conyugal, ya sustituyendo aquél régimen patrimonial por éste, si se había establecido la separación de bienes o en fin, introduciendo cualquier reforma o modificación parcial al pacto celebrado".²²

En efecto, las capitulaciones deben establecerse forzosamente antes de la celebración del matrimonio, pues de lo contrario éste no podría llevarse a cabo al faltar uno de los requisitos que para su celebración prevé el artículo 98 del Código Civil: Específicamente la fracción V que establece que los pretendientes deberán acompañar a su solicitud de matrimonio el convenio que deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio; convenio que no podrá dejarse de presentar, ni aún en el supuesto de que los pretendientes carecieren de bienes; por lo que el contenido del artículo 180 C.C., debe ser modificado, o en su caso entendido, en el sentido de que " el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales es forzoso antes de la celebración del matrimonio, independientemente del régimen patrimonial que deseen adoptar los contrayentes";

Pudiendo durante la vida conyugal, modificar dichas capitulaciones ante el Juez de lo Familiar.

Tratándose de menores de edad que deseen unirse en matrimonio, deberán de igual manera otorgar las capitulaciones matrimoniales en los términos establecidos en ley, siempre y cuando cuenten con la autorización de quienes deban prestar su consentimiento para la celebración del matrimonio (padres, tutores o en su caso la autoridad judicial) (Art. 181 C.C.)

²² Galindo Garfias Ignacio Ob. Cit. pág. 584

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Las capitulaciones matrimoniales deben ser otorgadas por escrito; pero necesariamente constarán en escritura pública, aquéllas que en que se constituya la sociedad conyugal, cuando los pretendientes o en su caso los esposos, pacten la transferencia de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida. (Art. 185 C.C.)

Así, la alteración que se haga de las capitulaciones matrimoniales deberán también otorgarse en escritura pública, haciendo la respectiva anotación en el protocolo en que otorgaron las primitivas capitulaciones: Y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad y del Comercio, pues la falta de estos requisitos hará que las alteraciones en las capitulaciones matrimoniales no surtan efectos contra terceros. (Art. 186 C.C.)

"La naturaleza de las capitulaciones matrimoniales es la de un convenio, que como requisito necesario forma parte integrante del acto matrimonial en cuanto en ellas se establece el régimen de separación de bienes o la extinción, durante el matrimonio, de la sociedad conyugal. Será un contrato, cuando tengan por objeto la constitución de la sociedad conyugal, que es el caso en que se crean o transmiten derechos y obligaciones".

23

1.14.1 SOCIEDAD CONYUGAL

Como lo apunta el Maestro Ignacio Galindo Garfías, el régimen denominado sociedad conyugal, establece una verdadera comunidad de vida entre los consortes, sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros de los consortes o sobre unos u otros, o bien, sobre parte de ellos y sus frutos o solamente sobre éstos, según convengan las partes en las capitulaciones correspondientes. Puede, además, incluir la sociedad entre cónyuges, una coparticipación sobre los productos del trabajo de uno de los consortes o de ambos.

La ley establece varias posibilidades dentro de las cuales los cónyuges pueden establecer la sociedad conyugal de acuerdo a sus propósitos e intereses personales. Pueden como menciona el Maestro Ignacio Galindo Garfías, formar un acervo común con la totalidad de sus bienes, de los frutos de éstos y del producto de su trabajo, al que marido y mujer llevan cuanto tienen y lo que obtengan cada uno en lo futuro (bienes, rentas, ganancias, sueldos, salarios, emolumentos, etc.) para sufragar los gastos propios de la comunidad de vida que

²³ Magallón Jorge Mario, El matrimonio, Sacramento, Contrato, Institución, Tipográfica Editorial Mexicana, S.A., México, 1965, Págs. 280 y siguientes.

establecen entre sí, Sociedad que el referido autor denomina como sociedad conyugal universal.

De igual forma, el marido y la mujer pueden, aportar sólo a la sociedad conyugal una parte de sus bienes, reservándose la otra para sí, ya sea incluyendo en la aportación sólo una porción de sus bienes y la totalidad de sus frutos o los bienes y una porción de los productos o solamente los frutos que produzcan los bienes; sociedad a la que el maestro Ignacio Galindo Garfías denomina sociedad conyugal parcial, la cual desde su punto de vista necesariamente coexistiría con un régimen parcial de separación de bienes, a los que se llama régimen mixto.

Finalmente, marido y mujer pueden pactar que la sociedad conyugal únicamente comprenderá todos aquellos bienes que en lo futuro adquieran, lo anterior en la inteligencia que todos aquellos bienes que a la fecha tuvieran cada uno de los cónyuges, serán propios de cada uno de ellos, sin que formen parte de la sociedad conyugal.

La sociedad conyugal se rige por las capitulaciones matrimoniales que la constituyen y nace al celebrarse el matrimonio o durante éste, y puede comprender los bienes de que sean dueños los contrayentes al momento de formarla, así como aquellos bienes que se adquieran durante la vigencia del matrimonio, salvo pacto en contrario. (Arts 183 y 184 C.C.)

Para su constitución es necesario el consentimiento, es decir, el acuerdo de voluntades entre los pretendientes para crearla respecto de determinados bienes, debiéndose determinar quién será el administrador de la sociedad, así como las bases para su liquidación. Al efecto y como lo establece el artículo 189 C.C., las capitulaciones matrimoniales en donde se establezca la sociedad conyugal deberá contener:

- I. La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten.
- II. La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad.
- III. Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ella o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos.

- IV. La declaración expresa de sí la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad.
- V. La declaración explícita de sí la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge.
- VI. La declaración de sí el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción.
- VII. La declaración acerca de que si ambos cónyuges o sólo uno de ellos, administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan.
- VIII. La declaración acerca de sí los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio pertenece exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción.
- IX. La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna, y
- X. Las bases para liquidar la sociedad conyugal.

Numeral del que se desprende que la sociedad conyugal, ya sea que abarque la totalidad de los bienes de los consortes o sólo parte de ellos, quedará constituida no sólo con los bienes que forman el activo del patrimonio sino que también podrán hacerse cargo de las deudas que en el momento de la constitución de dicha sociedad, tenga cada uno de los contrayentes. Situación que deberán hacer a través de un inventario detallado en el que mencionen sus activos y pasivos y las partes de éstos que en su caso integren la sociedad conyugal.

Sin embargo, y antes de continuar en el desarrollo del presente tema, es necesario hacer mención del artículo 182-Quinto C.C. en el que se establece cuáles bienes les son propios a cada cónyuge, los cuales, por tanto, y salvo pacto en contrario les serán propios aún y cuando se constituya la sociedad conyugal. Estos bienes son: aquellos bienes y derechos que les pertenecen al tiempo de celebrarse el matrimonio, así como los que posean antes de celebrarse el matrimonio, aunque no fueren dueños de ellos, si los adquirieron por prescripción; los bienes que adquieran después de contraído el matrimonio, ya sean por herencia, legado, donación o don de la fortuna; los bienes que hayan adquirido por cualquier título propio que hubiere sido anterior al matrimonio, aún y cuando la

adjudicación de éstos se hubiere hecho después de la celebración del matrimonio, siempre y cuando todas las erogaciones que se generen para hacer efectiva la adjudicación, corran por cuenta del dueño de ésta; los objetos de uso personal; 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; los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio siempre y cuando la totalidad o parte del precio aplazado sea pagado con dinero del mismo cónyuge.

1.14.2 DE LOS MODOS DE TERMINARSE LA SOCIEDAD CONYUGAL

En términos generales la sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y en los casos previstos en el artículo 188. (art. 197 C.C.)

Tratándose de la disolución del matrimonio, es obvio, que la sociedad conyugal que fue constituida por los cónyuges, de igual manera termine al disolverse el matrimonio, lo que ocurre cuando se lleva a cabo el divorcio, o bien cuando se trate de nulidad del matrimonio o hubiere fallecido alguno de los cónyuges.

En cuanto a la terminación de la sociedad conyugal ya sea por acuerdo o voluntad de los consortes, esta puede ocurrir durante el matrimonio si así lo convienen los cónyuges, aunque tratándose de menores para que la terminación de la sociedad conyugal proceda, es necesario la intervención tanto en la modificación, como en la disolución, de las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela en su caso, y a falta de ellos con autorización del Juez de lo Familiar. (Art. 187 C.C.)

Asimismo como lo establece el artículo 188 C.C., la sociedad conyugal puede terminar durante la vigencia del matrimonio, a petición de alguno de los cónyuges, por alguno de los siguientes motivos:

- I. Si uno de los cónyuges por su notoria negligencia en la administración de los bienes, amenaza arruinar al otro o disminuir considerablemente los bienes comunes.
- II. Cuando uno de los cónyuges, sin el consentimiento expreso del otro, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal a sus acreedores.
- III. Si uno de los cónyuges es declarado en quiebra o en concurso; y

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

En cuanto a la sentencia de declaración de ausencia, que es otro de los modos de terminar la sociedad conyugal, cabe mencionar que la sentencia en que se declare ésta, interrumpe la sociedad conyugal, a menos que en las capitulaciones matrimoniales se haya estipulado que se continúe. (Art. 698 C.C.) Así declarada la ausencia, se procederá, con citación de los presuntivos herederos a realizar el inventario de los bienes y a la separación de los que deben corresponder al cónyuge ausente; bienes que se entregarán a los herederos del ausente. Sin embargo, y en el caso de que el cónyuge ausente regresare o se probare su existencia, entonces quedará restaurada la sociedad conyugal. (Arts. 699, 701 y 704 C.C.)

Finalmente y en caso de nulidad del matrimonio existen tres supuestos: si los cónyuges procedieron de buena fe, la sociedad conyugal quedara subsistente, hasta en tanto se pronuncie sentencia ejecutoriada y la sociedad se liquidará de conformidad con lo establecido en las capitulaciones matrimoniales; si los cónyuges procedieron de mala fe, la sociedad se considera nula desde la celebración del matrimonio y los bienes y productos de ésta, se aplicarán a los acreedores alimentarios si los hubiere, y a falta de éstos, se repartirán de manera proporcional de acuerdo a lo que cada cónyuge hubiere aportado a la sociedad conyugal; si uno solo de los cónyuges tuvo buena fe, la sociedad subsistirá hasta que cause ejecutoria la sentencia, sólo en el caso de que la continuación de ésta le fuere favorable al cónyuge inocente, pues de lo contrario se considerará nula desde un principio; en este caso el cónyuge que hubiere obrado de mala fe, no tendrá derecho a los bienes y a las utilidades de la sociedad, las cuales se aplicarán a los acreedores alimentarios y a falta de ellos en favor del cónyuge inocente. (Art. 198 C.C.)

Así las cosas y una vez disuelta la sociedad conyugal, se procederán a formar un inventario (el cual no podrá incluir el lecho común, ni los vestidos ni los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges), el cual una vez terminado se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los cónyuges en los términos pactados en las capitulaciones matrimoniales. Si hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada cónyuge en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno solo llevó el capital, de éste se deducirá la pérdida total. (Arts. 203 y 204 C.C.)

En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, cabe mencionar que el cónyuge que sobreviva continuará en la posesión y administración del fondo social, ello con intervención del representante de la sucesión del cónyuge muerto, hasta en tanto no se verifique la partición. (Art. 205 C.C.)

1.14.3 OTROS ASPECTOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Resulta importante mencionar que en la sociedad conyugal será nula la capitulación en virtud de la cual uno de los cónyuges haya de percibir todas las utilidades de la sociedad. Así como la que establezca que alguno de los cónyuges sea responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades. (Art. 190 C.C.)

Tampoco puede renunciar ninguno de los cónyuges anticipadamente a los gananciales que resulten de la sociedad conyugal; sin embargo, disuelto el matrimonio, modificadas las capitulaciones o establecido el régimen de separación de bienes, podrán los cónyuges renunciar a las ganancias que les correspondan. (Art. 193 C.C.)

Mientras subsista la sociedad conyugal, el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges. La administración de la sociedad quedará a cargo de quien hayan designado en las capitulaciones matrimoniales, estipulación que podrá ser modificada sin necesidad de expresar el motivo del cambio de administración; sin embargo, y si existiere desacuerdo al respecto, el Juez de lo Familiar es quien resolverá lo conducente. (Art. 194 C.C.)

Cuando uno de los cónyuges haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal, con dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes, los cuales quedarán a favor del otro cónyuge. En caso de que los bienes dejen de formar parte de la sociedad conyugal, el cónyuge que hubiere actuado con dolo, culpa o negligencia, deberá pagar al otro cónyuge la parte que le correspondía de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que en su caso se le hubieren ocasionado. (Art. 194-Bis C.C.)

Cuando uno de los cónyuges abandone injustificadamente el domicilio conyugal por más de seis meses, los efectos de la sociedad conyugal cesarán para él desde el día en que aconteció el abandono. (Art. 196 C.C.)

Finalmente, ningún cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, vender, rentar y enajenar, ni en todo, ni en parte los bienes comunes, salvo en los casos del cónyuge abandonado, cuando necesite de éstos por falta de suministro de alimentos para sí o para los hijos, previa autorización judicial. (Art. 206-Bis C.C.)

"La sociedad conyugal es pues, una comunidad peculiar con fines propios, que trata de realizar en la práctica la finalidad de ayuda mutua propia del matrimonio, mediante una participación más o menos amplia de ambos cónyuges en sus respectivos patrimonios. Concediendo a cada uno de ellos, mediante el acuerdo contenido en las capitulaciones matrimoniales una intervención en la administración o disposición de los bienes patrimoniales del otro; cada uno de los cónyuges conserva su patrimonio y el otro tendrá en él, la intervención y facultades que le otorguen las capitulaciones".²⁴

1.14.4 DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Por virtud de este régimen, cada uno de los cónyuges conserva el total dominio y administración tanto de los bienes que haya adquirido antes del matrimonio, como de aquellos que adquiera durante el mismo; así lo contempla el artículo 207 del Código Civil que establece: "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."

Es decir, los consortes conservan el dominio pleno de sus propios bienes y el goce y disfrute de los mismos, de los cuales por obvias razones queda excluido su consorte, quien tampoco participa de los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que por sus servicios personales obtenga el otro cónyuge. (Art. 213 C.C.)

La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En efecto tal y como lo apuntan los Maestros Rojina Villegas y Galindo Garfías en los arts. 207 y 208 C.C. se admiten las siguientes posibilidades:

²⁴ Pacheco E. Alberto, Ob. Cit., Pág. 140.

- 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 refiere sólo a los adquiridos con anterioridad al matrimonio, estipulándose sociedad conyugal para los que se adquieran durante la vida matrimonial.
- c) Régimen parcial de separación de bienes, cuando las capitulaciones matrimoniales se pacten durante el matrimonio, de tal manera que existe sociedad conyugal hasta la fecha de las mismas y, posteriormente, separación de bienes; o bien, cabe la situación contraria, es decir, que primero haya existido la separación de bienes hasta la fecha de las capitulaciones y después sobrevenga el régimen de sociedad conyugal.
- d) Régimen mixto en cuanto a que se pacte separación para ciertos bienes, por ejemplo, inmuebles, y se estipule sociedad conyugal en cuanto a muebles.

Así las cosas, 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. (Art. 208 C.C.)

Resulta importante señalar, que no es necesario que las capitulaciones en que conste la separación de bienes y que se hagan antes de la celebración del matrimonio, se hagan ante notario público. Sin embargo, si es necesario que se haga un inventario de los bienes de que sea dueño cada cónyuge al celebrarse el matrimonio, así como adjuntar notas o especificaciones de las deudas que tengan cada uno de los contrayentes al casarse. (Art. 210 y 211 C.C.)

En la separación de bienes, como se dijo, los cónyuges conservan 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; sin embargo, si se trata de bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado o cualquiera otro por título gratuito, entretanto se hacen la división de éstos bienes, serán administrados por ambos cónyuges

o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en ese caso, el que administre será considerado como mandatario. (Arts. 212 y 215 C.C.)

Finalmente cabe precisar que la terminación del régimen de separación de bienes se termina, ya sea por convenio de los consortes o por disolución del matrimonio.

CAPÍTULO II

EL DIVORCIO

2.1 DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano, la muerte de uno de los cónyuges disolvía el matrimonio, como es lógico, en cuyo caso el marido podía volver a casarse inmediatamente; no así la viuda quien debía guardar luto durante 10 meses. Además se disolvía por la declaración unilateral hecha por uno de los cónyuges (repudium). Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta que la affectio maritalis había desaparecido*.

En efecto el repudium consistía en la declaración unilateral de uno de los cónyuges en el sentido de no querer continuar unido en matrimonio, ya que se consideraba que si una de las partes no deseaba continuar unida a la otra, era una razón más que suficiente para que se disolviese el vínculo matrimonial.

Augusto, emperador romano de la época clásica, con su política de fomentar la frecuencia de uniones fértiles, no tomaba medidas en contra del repudium, opinando que así sería más fácil que una unión estéril cediera su lugar a nuevas uniones que quizá darían hijos a la patria; Para lograr esto, lo que hizo fue rodear la notificación del repudium de ciertas formalidades (presencia de siete testigos).

Al lado del repudium se encontraba la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento; disolución que fue más frecuente en la época de los emperadores cristianos y que consistía en la decisión de los cónyuges de no continuar casados. Así, cuando Justiniano subió al trono existían cuatro clases de divorcio:

1. Divorcio por mutuo consentimiento, que como ya dijimos, es la decisión de los cónyuges de no continuar casados, disolución que imponía a quienes disolvían el matrimonio de esta manera, sanciones como la de no permitirles contraer nuevo matrimonio hasta que hubiese transcurrido determinado tiempo.

2. Divorcio por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley. El marido podía invocar el adulterio de la mujer, el hecho de que ésta concurriera a lugares públicos sin su consentimiento, o, hablara con extraños fuera del domicilio conyugal. La esposa a su vez, podía repudiar al marido si éste intentaba prostituirle, cometía adulterio en la casa común o la acusaba falsamente de adulterio. Cualquiera de ellos podía alegar como causas de repudio, el atentado contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta traición.

3. Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio era válido, pero daba lugar a un castigo al cónyuge que hubiera insistido en el divorcio.

4. Divorcio Bona Gratia, es decir, aquella separación que se fundaba en circunstancias que hiciesen inútil la continuidad del vínculo matrimonial. Tal sería el caso de impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a órdenes religiosas.

2.2 EL DIVORCIO DENTRO DEL CÓDIGO NAPOLEÓNICO

Al igual que el Derecho Romano, el Derecho Francés resulta de suma importancia para el presente trabajo, en especial las normas que del divorcio se contenían en el Código Napoleónico, pues dicho código es otro de los antecedentes que más han influido en nuestro sistema jurídico. Así las cosas y en virtud de la gran trascendencia de esta legislación es que nos introduciremos para ver un panorama general de los pensamientos, principios y diversas leyes que rigieron durante la Revolución Francesa en materia familiar, en especial lo relativo a la figura del divorcio.

Tal y como lo manifiesta Julien Bonnacase en su obra titulada La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia, "La obra de la Revolución francesa respecto a la familia no es precisamente de aquellas que la honran. Puede resumirse en una frase: la Revolución no reconocía la familia como una unidad orgánica"²⁵. Para este autor solo existían los individuos, los cuales podían ser agrupados bajo el nombre de familia en virtud de un contrato del derecho común, contrato que podía ser rescindible a voluntad de las partes o de una sola de ellas.

²⁵ Bonnacase Julián, La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia, Ed. José Ma. Cajica Jr., Puebla, 1945, Pág.108.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Dicho autor considera que la obra de la Revolución Francesa trató con verdadera pasión de destruir a la familia, ello en razón de las diversas leyes que instauraron el divorcio, de entre las cuales se encuentra la Ley de 1792 en la cual se consagraba el divorcio en tres formas. En primer lugar se admitía el divorcio por la demencia y la locura de uno de los esposos. En segundo lugar procedía el divorcio por consentimiento mutuo y, finalmente el divorcio por incompatibilidad de humor o de caracteres.

Aquí cabe señalar que el motivo por el cual se consideró procedente el divorcio por mutuo consentimiento se funda en el derecho contractual, es decir, el matrimonio era considerado como un contrato y como tal, éste contrato denominado matrimonio, podía rescindirse por voluntad de las partes.

Así, continua Julien Bonnecase, el decreto del 20 de septiembre de 1792, que estableció el divorcio, agravado en 1794, produce, cuatro años después, frutos imprevistos por el mismo legislador: divorcio pronunciado de un día a otro por incompatibilidad de caracteres entre dos esposos en un plazo máximo de un año, en el caso de que uno de los esposos se haya rehusado por todo ese tiempo a la disolución de su matrimonio. En efecto con tal disposición se produjo en la época revolucionaria un número de divorcios exorbitantes, motivo por el cual el autor en cita reitera que se atentaba con ruina de la familia.

A juicio de Julien Bonnecase, la ley de 1792 sobre el divorcio, no era una ley circunstancial. "Era una de las piezas constitutivas de todo un sistema de organización de la familia, que a su vez debía formar parte de un Código Civil revolucionario. La codificación de las leyes civiles, obra que sólo Bonaparte pudo edificar fue la gran ilusión de las Asambleas revolucionarias. En efecto, sólo un Código Civil podía coronar la obra de la Revolución; realizar en el terreno del Derecho privado la transformación ya lograda en el Derecho público".²⁶

Así hubo tres proyectos del Código Civil. El primero de ellos, fue presentado a la Convención el 9 de agosto de 1793 y expresaba claramente que el divorcio procedía por consentimiento mutuo de los esposos o por la voluntad de uno solo de ellos; el segundo se condujo en los mismos términos y, el tercero, declara que el divorcio podrá

²⁶ Bonnecase Julien, Ob. Cit., pág. 114.

decretarse a petición de uno de los esposos por incompatibilidad de humor o de caracteres. Estos proyectos fueron obra del jurista francés Cábmacères, quien fuera consejero en la Corte de Aides de Montpellier.

El divorcio, según Cábmacères, "se fundaba en la naturaleza, en la razón, en la justicia". Para él, el derecho de libertad personal era el derecho de disponer de sí mismo y por tanto era justo que una unión formada para la dicha de los individuos, debía cesar tan pronto como uno de ellos no encontrara en esa unión la felicidad que ha buscado.

Juillien Bonnacase expresa que los lazos entre los esposos se relajaron en el sistema del Código Civil y para reafirmar tal aseveración hace alusión al artículo 233 de dicho Código que establecía lo siguiente: "El consentimiento mutuo y perseverante de los esposos, expresado en la forma prescrita por la ley, bajo las condiciones y según las pruebas que determina, probará plenamente que la vida común les es insoportable, y que existe con relación a ellos una causa perentoria de divorcio".

Así fue, como ya vimos que los redactores del Código de Napoleón establecieron el divorcio por mutuo consentimiento; sin embargo este tipo de divorcio estaba rodeado de ciertas garantías, susceptibles de atenuar los inconvenientes del divorcio tales como: la necesidad de la autorización de los padres, la imposibilidad de obtener el divorcio antes de dos años, contados a partir de la celebración del matrimonio, o después de veinte años de haberse celebrado, manifestar cuatro veces en un año la intención de divorciarse; de igual manera para que éste procediera, se prohibía a los esposos contraer nuevas nupcias dentro de los tres primeros años, contados a partir de que el divorcio fue decretado, se imponía la obligación a los esposos, de ceder, respectivamente, la mitad de sus bienes a favor de los hijos nacidos del matrimonio.

Por otra parte y cuando uno de los cónyuges fallecía el Código Civil contemplaba en su artículo 767 lo siguiente: "Cuando el difunto no deja parientes susceptibles de heredarlos, ni hijos naturales, sus bienes pertenecen al cónyuge supérstite no divorciado". En efecto, si el marido no testaba, la mujer se quedaba sin ningún bien, pues era excluida por un pariente del difunto dentro del duodécimo grado; ello en virtud del funcionamiento del régimen dotal, que atribuía al marido todos los productos de la actividad de los esposos, con lo cual la mujer era expropiada de los productos de toda una vida de trabajo y lanzada del hogar que había creado.

Sin embargo, apunta Bonnecase, la situación era mucho mejor para el cónyuge superviviente en los regímenes de comunidad, puesto que se le atribuye la mitad de los bienes comunes. Pero esta mitad le correspondía más bien como socio que como esposo. En cuanto a la otra parte de los bienes de la sucesión, el cónyuge vivo solo heredaba después de los parientes del duodécimo grado.

En general la condición de la mujer se hallaba limitada por todas partes en el Código Napoleónico; no percibía el producto de su trabajo, era el marido quien percibía el fruto de los bienes adquiridos y el de los bienes propios; de igual forma estaba imposibilitada la mujer, estaba imposibilitada para impedir, salvo la separación de bienes, la dilapidación fácil de la parte de su patrimonio comprendida en la comunidad. Los artículos 1421 y 1422 demuestran tales situaciones: "El marido administrará por sí solo los bienes de la comunidad. Puede enajenarlos o hipotecarlos sin consentimiento de su mujer." "No puede, disponer entre vivos a título gratuito de los inmuebles de la comunidad, ni de la universalidad o de una parte alícuota de los muebles, si no es para el establecimiento de los hijos comunes".

Aunado a lo anterior, las deudas del marido, entraban al momento de contraer matrimonio, en la comunidad legal establecida entre los cónyuges.

Retomando de nueva cuenta el divorcio, éste fue considerado por Napoleón no nada más como un medio elegante y moral de borrar un matrimonio fracasado, sino también como una sanción a la inobservancia de las obligaciones que se derivaban del matrimonio. Tal era el caso, apunta Bonnecase, en el divorcio por causa de adulterio, en cuyo caso el marido con fundamento en el artículo 299, podía de una manera absoluta demandar el divorcio por causa de adulterio de su mujer; no así la mujer, quien de acuerdo al artículo 230, sólo podía pedir el divorcio por causa de adulterio, si el marido hubiera sido sorprendido con la concubina en la casa común.

Artículos que demuestran nuevamente el favoritismo a favor del marido, por así llamarlo, o al contrario sensu, la desventaja en la que se encontraba la mujer-esposa que quería disolver el matrimonio cuando su cónyuge le había sido infiel y de los cuales se deriva el adulterio que en la actualidad se encuentra contemplado tanto en el Código Civil como en el Penal del Distrito Federal.

Continuando en esta orden de ideas, prosigue Julien Bonnacase en el Código Penal Francés, específicamente en los artículos 336 y 337, la mujer convicta de adulterio se exponía a una pena de prisión de tres meses a dos años, en el supuesto de que el marido no accediera a perdonarla. Tal situación se aplicaba de igual forma al cómplice de ésta. Sin embargo y por cuanto toca al marido estos hechos cambiaban radicalmente, pues el marido adúltero no caía bajo el peso de la ley penal, sino únicamente cuando hubiere cometido el adulterio en la morada conyugal, en cuyo caso, sólo se le imponía una multa de cien a dos mil francos.

Ahora bien, si bien es cierto que quedó plasmado el divorcio dentro del Código Napoleónico por las causas anteriormente descritas, es, a mi juicio, importante establecer el porqué los redactores de este código consideraron prudente instituir esta figura en un ordenamiento legal, por lo que a continuación y tomando de nueva cuenta la obra denominada La Filosofía Del Código de Napoleón Aplicada al Derecho De Familia, del Maestro Julien Bonnacase, expondré el criterio de uno de los redactores del Código de Napoleón en esta materia, el cual desde mi punto de vista resulta bastante lógico y apegado a las circunstancias actuales por las que atraviesa la sociedad mexicana, éste jurista es nada más que Treilhard.

Treilhard, (jurista y uno de los autores del multicitado código, así como consejero de Estado del Emperador Bonaparte) declara que la cuestión del divorcio debía ser considerada desde el punto de vista meramente político. Afirma que el divorcio en sí mismo no era un bien, sino que era más bien el remedio de un mal; pero que no obstante tal afirmación, el divorcio no podía considerarse como un mal si en ocasiones podía ser un remedio necesario.

Para él finalmente en la ley, se había reconocido a favor de los esposos ultrajados, maltratados y/o en peligro, los medios necesarios para poner a salvo su vida. El divorcio presentaba numerosas ventajas a saber, principalmente la posibilidad de otorgar a los esposos divorciados la creación de un nuevo hogar en donde ellos mismos y los hijos de la anterior unión pudieran encontrar la dicha. Manifestación que de manera textual se transcribe:

"Por lo menos, los esposos divorciados tendrán aún el derecho de inspirar para su persona, un respeto y sentimiento que un nuevo vínculo podrá legitimar; no perderán la esperanza de borrar, mediante una unión más feliz, las fatales impresiones de su unión

primera; no estando obligados a renunciar al honorable título de esposo, perseverarán eludiendo cuidadosamente todo lo que pudiera hacerlos indignos de él; acaso sea esto lo más feliz que pueda acontecer para los hijos. La afección de los padres se sostendrá con más seguridad en la santidad de un vínculo legítimo, que en los desórdenes de una unión ilícita, a los que es tan difícil escapar, cuando no se tiene derecho a pretender los honores del matrimonio. El verdadero interés de los hijos es ver a los autores de sus días felices, dignos de estimación y de respeto, y no encontrarlos aislados, tristes llevando una vida insostenible, o colmando ese vacío con goces que nunca son sino amargura, porque siempre van acompañados de remordimientos".

Así, fue como de manera concreta veían la mayoría de los juristas redactores del Código Civil a la figura jurídica del divorcio, la cual, como lo menciona el multicitado autor Julien Bonnecase constituyó la piedra angular del sistema de Derecho de familia del Código de Napoleón.

Finalmente y antes de continuar con el desarrollo del presente estudio, debo como ya lo hice en párrafos anteriores, mencionar de manera poco más extensa lo relativo a los regímenes patrimoniales que se contemplaron en este código, ello en razón de que este tema tiene íntima relación con el análisis del artículo 289 Bis del Código Civil, que constituye el eje central de la presente investigación.

Como se vio anteriormente, los redactores del Código Civil, habían encontrado respecto de la comunidad legal, entendiéndose por ésta, a la sociedad conyugal, indicaciones justificativas del espíritu revolucionario en los proyectos del Código Civil de Cábacérés, que consagraban la comunidad a título de régimen legal. En el primer proyecto, agrega Bonnecase, los esposos tenían un derecho de administración igual sobre la comunidad; además continua el citado autor, todo acto que equivaliese a una venta, obligación o hipoteca sobre los bienes de cualquiera de los esposos, sólo era válida con el consentimiento de ambos.

El segundo proyecto, contemplaba a favor de los esposos un derecho igual a la administración de la comunidad. Sin embargo el tercero, confiaba únicamente al marido la administración de la comunidad en términos que se inspiraban en el Antiguo Derecho, y que posteriormente consagró el Código Civil de mérito.

De lo anterior se desprende de nueva cuenta que la situación de la mujer se encontraba supeditada totalmente a la del esposo quien era el único que podía disponer libremente de los bienes que conformaban la comunidad legal, situación que afortunadamente ha cambiado a través de los años en las diversas legislaciones que en nuestro país se han promulgado, en las cuales los dos cónyuges de común acuerdo y libremente puede adoptar el régimen patrimonial que deseen, ya sea el de separación de bienes, la sociedad conyugal o en su caso, un régimen mixto, los cuales más adelante examinaremos.

2.3 EL DIVORCIO DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO CIVIL DE 1884.

Bajo este código, sólo se contempló el divorcio por separación de cuerpos, bien por mutuo consentimiento, bien como divorcio necesario. Para la procedencia de este tipo de divorcio debían existir ciertas causas que implicaran delitos, hechos inmorales o en su caso incumplimiento de las obligaciones conyugales.

Dentro de las causales que se podían invocar para obtener el divorcio por separación de cuerpos, se encontraban las siguientes:

- a) El adulterio de uno de los cónyuges.
- b) El abandono sin justa causa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años.
- c) La sevicia del marido con su mujer, o la de ésta con aquél.
- d) Una enfermedad crónica e incurable, que fuere también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y de la cual no hubiese tenido conocimiento el otro cónyuge.
- e) La infracción de las capitulaciones matrimoniales, etc.

Así, solo si en la especie uno de los cónyuges incurría en una de estas conductas, podía el cónyuge inocente solicitar, si es que no existía consentimiento entre los esposos, el divorcio por separación de cuerpos. Los efectos de este tipo de divorcio eran solamente la separación, el alejamiento de los cónyuges por todo el tiempo que durarán tales conductas; el vínculo matrimonial no se disolvía y seguía subsistente a pesar de que el cónyuge o la cónyuge hubiere desplegado cualquiera de las conductas arriba mencionadas. Aquí el cónyuge forzosamente debía seguir unido a su cónyuge, no tenía

la opción de volver a contraer nuevas nupcias ya que el matrimonio fue, como se vio anteriormente, considerado como un vínculo indisoluble.

2.4 EL DIVORCIO DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES Y PARA LOS ESTADOS DE GUERRERO, MÉXICO Y NAYARIT DE 1928

A diferencia del Código Civil de 1884, en el que se permitía tan sólo el divorcio por separación de cuerpos; en el código de 1928 se contempló la disolución definitiva del matrimonio, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo.

Los tipos de divorcio que se contemplaron eran el de mutuo consentimiento, el divorcio administrativo y el divorcio necesario; divorcios que quedarán plenamente analizados en el apartado siguiente.

En el divorcio voluntario, por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tenían derecho a pensión alimenticia; en el divorcio necesario los cónyuges tenían derecho a la percepción de alimentos en los siguientes casos:

Art. 288.- En los casos de divorcio, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

2.5 EL DIVORCIO DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL 2002

2.5.1 DIVERSOS CONCEPTOS DE DIVORCIO

Cuando una pareja decide contraer matrimonio, lo hace por diversos motivos a saber, ya sea por amor, respeto, atracción sexual o afectiva, admiración, interés, etc., siendo el amor en la mayoría de los casos el principal motor que los lleva a tomar tal decisión. Así pues al momento en que una pareja decide casarse lo hace con el fin de lograr durante la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

vida conyugal la felicidad a través de la comprensión, ayuda mutua, respeto, fidelidad, confianza y convivencia; sin embargo, y desgraciadamente no en todos los casos, los matrimonios logran dicho objetivo, fracasando así en su intento de ser felices en su vida en común por diversas circunstancias.

Así cuando esto ocurre, los cónyuges se alejan uno del otro rompiendo el vínculo afectivo que un día los llevó a unirse en sagrado matrimonio, decidiendo en la mayoría de los casos, a pesar de múltiples intentos porque esta institución subsista, el divorciarse.

La idea de divorcio a primera vista, asusta a la sociedad y va en contra de los principios no sólo eclesíásticos y morales sino también jurídicos y sociales, pues como todos sabemos la familia integrada por marido, mujer e hijos constituye la base de la sociedad; no obstante lo anterior diversos autores consideran y llaman al divorcio como un mal menor o un mal necesario; mal porque como los doctrinarios mencionan, es la manifestación del rompimiento de la unidad familiar, pero es un mal menor y por ello necesario porque evita la vinculación legal de por vida de los que ya están desvinculados de hecho.

Me parece que el divorcio no es correcto, pues las familias deberían de permanecer el mayor tiempo posible unidas, tratando de luchar los cónyuges por esa comunidad de vida, amor y respeto que un día se prometieron: sin embargo, no puedo hacer a un lado la realidad por la que atraviesa no sólo nuestro país sino todo el mundo y por ende es que el divorcio como tal y las consecuencias y derechos y obligaciones que se derivan del mismo deben ser más justas y apegadas a las necesidades de los divorciantes, en especial por lo que se refiere a la mujer, que en la mayoría de los casos es a quien afecta más la separación al quedarse totalmente desamparada, sin apoyo moral ni económico del ex-cónyuge, ello aunado a la carga que tiene al cuidar y educar a los hijos habidos en matrimonio. Sin embargo, más adelante me adrentaré en tales hechos, debiendo, por consiguiente, exponer a continuación el concepto de divorcio y las clases y consecuencia de éste desde el punto de vista jurídico que es el que nos interesa.

La palabra divorcio deriva de las voces latinas *divortium* y *divertiré*, que significa separar lo que estaba unido, tomar líneas divergentes.

"Divorcio es la antítesis del matrimonio. Matrimonio significa unión, comunidad, encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo: conyugal. Divorcio es el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

romplimiento del vínculo, de la unión. Seguir sendas diferentes de los que antes marchaban por el mismo camino".²⁷

Para Antonio de Ibarrola, la disolución del matrimonio es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos producía respecto a ellos o respecto a terceros. El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los dos cónyuges.

"Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial."²⁸

"Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. De acuerdo con su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento".²⁹

En efecto el divorcio, tal y como lo contempla el artículo 266 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, es la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud para contraer otro.

2.6 CLASIFICACIÓN DEL DIVORCIO

Ahora bien para iniciar, es preciso hacer hincapié que en el Código Civil vigente en el Distrito Federal, desde el 2 de octubre de 1932 se regula la figura del divorcio en los artículos 266 a 291, permitiendo este ordenamiento tanto el divorcio vincular como la simple separación judicial con persistencia del vínculo. En efecto en la actualidad el divorcio puede clasificarse en dos grandes sistemas: el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular.

²⁷ Montero Duhalt Sara, Derecho de Familia, Porrúa, Cuarta Edición, México, 1990, pág.196

²⁸ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit., pág. 597

²⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo II, Porrúa, México, 2000, pág. 1184

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- **Divorcio por separación de cuerpos**, como lo menciona el Maestro Ricardo Sánchez Márquez, en su libro de Derecho Civil, este tipo de divorcio, suspende algunas obligaciones del matrimonio, tales como las de hacer vida en común y cohabitar, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos e imposibilidad para contraer un nuevo matrimonio.

"El divorcio-separación consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Como consecuencia de la extinción del deber de cohabitar, termina también el domicilio conyugal. Cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio voluntario."³⁰

"Es el estado de dos esposos, que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vivir juntos".³¹

En efecto en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, se encuentra contemplado este tipo de divorcio, el cual es sólo procedente si se actualizan las hipótesis contempladas en las fracciones VI y VII del artículo 267 que establecen: Son causales de divorcio:

- VI. Padeecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII. Padeecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.

Causales que doctrinariamente son conocidas como "causas eugenésicas" y que se pueden ejercitar por cualquiera de los cónyuges de conformidad con lo establecido en el Art. 277 del ordenamiento legal invocado que establece: "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá

³⁰ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, Ob. Cit., pág. 1186

³¹ Ripert Georges y Boulenger Jean, Tratado de Derecho Civil, Según el Tratado de Planiol, Versión Española, Ed. La Ley, Buenos Aires, Tomo I, pág. 453

decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio."

Siendo importante mencionar que estas causales pueden ser invocadas igualmente para pedir el divorcio vincular, mejor conocido como divorcio necesario, es decir, queda al arbitrio del cónyuge el demandar el divorcio por separación de cuerpos o el divorcio necesario, ello de acuerdo a sus intereses personales.

El motivo que llevó al legislador al establecimiento de estas causales, se debe sobre la base de las siguientes consideraciones:

- Porque la convivencia de los cónyuges en circunstancias de enfermedad descritas puede ser nociva y hasta peligroso para el esposo sano y para los hijos.
- Por los posibles sentimientos religiosos o afectivos del cónyuge sano y la ausencia de culpa en el que da la causa.

Como se desprende de lo expuesto con este tipo de divorcio no se quiere romper el vínculo matrimonial, tan sólo se suspende la convivencia de los cónyuges, no incurriendo el que se separa en las causales previstas en las fracciones VIII y IX del Código Civil vigente que hablan sobre el abandono del domicilio conyugal, pues al haber solicitado el divorcio por separación de cuerpos, el domicilio conyugal se extingue y la autoridad judicial autoriza a los cónyuges a designar un domicilio propio.

En cuanto a las consecuencias de este tipo de divorcio, éstas consisten en:

- a) Este tipo de divorcio extingue el deber de cohabitación y el débito conyugal.
- b) Todos los demás derechos-deberes que nacen del matrimonio persisten: fidelidad, ayuda mutua, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal y su administración conforme a lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, salvo que la causa de este divorcio sea la de enajenación mental y que el administrador sea el enfermo.
- c) El cónyuge sano tendrá la custodia de los hijos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo, la persistencia de los deberes entre los cónyuges que se separan judicialmente, presentan como lo menciona Sara Montero Duhalt, la siguiente problemática jurídica:

- **El deber de fidelidad.** El divorcio separación extingue el débito sexual entre los cónyuges e impide que se entablen relaciones sexuales con terceros; obliga en consecuencia a ambos cónyuges a una forzada castidad legal. El cónyuge que sostiene relaciones con un tercero comete, por tanto, el delito de adulterio.
- **Paternidad y filiación.** El hijo de la mujer casada y separada judicialmente, que nazca dentro de los trescientos días contados a partir de la orden judicial de separación, se reputa hijo de matrimonio con certeza de paternidad (Art. 324 fr. II) Si el hijo nace después de transcurridos trescientos días de la orden judicial de separación, nacerá también con paternidad cierta con respecto al marido de su madre; pero en este caso la ley permitía, (pues dicho precepto fue derogado mediante publicación en la Gaceta Oficial del Diario Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000) al marido desconocer a este hijo sobre la base del artículo 327 que señalaba:

"El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre".

En su lugar, el artículo 329 del ordenamiento legal en cita, es el que regula tal situación en los siguientes términos: "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse de conformidad con lo previsto en este código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge".

- **La ayuda recíproca.** El divorcio separación no extingue el deber de ayuda recíproca como lo expresa el artículo 302:

"Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. La ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados desde el punto de vista del artículo anterior".

Emitida la sentencia judicial en la que se decreta la separación de cuerpos, los cónyuges se encuentran autorizados para vivir separadamente, y como consecuencia de ello, quedan eximidos de prestarse el débito conyugal.

- **Divorcio Vincular.** El maestro Rafael Rojina Villegas señala que la principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias.

El divorcio vincular se subdivide en voluntario y necesario o contencioso. El voluntario a su vez se subdivide en administrativo y judicial. El necesario o contencioso siempre será judicial y se funda en diversas causales previstas en el artículo 267 C.C., las cuales a juicio del autor antes citado, se pueden clasificar en los siguientes grupos:

- a) Por delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas.
- b) Hechos inmorales.
- c) Incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio.
- d) Actos contrarios al estado matrimonial y,
- e) Enfermedades o vicios enumerados específicamente.

En efecto, el artículo 266 del Código Civil vigente para el Distrito Federal contempla tanto el divorcio voluntario como el necesario al establecer lo siguiente: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer otro. Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El divorcio vincular, que procede de la voluntad de los cónyuges (divorcio voluntario y/o divorcio administrativo), o por demanda interpuesta por uno de los cónyuges en contra del otro, con fundamentos en alguna de las causales previstas en el Art. 267 C.C. (divorcio necesario o contencioso), tienen establecido en el C.C. vías y procedimientos distintos, sin embargo, cualquiera que sea el supuesto, para que el divorcio proceda, se requiere, como lo apunta el Maestro Ignacio Galindo Garfías, de los siguientes requisitos:

- La existencia de un matrimonio válido, requisito necesario para la disolución del vínculo matrimonial, el cual queda satisfecho con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio de quienes pretenden divorciarse. Así como lo refiere el artículo 253 C.C.: "El matrimonio tiene a su favor la presunción de validez, mientras no haya sido pronunciada una sentencia ejecutoria, que declare su nulidad."
- Los menores de dieciocho años aún cuando hayan sido emancipados, requieren la asistencia de un tutor dativo para solicitar su divorcio, ya se trate de divorcio contencioso (Art. 499 y 643 fracción II C.C.) o por mutuo consentimiento (Art. 677 C.P.C.. El tutor se limitará a asistir al cónyuge menor de edad, durante la secuela del procedimiento judicial de divorcio, autorizará con su firma, en unión del menor, los escritos o instancias que se presenten durante la tramitación del divorcio, de igual forma intervendrá en la celebración del convenio que presenten los menores que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, respecto de sus bienes y en cuanto a la situación y guarda de los hijos de ambos. (Art. 643 C.C.)
- Legitimación Procesal, desde el punto de vista de legitimación procesal, son los cónyuges que pretenden divorciarse, los únicos que tienen interés legítimo, personalísimo en obtener la disolución de su matrimonio. Pueden, sin embargo, instituir a un apoderado para que tramite el divorcio necesario, no así en el divorcio por mutuo consentimiento ni administrativo, en los cuales forzosamente deben comparecer en forma personalísima por tratarse de hechos que sólo les constan a ellos.

Dado un panorama general del divorcio vincular, comencemos pues a analizar cada una de las subdivisiones del mismo.

Y Divorcio Voluntario Administrativo. Conforme a lo dispuesto por el artículo 272 C.C., el divorcio administrativo procede "cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. . ."

Así las cosas los requisitos para la procedencia de este divorcio son los siguientes:

- Tiene que haber transcurrido un año como mínimo para que los cónyuges lo puedan promover.
- La decisión de divorciarse debe ser de común acuerdo.
- Los cónyuges deben forzosamente ser mayores de edad, mayoría que en nuestro país se adquiere al haber cumplido 18 años (situación que se acreditará con copias certificadas de las actas de nacimiento o en su caso con alguna identificación oficial en la que conste la edad de los solicitantes).
- Se haya liquidado la sociedad conyugal previa a la solicitud del divorcio, si bajo ese régimen se casaron, en cuyo caso deberán presentar el convenio de la liquidación.
- La esposa no se encuentre en estado de gravidez (hecho que puede acreditarse con un examen clínico o en su caso cuando la cónyuge manifieste tal situación bajo protesta de decir verdad).
- Que los cónyuges no hubieren procreado hijos, o que habiéndolos procreado éstos no requieran la ministración de alimentos.
- Que los cónyuges entre sí no tengan la obligación de proporcionarse alimentos.

Ahora bien una vez cumplidos todos y cada uno de los requisitos antes mencionados, los cónyuges deberán, presentarse ante el Juez del Registro Civil que corresponda a su domicilio, quien previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen dentro de los quince días siguientes a la presentación de la solicitud. Si los cónyuges concurren ante dicha autoridad y ratifican la solicitud, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en el acta de matrimonio anterior.

Sin embargo, si se acredita que los cónyuges no cumplen con los supuestos descritos en el artículo 272 C.C., el divorcio así obtenido no producirá efecto alguno, ello con independencia de las sanciones a que pueden hacerse acreedores; sanciones que se

encuentran reguladas en el Código Penal para el Distrito Federal y que se refieren al delito de falsedad en declaraciones ante autoridad pública.

"El divorcio por vía administrativa fue objeto, en su tiempo, de innumerables críticas en el sentido de que el mismo era un factor decisivo de la disolución de la familia, al dar tan extremas facilidades a la pareja para terminar el vínculo matrimonial. La comisión redactora del Código Civil expuso sus motivos para implantarlo con las siguientes palabras: "El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos".³²

➤ **Divorcio Voluntario de Tipo Judicial.** Conforme a lo establecido en el artículo 273 C.C., procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior (272, que se refiere al divorcio administrativo), y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio ."

En virtud de lo anterior, y a contrario sensu debemos entender que ésta clase de divorcio procede cuando los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo consentimiento son menores de edad, o que siendo mayores, tienen hijos dentro del matrimonio, no han liquidado la sociedad conyugal. Si bajo ese régimen se casaron, existe la necesidad de que se proporcionen alimentos tanto a los hijos, como a alguno de los cónyuges y, que haya transcurrido como mínimo un año de celebrado el matrimonio.

³² Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, Ob. Cit, pág. 1190.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así y prosiguiendo con el contenido del Art. 273, los cónyuges que reúnan estos requisitos, deberán acompañar a la solicitud de divorcio, un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

- I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;
- II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deban darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.
- III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;
- IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;
- V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;
- VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y
- VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Cabe señalar que este convenio contiene los mínimos que deberán pactar los divorciantes en su calidad de cónyuges y progenitores, quienes si así lo desean pueden, en virtud de que la ley no se los impide, superar éstos puntos e incluso adicionar dicho convenio para situaciones más concretas y específicas; sin embargo, y aún cuando los cónyuges tienen entera libertad para fijar los términos y condiciones del multicitado convenio, éstos deben respetar los principios legales de la institución familiar y conyugal, pues si las cláusulas de éste son contrarias a la moral, a las buenas costumbres, al orden público e interés social, o en su caso son notoriamente perjudiciales para los hijos o el cónyuge, dicho convenio no será aprobado por el Juez de lo Familiar que conozca del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

divorcio de que se trate, y por ende no se decretará la disolución del vínculo matrimonial, hasta en tanto no hayan quedado debidamente garantizados los derechos de los hijos y del cónyuge.

Así y para evitar que el convenio de divorcio sea contrario al bienestar y a los intereses de los hijos y cónyuges, es que el Juez de lo Familiar con auxilio del Ministerio Público de la adscripción, durante la secuela del procedimiento verifican que las cláusulas de este instrumento sean apegadas a derecho y las buenas costumbres, debiendo siempre observar tanto los cónyuges, como el Juez y Ministerio Público, que el interés de los hijos prevalezca sobre el de los padres.

En cuanto al procedimiento del divorcio voluntario de tipo judicial, cabe mencionar que éste se encuentra regulado en los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal, y consiste en lo siguiente:

Los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo consentimiento deberán presentar su solicitud ante el Juez de lo Familiar de su domicilio, presentando adjunto a dicha solicitud el convenio a que hicimos referencia en párrafos anteriores y anexando de igual forma copia certificada del acta de matrimonio y de las actas de nacimiento de los menores hijos. Recibida la solicitud, el Juez de lo Familiar, citará a los cónyuges y al Ministerio Público a una primera junta de avenencia después de los ocho días y antes de los quince de admitida la solicitud. En esa primera junta, el Juez por conducto del Secretario de Acuerdos, o en su caso, por conducto del C. Secretario Conciliador del Juzgado en que se ventila el divorcio, tratará de exhortar a los cónyuges para que lleguen a una reconciliación y así evitar la disolución del vínculo matrimonial; sin embargo, si los cónyuges se mantienen firmes en su deseo de divorciarse, el Juzgador escuchando el parecer del representante social, aprobará provisionalmente el convenio exhibido por las partes y, los citará a una segunda junta de avenencia que deberá celebrarse dentro del término anteriormente mencionado.

Cabe mencionar que mientras se decreta el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, desde el punto de vista de lo dispuesto en el convenio presentado adjunto a la solicitud de divorcio, así como las medidas provisionales a que se refiere el artículo 282 C.C. y que consisten en:

- La separación de los cónyuges.
- El aseguramiento de las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda.
- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal.
- Las medidas precautorias que establece la ley, en favor de la cónyugo que quede encinta.
- La de poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser cualquiera de ellos.

En la segunda junta de avenencia, el Juez nuevamente exhortará a los cónyuges para que lleguen a una reconciliación, sin embargo, si ésta no se logra, y si en el convenio³³ quedan debidamente garantizados los derechos de los hijos menores e incapacitados, el Juez oyendo el parecer del Ministerio Público, dictará la sentencia respectiva disolviendo el matrimonio y aprobará el convenio presentado, con las modificaciones que en su caso estime convenientes.

"La sentencia que decreta el divorcio judicial, es apelable en el efecto devolutivo; la que lo niegue es apelable en ambos efectos (Art. 681 C.P.C.) La apelación puede ser interpuesta por cualquiera de los cónyuges que pretenda divorciarse y por el Ministerio Público. Es obvio que los cónyuges en el divorcio por mutuo consentimiento, no pueden apelar la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial. Pero podrán interponer el recurso de apelación contra la sentencia que niegue el divorcio y contra los puntos resolutivos de la sentencia de divorcio que modifique una o varias de las cláusulas del convenio presentado por ellos, tanto sobre la situación y guarda de los hijos como respecto de la liquidación de la sociedad conyugal o sobre alimentos. El Ministerio Público podrá apelar de la resolución judicial que decreta o niegue el divorcio y que resuelva sobre los puntos relativos a la situación y guarda de los hijos, así como respecto de la liquidación y disolución de la sociedad conyugal".³³

Si las partes están conformes con la sentencia dictada por el Juez de lo Familiar, solicitarán en consecuencia que la misma cause ejecutoria, es decir, que quede firme y, por tanto, sea inamovible. Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el Juez girará atento oficio y copias certificadas de la sentencia de divorcio, al Juez del Registro Civil en donde

³³ Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil, Porrúa, México, 2000, Pág. 613.

contraer matrimonio los ahora ex-cónyuges, a efecto de que se anote en el margen del acta de matrimonio, la sentencia de divorcio respectiva.

Finalmente es preciso hacer hincapié que si los cónyuges que promovieron el divorcio voluntario, dejan pasar más de tres meses sin continuar con el procedimiento, el Juez Familiar declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente. Asimismo, la reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que éste se encuentre, siempre y cuando no hubiere sentencia ejecutoriada, en tal caso los interesados deberán comunicar la reconciliación al Juez. (Art. 280 C.C.) De igual forma el Art. 276 C.C. establece que los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación.

Así las cosas y una vez disuelto el vínculo matrimonial, inscrita la sentencia de divorcio en el acta de matrimonio respectiva y, publicado el extracto de la resolución durante 15 días, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio. (Art. 289 y 291 C.C.)

Consecuencias Jurídicas del Divorcio Voluntario de Tipo Judicial

Las consecuencias de este tipo de divorcio se dan en relación con tres rubros distintos a saber:

- a) En cuanto a las personas de los cónyuges.
- b) Con relación a los hijos.
- c) En cuanto a sus bienes.

a) En cuanto a las personas de los cónyuges, el divorcio extingue el vínculo matrimonial y deja, como ya hemos visto a los cónyuges en aptitud para contraer un nuevo matrimonio. En este punto cabe mencionar que antes de las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000, los cónyuges que se divorciaban voluntariamente podrían volver a casarse siempre y cuando dejen pasar como mínimo un año, contado a partir de la fecha en que obtuvieron el divorcio; en la actualidad y gracias a las reformas antes mencionadas, no es necesario que los ex-cónyuges dejen transcurrir el año para poder casarse nuevamente, pues la ley no fija ningún término para ello, el artículo 289 C.C. que es el que regula esta situación simplemente establece: En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio.

Por lo que se refiere a los alimentos, el artículo 288 del Código Civil, conforme a su texto anterior a las reformas de mayo del 2000, contemplaba lo siguiente: "En el caso de divorcio voluntario por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato".

En la actualidad y derivado de las reformas multicitadas, este derecho de recibir alimentos sólo corresponde a la mujer que no tenga ingresos suficientes, alimentos que recibirá por el mismo lapso que duró el matrimonio, y siempre y cuando no contraiga nuevas nupcias o no se una en concubinato.

b) En relación con los hijos, en cuanto a este punto, ambos padres conservarán la patria potestad que ejercen sobre sus menores hijos; potestad que implica tanto los derechos y obligaciones que como progenitores tienen para con sus hijos. En cuanto a la guarda, custodia, alimentos, derecho de visita, casa habitación, etc., éstos se encuentran regulados en el convenio que exhibieron los cónyuges adjunto a su solicitud de demanda, convenio que como mencioné fue aprobado por el Juez de lo Familiar y el Ministerio Público.

c) En relación con los bienes, al igual que en el apartado anterior, en el convenio multicitado, los cónyuges señalan todo lo relativo a la administración de los bienes en común, así como lo relativo a la liquidación de la sociedad conyugal, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.

> **Divorcio Necesario o Contencioso.** "Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y sobre la base de causa expresamente señalada en la ley".³⁴ Divorcio al que también se le conoce como contencioso por ser demandado por un esposo en contra del otro y, en el cual existe controversia necesariamente.

³⁴ Montero Duhalt Sara. Ob. Cit., pág. 221

Como lo habíamos mencionado anteriormente para que proceda cualquier tipo de divorcio es necesario en primer lugar la existencia válida del matrimonio, requisito que se cumple con la exhibición de la copia certificada del acta de matrimonio. En segundo lugar y ya tratándose del divorcio necesario, se requiere la acción ante el juez competente, en este caso será juez competente, el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal y en caso de divorcio por abandono de hogar, será competente el Juez de lo Familiar del domicilio del cónyuge abandonado.

En tercer lugar es indispensable para la procedencia de este divorcio, la expresión de la causa que se encuentra específicamente determinada en la ley (art. 267 C.C.) Aquí cabe resaltar que las causales previstas en el artículo 267 C.C. y que son motivo para demandar el divorcio necesario son de carácter limitativo y no ejemplificativo, son autónomas y no pueden de ninguna manera involucrarse unas con otras, ni ser ampliadas por analogía ni por mayoría de razón; sin embargo sí es posible invocar al mismo tiempo dos o más causales, siempre y cuando cada una de ellas esté específicamente determinada en sí.

En cuarto lugar, debe existir la legitimación procesal, es decir la acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges, por tanto sólo ellos por su propio derecho son los únicos que pueden demandar el divorcio necesario (ello sin perjuicio de que puedan estar asesorados por algún Licenciado en Derecho o Procurador); lo anterior en virtud de que ésta acción es personalísima.

En quinto lugar, debe existir un tiempo hábil. La acción de divorcio puede ser iniciada en cualquier momento del matrimonio, pero siempre dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a noticia del cónyuge ofendido los hechos en que funde su demanda; así lo prevé el artículo 278 del Código Civil que establece: "El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 de éste Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como con las demás salvedades que se desprenden de este artículo".

En efecto el cónyuge deberá demandar el divorcio necesario dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se haya enterado de los hechos en que vaya a fundar su demanda, pues si no lo hace dentro de éste término, caducará su derecho para hacerlo y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por ende su demanda no prosperara y será desechada de inmediato por el Juez Familiar. Por cuanto a las causales XI, XVII y XVIII a que se refiere el artículo en cita, es preciso mencionar que éstas se refieren a la sevicia, las amenazas o injurias graves de un cónyuge para el otro; Conductas de violencia familiar y al incumplimiento injustificado que haga uno de los cónyuges respecto de las determinaciones que las autoridades le hayan impuesto para corregir los actos de violencia familiar; y éstas por ser de tracto sucesivo caducan en el lapso de dos años.

En sexto lugar, es necesario que se cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento, las cuales se encuentran previstas en los artículos 255 al 429 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal, pues este divorcio es el llamado ordinario civil, por tanto para que el mismo se ventile debe apegarse a todos y cada uno de los artículos que lo rigen.

Así las cosas, una vez satisfecho las consideraciones arriba mencionadas, el cónyuge deberá fundar su demanda de divorcio en cualquiera de las 21 fracciones que contempla el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO NECESARIO

El juicio de divorcio necesario se tramita a través de la vía ordinaria civil y se rige conforme a lo dispuesto en los artículos 255 al 429 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal. Las etapas procesales de este divorcio son las siguientes:

Demanda Inicial, Contestación de demanda y reconvencción en su caso, Traslado de la reconvencción si la hubo y contestación de la misma, Audiencia Previa y de Conciliación, Ofrecimiento de Pruebas, Recepción y admisión de pruebas, Audiencia de Ley, Alegatos, Sentencia, Apelación si la formularon alguna de las partes, Declaración de que la Sentencia ha causado ejecutoría, Ejecución de la sentencia e inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro Civil.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Demanda Inicial

El procedimiento se inicia con la presentación del escrito inicial de divorcio ante la oficialía de partes común del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. En dicho escrito se deberán de poner los siguientes datos:

- I. El tribunal ante quien se promueve.
- II. El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones.
- III. El nombre del demandado y su domicilio.
- IV. El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios (las prestaciones)
- V. Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos. Asimismo se debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión.
- VI. Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables.
- VII. El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez, y
- VIII. La firma del actor, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando esas circunstancias.

En efecto en la demanda de divorcio el actor deberá de demandar la disolución del vínculo matrimonial especificando las causales o causal en que se basa para pedir tal prestación, de igual manera podrá demandar otras prestaciones como la guarda y custodia provisional y en su caso la definitiva de los menores hijos, el pago de una pensión alimenticia (provisional y la definitiva) tanto para ella o él como para sus hijos y demás prestaciones que estime pertinentes. El actor deberá como ya dijimos señalar el domicilio que le servirá de casa habitación tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el mismo, debiendo de avisar, su cambio de domicilio, en caso de que ello ocurra. Asimismo, el cónyuge deberá narrar crónicamente y con claridad los hechos en que funde sus peticiones, haciendo mención de las circunstancias de modo, tiempo y lugar y mencionando el nombre completo de las personas que presenciaron los hechos en que funda su demanda. Igualmente deberá anunciar las pruebas que considera le servirán para acreditar los extremos de su acción, anexando al efecto copias certificadas de todos los documentos en que se basa para demandar a su cónyuge.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Aunando a lo anterior y dentro del mismo escrito de demanda, el demandante podrá solicitar al Juez Familiar la concesión de las medidas provisionales a que hace referencia el artículo 282 del Código Civil y que consisten en:

- I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.
- II. El señalamiento y aseguramiento de las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.
- III. Aquellas medidas tendientes a evitar que los cónyuges se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes y en los de la sociedad conyugal si la hubiere. Asimismo solicitará, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda de divorcio en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes.
- IV. Las medidas precautorias respecto a la mujer que quede embarazada.
- V. La guarda y custodia de los menores hijos bajo el cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de ellos; o en su defecto, bajo el cuidado de la persona que menciona el actor en su escrito de demanda inicial. Siendo importante mencionar que el Juez de lo Familiar es quien, tomando en cuenta la opinión de los menores, decidirá la persona bajo la cual se quedarán provisionalmente los menores. Asimismo y como lo previene la ley, salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre.
- VI. Las modalidades del derecho de visita o convivencia con los padres.
- VII. La revocación o suspensión de los mandatos que entre los cónyuges se hubieren otorgado.
- VIII. La exhibición, bajo formal protesta de decir verdad, de los inventarios de sus bienes y derechos, así como de aquéllos que se encuentren dentro de la sociedad conyugal.

Por su parte el Juez, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda inicial, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

seguridad e integridad de los interesados y sobre todo cuando exista violencia familiar decretará lo siguiente:

- a) Ordenará la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.
- b) Prohibirá al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.
- c) Prohibirá al cónyuge demandado que se acerque a los agraviados, en una distancia que el propio Juez determinará.

De igual y de conformidad con las reformas hechas al Código Civil y publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000, los cónyuges de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 289-Bis, podrán en el escrito inicial de demanda, demandar del otro, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido durante el matrimonio, siempre que:

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

"Indemnización" que me parece confusa y no del todo acertada ya que ésta procede cuando los cónyuges se hayan casado por separación de bienes, régimen en el cual cada uno de los esposos conserva la propiedad de sus bienes, por lo tanto y si desde un principio los esposos decidieron mantener la propiedad exclusiva de todos sus bienes, resulta ilógico y contrario a derecho, que en la demanda de divorcio se solicite hasta el 50% del valor de los bienes del cónyuge demandado, pues, reitero, al inicio del matrimonio y por voluntad propia ambos decidieron adoptar este régimen, por lo que resulta erróneo que se le pretenda despojar al cónyuge demandado de un porcentaje del valor de sus bienes propios, ya que estos bienes sólo le pertenecen a él. Además de que si se aplica esta disposición tal y como se encuentra redactada, ya no tendría caso que en las capitulaciones matrimoniales se hiciera constar el régimen patrimonial que los contrayentes desean adoptar, pues ambos sabrían que en caso de divorcio, cualquiera de ellos podría solicitar al Juez de lo Familiar esta prestación; es decir, se entendería que se están casando bajo sociedad conyugal pues al final tendrían derecho a percibir hasta la mitad del valor de los bienes de su cónyuge.

Por otra parte y a pesar de que la intención de este "nuevo derecho" nace para la protección de quienes se encuentren en las hipótesis del numeral en cita, me parece conveniente decir, que su redacción no es del todo correcta pues para empezar no se puede hablar de una "indemnización" en sentido estricto, ya que ésta, como veremos en el capítulo respectivo del análisis del artículo en estudio, debe ser consecuencia de un hecho ilícito o del riesgo creado o bien surge de una relación de subordinación como la de patrón-trabajador. Por otra parte en el artículo en comento, tampoco se dan las bases sobre las cuales el juzgador debe "calcular" el monto de la "indemnización" que se le debe otorgar al cónyuge solicitante, lo que obviamente acarrearía múltiples problemas en la praxis, pues la decisión del juzgador podría emitirse en exceso o en defecto de alguna de las partes.

Continuando con el procedimiento y haciendo por el momento a un lado el análisis del precepto legal mencionado (el cual analizaremos en los capítulos subsecuentes), una vez admitida la demanda y decretadas las medidas provisionales si las hubiere, se emplazarán al demandado en el domicilio que al efecto señaló el actor en su demanda inicial; el emplazamiento se llevará a través del C. Secretario Actuario adscrito al Juzgado en donde se ventila el divorcio, Actuario que una vez constituido en el domicilio del demandado y cerciorado de que éste es el correcto, le hará saber al demandado la existencia de la demanda entablada en su contra, corriéndole el traslado con el juego de copias simples respectivas, y le hará saber que cuenta con un término de nueve días para contestar la demanda.

Contestación de Demanda

Emplazado que fue el demandado, contará con nueve días para producir su contestación a la demanda. El demandado podrá contestarla dentro de los nueve días, es decir, no es necesario que la conteste hasta el noveno día, pues puede hacerlo antes, sin embargo no después del noveno día. En su escrito de contestación, al igual que el actor deberá señalar domicilio para oír y recibir notificaciones y podrá autorizar si así lo desea a los profesionistas que estime pertinentes para que lo asesoren durante la secuela del procedimiento. En dicho escrito, el cónyuge indicará si son o no ciertos los hechos señalados en la demanda y, por tanto si ha incurrido o no en las causales de divorcio que se le imputan, tendrá la oportunidad de oponer las excepciones y defensas que crea convenientes (con las cuales se manda dar vista a la parte actora por el término de tres días) y podrá si así lo desea reconvenir (contrademandar) a su contraparte sobre la base

de las causales que él considere procedentes. Respecto de la reconvencción, los papeles del actor y demandado se invierten, es decir, el actor en la demanda principal se convierte en demandado en la reconvencción y, el demandado en la demanda inicial, se convierte en actor en la reconvencción. Cabe mencionar que existe la posibilidad que el demandado se allane a la demanda en todas sus partes, es decir que acepte el contenido de ésta, en cuyo caso el juez citará a las partes para oír la sentencia que al efecto se emita, siempre y cuando el demandado previamente haya ratificado ante la presencia judicial su allanamiento. (art. 274 C.P.C.)

Traslado de la reconvencción.

En el supuesto de que el demandado reconviniere a la parte actora, el juez admitirá la reconvencción planteada y mandará dar vista a la actora en el principal (demandada en la reconvencción) para que dentro del término de nueve días la conteste. La contestación de la contrademanda se hará en los mismos términos descritos anteriormente.

Audiencia Previa y de Conciliación.

Contestada la demanda, y en su caso, la reconvencción el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una Audiencia Previa y de Conciliación dentro de los diez días siguientes; Si una de las partes no concurre sin causa justificada a dicha audiencia, el Juez la sancionará con una multa hasta por los montos establecidos en la fracción II del artículo 62 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal (120 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal como máximo). Si dejaren de concurrir ambas partes sin justificación, el juzgador las sancionará de igual manera.

Si ambas partes asisten, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del Conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si es que éste procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada.

En caso de desacuerdo entre las partes, la audiencia proseguirá y el juez, examinará en su caso, las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento y antes de concluir la audiencia abrirá el juicio a prueba por el término de diez días comunes para ambas partes. (art. 277 C.P.C.)

Ofrecimiento de Pruebas.

Como mencioné anteriormente, el mismo día en que se haya celebrado la audiencia previa y de conciliación, el Juez abrirá el juicio al periodo de ofrecimiento de pruebas, que es de diez días comunes para ambas partes; término que empezará a contarse desde el día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación a todas las partes del auto que manda a abrir el juicio a prueba. En los juicios de divorcio necesario que se invoquen como causales únicamente las fracciones XI (sevicia, amenazas o Injurias graves), XVII (conductas de violencia familiar), o XVIII (incumplimiento de las determinaciones Impuestas por conductas de violencia familiar) del artículo 267 del Código Civil, el periodo de ofrecimiento de pruebas será de cinco días comunes a partir del siguiente a aquél en que surta efectos la notificación del auto que manda abrir el juicio a prueba. (Art. 290 C.P.C.)

Las partes podrán ofrecer como pruebas de su parte todas aquéllas que estimen necesarias para acreditar sus acciones o excepciones, siempre y cuando no sean contrarias a la moral ni las buenas costumbres; podrán ofrecer la confesional, testimonial, pericial, reconocimiento de contenido y firma, documentales públicas y privadas, Inspección judicial, instrumental de actuaciones, etc. en los términos de los numerales que las rigen.

Las pruebas deberán ofrecerse expresando con toda claridad el hecho o los hechos que se tratan de demostrar con las mismas, así como las razones por las que el oferente estima que demostrarán sus afirmaciones, declarando en su caso en los términos anteriores el nombre y domicilio de testigos y peritos y pidiendo la citación de la contraparte para absolver posiciones; si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas, observándose lo dispuesto en el artículo 298 de este ordenamiento. (Art. 291 C.P.C.)

Recepción y Desahogo de Pruebas.

Al día siguiente en que termine el periodo del ofrecimiento de pruebas, el juez dictará resolución en la que determinará las pruebas que se admitan sobre cada hecho, pudiendo limitar el número de testigos prudencialmente. En ningún caso el juez admitirá pruebas o diligencias ofrecidas extemporáneamente, que sean contrarias al derecho o a la moral, sobre hechos que no hayan sido controvertidos por las partes, o hechos

imposibles o notoriamente inverosímiles, o bien que no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 291 de este Código. (Art. 298 C.P.C)

El Juez, al admitir las pruebas ofrecidas procederá a la recepción y desahogo de ellas en forma oral. La recepción de las pruebas se hará en una audiencia a la que se citará a las partes en el auto de admisión, señalándose al efecto el día y hora teniendo en consideración el tiempo para su preparación. Deberá citarse para esa audiencia dentro de los treinta días siguientes a la admisión. En los juicios de divorcio necesario en que se invoquen como causales únicamente las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil, se citará para la audiencia de recepción de pruebas dentro de los quince días siguientes al de admisión de las pruebas ofrecidas. (Art. 299 C.P.C.)

En la Audiencia de Recepción y Desahogo de Pruebas, mejor conocida como Audiencia de Ley, se desahogarán todas aquéllas pruebas que esten preparadas, en presencia del C. Secretario de Acuerdos de la Secretaría correspondientes, que es quien autoriza y da fe en unión del Juez de lo Familiar, dejándose a salvo el derecho a que se designe nuevo día y hora para recibir las pruebas pendientes a desahogarse para lo cual se señalará la fecha para la continuación de esta audiencia, la cual tendrá verificativo dentro de los quince días siguientes.

Alegatos.

Desahogadas todas y cada una de las pruebas propuestas por las partes y antes de finalizar la Audiencia de Ley, el Juez autorizará a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga, debiendo por ley, alegar primero la parte actora y posteriormente la parte demandada, alegatos que podrán formular los propios litigantes bien por su propio derecho o en su caso a través de sus abogados o apoderados. El Ministerio Público de la adscripción, podrá también alegar lo que su representación social convenga. Concluida la Audiencia de Pruebas, el Secretario de Acuerdos bajo la vigilancia del Juez, levantará el acta correspondiente, en la que se hará constar la hora y fecha en que tuvo lugar la audiencia de mérito, así como todos y cada uno de los hechos que se suscitaron en la misma, y la participación y declaraciones de las personas involucradas en ésta; personas que deberán necesariamente firmar el acta respectiva.

Sentencia.

Una vez formulados los alegatos por las partes, el Juez por conducto del Secretario de Acuerdos, citará a las partes para oír la sentencia que en derecho corresponda, la cual deberá dictarse dentro de los diez o quince días siguientes a la fecha en que surta efectos el auto en donde se los cita para oír la resolución definitiva.

Apelación.

Transcurrido el plazo antes citado se mandará publicar la Sentencia Definitiva por medio de Boletín Judicial, o si así lo estima necesario, por medio de notificación personal. Sentencia que podrá ser recurrida por cualquiera de las partes o por ambas, si es que no están de acuerdo con el contenido de la misma, ya sea porque no prosperaron las causales invocadas por la actora, o si las excepciones planteadas por el demandado resultaron improcedentes e infundadas, o bien porque consideran que con dicha sentencia se les causan agravios. Dicha apelación deberá ser interpuesta por el apelante dentro de los nueve días siguientes a la fecha en que surtió efectos la notificación de la sentencia respectiva; Apelación que deberá ser presentada ante el Juez del conocimiento por escrito, con la expresión de los agravios correspondientes y señalando las constancias que consideran debe integrar el testimonio de apelación, adjuntando además un juego de copias simples para el traslado a la contraparte. Con las copias de traslado el Juez le mandará dar vista a la contraria para que dentro del término de tres días los conteste. Contestados o no los agravios, el Juez ordenará la remisión del testimonio de apelación correspondiente al Tribunal de Alzada en turno, así como los autos originales, haciendo notar en su caso, si se trata de la primera, segunda, o ulteriores apelaciones.

La Sala Familiar, al recibir el testimonio de apelación, ordenará la formación y registro de la toca correspondiente, y calificará la admisión y grado del recurso hecho valer, citando en el mismo auto a las partes para oír la sentencia, la que pronunciará y notificará por Boletín Judicial dentro del término de quince días si se tratare de sentencia definitiva; sin embargo si el expediente resulta ser demasiado voluminoso, la Sala contará con ocho días más para dictar y notificar la sentencia correspondiente.

Declaración de que la Sentencia ha causado Ejecutoria.

Pronunciada la sentencia por la Sala Familiar, remitirá si es que ninguna de las partes interpuso el Juicio de Amparo, copia certificada de dicha resolución al inferior, la cual se considerará ejecutoriada por ministerio de ley. Sin embargo y en el supuesto de que

ninguna de las partes hubiere combatido la sentencia definitiva dictada por el Juez de lo Familiar, deberán cualquiera de ellas, dentro de los nueve días siguientes a la fecha en que surtió efectos la notificación de la sentencia, solicitar que la misma ha causado ejecutoria para todos los efectos legales a que haya lugar. Acordado por el Juez la petición de que la sentencia ha quedado firme, se entenderá que dicha resolución es irrevocable e inamovible.

Incidente de Ejecución de Sentencia.

Ejecutoriada la sentencia, se procederá a la ejecución de la misma, siempre y cuando hubiere materia para ello. En dicha ejecución, se procederá por ejemplo, a la liquidación, disolución y partición de los bienes de la sociedad conyugal, a requerir del demandado, si ésta prestación resultó procedente, el pago de las cantidades que por concepto de alimentos debe cubrir el demandado al actor, etc.

Inscripción de la Sentencia de Divorcio en el Registro Civil.

Ejecutoriada la sentencia de divorcio y agotada la ejecución de la misma, si es que hubo, el Juez de lo Familiar, bajo su más estricta responsabilidad remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta de divorcio, haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto, y además, para que publique un extracto de la resolución durante quince días, en las tablas destinadas al efecto.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

CAPÍTULO III

RETROACTIVIDAD DE LA LEY

3.1 Concepto de Retroactividad

"Eficacia excepcionalmente reconocida a la ley en virtud de la cual puede afectar a hechos, actos o situaciones jurídicas ocurridos o creados con anterioridad al momento de la iniciación de su vigencia".³⁵

La Irretroactividad de la ley "Es el principio de derecho según el cual las disposiciones contenidas en las normas jurídicas no deben ser aplicadas a los hechos que se realizaron antes de la entrada en vigor de dichas normas".³⁶

El principio de retroactividad de la ley tiende a satisfacer uno de los fines primordiales del derecho, el cual es la seguridad jurídica. En efecto, el derecho está orientado a eliminar la arbitrariedad de las relaciones sociales y, por lo tanto, se constituye por normas de carácter general, que se aplican a una infinidad de casos concretos. De esta norma se crea un marco de referencia que permite a los individuos y grupos sociales saber en cada momento cuáles son los efectos que traen consigo cada una de sus acciones y conductas. Por esta razón, es antijurídico que los derechos y obligaciones creadas bajo el amparo de ciertas normas sean desconocidos por disposiciones posteriores.

La aplicación del principio de irretroactividad aparentemente no presenta mayores dificultades, pues resulta claro que las leyes únicamente rigen durante su periodo de vigencia y, por lo tanto, solamente pueden regular los hechos que se producen entre la fecha de su entrada en vigor y la de su abrogación o derogación. Sin embargo, cuando se trata de llevar a la práctica este principio, se suscitan diversos problemas que revisten gran complejidad, y pueden ser reducidos a los dos siguientes:

³⁵ Rafael de Pina y Rafael De Pina Vara, Diccionario de Derecho, Porrúa, Décimo Sexta Edición, México, 1989, pág. 430

³⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, Tomo III, Décimo Cuarta Edición, México, 2000, pág. 1824

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1) Los medios jurídicos no siempre producen sus efectos instantáneamente; existe una infinidad de relaciones jurídicas que se conocen como de tracto sucesivo, las cuales tienen la característica de prolongar sus efectos a lo largo del tiempo, en algunas ocasiones indefinidamente. Así estas relaciones jurídicas se constituyen de conformidad con las prescripciones de una determinada ley, y pueden seguir produciendo sus consecuencias después de que esta ley ha sido sustituida por nuevos ordenamientos. Por esta razón es necesario dilucidar si la ley antigua, a pesar de haber perdido su vigencia, debe regular los efectos que se sigan causando, o si, por el contrario, es la nueva ley la encargada de regular dichas consecuencias, considerando que éstas se producen después de que había entrado en vigor. En otras palabras, hay que determinar el alcance exacto del principio de irretroactividad estableciendo en qué casos se puede considerar que una ley es aplicada retroactivamente y..

2) La evolución de un sistema jurídico exige nuevas formas que satisfagan de mejor manera las cambiantes necesidades económicas, políticas y culturales de una comunidad. Estas nuevas normas contribuyen a la eliminación de prácticas e instituciones sociales que se consideran injustas o inconvenientes. Por tal motivo, la aplicación retroactiva de la ley es frecuentemente un instrumento legítimo de progreso social, y, por lo tanto se plantea el problema de determinar desde el punto de vista jurídico cuáles deben ser las excepciones al principio de irretroactividad de la ley, por lo tanto es que más adelante nos adentraremos al estudio de las diversas teorías acerca de este tema para así estar en posibilidades de establecer cuándo una ley es aplicada o no retroactivamente.

"La retroactividad de la ley consiste en su aplicación a efectos jurídicos nacidos de hechos que tuvieron lugar antes de su vigencia y que se perpetúan en el tiempo de la misma. La retroactividad no consiste, como dicen algunos autores, en la aplicación de la nueva ley a situaciones del pasado; esto es sencillamente imposible. Pero sí es posible regular conforme a la nueva ley efectos actuales nacidos de situaciones pasadas y, si así se procede, entoncés se dice que se aplica la nueva ley retroactivamente, porque se desconoce en el presente parte o todos los efectos jurídicos que seguirían siendo válidos si se respetara la ley anterior".³⁷

³⁷ Villoro Toranzo Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1993, pág. 294..

3.2 Abrogación y Derogación

Antes de comenzar a desarrollar las diversas teorías que hablan acerca de la retroactividad, me parece prudente que de manera rápida hablemos sobre el ámbito temporal de validez de las normas jurídicas, tema que por su íntima relación con el tópico a exponer, resulta necesario para el presente trabajo.

El comienzo de la vigencia de una norma es fácil de comprobar, generalmente se encuentra consignado en los artículos transitorios que se suelen colocar al final de la constitución, del código o ley; sin embargo es difícil precisar el término de la vigencia temporal, pues en contadas ocasiones ese término está establecido de antemano en el ordenamiento legal.

Cuando una ley indica, desde el momento de su publicación la duración de su vigencia temporal entonces decimos que tiene una vigencia temporal "determinada"; tal es el caso del artículo 29 constitucional que establece que las garantías individuales serán suspendidas en caso de invasión, perturbación grave de la paz, etc., suspensión que durará todo el tiempo que México permanezca en tales condiciones.

En cambio, la vigencia temporal será "indeterminada" cuando no se ha fijado el término de su duración, lo que ocurre con la mayoría de las leyes y códigos que rigen nuestro actuar en los ámbitos familiares, mercantiles, de arrendamiento, etc. Así, la vigencia temporal indeterminada de una norma, terminará cuando ésta sea abrogada o derogada por otra ley posterior.

Al efecto, empezaremos por decir que lo único que priva de la fuerza obligatoria de una ley, es la vigencia de otra ley posterior que así lo indique expresamente respecto de la primera, o bien aún cuando la nueva ley no haga mención expresa de ello, que ésta contenga disposiciones contrarias a las de su precedente.

"Cuando la ley posterior priva totalmente de vigencia a la anterior, hace estar ante la *abrogación*, en tanto que si la privación de vigencia es sólo parcial, permite observar la *derogación*".³⁸

En el Derecho Romano, se entendía por rogatio, el hecho de presentar una ley en los comicios; se hablaba de derogatio para referirse a la derogación parcial de una ley; se empleaba el vocablo abrogatio, cuando a la ley se le privaba totalmente de efectos, y se usaba la voz subrogatio, cuando la ley era reformada o adicionada con nuevos preceptos.

Es decir, la derogación se configura cuando una ley es "suspendida" parcialmente como consecuencia de una nueva ley que entra en su lugar y que ha sido emitido previo al agotamiento del proceso legislativo que al efecto debe cumplirse; En tanto que la abrogación se da cuando el contenido de la ley vigente y sus efectos son suprimidos en su totalidad con motivo de la nueva ley que entra en vigor y que será la que rija los supuestos que se traten.

"*Abrogación* es el acto de la voluntad de la autoridad que determina la revocación o supresión total de una ley; si la revocación de una ley es sólo parcial, entonces habrá *derogación*".³⁹

Al efecto el artículo 9 del Código Civil vigente para el Distrito Federal es claro al establecer: "La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones totales o parcialmente incompatibles con la ley anterior".

Así pues sobre la base del precepto anteriormente transcrito, decimos que lo único abrogador o derogador de una ley es la vigencia de otra posterior que priva de efectos a la anterior, y ésta privación de efectos puede indicarse expresamente por la ley que la ordena, situación que se hace constar en los artículos transitorios, o bien en caso de no existir tal indicación, la abolición de la ley anterior será consecuencia de la incompatibilidad habida entre lo previsto por la ley posterior y lo regulado por la antigua. En el primer caso y de acuerdo al Maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, estamos

³⁸ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil, Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez, Porrúa, México, 1992, pág.90.

³⁹ Villoro Toranzo Miguel, Ob.Cit., pág. 294.

ante la presencia de la abrogación o derogación expresas y en el segundo, ante las tácitas.

Ejemplo de las abrogaciones o derogaciones expresas, puede ser como lo menciona el autor arriba mencionado, las reformas y adiciones a la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956, contenidas en decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1963, cuyo artículo 2º transitorio indica que todos los artículos de dicha ley no incorporados en las reformas contenidas en el mencionado decreto, así como todas las disposiciones que se opongan a las citadas reformas quedan derogados. Por su parte y respecto a ejemplos de abrogaciones o derogaciones tácitas, las cuales han sido poco frecuentes, podemos mencionar el que el Maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez refiere y que es el de la Constitución Política de 1917, pues su texto no mencionó que por el inicio de su vigencia quedaba abolida la De 1857.

Finalmente y sin tomar en cuenta si se trata de abrogaciones o derogaciones expresas o tácitas, lo que en realidad importa es que la nueva ley que vaya a entrar en vigor, logre subsanar las lagunas de la ley anterior, que corrija sus errores y sobre todo que trate de mejorar las situaciones que contemplaba la anterior ley, para así darle a sus destinatarios una ley más justa en todos sus aspectos.

"La creación y puesta en vigencia de una ley posterior derogatoria de una anterior, sólo se explica y justifica en función de la actualización buscada por la segunda y su congruencia con la realidad prevaleciente en el grupo social receptor de los efectos de dicha ley; es decir, mediante la nueva, el legislador procura prever lo no previsto por la antigua, ampliar la regulación de las instituciones deficientemente contempladas por ésta e inclusive, modificar gradual o hasta substancialmente la orientación y el sentido de una institución jurídica, para con ello hacer coincidir a la ley con la realidad imperante entre quienes son sus destinatarios, de tal manera que el ordenamiento legal cumpla con su función de regular las relaciones de éstos en condiciones de justicia y seguridad jurídica y social".⁴⁰

⁴⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Ob. Cit., pág. 92.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.3 Teorías acerca de la retroactividad

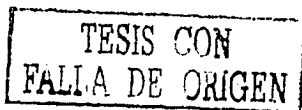
Varias son las teorías acerca de la retroactividad, sin embargo me dedicaré a mencionar tan solo algunas de ellas, las cuales por cierto son expuestas en el libro de Introducción al Estudio del Derecho del Maestro Eduardo García Maynez, a saber:

- **Teoría de los Derechos Adquiridos.**

El expositor de esta teoría es Merlin quien afirma que una ley es retroactiva cuando destruye o restringe un derecho adquirido bajo el imperio de una ley anterior. No lo es, en cambio, si aniquila una facultad legal o una simple expectativa. Conforme a esta teoría, la nueva ley no puede desconocer, violar, modificar o extinguir aquellos derechos que definitivamente han entrado al patrimonio o al status de un sujeto determinado, constituyendo por consiguiente parte real y cierta de su activo, cuando tienen carácter económico, o bien de su esfera jurídica, en aquellos casos de derechos no patrimoniales. Esta teoría gira alrededor de tres conceptos fundamentales: el de derecho adquirido, el de facultad y el de expectativa; entendiéndose por derechos adquiridos, aquellos que han entrado en nuestro dominio y, en consecuencia, forman parte de él y no pueden sernos arrebatados por aquél de quien los tenemos".

Como ejemplo de derechos adquiridos cita Merlin el caso de los derivados de la celebración de un contrato. Algunas veces, no crea derechos en nuestro favor, sino que nos concede determinadas facultades legales, que sólo se transforman en derechos adquiridos al ser ejercitadas. Al respecto Bonnacase, comenta: "Con las facultades otorgadas por la ley sucede lo propio que con las concedidas por los individuos. Mientras no asumen la forma de derechos contractuales, son siempre y esencialmente revocables". Enseguida Merlin explica qué entiende por expectativa. Ésta constituye fundamentalmente una esperanza o una posibilidad legal respecto de un sujeto determinado o indeterminado, para llegar a tener en lo futuro un derecho adquirido. Por consiguiente en la expectativa aún no existe el derecho, y tan sólo hay la posibilidad jurídica de su existencia.

Por cuanto hace a las facultades legales que menciona Merlin, habla de ellas como aquéllas que se crean con el carácter de revocables, y que por lo tanto, la ley no les puede dar el valor de definitivas, sino hasta que se realiza un determinado hecho que las convierte en provisionales firmes.



En conclusión para los defensores de esta teoría una ley será retroactiva cuando se aplica a los derechos adquiridos que un sujeto adquirió bajo el imperio de la ley precedente; no así, cuando las nuevas leyes afectan las simples expectativas de derecho creadas durante la vigencia de disposiciones anteriores.

- **Tesis de Baudry-LaCantinerie y Houques-Fourcade sobre los derechos adquiridos.**

Estos autores introdujeron algunas variantes a la teoría de los derechos adquiridos. Para ellos los derechos adquiridos son los límites de la aplicación retroactiva de la ley, y nacen cuando las facultades concedidas en las normas jurídicas son realmente ejercidas por sus respectivos titulares.

El punto de partida de estos autores es la distinción entre facultad legal y ejercicio. Para ellos la facultad legal no ejercitada es una simple expectativa que sólo se convierte en derecho adquirido en virtud del ejercicio. El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo materializase en ese acto que la traduce, es constitutivo del derecho adquirido. Y éste nos pertenece a partir de entonces, al punto de que una nueva ley no puede despojarnos del mismo sin pecar de retroactiva.

"Cuando la nueva ley destruye o restringe una facultad no ejercida durante la vigencia de la anterior, la aplicación de aquélla no puede ser vista, según los mencionados autores, como retroactiva, porque, en su concepto, tal aplicación a nadie perjudica. Para explicar su punto de vista, citan, entre otros ejemplos, el derecho de propiedad. La persona que adquiere la propiedad de una cosa se encuentra facultada, de acuerdo con la ley, para usar, disfrutar y disponer de ella; Pero las facultades legales que como propietario tiene, no se convierten en verdaderos derechos adquiridos sino cuando su titular las ejercita, por lo cual si una nueva ley las suprime o restringe, no incurre en el vicio de retroactividad. De acuerdo con lo dicho cabría distinguir las facultades legales ejercitadas durante la vigencia de la primera ley, de aquellas otras que el titular no hizo valer y que, por tanto, no llegaron a convertirse en derechos adquiridos. Las ya ejercitadas no pueden ser destruidas o modificadas por la ley nueva; las otras en cambio, sí pueden serlo, sin que quepa hablar por ello de aplicación retroactiva".⁴¹

Es decir, para estos autores, las facultades legales, como simples posibilidades de actuar

⁴¹ García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México 1940, pág. 393.

conforme a la norma, sin llegar al ejercicio de las mismas, no engendran derechos adquiridos y, por consiguiente la nueva ley puede modificarlas, cambiando el régimen jurídico referente a su ejercicio en lo futuro, sin que por ello sea retroactiva. No así respecto de los derechos adquiridos, como es el caso de los cónyuges que desde el inicio del matrimonio y anexo a la solicitud del mismo, establecen (por voluntad propia y de

común acuerdo) en las capitulaciones matrimoniales que el régimen patrimonial que adoptarán es el de separación de bienes, lo que constituye a todas luces un derecho adquirido, pues ambos están ejerciendo su derecho al decidir y establecer la separación de bienes como el régimen patrimonial óptimo para su matrimonio, por lo que éste deberá ser respetado en todos y cada uno de sus términos, manteniendo por ende cada cónyuge la exclusiva propiedad de sus bienes, sin que ésta pueda ser entregada en parte o en su totalidad al otro cónyuge en virtud del nacimiento del artículo 289 Bis C.C., pues la constitución de la separación de bienes se hizo bajo el imperio de una ley en la que no se contemplaba esta mal llamada "indemnización" y en la que cada cónyuge decidió que a pesar de cualquier circunstancia que se les presentase, y a pesar de las actividades que cada quien desarrollare, conservarían la exclusiva propiedad de sus bienes, sin que éstos pudieran ser objeto de compensación o indemnización alguna a favor del cónyuge que en su caso, demandara el divorcio necesario.

Para estos autores, la ley no produce efectos retroactivos por el solo hecho de que se aplique a situaciones antiguas y a relaciones anteriores, porque son entonces las consecuencias nuevas las que se rigen y no se puede decir que se vuelve sobre el pasado. Sólo es retroactiva cuando ataca los derechos adquiridos, destruyendo los que se habían adquirido anteriormente, lo que implica una pérdida para sus titulares.

Bajo el nombre de derechos, apuntan, la ley nos reconoce determinadas aptitudes, nos concede determinadas facultades, dejándonos en la libertad de usar o no estos derechos. En tanto que no hemos utilizado una de estas aptitudes, tenemos un derecho, pero solamente en el sentido de que somos aptos para adquirirlo según las formas determinadas. Por tanto, sólo adquirimos este derecho cuando recurrimos a esas formas, y cuando nuestra aptitud se ha manifestado de hecho, por medio del acto necesario para su utilización. En consecuencia, el ejercicio de la facultad legal que en cierta forma se ha materializado en este acto, traducido exteriormente por él, es constitutivo del derecho adquirido; y este derecho nos pertenece en lo sucesivo en el sentido de que no puede privársenos de él por una nueva ley, sin que sea retroactiva.

• **Tesis de Paul Roubier.**

La base de la teoría de los conflictos de leyes en el tiempo reside, según Roubier, en la distinción del efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley. Para este autor las normas legales tienen efecto retroactivo cuando se aplican:

- a) A hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (*facta praeterita*);
- b) A situaciones jurídicas en curso, por lo que toca a los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley (*facta pendente*).

Si la nueva ley se aplica a las consecuencias aún no realizadas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la precedente, no tiene efecto retroactivo, sino inmediato. En lo que respecta a los hechos futuros (*facta futura*) es evidente que la nueva ley nunca puede ser retroactiva. El problema de la retroactividad plantéase relativamente a las consecuencias jurídicas de un hecho realizado bajo el imperio de una ley, cuando, en el momento en que se inicia la vigencia de una nueva ley, tales consecuencias no han acabado de producirse. En tal hipótesis, Roubier distingue los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la segunda, de los que no se han realizado todavía al llegar esa fecha. El principio general establecido por el jurista francés se formula diciendo que la ley antigua debe aplicarse a los efectos realizados hasta la iniciación de la vigencia de la nueva, en tanto que ésta debe regir los posteriores.

Cuando el problema de la aplicación de las leyes en el tiempo no se plantea en relación con las consecuencias jurídicas de un hecho, sino con las condiciones de constitución o extinción de una situación jurídica, la nueva ley no puede modificar, sin ser retroactiva, tales condiciones, ya que éstas quedan comprendidas, por su misma índole, dentro del concepto de hechos pasados (*facta praeterita*).

Si se trata de leyes que crean situaciones jurídicas desconocidas por la legislación anterior, tales leyes deben ser asimiladas a las relativas a la constitución de una situación jurídica y, por ende, no pueden atribuir a hechos o actos pretéritos el poder de constituir las nuevas situaciones.

- **Tesis de Planiol.**

La doctrina de Planiol, coincide esencialmente con la de Roubier. Para este autor "Las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho. Fuera de estos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar o suprimir los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores, sin ser retroactiva".

- **Tesis de Bonnacase.**

La tesis de este autor se basa en la distinción entre situaciones jurídicas *abstractas* y *concretas*. Una ley es retroactiva, según el autor francés, cuando modifica o extingue una situación jurídica concreta; no lo es, en cambio, cuando simplemente limita o extingue una situación abstracta, creada por la ley precedente.

Por situación jurídica entiende Bonnacase "la manera de ser de cada uno, relativamente a una regla de derecho o a una situación jurídica". A su vez, las situaciones jurídicas pueden ser abstractas o concretas. "Situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en relación con una ley determinada". Supongamos dice el autor, que una ley establece qué personas son capaces de heredar; relativamente a todas ellas, la ley en cuestión crea una situación jurídica abstracta, en cuanto determina, de modo genérico, qué requisitos deben concurrir en un sujeto para que se halle en condiciones de ser instituido heredero. Otro ejemplo: una ley rebaja a dieciocho años la edad de la mayoría. Todos los menores de dieciocho años se encuentran, relativamente a la nueva ley, en una situación jurídica abstracta. Pero, al cumplir esa edad, la situación jurídica abstracta se transforma en concreta.

Por su parte, la situación jurídica concreta es la manera de ser, derivada para cierta persona de un acto o de un hecho jurídicos, que pone en juego, en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica, e ipso facto le confiere las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución.

Para este autor la transformación de una situación jurídica abstracta en concreta no depende, en todo caso, de la voluntad de los interesados. Algunas veces deriva de hechos no voluntarios. El soltero puede convertir su situación jurídica abstracta en relación con el matrimonio, en una situación concreta, para lo cual le basta casarse; el sujeto capaz de heredar, en cambio, no se convierte en heredero por acto propio, sino

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por la muerte del testador. Por tanto, la transformación de una situación abstracta en concreta depende de un hecho o acto jurídicos.

Para determinar si una persona se halla, en relación con cierta ley, en una situación jurídica, abstracta o concreta, bastará con inquirir si se ha producido o no el hecho o el acto jurídico que condicionan el nacimiento de las facultades o deberes derivados de la misma norma. En caso afirmativo, la persona está, frente al precepto, en una situación jurídica concreta; en la hipótesis contraria, la situación del sujeto, frente a la ley puede modificarla o suprimirla, sin que quepa hablar de retroactividad.

Para ellos, la única limitación que debe admitirse en conexión con este principio es, que las situaciones jurídicas concretas han de ser respetadas por la nueva ley únicamente en la hipótesis de que su aplicación retroactiva no lesione un interés de los sujetos colocados en tales situaciones. Si no hay lesión de intereses, la nueva ley debe aplicarse, aún cuando su aplicación sea retroactiva.

- **Teoría de los Hechos Cumplidos.**

Esta teoría fue estructurada por el tratadista Italiano Nicolás Coviello, y tiene gran aceptación pues realiza un análisis profundo de los problemas que rodean al tema de la retroactividad. Este autor postula que la retroactividad de las leyes se configura en los siguientes supuestos:

- a) Cuando las nuevas leyes suprimen o afectan los efectos ya producidos de los hechos que se realizaron antes de su vigencia, y
- b) Cuando las nuevas leyes modifican las consecuencias aún no producidas de hechos realizados antes de su vigencia, siempre y cuando esta modificación se haga sobre la única base de la apreciación de la consecuencia en relación causal con el hecho pasado que la genera; es decir, cuando la consecuencia presente de un hecho pasado es considerada en sí misma y resulta afectada por una nueva ley, no se viola el principio de irretroactividad.

- **Tesis de Ignacio Burgoa.**

Para este tratadista y figura importante dentro del mundo del derecho en nuestro país, es la hipótesis de *facta pendencia* la que provoca el problema de la retroactividad legal y por ende es la única en que debe localizarse; para este autor hay que tomar en cuenta dos

elementos importantísimos, a saber: el elemento causal y el elemento consecuente para determinar la aplicabilidad de la norma que deba regirlos.

El elemento causal se traduce o puede estar constituido por el hecho, el acto o la circunstancia que genera la situación, estado o consecuencias que se realizan a través del tiempo, situación, estado o consecuencias que no son obviamente sino el elemento consecuente. El elemento causal puede, por sí mismo, sin la concurrencia de otras circunstancias o concausas, generar al elemento consecuente o, por el contrario, éste, además de estar determinado por el primero, para que se actualice, para que viva positivamente, requiere de otros factores (hechos, actos o circunstancias) que se convierten en concausas. Tal sucede, con los derechos condicionales que están previstos en el acto causal (contrato), pero que para surgir, para existir jurídicamente, necesitan la producción de un acontecimiento futuro e incierto (condición), distinto de dicho acto.

Para dicho autor resulta indudable que el acto causal debe regirse por la norma coetánea a él en cuanto a su integración, realización o formación, sin que la nueva ley lo afecte en su validez jurídica misma. Por lo que respecta a la regulación de las consecuencias o efectos del acto causal, las cuales se supone se producen durante la vigencia de la norma nueva, hay que hacer una básica distinción, a saber:

1. Si el efecto o la consecuencia existen o se generan jurídicamente, sólo en función del acto causal, es decir, sin la concurrencia de otras causas (hechos, actos, circunstancias), de tal manera que deriven inmediata o directamente del mismo, la ley aplicable será la del propio acto causal. En otros términos, si a tales efectos o consecuencias se aplicase la ley vigente en el momento en que se produzcan, tal aplicación será retroactiva.
2. En cambio, si el efecto o la consecuencia, para existir jurídicamente, requieren la realización de una concausa (hecho, acto o circunstancia) distinta del acto causal, se aplicará la nueva ley en caso de que dicha concausa se produzca bajo su vigencia, siendo la ley antigua (ley del acto causal) la que regule dicho efecto o consecuencia, si la concausa tiene lugar antes de que la norma nueva entre en vigor.

3.4 Retroactividad Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"La no retroactividad legal se ha consignado en nuestro artículo 14 constitucional como contenido de un derecho público subjetivo derivado de la garantía correspondiente. Ese derecho tiene como obligación estatal y autoridad correlativa, la consistente en que toda autoridad del Estado está impedida para aplicar una ley retroactivamente en perjuicio de alguna persona".⁴²

En efecto, como acertadamente lo apunta el Maestro Ignacio Burgoa, ésta disposición constitucional que contiene la garantía de no-retroactividad de las leyes, trata de una garantía contra la aplicación de dichas leyes por las autoridades del Estado y no contra su expedición, pues si bien es cierto que el poder legislativo local o federal no está impedido para expedir leyes con carácter retroactivo, es cierto que ninguna autoridad tiene facultad para aplicar ley alguna retroactivamente en perjuicio personal.

En virtud de lo anterior y de conformidad con lo estipulado en el artículo 14 constitucional, "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". Precepto que a todas luces es claro y del cual a contrarlo sensu podemos decir que está permitido aplicar la ley de manera retroactiva siempre y cuando con la aplicación retroactiva de la ley, no se cause perjuicio a persona alguna.

En otras palabras y como lo menciona el Maestro García Maynez, esto significa que la aplicación retroactiva es lícita en aquellos casos en que a nadie perjudica. En efecto, si la aplicación retroactiva de la ley no perjudica a persona alguna, entonces esta aplicación resulta lícita pues así lo dispone nuestra Carta Magna y el Código Civil en su artículo 5 que igualmente establece que "A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". Asimismo y además de ser lícita la aplicación retroactiva de ley cuando no perjudica a nadie, es como lo afirma Miguel Villoro Toranzo, debida en aquellos casos en que sin perjudicar a nadie, alguien sale beneficiado.

Así las cosas y si la aplicación retroactiva de la ley aparte de no perjudicar a nadie, trae beneficios a las personas que se adecuan a ésta aplicación retroactiva, resulta prudente y conforme a derecho que el precepto en cuestión se aplique de manera pronta para que

⁴² Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales, Porrúa, Décimo Octava Edición, México, 1984, pág. 511.

sus efectos se actualicen en la praxis. De ahí que diversos autores concuerden en admitir que una ley penal que establece penas más benignas que las estipuladas por la ley anterior debe ser aplicada retroactivamente en beneficio del condenado o del inculcado a efecto de que la pena que le hayan impuesto sea reducida en los términos previstos por la nueva ley. Sin embargo, en estos casos para que la aplicación retroactiva de la nueva ley sea posible, es necesario, por ende, que las consecuencias jurídicas de la ley anterior no se hayan extinguido, ya que en esta última hipótesis, carecería de sentido hablar de retroactividad.

Al efecto resulta importante transcribir la siguiente tesis jurisprudencial:

RETROACTIVIDAD. La aplicación retroactiva de una ley es permitida en caso de favorecer al interesado y que no agravie derecho alguno, ya que si se prueba la retroactividad, ésta es violatoria en cuanto puede causar perjuicios al interesado, más no en lo que puede favorecerlo.

Tomo LVIII, Pág. 1691.- Amparo en revisión 3475/32. Sec 1ª. Cía. Petrolera del Agwi, S.A. 10 Noviembre 1938. Unanimidad de cuatro votos. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo LVIII. Tesis: Pág. 1691. Tesis Aislada.

Por tanto queda claro que la aplicación retroactiva de la ley será procedente, lícita y debida, siempre y cuando no afecte, dañe o cause perjuicios en la esfera jurídica de la persona a quien se va a aplicar o a la de terceros que a su vez estén involucrados con él supuesto que regula la nueva ley. También queda claro, que la aplicación retroactiva de la ley puede realizarse no sólo en materia penal como lo mencioné en párrafos anteriores, puede igualmente aplicarse a materias civiles, familiares, administrativas, mercantiles, etc., en general a todas las ramas del derecho, siempre y cuando no cause perjuicio a persona alguna.

Por ende y de lo expuesto encontramos que el primer párrafo del artículo 14 constitucional, tiene una excepción, excepción que vuelvo a reiterar resulta procedente cuando la aplicación retroactiva de la nueva ley no perjudica a nadie, y además de no perjudicar, alguien con su aplicación, sale beneficiado. Sin embargo, y si la aplicación de la nueva ley además de ser retroactiva, por pretender aplicarse a situaciones o hechos nacidos bajo el imperio de una ley anterior, es sumamente perjudicial para la persona a

quien va dirigida, entonces no podrá, aplicarse toda vez que se estaría violando flagrantemente la garantía individual de no retroactividad, lo que sería motivo de un juicio de amparo por parte del quejoso.

Para estar en condiciones de continuar, cabe hacer un pequeño paréntesis y determinar qué se entiende por perjuicio. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2109 del Código Civil, se reputa como perjuicio "la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

En opinión de los Maestros Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, perjuicio "es la ganancia o beneficio que, racionalmente esperado, ha dejado de obtenerse".

Por su parte, el Maestro Ignacio Burgoa Orihuela, afirma que para que la aplicación retroactiva de una ley implique la contravención a la garantía individual relativa, es menester que los efectos de retroacción originen un *perjuicio personal*.

En mi opinión perjuicio debe ser entendido como la afectación, la lesión, el quebranto, el agravio, la molestia o pérdida que se le origina a un determinado individuo, ya sea en su patrimonio, entendido éste como el conjunto de derechos y obligaciones (activos y pasivos), ya en el ejercicio de los derechos que posea. Aclarando que dicho perjuicio además de ser personal, debe ser directo, es decir, debe recaer o ser resultado consecuente de la aplicación retroactiva de la ley.

Al efecto y para estar en posibilidades de esclarecer el concepto de perjuicio, me permito transcribir la siguiente tésis jurisprudencial:

PERJUICIO PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. El concepto perjuicio, para los efectos del amparo, no debe tomarse en los términos de la ley civil, o sea, como la privación de cualquier ganancia lícita que pudiera haberse obtenido, o como el menoscabo en el patrimonio, sino como sinónimo de ofensa que se hace a los derechos o intereses de una persona.

Amparo administrativo en revisión 2408/34. "La Victoria", S.A. 29 septiembre 1935. Unanimidad de 4 votos.

Amparo administrativo en revisión 5672/34. E. Talleri y Cía. Sucres, S.A. 18 enero 1936. Unanimidad de 4 votos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Amparo administrativo en revisión 3861/31. Mexican Petroleum Co. 30 enero 1936. Unanimidad de 4 votos.

Amparo civil en revisión 3630/35. M. De Mendoza Aurora 12 mayo 1936. Unanimidad de 4 votos.

Por ende y atento a la jurisprudencia antes transcrita, y para el caso de la irretroactividad de la ley, debemos entender por perjuicio, no el concepto contenido en la legislación civil, sino el relativo al daño u ofensa que se hace a las facultades, provechos, utilidades y beneficios del sujeto que sé adecúa a la hipótesis prevista en ley.

Por tanto y atento a lo expuesto podemos percatarnos que la aplicación del artículo 289 Bis del C.C. resultaría a todas luces perjudicial para el cónyuge a quien se le pretende condenar al pago de una "indemnización" de hasta el 50% del valor de sus bienes. En efecto, el perjuicio se constituiría al obligar al cónyuge al pago de dicha indemnización. Su patrimonio, además de verse disminuido, estaría siendo vulnerado en su totalidad, con lo que por consiguiente se le ocasionaría un daño grave de difícil reparación; daño que no puede ser permitido bajo ninguna expresión ya que desde un principio los cónyuges optaron por adoptar el régimen de separación de bienes, en el que cada quien sabía a ciencia cierta que conservaría de manera propia los bienes, derechos, activos, pasivos, etc., de sus respectivos patrimonios, siendo ilegal el tratar de despojar a alguno de los cónyuges de parte de éstos por el nacimiento de un precepto que es violatorio en todos sus aspectos, en especial violatorio de la libre voluntad y deseo de los esposos de ser los únicos propietarios de sus bienes, olvidándose los redactores de este nuevo numeral que "la voluntad de las partes es ley suprema".

Así las cosas y una vez desentrañado el principio de retroactividad conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna, es preciso hablar sobre la retroactividad en materia procesal.

3.5 El Derecho Procesal y el Problema de la Retroactividad

Para explicar la relación entre estos dos temas, me remitiré a lo expuesto por el Maestro García Maynez, quien afirma que en lo que atañe al derecho procesal es indispensable distinguir los hechos jurídicos *materiales* de los propiamente *procesales*. Para el mencionado autor, puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley procesal sólo cuando ésta destruye o restringe las consecuencias jurídicas de un hecho de naturaleza procesal ocurrido durante la vigencia de la anterior.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para Carnelutti, la aplicación de la norma procesal posterior no queda excluida por la circunstancia de que los hechos cuya eficacia jurídica se discute, hayan ocurrido mientras estaba en vigor una ley procesal distinta, sino únicamente por la circunstancia de que, durante la vigencia de ésta, hayan ocurrido *los hechos a los que se atribuye la eficacia jurídica procesal*.

García Maynez, dice que si una ley cambia la forma y requisitos de la demanda judicial, puede aplicarse aun cuando se trate de hechos de índole material ocurridos mientras se hallaba en vigor una ley procesal diversa. En cambio, no debe aplicarse a hechos procesales ocurridos antes de su entrada en vigor. En otras palabras las demandas ya formuladas al aparecer la nueva ley, deben quedar sujetas a los requisitos de forma señalados por la precedente.

Cabe mencionar que por regla general, las leyes procesales contienen una serie de artículos transitorios que son los que fijan los criterios para la solución de los diversos conflictos en relación con el tiempo. Sin embargo y para que quede sumamente claro, la retroactividad en materia procesal, transcribo al efecto las siguientes jurisprudencias:

RETROACTIVIDAD INEXISTENTE EN MATERIA PROCESAL. Las leyes del procedimiento no pueden producir efectos retroactivos, dado que los actos de esa naturaleza, se rigen por las disposiciones vigentes en la época en que tuvieron verificativo, por tanto, si los artículos transitorios del decreto que contiene reformas a una ley procesal, no precisan la manera de aplicarla a los asuntos que se encuentran en trámite, deberán atenderse al estado en que se encuentre cada expediente en particular y así determinar si es jurídicamente posible la aplicación de las reformas, atendiendo específicamente a la verificación de los actos de procedimiento, ya que solo pueden aplicarse esas reformas a los actos procesales que se verifiquen a partir de la vigencia de las mismas, pues los emitidos necesariamente debieron observar las disposiciones legales vigentes en la fecha de su emisión sin poder acatar por lógica, las Reformas que a esa época no cobraban aplicabilidad. De no ser así se cometería el error de exigir, sobre la base de las reformas, que los actos procesales cumplieran con los requisitos que no les eran impuestos por la ley anteriormente vigente.

Amparo directo 159/91. Javier Valdovinos Baca. 3 septiembre 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José A. Morales Ibarra. Secretario: Oscar Mauricio Maycott Morales.

Amparo directo 120/92. Víctor Manuel Ureña Rangel. 16 septiembre 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José A. Morales Ibarra. Secretario: Serafín Rodríguez Cárdenas.

Amparo directo 296/92. Marco Antonio García Parra. 6 octubre 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José A. Morales Ibarra. Secretaria: Angélica María Veloz Durán.

Amparo directo 448/92. Filiberto Almanza Avila. 26 enero 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Hernández Torres. Secretario: José Guillermo Zárate Granados.

Amparo directo 358/93. Nicolás Aguilar Montoya. 19 octubre 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gloria Tello Cuevas. Secretario: J. Jesús Luis Lerma Macías.

Institución: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Número 72, Diciembre 1993. Tesis XVI.1°. J/15 Página 89. Tesis de Jurisprudencia.

RETROACTIVIDAD. TRATÁNDOSE DE LEYES PROCESALES, RESULTA INAPLICABLE LA. Conforme a una interpretación clara de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 14 constitucional, los beneficios que se establecen en una ley, deben aplicarse aún en forma retroactiva; sin embargo, tratándose de disposiciones procesales constituidas por actos que no tienen desarrollo en un solo momento; que se rigen por normas vigentes en la época de su aplicación y las cuales otorgan la posibilidad jurídica y facultan al gobernado para participar en cada una de las etapas del procedimiento judicial, no puede existir retroactividad; ya que, si antes de que se realice una fase el legislador modifica la tramitación, ampliando un término, suprimiendo un recurso o modificando la valoración de las pruebas, tales facultades no se actualizan, no se ven afectadas, y por ello, no se priva a las partes de alguna facultad con la que ya contaban ni tampoco se les puede reconocer respecto de las que no tenían al momento de efectuarse los actos procesales.

Amparo directo 244/91. Nicolás Padilla Pérez. 22 agosto 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arturo Lazalde Montoya. Secretario: Juan Martín Ramírez Ibarra.

Amparo directo 216/91. Manuel Noriega Sanza. 22 agosto 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Roza Saldaña. Secretario: Samuel Eduardo Corona Leurette.

Amparo directo 206/91. Dalia Mata Moreno. 29 agosto 1991. Unanimidad de Votos. Ponente: Carlos Arturo Lazalde Montoya. Secretario: Guillermo Flores Hernández.

Amparo directo 234/91. Bernabé Rivera Morales. 4 septiembre 1991. Unanimidad de Votos. Ponente: Carlos Arturo Lazalde Montoya. Secretario: Francisco Martínez Hernández.

Amparo directo 329/91. Ramón Lugo López y otro. 7 noviembre 1991. Unanimidad de Votos. Ponente: Carlos Arturo Lazalde Montoya. Secretario: Juan Martín Ramírez Ibarra.

Jurisprudencia publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 50, página 75. Institución: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo IX-Febrero. Tesis: XII.2°. J/3 Página 101. Tesis de Jurisprudencia.

Por tanto podemos apreciar que en materia procesal el principio de retroactividad no opera en forma alguna ni bajo ninguna circunstancia. En este ámbito, se aplicará la ley que se encontraba en vigor durante el inicio del procedimiento del juicio de que se trate, lo anterior aún en el supuesto que durante la depuración de éste, entre en su lugar una nueva ley derogatoria o abrogatoria de la anterior.

CAPITULO IV INDEMNIZACIÓN EN MATERIA JURÍDICA

Hablar sobre el análisis de cualquier precepto legal es en sí una tarea difícil, más aún si su análisis está íntimamente relacionado con el controvertido tema de la retroactividad, principio que como ya vimos se encuentra consagrado en el párrafo primero del artículo 14 de nuestra Constitución; sin embargo trataré, a lo largo del presente capítulo de realizar conjuntamente ambas funciones, plasmando al final del mismo mis conclusiones, los porqués, daños y demás situaciones que se originan desde mi punto de vista con la aplicación del numeral en estudio.

Para comenzar y por lógica transcribiré literalmente el contenido del artículo 289 Bis C.C., numeral que por cierto y como mencioné anteriormente, fue producto de las reformas que se realizaron a dicho ordenamiento legal, las cuales fueron publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 25 de mayo del 2000.

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

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

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

Como se desprende del artículo antes citado, podemos apreciar claramente que éste contiene una prestación más que el cónyuge demandante, es decir que la parte actora que promueve el divorcio, puede solicitar al Juez de lo Familiar en su escrito inicial de demanda. También y a simple vista deducimos que ésta prestación, consistente en "la indemnización" de hasta un 50% de los bienes del otro cónyuge, sólo será procedente en

el divorcio necesario. Lo anterior en virtud de que como lo vimos en capítulos anteriores, en el divorcio voluntario las partes se han puesto de acuerdo respecto a todo lo relativo a alimentos, bienes muebles e inmuebles que adquirieron durante la vida en matrimonio, no hay controversia ni litis entre ellos, además de que ambos desean por su propio derecho y de manera voluntaria disolver el vínculo matrimonial que los tiene unidos.

En el divorcio administrativo, ambos cónyuges de igual forma están de acuerdo en separarse uno del otro y por ende no hay conflicto entre ellos; y finalmente y tratándose del divorcio vincular, esta prestación tampoco es procedente toda vez que este tipo de divorcio sólo se refiere únicamente a la separación de cuerpos del marido y mujer, que uno de los cónyuges solicita al Juez de lo Familiar.

Así las cosas, la "indemnización" de hasta un 50% que un cónyuge puede solicitar al Juez de lo Familiar es procedente única y exclusivamente dentro del divorcio contencioso, ello en atención a la redacción del artículo de mérito y dado que se le está solicitando a la autoridad judicial que intervenga para que el cónyuge demandado le pague a la parte actora, por concepto de "indemnización", hasta un 50% del valor de los bienes que el otro cónyuge hubiere adquirido durante la vigencia del matrimonio; prestación que es independiente de la causal de divorcio que se invoque en la demanda inicial. Es decir, no importa por qué causal se le esté pidiendo el divorcio al cónyuge demandado, puede ser una o dos, eso no interfiere con el derecho que la ley le está otorgando a todo aquél sujeto que se adecue a la hipótesis planteada en el artículo 289 Bis del Código Civil.

Así es, toda aquella persona que se apegue a lo descrito en dicho artículo podrá demandar dicha prestación; sin embargo para ser más precisa, a continuación desglosaré el contenido de este precepto para que quede claro, y no exista duda alguna respecto a su contenido.

Para empezar diré que lo que se demanda o exige en el curso inicial de demanda es como ya vimos anteriormente hasta el 50% del valor de los bienes del cónyuge a quien se le está demandado el divorcio, porcentaje que en su momento fijará el Juez de lo Familiar, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso y, que es por concepto de "indemnización". Sin embargo para que esta "indemnización" prospere debe la persona que lo solicita reunir los siguientes requisitos:

- Que el matrimonio celebrado entre los consortes lo hubieren realizado bajo el régimen de separación de bienes. Régimen en el cual cada cual conserva de manera personal exclusiva y directa la propiedad de todos los bienes que a la fecha hubieren adquirido. Es requisito indispensable que para que ésta prestación pueda ser solicitada, el cónyuge demandante se haya casado bajo el régimen de separación de bienes, situación que quedara acreditada a través de la copia certificada o en su caso el original del acta de matrimonio respectiva que adjunto exhiba a la demanda inicial como documento base de su acción. Así y a contrario sensu, cualquier individuo que hubiere contraído nupcias bajo el régimen de sociedad conyugal y pretenda solicitar el pago y cumplimiento de este tipo de indemnización, no obtendrá resultado favorable en la resolución definitiva, ya que carece del principal requisito que es necesario para esta prestación: él haber contraído matrimonio bajo el régimen de separación de bienes.
- El segundo requisito o característica que es necesario para que esta indemnización prospere es que la parte actora, es decir el cónyuge que solicita el divorcio, se haya dedicado durante el tiempo que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso al cuidado de los hijos. Entendiendo como preponderantemente, la idea de "casi en su totalidad", "de manera constante y reiterada", "básicamente", "especialmente", "principalmente", etc. Es decir, que el cónyuge demandante, desde que inició el matrimonio y por ende la vida en común, hubiere destinado su tiempo, su vida, solamente o mayoritariamente a las actividades del hogar y al cuidado de los hijos, si los hubiere.
- El tercer y último supuesto, es que durante la vigencia del matrimonio, el cónyuge demandante, no hubiere podido adquirir y/o comprar bienes propios, o bien, que en caso de tener algunos bienes, éstos fueren claramente inferiores a los de su cónyuge.

A simple vista el numeral en estudio no tiene mayor problema y podrán invocarlo en el escrito de demanda inicial todos aquellos que reuniendo los requisitos arriba citados, se crean con derecho a recibir la mal llamada indemnización. Sin embargo es justo aquí donde desde mi punto de vista comienzan las contradicciones e ilegalidad del precepto de mérito.

Para empezar creo que es necesario saber el concepto de indemnización, de dónde proviene, cuándo se configura, cuándo se tiene derecho a ella, cuándo es procedente, en qué materias se da, etc.

4.2 INDEMNIZACIÓN CIVIL

Es el contenido de la responsabilidad civil proveniente de un hecho ilícito o de un riesgo creado. Su finalidad, es la de reparar los daños y perjuicios causados a la víctima.

Ernesto Gutiérrez y González define a la indemnización como "La necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya un derecho ajeno que sufre un detrimento al estado que guardaba, antes de la realización de un hecho culpable o no, que le es imputable a este, y de no ser ello posible, debe realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio, si lo hubo".⁴³

Para este autor, indemnizar no es como vulgarmente se supone, el entregar una cantidad de dinero. En derecho, prosigue, la indemnización consiste en restituir las cosas al estado que guardaban antes de la conducta dañosa, y sólo cuando ello resulte imposible, se traduce la indemnización en un pago por el daño y/o el perjuicio.

Ahora bien, de conformidad con los artículos 2108 y 2109 del C.C. se entiende por daño "la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación"; y por perjuicio "la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

Así entonces vemos que en el caso del artículo 289 Bis C.C., en el que se establece la posibilidad de un cónyuge de demandar del otro hasta el 50% del valor de sus bienes por concepto de "indemnización", no concuerda y por ende no debe ser considerada como tal, pues como se verá más adelante, la indemnización tiene lugar cuando se produce un hecho ilícito o un riesgo creado; y en la praxis en el divorcio ninguna de estas dos figuras se actualiza, pues el divorcio es un derecho que tienen ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial que los une, es una institución que se encuentra regulada en una ley sustantiva que permite a todo aquél que quiera disolver el vínculo matrimonial ejercitar su

⁴³ Gutiérrez y González Ernesto, Ob. Cit. , Págs. 615 y 616.

derecho ante los tribunales competentes, por lo que no podemos decir que se está violando ninguna disposición normativa; tampoco se origina un riesgo creado, situación por la cual no puede establecerse a favor del cónyuge demandante esta "indemnización", pues reitero, ésta surge cuando un sujeto es responsable civilmente, ya sea por un riesgo creado o por un hecho ilícito. Además de que resulta ilegal el hecho de que se le quiera quitar al cónyuge demandado parte de sus bienes, por el solo hecho de que el otro cónyuge no adquirió ninguno a título personal y por haberse dedicado el cuidado del hogar y de los hijos.

En efecto por ningún motivo puede obligarse a una persona a que ceda parte de sus bienes en beneficio de otro individuo que desde un principio, estuvo de acuerdo en constituir el régimen de separación de bienes; no puede vulnerarse la voluntad de las partes, pues de lo contrario y a diferencia de la hipótesis planteada en el numeral en cita, si se actúa de esta manera, es decir, si se le condena al cónyuge demandado al cumplimiento de esta indemnización, entonces sí se estaría causando un verdadero daño al cónyuge demandado ya que se originaría un menoscabo en su patrimonio. Menoscabo que no tiene razón de ser en virtud que desde el momento en que se contrajo el matrimonio, ambos cónyuges decidieron de común acuerdo el establecer como régimen patrimonial, el de separación de bienes; régimen del cual sabían a ciencia cierta las consecuencias del mismo, consecuencias que consisten en que cada cónyuge conservaría de manera exclusiva la propiedad de sus bienes, sin que ninguno de ellos pudiera disponer o hacer uso de los bienes del otro.

Por otra parte es también importante resaltar que, con la disolución del matrimonio no se causa daño o perjuicio alguno. En efecto a al cónyuge demandante, que es quien solicita el divorcio y la referida "indemnización", no se le provoca ninguna pérdida o menoscabo en su patrimonio, ya que éste permanece igual, es decir, el patrimonio del actor no va a ser afectado ni disminuido en forma alguna como consecuencia directa del divorcio, éste seguirá en los mismos términos o en la forma que lo haya administrado durante la vigencia del matrimonio. Tampoco se le causa un perjuicio, ya que éste solo se da cuando se priva a alguien de una ganancia ilícita que se debía de haber obtenido en base al cumplimiento de determinada obligación.

Por lo anterior es que considero que la indemnización que contempla el artículo 289 Bis C.C. no es procedente de manera alguna, pues esta como tal y entendida desde el punto

de vista estrictamente jurídico regulado en nuestro Código Civil, surge de situaciones completamente distintas (hecho ilícito y riesgo creado).

El divorcio no es motivo para que el patrimonio de uno de los cónyuges se vea afectado, el divorcio solo conlleva a la separación legal de éstos, con la única obligación de proporcionar los alimentos que en derecho correspondan.

4.2.1 INDEMNIZACIÓN LABORAL

Al lado de la indemnización civil, tenemos a la laboral, la cual de acuerdo al Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, podemos definirla como "La obligación patronal de otorgar un pago extraordinario al trabajador, en algunos casos, o a sus familiares en otros, en calidad de reparación económica por un daño sufrido, ya sea en su persona o en su actividad. La indemnización es, en el lenguaje corriente, la entrega de una suma de dinero equivalente a una parte del salario que ha devengado el trabajador, para resarcirlo de la falta de ocupación en que se encuentra en un momento dado, debida a causas ajenas a su voluntad".⁴⁴

La indemnización laboral como se desprende de lo transcrito en el párrafo que antecede, surge de una relación obrero-patronal, en la cual el patrón tiene el deber jurídico de entregar una suma de dinero al trabajador en virtud de que éste se encuentra desempleado por el despido de que fue objeto por parte del patrón y esta suma de dinero que le es entregada es precisamente el contenido de la indemnización.

Siete son las características que en materia laboral distinguen a la indemnización:

- a) La indemnización debe ser exclusiva de una relación de trabajo.
- b) Es obligatoria para el patrón, ya sea que tenga su origen en la ley, en el contrato o en una sentencia arbitral.
- c) El derecho del trabajador a percibir cualquier indemnización ha de estar subordinado al hecho de la prestación del servicio durante un determinado tiempo, en cualquier empresa.
- d) La relación de trabajo tiene que quedar disuelta una vez hecha efectiva la indemnización.

⁴⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo III, Porrúa, Décimo Cuarta Edición, México, 2000, Pág. 1676.

e) La disolución del contrato de trabajo ha de provenir del empresario.

De lo anterior se concluye que la indemnización presupone el carácter ilícito del despido del trabajador y, tal ilícitud presupone a su vez, el derecho del trabajador a que se le retribuya en cierta forma el hecho de que su patrón sin causa justificada lo haya dejado sin empleo alguno; la indemnización es consecuentemente, una especie de "compensación" por la falta de retribución económica cuando sobreviene como ya se dijo, una separación injusta.

En realidad, la reparación pecuniaria que se paga al empleado u obrero por el despido injusto, más que una sanción al empresario, trata de evitar las consecuencias funestas del acto. En efecto, cesada la relación laboral, el empleado u obrero queda desocupado y no siempre es fácil encontrar inmediatamente otra ocupación, ni con la misma remuneración que la anterior y, por otra parte se pierde irremediablemente los beneficios que la antigüedad había otorgado. Es entonces que la indemnización surge para tratar de atemperar tal circunstancia.

Así las cosas y como ha quedado precisado la indemnización laboral surge invariablemente cuando una persona llamada patrón despide injustificadamente a otra llamada trabajador u obrero; este despido termina con la relación de trabajo que unía a las partes, relación que invariablemente es de subordinación en virtud de que el trabajador se encontraba bajo las órdenes y mando del empresario (patrón).

Por tanto y atento a lo expuesto apreciamos claramente que tampoco la indemnización laboral es aplicable a la aludida en el artículo 289 Bis C.C., pues en el matrimonio la relación que se da entre los cónyuges, es de coordinación, de iguales a iguales ya que ambos como lo menciona el artículo 168 C.C., tienen en el hogar autoridad y consideraciones iguales, los derechos y obligaciones que se derivan de esta unión siempre serán iguales, con independencia de la aportación económica que proporcionen para el sostenimiento del hogar.

En el matrimonio no existe una relación de trabajo (requisito esencial para que proceda la indemnización) por la que una de las partes deba pagar a la otra cierta cantidad de

dinero, cuando disuelvan el vínculo matrimonial. Ninguna de las partes (esposos) esta bajo el mando y obediencia de la otra, por el contrario el matrimonio se constituye por el deseo que ambos consortes tienen de lograr una unión basada en el amor y en el respeto, en la cooperación y ayuda mutua.

Así partiremos por saber en primera instancia qué es un hecho ilícito y qué, un riesgo creado, por ser dichas figuras el origen de la indemnización en materia civil.

4.3 HECHO ILÍCITO

Conforme al artículo 1830 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Para el Maestro Manuel Bejarano Sánchez, "El hecho ilícito es una conducta antijurídica culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil. O dicho de otra manera: hecho ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente".⁴⁵

Por su parte Ernesto Gutiérrez y González define al hecho ilícito como "Toda conducta humana culpable por intención o por negligencia, que pugna con un deber jurídico stricto sensu, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio".⁴⁶

Así es, quien obra ilícitamente en cualquiera de las manifestaciones citadas anteriormente, tiene el deber de reparar los daños, que con motivo de su conducta antijurídica, culpable y dañosa originó en la especie. Y así lo contempla el artículo 1910 del Código Civil arriba citado que a la letra dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

⁴⁵ Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Harla, Tercera Edición, México, 1984, Pág. 221 y 222.

⁴⁶ Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Porrúa, Décimo Cuarta Edición, México, 2001, Pág. 581.

En efecto, como quedó plasmado quien incurre en un hecho ilícito, tiene el deber jurídico de reparar los daños y/o perjuicios que se causaron a la víctima, ello en razón de que al configurarse el hecho ilícito, el responsable incurre en una responsabilidad a la que se le da el calificativo de responsabilidad civil subjetiva. Recordando que para que la conducta desplegada sea considerada como hecho ilícito y engendre la responsabilidad civil, debe necesariamente ser antijurídica, culpable y dañosa.

Así, y de acuerdo a lo expresado por el ya citado Maestro Manuel Bejarano Sánchez, es antijurídica toda conducta o hecho que viola lo establecido por las normas de Derecho. Para él, la antijuricidad consiste en el dato que califica a una conducta o a una situación que choca con lo preceptuado por una regla jurídica.

En cuanto a la culpa, como segundo elemento del hecho ilícito, refiere el multicitado autor, que incurre en culpa, quien proyecta voluntariamente su acción hacia un fin perjudicial y quien, debiendo preverlo no lo ha hecho o columbrándolo, no toma las medidas racionales para evitarlo.

En este sentido el Maestro, Ernesto Gutiérrez y González, define a la conducta culposa como "La conducta humana consciente e intencional, o inconsciente por negligencia que causa un detrimento patrimonial, y que el derecho considera para los efectos de responsabilizar a quien la produjo".⁴⁷ Y refiere además que hay dos tipos de culpa a saber:

- a) La culpa intencional o dolosa, es en la que se incurre cuando al realizar un hecho ilícito, se verifica con conocimiento pleno de que esa conducta es punible por el Derecho, y sin embargo se lleva adelante con el ánimo de causar el daño.
- b) En tanto que la culpa por negligencia, o no dolosa, se incurre en ella cuando se realiza un hecho o se incurre en una omisión, sin ánimo de dañar, y sin embargo por la imprevisión, negligencia, falta de reflexión o de cuidado, el daño se produce.

Aunado a lo anterior, esta conducta culposa debe como lo afirma el autor en cita causar un detrimento patrimonial, entendiéndose por éste como una alteración negativa en el patrimonio de la víctima.

⁴⁷ Gutiérrez y González Ernesto, Ob. Cit., Pág. 592.

El artículo 2024 del C.C. prevee a la culpa y lo hace en este sentido: "Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella.

Como se desprende de lo anterior, hay culpa cuando un sujeto determinado no toma las medidas o precauciones necesarias para evitar que se cause una afectación en la esfera jurídica de un individuo o bien, cuando sabiendo que se puede producir una lesión concreta, el sujeto realiza la conducta sin importarle el daño que se origine.

Finalmente y como último y tercer elemento del hecho ilícito tenemos al daño, que para el Maestro Manuel Bejarano Sánchez "es la pérdida o menoscabo sufrida por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones, por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado".⁴⁸

El Código Civil, en su numeral 2108, define al daño como "la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación".

Así las cosas y habiendo vislumbrado el concepto de hecho ilícito, con todos y cada uno de sus elementos, es preciso reiterar que quien en la especie despliegue una conducta con estas características (antijuricidad, culpa y daño) incurrirá ipso facto en un hecho ilícito que genera la llamada "responsabilidad civil" a través de la cual se obligará al sujeto activo del hecho ilícito a realizar una conducta positiva en favor del sujeto pasivo que se vio afectado con ese actuar. Y en virtud de dicha responsabilidad civil subjetiva es que surge la indemnización.

4.3 RIESGO CREADO

Ahora bien, antes de adentrarnos al concepto de responsabilidad civil, debemos mencionar que al lado de la responsabilidad civil subjetiva derivada de un hecho ilícito, surge de igual forma la responsabilidad objetiva por riesgo creado. Así, afirmamos que el riesgo creado se da cuando se causa un daño por la utilización de un objeto peligroso que crea un estado de riesgo para las demás personas.

⁴⁸ Bejarano Sánchez Manuel, Ob. Cit., Pág. 246.

Al respecto el artículo 1913 del C.C. establece: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

En efecto, cuando una persona que haga uso de mecanismos, aparatos peligrosos o similares, cause un daño a otro, por el uso de estos, deberá sin duda responder por la reparación de los daños causados con motivo de la ejecución de éstos; lo anterior aunque no haya incurrido en una conducta antijurídica, culpable y dañosa. Es decir, aquí, el sujeto activo que realiza un riesgo creado no realiza de manera alguna, una conducta que sea considerada como ilícita, por el contrario actúa apegado a derecho pues tan solo realiza la tarea de manejar ciertas sustancias o aparatos que por su naturaleza implican un gran riesgo. Sin embargo, si durante la utilización de estos mecanismos origina o afecta a un determinado sujeto, tiene por ende la obligación de indemnizarlo en términos de ley.

Esta figura del riesgo creado, consiste como lo menciona el Maestro Manuel Bejarano Sánchez, en afirmar que todo aquél que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la reparación de los que se produzcan con dicho objeto por su sólo aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa.

"La exigencia de la culpa del causante del daño, como requisito de la obligación de indemnizar, produjo consecuencias injustas cuando las nuevas herramientas y maquinaria, introducidas en las fábricas, causaron múltiples accidentes entre los obreros, en razón de la complejidad de aquéllas y de la inexperiencia de quienes habrían de manejarlas. Tales accidentes, que producirían graves daños a los trabajadores por mutilaciones, lesiones, pérdida de facultades o aún de la vida misma, no comprometían la responsabilidad del patrón a quien no podía demostrarse culpa alguna en su realización y los perjuicios resentidos por las víctimas no eran indemnizados de manera alguna. La concepción de la responsabilidad civil subjetiva por culpa producía resultados injustos,

pues mientras el patrón se veía favorecido al incrementar sus ganancias por el aprovechamiento de la maquinaria peligrosa que causaba nuevos daños, el trabajador, que sufría las pérdidas derivadas del uso de esos aparatos, era el único afectado desfavorablemente. Ello movió a los juristas a buscar otro apoyo a la responsabilidad civil, que no fuera la culpa, el cual hallaron en el concepto de *riesgo*. Así surgió la *responsabilidad objetiva por riesgo creado*.⁴⁹

De lo anterior se vislumbra que al igual que como sucede en el hecho ilícito, en el riesgo creado se produce una responsabilidad civil denominada "objetiva", y se le llama de esa manera atento a que en este supuesto no interviene la noción subjetiva de la culpa como en el caso del hecho ilícito. Aquí solo se trata de la determinación objetiva de la ley, que impone a todo aquel sujeto que haciendo uso de mecanismos peligrosos, afecta o causa una lesión o daño a otro por la manipulación de los mismos, la responsabilidad de reparar los daños originados; aquí el sujeto activo no tiene la intención de provocar un daño determinado, tampoco se debe a la imprudencia o falta de cuidado de dicho sujeto ni a omisión alguna.

Así las cosas y expuestos los temas de hecho ilícito y riesgo creado, podemos apreciar claramente que existen dos tipos de responsabilidad civil: la responsabilidad civil subjetiva proveniente de un hecho ilícito y, la responsabilidad civil objetiva derivada del riesgo creado.

4.5 RESPONSABILIDAD CIVIL

Como se dijo, existen dos tipos de responsabilidad civil por el elemento o dato en que se finca la necesidad de resarcir los daños:

- a) La responsabilidad civil subjetiva, que se da cuando se ha realizado una conducta antijurídica, culpable y dañosa, en cuyo caso estamos en presencia del hecho ilícito.
- b) La responsabilidad civil objetiva, que se da cuando los daños ocasionados provienen de una conducta lícita, jurídica e inculpable, consistente en aprovechar un objeto peligroso que crea riesgo de daños a terceras personas.

⁴⁹ Bejarano Sánchez Manuel, Ob. Cit., Págs. 243 y 244

En principio y para empezar con el desarrollo del tema a tratar, debemos antes que nada ver qué se entiende por responsabilidad. Como lo manifiesta el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, la palabra responsabilidad viene de responder, y este verbo del vocablo latino "respondere". En español y de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, pasó esta idea latina con un contenido de "Obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona".

En efecto, responsabilidad, significa, hacerse responsable de y por los actos realizados, asumir las consecuencias generadas por nuestro actuar, respaldar nuestras acciones, cumplir con lo pactado, responder por algo con lo que forzosamente debemos cumplir.

En materia civil, el responder por algo o alguien se da precisamente mediante la obligación de reparar los daños y perjuicios causados; reparación que se satisface a través de la figura jurídica de la indemnización.

Para Mazeaud, la responsabilidad "es una sanción que consiste en la obligación para quien ha causado un daño a otro, de reparar ese daño".⁵⁰

Por su parte, Manuel Bejarano Sánchez, afirma: "La responsabilidad civil es, pues el nombre que se da a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado. Su contenido es la indemnización. Indemnizar es dejar sin daño".⁵¹

Por tanto podemos concluir que la responsabilidad civil es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, ya sea por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo, y en ambos casos se tiene el deber de efectuar en favor del afectado una indemnización.

Así es, el sujeto responsable civilmente deberá sin mayor abundamiento proceder a la reparación de los daños y perjuicios, reparación que de acuerdo al primer párrafo del artículo 1915 del C.C. puede consistir, a elección del ofendido, en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de los daños y perjuicios.

⁵⁰ Mazeaud H. Y L., Lecciones de Derecho Civil, Vol.1, Parte Primera, Buenos Aires, 1959, pág. 505.

⁵¹ Bejarano Sánchez Manuel, Ob. Cit., Pág. 263.

La reparación del daño tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo. Es por ello que la norma jurídica ordena que la situación que fue perturbada, sea restablecida mediante la restitución si el daño se produjo por sustracción o despojo de un bien o por medio de la reparación de la cosa si ésta fue destruida. Esta obligación se cubre por ende, mediante el pago de una indemnización, con la cual se satisfecería el daño causado a la víctima.

CAPÍTULO V
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL
VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL(2002)

5.1 CRÍTICA AL ARTÍCULO 289 BIS C.C.

De lo narrado en el capítulo precedente, nos quedó claro que para que la indemnización prospere es necesario que se desplieguen ciertas conductas o se actualicen determinados hechos, generadores de esta figura. Es decir, ésta no puede ser otorgada por el simple deseo o capricho de una persona que indebida y dolosamente quiera obtener de otra una suma de dinero o en su caso, parte de sus bienes. Es por ello que me pregunto lo siguiente:

¿En base a que fundamento es que el artículo 289 Bis C.C. considera la posibilidad de que uno de los cónyuges obtenga del otro hasta el 50% del valor de sus bienes por concepto de indemnización?, ¿A título de qué, es que uno de los cónyuges debe dar al otro una indemnización?, ¿De dónde surge esta indemnización?, ¿No es antijurídico que se le pretenda despojar a un cónyuge de sus bienes? ¿No constituye la voluntad de las partes ley suprema? ¿Acaso no, los cónyuges de común acuerdo decidieron constituir como régimen patrimonial, el de separación de bienes?, ¿Para que en materia civil se dé la indemnización, no debe realizarse un hecho ilícito o un riesgo creado? ¿Es la relación de los esposos una relación de subordinación?, ¿Es el divorcio causa suficiente para que se despoje a un cónyuge de los bienes propios?

Estas y otras mas interrogantes son las que tenemos que responder para ver si es procedente la indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes de uno de los cónyuges a favor del otro.

La respuesta es clara y sencilla: No. No, en virtud de que para que surga la figura de la indemnización deben actualizarse ciertos hechos o conductas previamente establecidos en ley. En materia civil como ya vimos, es necesario que se realice un hecho ilícito o un riesgo creado; en materia laboral que de manera injustificada el patrón despida al trabajador; en materia agraria, que el gobierno expropié tierras pertenecientes al reparto agrario, etc.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Por tanto y en virtud de que con el divorcio ninguna de estas situaciones se generan en la especie, es que la indemnización no es procedente y por ende no debe otorgarse al cónyuge que la solicite; pues además de no ser sujeto a la misma, tampoco se le causa ningún daño o perjuicio que deba repararse o restituirse. Por el contrario, y como ya lo he mencionado, con la aplicación de esta disposición, sí se causaría un daño, pero no al cónyuge que solicita esta indemnización, sino al cónyuge al que se le quita parte de su patrimonio, patrimonio que le es propio y exclusivo y del cual nadie puede disponer más que él mismo.

El divorcio no es motivo para que arbitrariamente se despoje a una persona de sus bienes, el divorcio constituye tan sólo la disolución del vínculo matrimonial y la extinción de ciertos derechos y obligaciones que surgieron con esta unión, (tales como el débito carnal, la cohabitación, la fidelidad, la comunidad de vida, etc.), es tan sólo una figura o herramienta jurídica prevista en ley para todas aquellas parejas que por motivos distintos, con causa o sin ella, no desean continuar unidos bajo el imperio de la ley, no implica nada más. De lo que se infiere que no es un hecho contrario a la ley, pues el mismo está consagrado y permitido en el Código Civil.

Por otra parte y además de no existir fundamento alguno para que se determine la indemnización referida en el artículo en cita, es importante señalar otros aspectos que dentro de la redacción del mismo, son a mi juicio, irregulares, abusivos y omisos.

En primer lugar y aunada a la indemnización (que como quedó plasmado no tiene fundamento jurídico alguno) que se establece en favor del cónyuge demandante que se haya dedicado al cuidado del hogar y de los hijos y que no tuviere bienes propios o, que teniéndolos fueran en suma inferiores a los de su cónyuge, es de resaltarse el porcentaje de la misma. En efecto la disposición normativa cuyo análisis, se pretende realizar en el presente trabajo, refiere que se podrá demandar hasta el 50% del valor de los bienes del otro cónyuge. Porcentaje que a todas luces resulta excesivo y que constituye un agravio personal y directo para el cónyuge a quien obligan a darlo.

De igual forma, no se determina la causa o motivo por la cual es procedente el pago de esta indemnización. Si la razón de su establecimiento es para "garantizar" que al cónyuge no se le deje en abandono, entonces reiteraríamos en decir que ésta indemnización es abusiva y exagerada ya que la base para evitar esta situación es precisamente el proporcionamiento de los alimentos que el demandado tiene que otorgar al cónyuge actor

y en su caso a los hijos habidos en matrimonio. Por lo que atendiendo a tales circunstancias sería sumamente abusivo que además de las cantidades que a título de alimentos está obligado a proporcionar el demandado, se le pretenda obligar al pago de una indemnización de hasta el 50% del valor de sus bienes propios.

En efecto, el fundamento que en ley esta destinado a cubrir las necesidades alimentarias del cónyuge e hijos, lo encontramos precisamente en los artículos 301 al 323 del C.C., artículos que fueron creados para que el cónyuge obligado se responsabilice de todos aquellos gastos necesarios para el sostenimiento del hogar y de los hijos y cónyuge, así como para impedir que se deje al ex marido o ex mujer en el abandono.

Entendiéndose por alimentos la comida, el vestido, la habitación, atención médica y hospitalaria, gastos de embarazo y parto, educación para los menores hijos, etc. (art. 308 C.C.) Concepto que como se puede apreciar contempla todos los rubros indispensables que cualquier familia necesita para su desarrollo normal. Por ende y dado que ya existe una disposición normativa que cubre estas necesidades, resulta contradictorio el establecimiento de esta indemnización, cuya razón de ser sería precisamente la de evitar que se deje en desamparo al cónyuge e hijos.

Si se establece en razón de que el demandante no se desarrolló profesionalmente por dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, es de resaltarse dos aspectos a saber:

- En primer lugar, hay que recordar que a nadie le esta impedido ejercer la profesión que desee, siempre y cuando ésta sea lícita, derecho que en nuestra constitución se encuentra elevado a nivel de garantía individual. Por tanto y atendiendo a esta circunstancia en particular, el solicitante no puede alegar que su cónyuge le impidió el desarrollarse profesionalmente o bien que no pudo hacerlo en virtud de que tenía que cuidar a sus hijos, pues en la actualidad y aproximadamente desde hace unos seis años, es que en nuestro país existen madres/padres de familia que a la par de desarrollarse profesionalmente llevan el manejo y cuidado del hogar y de los hijos. No pudiendo servir de pretexto esta situación, pues reitero debido a las circunstancias socioeconómicas a las que nos enfrentamos es que cada día un mayor número de personas, en especial, mujeres, se desempeñan laboralmente, obteniendo por ello una remuneración económica suficiente. Siendo absurdo e irrisorio que se alegue en la demanda de divorcio y como sustento para la procedencia de la indemnización referida, que el o la cónyuge no prestaron sus

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

servicios profesionales a empresa alguna por haber destinado su tiempo al cuidado de la casa e hijos, ya que en primer lugar nadie lo(a) obligó a dedicarse solamente al hogar y en segundo lugar, si el o ella decidieron por voluntad y deseo propio dedicar su tiempo para estos fines, entonces consecuentemente no tienen fundamento o motivo con el cual puedan acreditar ante el Juzgador el derecho a percibir tal indemnización, pues finalmente fue su deseo asumir la responsabilidad de velar por el mantenimiento del hogar e hijos.

- Asimismo y derivado de lo anterior, en el supuesto de que el o la cónyuge tuviera bienes inferiores a los de su esposo(a), (con independencia de su desempeño laboral) no significa de ninguna manera que por ese hecho, deba, el cónyuge cuyo patrimonio es superior, darle parte del mismo. En efecto, como se ha establecido a lo largo de este capítulo, los cónyuges previo a la celebración del matrimonio decidieron ser los únicos dueños y administradores de sus bienes, bienes que no pueden ni deben ser utilizados, afectados ni disminuidos por la otra parte que no tiene bienes o que teniéndolos sean en suma menores a los de su contraparte, ya que el régimen de separación de bienes se basa precisamente en la premisa de que cada quien conserva de manera única y exclusiva la propiedad de los bienes que conforman su patrimonio. No se puede pasar por alto la voluntad de las partes de mantener la titularidad de sus bienes, por el contrario debe respetarse su decisión de ser los únicos dueños de los bienes que han adquirido, sobre todo debe respetarse el contenido de la ley y en este aspecto claramente el artículo 212 C.C. refiere que "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".

La ley debe ser respetada por todos aquellos a quienes la misma es aplicable, así como por quienes deben aplicarla, por ende, no puede pasarse por alto el contenido de sus disposiciones, mucho menos si existe un consentimiento expreso de las partes de constituir el régimen de separación de bienes, consentimiento que queda plenamente acreditado a través de las capitulaciones matrimoniales que suscribieron los cónyuges y del acta de matrimonio respectiva.

Además es importante señalar que con el surgimiento de esta disposición, ya no tendría caso que previo al matrimonio se establecieran las capitulaciones matrimoniales, ni que

existieran los distintos tipos de regímenes patrimoniales, ya que finalmente los bienes de los cónyuges, quieran o no, al suscitarse el divorcio, deben ser repartidos entre ambos.

Es preciso hacer hincapié que tampoco en el artículo en estudio, se determina la forma en que el Juzgador va a resolver respecto a esta indemnización, tan solo se establece lo siguiente "El juez de lo familiar en la sentencia de divorcio habrá de resolver atendiendo a las circunstancias de cada caso".

¿En base a qué el Juzgador decidirá el monto del porcentaje? ¿Cuáles son los parámetros que tomará en cuenta el Juzgador para calcular el porcentaje de la indemnización? La respuesta es que no existen las bases para que él pueda determinar cuál es el porcentaje correspondiente, situación que puede conllevar a muchos abusos, ya en exceso o en defecto de cualquiera de las partes.

En resumen la indemnización aludida no tiene razón de ser, es decir, no tiene fundamento jurídico alguno del cual se desprenda que es legítimo su establecimiento; tampoco tiene su origen en las conductas o hechos que son consecuencia inmediata de ella. De igual manera su existencia es violatoria, perjudicial para el sujeto a quien se condene al pago de la misma; es abusiva, contradictoria y antijurídica en virtud de que viola la voluntad de las partes que deciden mantener la propiedad exclusiva de sus bienes, es proteccionista y se encuentra fuera de todo contexto.

Siento que aún y cuando su espíritu e intención fueron buenas, no se apega a la realidad que atravesamos pues como he referido en la actualidad ambos cónyuges son personas económicamente activas y reciben una remuneración económica por la realización de sus actividades, remuneración que les da una seguridad monetaria y que les permite sufragar sus gastos personales y maritales.

Consecuentemente y a mi juicio este artículo debe ser abrogado ya que su aplicación solo acarrearía abusos y una desintegración familiar más profunda en nuestro país. Me parece que en todo caso y en su lugar, se debe permitir a los cónyuges, si así lo desean, el celebrar un convenio en el cual se establezcan los términos y condiciones, que se generarán en caso de que disuelvan el vínculo matrimonial.

En efecto, tal y como sucede en otros países, como Estados Unidos de Norte América y Canadá, por citar solo algunos de ellos, en nuestro país debe permitirse a los cónyuges el

establecer, a través de un convenio, los bienes o dinero, que en su caso se darán entre sí, con motivo del divorcio. Entendiéndose que este convenio solo será aplicable para aquellos matrimonios que se casen bajo el régimen de separación de bienes por razones obvias.

Este convenio podría ser presentado adjunto a las capitulaciones matrimoniales e inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, a efecto de que los bienes que en su caso, vayan a cederse los cónyuges en caso de divorcio, no sean embargados ni enajenados por el titular de ellos. Sin embargo y en el supuesto de que uno de los cónyuges por extrema necesidad o urgencia, quisiera gravarlos o venderlos, deberá hacer del conocimiento de esta situación a su cónyuge y a la autoridad respectiva, quien será la única facultada para otorgar o no dicho permiso.

Esta situación de notificar su deseo de disponer de los bienes que son objeto del convenio de divorcio, podría hacerse a través de una jurisdicción voluntaria ante el Juez de lo Familiar competente, quien como dije será quien habrá de resolver al respecto. Así las cosas y en caso de que la resolución del Juez sea afirmativa, el cónyuge deberá sustituir estos bienes por otros de la misma calidad, especie y cantidad. En el supuesto de que el cónyuge no señale bienes para la sustitución, el Juez sin mayor abundamiento le negará la petición solicitada.

Con este convenio estoy convencida que las cosas serían mucho más justas ya que en primer lugar existiría la libre voluntad de las partes de conceder a quien corresponda los bienes que él o ella desean pasen a formar parte del patrimonio del otro cónyuge. Aquí se respetaría el acuerdo de voluntades y no se despojaría a nadie injustamente de su patrimonio.

5.2 RETROACTIVIDAD DEL ARTÍCULO 289 BIS CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL 2002.

Ahora bien, habiendo realizado un rápido análisis del multicitado artículo (289 Bis), pasaremos a ver si es o no retroactivo y porqué lo considero así.

Para estar en posibilidades de determinar la retroactividad del artículo en estudio, comenzaré por enunciar y explicar de manera rápida las características que debe revestir

toda norma jurídica. Estas características son: la bilateralidad, exterioridad, coercibilidad, heteronomía, coacción y obligatoriedad.

Se dice que las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones. Por su parte, la exterioridad atiende esencialmente a los actos externos y después a los de carácter íntimo, que ejecuta un sujeto ante determinada circunstancia o hecho, en otras palabras es el despliegamiento de la conducta de un individuo en el mundo.

Por coercibilidad, se entiende la posibilidad de que la norma jurídica sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado. Es decir, es la facultad que tiene la autoridad para exigir el cumplimiento de la norma. La Heteronomía es la sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa; Es decir, el origen de la norma jurídica no está en el libre albedrío de los particulares, sino en la voluntad de alguien distinto, que sería en nuestro país, el poder legislativo que es el órgano encargado de crear las normas que regulen la convivencia del hombre en sociedad.

Por coactividad o coacción, entendemos la facultad / derecho que tiene la autoridad para imponer la sanción respectiva a aquella persona que haya desplegado la conducta descrita en el supuesto jurídico contenido en la norma respectiva. Obligatoriedad, en palabras del Maestro Miguel Villoro Toranzo, es aquella calidad que tiene algo para que pueda ser exigido como obligatorio, incondicionalmente, de manera absoluta, sin tolerar excusas, evasivas o pretextos. Es el deber que tenemos para cumplir con determinado precepto legal, es la atribución que la autoridad tiene para imponernos la realización o no de ciertas actividades.

Ahora bien además de la explicación relativa a las características de la norma jurídica, resulta necesario establecer en qué consiste ésta. Pues bien, toda norma legal, contiene una descripción de ciertas conductas (activas u omisivas), una hipótesis, un supuesto jurídico, que de realizarse de facto, trae como consecuencia un resultado determinado que a su vez puede engendrar tanto derechos como obligaciones en la esfera jurídica de su destinatario.

Es cierto, la norma jurídica está compuesta de uno o varios supuestos jurídicos. Estos supuestos jurídicos son todos los datos jurídicos que forman una situación jurídica

predeterminada por el legislador y cuya realización es necesaria para que se siga la aplicación de la valoración de la norma.

A su vez, los datos jurídicos que forman la situación hipotética prevista por la norma no son hechos consumados en el momento en que se formula la norma; son como dice García Máynez, una mera hipótesis que puede o no puede darse.

El autor antes citado ha definido al supuesto jurídico como la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma. Y las consecuencias a que da origen la producción del supuesto, pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y obligaciones.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, queda claro por una parte que, las normas jurídicas contemplan hipótesis o simples expectativas de ciertos hechos y/o conductas que de llegarse a actualizar en la praxis, acarrearán resultados que a su vez pueden ser positivos o negativos para el sujeto que las realiza. De igual forma, es evidente que quien se encuentra en tales circunstancias debe cumplir forzosamente con la medida, sanción o pena que dicho precepto le impone, como consecuencia de la exteriorización de su actuar, o bien, que pueda solicitar el derecho que como tal y por encontrarse dentro del supuesto jurídico le otorga la ley.

En este orden de ideas, si una persona, dicese pareja, se apegó a lo descrito, al supuesto jurídico de una norma legal, en este caso a la disposición normativa contenida en el artículo 212 del Código Civil, es decir, que desean adoptar como régimen patrimonial el de separación de bienes, el cual consiste en que cada quien conservará la propiedad de sus bienes, puede, de pleno derecho exigir que la constitución de éste y su voluntad de mantener los bienes de su propiedad ajenos al matrimonio, sean respetados y se mantengan intactos.

En efecto, la persona a la que se le pretenda demandar la multicidad indemnización, podrá oponerse a la misma y alegar su retroactividad en virtud de ésta nueva disposición, destruye un derecho que dicho sujeto adquirió bajo el imperio de una ley precedente. En tales condiciones y al poseer un derecho adquirido, el cual forma parte de su dominio, no puede nadie desproveerlo de éste. El acto jurídico por el cual se estableció la separación de bienes ya produjo sus consecuencias y efectos jurídicos, por tanto ninguna ley

posterior puede modificar ni contrariar su contenido, pues de ser así, estaríamos en presencia de la retroactividad de la ley.

Los cónyuges, previa a la celebración del matrimonio, accionaron su derecho al decidir si la constitución del régimen patrimonial la hacían a través de la sociedad conyugal o la separación de bienes; facultad que fue ejercida en su totalidad en el instante en que optaron por constituir el segundo de los regímenes citados. En consecuencia y toda vez que este derecho-facultad trascendió a la vida jurídica, con sus consecuencias inherentes, es que afirmamos que nació un derecho adquirido en su beneficio; derecho que, reitero no puede ser arrebatado por una ley posterior, más aún si la nueva ley modifica, afecta o destruye el contenido de la ley en base a la cual los cónyuges se fundaron para constituir el referido régimen.

La retroactividad, como lo afirma Paul Roubier en su teoría citada en la página 88 de este trabajo, se da cuando las normas jurídicas se aplican a hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior y en la especie es lo que sucede en el negocio que nos ocupa pues la indemnización prevista en el artículo 289 Bis C.C. está vulnerando un derecho que se consumó de facto y de iure bajo el imperio de una ley precedente, de una ley que surgió a la vida jurídica antes del nacimiento de esta nueva disposición. La constitución de una situación jurídica, en este caso la del establecimiento de la separación de bienes, debe regirse de conformidad con la ley que la prevee, lo que significa que una nueva ley no puede modificar la forma, contenido y consecuencias de su constitución, pues si se actuara así, entonces diríamos que esta nueva ley o precepto se está aplicando retroactivamente.

No se puede bajo ninguna forma o expresión modificar, alterar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho contemplado en ley, mucho menos cuando esta modificación o alteración provoca un perjuicio personal y directo al destinatario del precepto a aplicarse.

La aplicación de la indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes del cónyuge, modifica total y enteramente la voluntad de los cónyuges que constituyeron el régimen de separación de bienes, asimismo modifica y afecta el patrimonio del cónyuge a quien se le pretende despojar de parte de sus bienes; lo afecta ya que éste se vería disminuido en el momento en que el Juzgador determine el porcentaje que le tiene que conceder al cónyuge demandante, afectación que le ocasiona sin lugar a dudas un perjuicio en su esfera jurídica, por lo que atendiendo a lo establecido en el artículo 14 constitucional "A

ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", no puede ni debe aplicarse en la praxis la multitudada indemnización ya que de ser así, se estarían dando dos situaciones:

- La ley (art. 289 Bis C.C.) se estaría aplicando retroactivamente.
- Se causaría un perjuicio.

Consecuentemente y ya que la hipótesis planteada en el artículo 212 C.C. dejó de ser una mera expectativa, por haberse ejercitado el derecho consagrado en él, (que es el de constituir el régimen de separación de bienes) es, que la autoridad judicial ante quien se esté ventilando el divorcio contencioso, deberá sin mayor abundamiento y por así proceder conforme a derecho, denegar la procedencia de la indemnización atento a que la misma vulnera y modifica el régimen de separación de bienes que los cónyuges en su momento decidieron adoptar.

Dadas las anteriores consideraciones, y toda vez que los cónyuges se encuentran en una situación jurídica concreta, es decir, que por voluntad propia y de común acuerdo produjeron el acto jurídico (constitución del régimen de separación de bienes) que dio nacimiento a las facultades y deberes derivados del mismo (mantener cada quien la administración y propiedad de sus bienes) es que no puede aplicarse la referida indemnización, pues ésta extinguiría los efectos de la situación jurídica concreta y por ende su aplicación pecaría de retroactiva.

Por los razonamientos lógico-jurídicos expuestos en el capítulo precedente y dado que el artículo 289 Bis C.C. es una disposición normativa que vulnera el principio de retroactividad, es que en la práctica un sin numero de juristas se oponen a su aplicación, ya que como se ha acreditado, ésta aplicación recae a hechos ocurridos en el pasado, modifica derechos que fueron adquiridos bajo el imperio de una ley precedente, derechos que no nos pueden ser arrebatados por nada ni nadie, en virtud de que existe una exteriorización de voluntad expresa y manifiesta en la que consta el deseo de los cónyuges de mantener cada quien la conservación exclusiva de sus bienes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

1. El matrimonio es una institución jurídica que ha existido a través de los siglos, las formalidades y requisitos para su celebración han variado y cambiado de acuerdo a la cultura y creencias de cada país. Su importancia ha sido tal que todos los países la han reconocido e incluido en sus legislaciones.

2. En la Antigua Roma, la familia se conformaba por dos tipos de personas. Los *alieni iuris*, que eran aquellas personas que se encontraban sometidos a la autoridad de otro y, los *sui iuris*, que eran aquellos individuos que no se encontraban sujetos a ninguna autoridad y que podrían ejercer sobre los que de él dependían, ciertos poderes, como por ejemplo la autoridad paterna y la autoridad del marido. El prototipo de un *sui iuris* era precisamente el *paterfamilias*.

3. En el Derecho Romano, las personas que querían casarse no podían hacerlo si no contaban con el consentimiento del *paterfamilias*, ya que uno de los requisitos de validez para la celebración del matrimonio, era precisamente el consentimiento que el *paterfamilias* debía otorgar al futuro cónyuge.

4. En nuestro país, cuyo sistema jurídico es el romano-germánico, el matrimonio y en general todo el Derecho de Familia, se vio influenciado de manera extrema por el Derecho Romano y el Derecho Francés. De estos derechos adoptamos gran parte de los requisitos necesarios para que esta institución surja a la vida jurídica y produzca sus consecuencias correlativas.

5. En la actualidad, el matrimonio es una institución jurídica a través de la cual dos personas de distinto sexo, deciden por propia voluntad, unirse, bajo el amparo de la ley, con el propósito de llevar una comunidad de vida en la que el amor, respeto, igualdad, fidelidad, etc. deben imperar por sobre todas las cosas. Esta unión se realiza de conformidad con los presupuestos establecidos en ley, dicese Código Civil, de los cuales se derivan un serie de derechos y obligaciones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

6. Las personas que toman la decisión de unirse en matrimonio, lo hacen por su propio derecho y con el propósito de que ésta unión perdure por todo el tiempo durante el cual los cónyuges vivan, siendo el fin primordial de ésta institución la perpetuación de la especie, a través de la procreación de uno o más hijos. Para su celebración, los consortes no requieren del consentimiento de nadie, excepto cuando se trata de menores de edad, en cuyo caso se necesita el consentimiento de los padres o tutores.

7. Previa a la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges tienen la libertad y el derecho para decidir voluntariamente el régimen patrimonial que desean adoptar para la administración de sus respectivos bienes. Este derecho, queda plasmado dentro de las capitulaciones matrimoniales que adjunto a la solicitud de matrimonio se exhiben ante el Juez del Registro Civil correspondiente.

8. Las capitulaciones matrimoniales son el convenio que celebran los cónyuges entre sí, previa la celebración del matrimonio, a efecto de determinar el régimen de propiedad y disfrute de los bienes que les pertenecen o que en lo futuro puedan pertenecerles.

9. Los regímenes patrimoniales que por ley pueden adoptar los consortes, son el régimen de separación de bienes o la sociedad conyugal.

10. La separación de bienes, consiste en que cada cónyuge por voluntad y deseo propio, desean conservar, durante la vigencia del matrimonio y después de concluido éste, de manera única y exclusiva la administración y propiedad de los bienes que les son propios. De tal manera, que nadie, ni el esposo(a) podrán disponer de ellos bajo ninguna forma o expresión.

11. Por su parte, la sociedad conyugal, es el régimen patrimonial en el que los cónyuges deciden formar un acervo común con la totalidad de los bienes de ambos, de los que pueden adquirir durante la vigencia del matrimonio y, de los frutos que obtengan de éstos. Aquí los cónyuges son, por así decirlo copropietarios de todos los bienes que conforman el patrimonio de ambos. Los dos pueden disponer de éstos bienes, de conformidad con las normas y procedimientos que al efecto establece el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

12. El régimen patrimonial que en su momento elijan los cónyuges no puede ser modificado ni alterado por terceros, salvo que los propios cónyuges, bajo las formalidades establecidas en ley, manifiesten su voluntad expresa e indubitable de cambiar la forma y términos de éste.

13. Tampoco puede una ley posterior, modificar los efectos y consecuencias de el régimen patrimonial que los cónyuges establecieron en las capitulaciones matrimoniales.

14. A pesar de que en la mayoría de los casos, los cónyuges tienen la intención de que la vigencia del matrimonio sea para toda la vida, no siempre, ésta premisa logra subsistir. Por tanto y ante el deseo mutuo o bien ante la existencia de un causal justificada y prevista en ley, los cónyuges pueden solicitar ante la autoridad competente, la disolución del vínculo matrimonial.

15. La disolución del vínculo matrimonial, se logra a través de otra figura jurídica relevante: el divorcio. En efecto, el divorcio es, como se vio a lo largo del presente trabajo, la forma mediante la cual los cónyuges ponen fin al matrimonio, previo el agotamiento del procedimiento respectivo.

16. El divorcio, se encuentra previsto en los artículos 266 al 291 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, por tanto es una figura contenida en ley a la cual pueden acudir todas aquellas personas que quieran disolver el vínculo matrimonial. Es, un derecho que la ley otorga a todos los individuos que por ciertos motivos ya no quieren o no pueden seguir unidos en matrimonio.

17. Dentro del Código Civil, que es el ordenamiento que regula el Derecho de Familia, existen cuatro tipos de divorcio: el divorcio vincular o separación de cuerpos, el divorcio por mutuo consentimiento, el divorcio necesario o contencioso y el divorcio administrativo.

18. En el divorcio necesario, que es el que nos interesa, existe controversia entre las partes, el demandante, fundado en la causal de divorcio correspondiente, puede solicitar ante el Juez de lo familiar correspondiente, además de la disolución del matrimonio, diversas prestaciones como el pago de alimentos, daños y perjuicios, medidas precautorias, etc..

19. Cabe mencionar que hasta antes de las reformas realizadas al Código Civil en el año 2000, al decretar el Juez de lo Familiar el divorcio, los cónyuges que se habían casado bajo el régimen de separación de bienes, mantenían cada uno la propiedad exclusiva de sus bienes, es decir, una vez disuelto el matrimonio, cada cónyuge mantenía la propiedad de sus bienes, sin que tuviera que darle al cónyuge demandado, algún porcentaje de éstos, respetándose así su voluntad de ser los exclusivos dueños de su patrimonio.

20. Además de las prestaciones mencionadas en el numeral 18, con el surgimiento del artículo 289 Bis del Código Civil, producto de las reformas realizadas a dicho ordenamiento en el mes de mayo del 2000, el cónyuge demandante puede solicitar ante el juez de lo familiar, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes del cónyuge demandado. Indemnización que según el referido artículo será procedente si el cónyuge demandante o parte actora, cumple con los siguientes requisitos:

- a) El régimen patrimonial que adoptaron, fue el de separación de bienes.
- b) Se haya dedicado al hogar y/o al cuidado de los hijos, si los hubiere.
- c) No tenga bienes de su propiedad o teniéndolos éstos sean en suma inferiores a los de su cónyuge.

21. La indemnización como tal y desde un punto de vista estrictamente jurídico es una figura que deviene cuando en la praxis se han realizado dos figuras: el hecho ilícito y/o el riesgo creado.

22. El hecho ilícito es definido como una conducta antijurídica, culpable y dañosa, que impone a su autor la obligación de reparar los daños causados. Es decir, éste se genera cuando una persona obrando ilícitamente causa un daño a otro, motivo por el cual tiene la obligación de reparar ese daño a través de una indemnización.

23. El riesgo creado se da cuando se causa un daño a un tercero por la utilización de un objeto peligroso que crea un estado de riesgo para las demás personas. Aquí y a diferencia del hecho ilícito, no existe una conducta antijurídica, pues la persona que hace uso de ese aparato o mecanismo, actúa apegado a derecho; sin embargo y por el uso mismo de ese aparato causa un daño o lesión a determinada persona; razón por la cual,

tiene el deber de reparar los daños causados precisamente a través de una indemnización.

24. En ambos casos, cuando se actualiza un hecho ilícito o un riesgo creado, se genera una responsabilidad civil a cargo de la persona que desplegó estas conductas. En el primer caso, estamos en presencia de una responsabilidad civil subjetiva y, en el segundo de ellos, ante la responsabilidad civil objetiva.

25. Así las cosas, el sujeto responsable civilmente, tiene la obligación jurídica de responder, frente al individuo lesionado, por las consecuencias que su conducta causó en la especie. Esta respuesta que debe desplegar el sujeto responsable civilmente consiste precisamente en el restablecimiento de las cosas al estado en que guardaban antes de la producción de la conducta negativa, si esto fuere posible, o en la reparación de los daños y perjuicios a través de la figura jurídica de la indemnización.

26. En este orden de ideas, decimos que la indemnización civil, como tal, es el contenido de la responsabilidad civil proveniente de un hecho ilícito o de un riesgo creado, su finalidad como ha quedado plasmada es, la de reparar los daños y perjuicios causados a la víctima por estas conductas.

27. De lo anterior se desprende, que la indemnización únicamente será considerada válida, legítima y procedente, cuando en la especie un individuo realice en contra de otro un riesgo creado o un hecho ilícito que consecuentemente le originen daños y/o perjuicios.

28. El daño, conforme al artículo 2108 del Código Civil, es considerado como "la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". En otras palabras, daño es el detrimento que una persona sufre en su patrimonio con motivo del incumplimiento de una obligación a cargo de una persona que tenía la obligación de desplegar una conducta positiva.

29. Perjuicio, por su parte y en base al artículo 2109 del ordenamiento en cita, es "la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

30. A la par de la indemnización civil, producto del hecho ilícito o del riesgo creado, existe la indemnización laboral cuyo origen deviene de la relación obrero-patronal. Este tipo de indemnización se actualiza, cuando el patrón sin causa justificada da por terminada la relación de trabajo existente con el trabajador, en cuyo caso tiene la obligación de pagar en favor del trabajador una compensación económica como consecuencia directa del despido injustificado.

31. De lo anterior se desprende que la indemnización tiene lugar única y exclusivamente cuando en materia civil se genera un hecho ilícito o un riesgo creado, o bien y en materia laboral, cuando el patrón da por terminada, sin causa justificada, la relación obrero-patronal.

32. En virtud de lo anterior y dado que el divorcio no constituye ni un hecho ilícito ni un riesgo creado, ni tampoco el rompimiento de una relación obrero-patronal, es que no puede otorgarse a favor del cónyuge que demanda el divorcio necesario, ningún porcentaje del valor de los bienes del cónyuge demandado por concepto de indemnización, ya que reitero ésta surge cuando en la especie se actualiza un hecho ilícito, un riesgo creado o en su caso la terminación de la relación de trabajo a instancia del patrón sin causa justificada.

33. El divorcio, es una figura prevista en ley, por ende quien lo solicita no actúa en contra de precepto alguno, por el contrario quien demanda el divorcio ejercita un derecho que la ley prevé a su favor, no se configura un hecho ilícito ni un riesgo creado, ni se termina con una relación de trabajo y subordinación.

34. No puede otorgarse a favor de ningún cónyuge el pago de la indemnización referida en el artículo 289 Bis del Código Civil, ya que con la disolución del vínculo matrimonial no se originan las fuentes generadoras de la indemnización civil, es decir, no puede despojarse al cónyuge demandado de hasta el 50% del valor de sus bienes pues con el divorcio no se le causa en manera alguna un daño o perjuicio; por el contrario éstos conceptos sí se originarían si en momento dado el juez competente declara procedente esta mal llamada indemnización ya que el patrimonio del cónyuge demandado se vería disminuido en gran parte sin fundamento o causa legal pertinente.

35. Por otra parte y además de no actualizarse ni el hecho ilícito ni el riesgo creado, con la disolución del vínculo matrimonial, en la praxis y con la ejecución del numeral en cita, se estaría aplicando de manera retroactiva la ley, retroactividad que por disposición constitucional no puede ser ejercitada en perjuicio de persona alguna. En efecto, si los cónyuges, al momento de celebrar el matrimonio, adoptaron el régimen de separación de bienes, en el cual cada quién por voluntad y deseo propio, decidieron conservar la propiedad exclusiva de sus bienes, no pueden por ende, demandar en el divorcio, el 50% del valor de los bienes del otro cónyuge, atento a cada uno de los cónyuges decidió permanecer como único dueño de sus bienes; bienes de los que no pueden ser despojados en virtud de que el régimen por el cual se casaron fue precisamente el de separación de bienes.

36. En efecto, la voluntad de las partes de constituir el régimen de separación de bienes, debe ser respetada por los propios cónyuges y por la propia ley; no pudiendo privar a el o la cónyuge de los bienes que les son propios por el surgimiento de un precepto que además de ser antijurídico y no tener fundamento alguno, es retroactivo en perjuicio de uno de los cónyuges.

37. Así es, la aplicación del artículo 289 Bis del Código Civil, se estaría aplicando de manera retroactiva al modificar las consecuencias jurídicas ya nacidas del régimen de separación de bienes, consecuencias que desde el inicio del matrimonio aceptaron de conformidad los cónyuges. Por tanto y si en la realidad el juez de lo familiar declara procedente el pago de la "indemnización" de hasta el 50% del valor de los bienes del cónyuge demandado, además de constituirse la retroactividad en perjuicio del cónyuge demandado, el régimen de separación de bienes tendería a desaparecer, es decir, ya las personas que en un futuro decidieran contraer nupcias, tendrían la certeza de que disuelto el matrimonio, tendrían derecho al 50% de indemnización, independientemente de que se hubieren casado o no bajo el régimen de sociedad conyugal; situación que se prestaría a muchos abusos y que provocaría una serie de intereses encontrados entre los futuros cónyuges.

38. Como dije, ninguna nueva ley puede vulnerar ni modificar los efectos de una precedente, salvo que éstos sean benéficos para sus destinatarios, y en el caso que nos

ocupa la procedencia de esta indemnización no es en forma alguna benéfica para ninguno de los divorciantes, por el contrario su alcance y contenido es sumamente perjudicial para el cónyuge a quien condenan al pago de la misma, pues el patrimonio de éste se vería disminuído gravemente; patrimonio del cual no puede disponer nadie más que el propio dueño atento a que así lo decidieron desde un principio los cónyuges.

39. Jurídicamente la indemnización que contempla el artículo en estudio, no es procedente, ya que ésta como ha quedado precisado deviene únicamente de la existencia de un hecho ilícito o de un riesgo creado; además el hecho de que el o la cónyuge se hayan dedicado durante la vigencia del matrimonio al cuidado de los hijos y del hogar o, el hecho de que los bienes del cónyuge demandante sean inferiores a los del cónyuge demandado, no implica en forma alguna causa por la cual deban despojar a uno de los cónyuges de parte de sus bienes. Ningún cónyuge puede alegar que se le impidió desarrollarse profesionalmente, pues la propia constitución establece que todos los individuos pueden trabajar siempre y cuando el empleo que desarrollen sea lícito; por tanto si uno de los cónyuges decidió dedicarse solamente al cuidado de los hijos y/o al desempeño de las labores domésticas fue por decisión propia, además de que en la actualidad y dadas las circunstancias económicas y culturales por las que atraviesa nuestro país es cada vez más frecuente que tanto hombres y mujeres se desarrollen profesionalmente.

40. Por otra parte, no existen dentro del numeral en cita, las bases sobre las cuales el Juzgador debe apoyarse para determinar el porcentaje de la multicitada indemnización, situación que en la realidad ocasionaría graves conflictos pues la resolución que en definitiva se llegare a dictar podría darse en exceso o en defecto de alguna de las partes.

41. Creo, que en todo caso el precepto cuyo análisis se ha pretendido realizar a lo largo del presente trabajo, debe abrogarse en su totalidad, ya que como he mencionado la indemnización que se contempla no tiene su origen en las figuras que para la procedencia de la indemnización civil, prevee el Código Civil; resultando además de antijurídica, retroactiva esta disposición al modificar en perjuicio de uno de los cónyuges, las consecuencias del régimen de separación de bienes y vulnerando por ende la voluntad de las partes de ser los únicos dueños de sus bienes.

42. En todo caso, y como sucede en las legislaciones de otros países como Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, se debe dar la libertad a los cónyuges, si así lo desean, para celebrar adjunto a las capitulaciones matrimoniales, un convenio en el cual establezcan de común acuerdo, los bienes que se darán en caso de que se llegare a disolver el vínculo matrimonial; convenio que resultaría más justo por contar el mismo con el consentimiento expreso de los cónyuges de otorgarse el uno al otro, los bienes que en momento dado, desean pasen a formar parte del dominio de su cónyuge.

BIBLIOGRAFÍA

Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Colección de Textos Jurídicos Universitarios Harla, Tercera Edición, México 1984.

Bialostosky Sara, Panorama del Derecho Romano, UNAM, Facultad de Derecho, Tercera Edición, México, 1990.

Bonnecase Julien, La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia, Editorial José María Cajica Jr., Puebla, 1945.

Burgoa Ignacio, Las garantías individuales, Porrúa, Décimo Octava Edición, México, 1984.

Chávez Ascencio Manuel F., Convenios Conyugales y Familiares, Porrúa, México, 1999.

De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, Porrúa, México, 1978.

De Piña Rafael y De Piña Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Porrúa, Décimo Sexta Edición, México 1989.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo II, Porrúa, Décimo Cuarta Edición, México 2000.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo III, Porrúa, Décimo Cuarta Edición, México 2000.

Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico. Invalidez. Porrúa, México, 1992.

Floris Margadant Guillermo, Derecho Romano, Porrúa, Tercera Edición, México, 1968.

Galindo Garfías Ignacio, Derecho Civil, Porrúa, México, 2000.

García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1961.

Gutiérrez González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Porrúa, Décimo Cuarta Edición, México, 2001.

Magallón Jorge Mario, El Matrimonio. Sacramento. Contrato. Institución, Tipografía, Editorial Mexicana, S.A., México 1965.

Mazeaud H. YI, Lecciones de Derecho Civil, Volumen 1, Parte Primera, Buenos Aires, 1959.

Montero Duhalt Sara, Derecho de Familia, Porrúa, Cuarta Edición, México, 1990.

Morineau Iduarte Marta y González Iglesias Román, Derecho Romano, Colección Texto Jurídico Universitario, México, 2000.

Pacheco E. Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Panorama Editorial, S.A., México, 1984.

Petit Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, Porrúa, México, 1963.

Ripert, Georges y Boulanger Jean, Tratado Civil, según el Tratado de Planiol, Versión Española, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1963.

Sánchez Márquez Ricardo, Derecho Civil, Porrúa, México, 1998.

Valverde Valverde Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, Madrid.

Villoro Toranzo Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1993.

Legislaciones:

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y para los Estados de Guerrero, México y Nayarit, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1928.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2000.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V., México 2001.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2001.

Otros:

Jurisconsulta 2001, Jurisprudencia y Tesis Aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1917-2001, Nueva Versión Actualizada a Mayo 2001, Enterprise Software, 2000.