

COMENTARIO A LA TESIS PUBLICADA 78/2004
SOBRE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA
EN EL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL

Ingrid BRENA SESMA*

SUMARIO: I. *Antecedentes.* II. *Tesis derivada de la ejecutoria.* III. *Planteamiento.* IV. *Naturaleza jurídica de la llamada indemnización.* V. *¿Liquidación del régimen de separación de bienes?* VI. *¿Se pueden introducir reformas a los efectos patrimoniales del matrimonio y, por tanto, a los del divorcio? o ¿las alteraciones que se hagan deben ser consideradas como retroactivas?* VII. *¿Pueden las reformas al divorcio establecidas en el artículo 289-bis ser consideradas de interés público?* VIII. *Conclusión.*

I. ANTECEDENTES

El *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XX, publicó en diciembre de 2004 la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la indemnización establecida en el artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal vigente a partir del 1o. de junio de 2000, la cual puede reclamarse en todas las demandas de divorcio presentadas a partir de la entrada en vigor, con independencia de que el matrimonio se hubiera celebrado con anterioridad a esa fecha.

La sentencia jurisprudencial viene a resolver las dudas y diferentes interpretaciones que se habían formulado en torno al artículo 289-bis tanto en la doctrina y en el foro. Entre las diferentes interpretaciones, una corriente de

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

opinión sostenía que su aplicación tiene efectos retroactivos cuando se intenta referir a matrimonios contraídos antes de la reforma de junio de 2000.¹ Otra corriente de opinión aceptaba la posibilidad de aplicar el artículo 289-bis a vínculos matrimoniales celebrados antes de la vigencia de la norma, pero sólo en lo que respecta a los bienes adquiridos después de la entrada en vigor de la norma, en cambio si atacara bienes patrimoniales adquiridos durante la vigencia de una norma anterior sería retroactivo.

II. TESIS DERIVADA DE LA EJECUTORIA

Las controversias y desacuerdos llegaron hasta los tribunales, como se puede apreciar en los distintos criterios judiciales sustentados en decisiones de jueces de primera instancia,² quienes sostuvieron la retroactividad del 289-bis; Salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal,³ tribunales colegiados en materia civil⁴ hasta la sentencia de la Primera

¹ Criterio sustentado por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. “Ahora bien, si el matrimonio fue celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición jurídica en comento y la disolución del vínculo matrimonial se promueve con posterioridad a la iniciación de su vigencia, no podrá demandarse el pago de la indemnización correspondiente, porque esa nueva figura jurídica modifica los efectos del régimen de separación de bienes pactado bajo el imperio de la ley anterior, conforme al cual cada cónyuge conserva la propiedad y administración de sus bienes, aunque llegaran a divorciarse”.

² Juez Trigésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, quien en su sentencia negó condenar a uno de los cónyuges a pagar la indemnización prevista en el artículo 289-bis. El juez Vigésimo Séptimo de lo Familiar del Distrito Federal resolvió en el mismo sentido.

³ La Tercera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal al resolver un recurso de apelación contra la sentencia del juez Trigésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, confirmó la determinación del juez y expresó que “no era posible aplicar esta norma (el artículo 289-bis) porque se actualizaría una aplicación retroactiva de la ley...”. “La indemnización en el divorcio”, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, núm. 14, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, octubre de 2006, p. 29. En cambio, la Primera Sala Familiar sostuvo que la aplicación del citado precepto no es retroactiva, aún cuando el matrimonio se hubiera contraído con anterior a su entrada en vigor. *Decisiones relevantes...*, *ibidem*, p. 33.

⁴ El Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en su sentencia ratificó la decisión de la sala al señalar que la aplicación del artículo 289-bis modifica los efectos del régimen de separación de bienes adoptado al momento de celebrarse el matrimonio. “Decisiones relevantes...”, *ibidem*, p. 29. En sentido contrario, el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito confirmó la resolución

Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resolvió la controversia suscitada por las distintas posiciones de los tribunales de circuito en los siguientes términos:

DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE JUNIO DE 2000, PUEDE RECLAMARSE EN TODAS LAS DEMANDAS DE DIVORCIO PRESENTADAS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR, CON INDEPENDENCIA DE QUE EL MATRIMONIO SE HUBIERA CELEBRADO CON ANTERIORIDAD A ESA FECHA. La aplicación del citado artículo, que prevé que las cónyuges pueden demandar del otro, bajo ciertas condiciones, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que el cónyuge que trabaja fuera del hogar hubiere adquirido durante el matrimonio, no plantea problema alguno desde la perspectiva de la garantía de irretroactividad de la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución federal, cuando la misma se reclama en demandas de divorcio presentadas a partir de a entrada en vigor del mencionado precepto legal, con independencia de que el matrimonio se haya celebrado con anterioridad a esa fecha. El artículo en cuestión constituye una norma de liquidación de un régimen económico matrimonial que se aplica exclusivamente a las liquidaciones realizadas después de su entrada en vigor y, aunque modifica la regulación del régimen de separación de bienes, no afecta derechos adquiridos de las que se casaran bajo el mismo. Ello es así porque, aunque dicho régimen reconoce a los cónyuges la propiedad y la administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, con sus frutos y accesiones, no les confiere un derecho subjetivo definitivo e inamovible a que sus masas patrimoniales se mantengan intactas en el futuro, sino que constituye un esquema en el que los derechos de propiedad son necesariamente modulados por la necesidad de atender a los fines básicos e indispensables de la institución patrimonial, la cual vincula inseparablemente el interés privado con el público. Tampoco puede considerarse una sanción cuya imposición retroactiva prohíba la Constitución, sino que se trata de una compensación que el juez, a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar a inequidad que puede producirse cuando se liquida el régimen de separación de bienes. El artículo citado responde al hecho de que, cuando un cónyuge se dedica preponderante o exclusivamente a cumplir con sus cargas familiares, mediante el trabajo en el hogar, ello le impide dedicar su

emitida por la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en sentido que no existía aplicación retroactiva en los casos de disolución de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma. *Decisiones relevantes...*, *ibidem*, pp. 33 y 34.

trabajo a obtener ingresos propios por otras vías, así como obtener la compensación económica que le correspondería si desarrollara su actividad en el mercado laboral; por eso la ley entiende que su actividad le puede perjudicar en una medida que parezca desproporcionada al momento de disolver el régimen de separación de bienes.⁵

Tesis 1.ah.78/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004.

III. PLANTEAMIENTO

En estos comentarios presento algunos puntos de vista personales que, en ocasiones coinciden con los de la jurisprudencia, pero en otras difieren de la misma. Comienzo por analizar algunos de los términos y conceptos utilizados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su sentencia y algunos de los argumentos utilizados por los tribunales de circuito en materia civil, los cuales sirvieron de base para sustentar que aplicación del artículo 289-bis no se considera retroactiva.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la llamada “indemnización” por el legislador y por la Primera Sala de la Corte?, ¿el mencionado artículo 289-bis implica una modificación al régimen patrimonial del matrimonio?, ¿se pueden introducir reformas a los efectos patrimoniales del matrimonio y, por tanto, a los del divorcio? o ¿las alteraciones que se hagan deben ser consideradas como retroactivas? y ¿el artículo 289-bis está protegiendo un interés privado, o por el contrario, está protegiendo un interés de carácter público?

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LLAMADA INDEMNIZACIÓN

Texto del artículo 289-bis

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

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

⁵ Contradicción de tesis 24/2004-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Octavo y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil de Primer Circuito, 3 de septiembre de 2004, unanimidad de cuatro votos, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretario: Roberto Lora Chagoyán.

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

III. Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte.

El juez de lo familiar en la sentencia de divorcio, habrá de resolver atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

¿Qué pretendió implantar el legislador al introducir el término “indemnización” en la redacción del 298-bis? Desafortunadamente la escueta exposición de motivos de la reforma de 2000 no deja ver en claro la intención del legislador. ¿Se trató de establecer una “indemnización” en los términos de la ley laborar o se refiere a una indemnización derivada de responsabilidad civil?, ¿es una sanción?, o más bien quiso establecer una compensación o restablecer una equidad económica en las relaciones matrimoniales, al menos cuando el vínculo se disuelve por divorcio.

1. *¿Indemnización por daños y perjuicios o sanción?*

La Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal sostuvo que el mencionado artículo 289-bis “no regula el régimen matrimonial de separación de bienes, sino que introduce una sanción aplicable a quien haya disuelto el matrimonio. Si uno de los cónyuges ha cometido un ilícito debe prevalecer el interés público vinculado con la imposición de una sanción pecuniaria por el ilícito cometido, por encima de la pretensión del consorte culpable de no ver afectado su patrimonio, aun en el caso de que cometa ilícitos”.⁶

Con un argumento sólido, el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil difiere de la interpretación de la Primera Sala en los siguientes términos: “Por último, respecto al argumento del recurrente en el sentido de que lo regulado en el referido artículo es simplemente una indemnización por un acto ilícito, no es admisible pues ello no es necesariamente así en todos los casos, ya que existen hipótesis en las cuales se declara el divorcio y no hay cónyuge culpable ni inocente; más bien opera como una modificación al régimen de separación de bienes”.⁷

⁶ *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, p. 33.

⁷ *Ibidem*, p. 31.

En el mismo sentido el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que la aplicación de la indemnización prevista en dicho artículo no constituye una sanción ni una pena asociada a una conducta ilícita de propiedad sobre los bienes adquiridos por éste.⁸

Por último, en la Tesis 1ª/J.78/2004 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “tampoco puede considerarse una sanción cuya imposición retroactiva prohíba la Constitución, sino que se trata de una compensación que el juez a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar la inequidad que pueda producirse...”.

A estos argumento yo añadiría que el artículo 288 del mismo Código Civil destruye el planteamiento de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal al expresar: “El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por daños y perjuicios que el divorcio le haya causado... los daños y perjuicios... a que se refiere el presente artículo se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos”. Establecida ya la posible la posible responsabilidad civil derivada de hechos ilícitos derivados del divorcio en este precepto, no tendría porque el artículo 289-bis establecer nuevamente otra indemnización asociada a conductas ilícitas.

2. *¿Compensación?*

Fue hasta que el Décimo Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil intervino cuando se reconoció la calidad de compensación a la mal llamada “indemnización”: “...lo previsto por dicho artículo (289-bis) aplicado al caso en particular, es una compensación al consorte inocente por la dedicación preponderante que tuvo, durante el tiempo que duró el matrimonio, al cuidado del hogar y de los hijos, lo cual le habría impedido tener la oportunidad de adquirir bienes o hacerlo en cuantía notoriamente menor a los de su contraparte”.⁹

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia retoma esta idea en su argumentación y reconoce que el régimen de separación de bienes no permite la comunicación entre las masas patrimoniales de los cónyuges,

⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁹ *Ibidem*, p. 35.

lo cual puede ocasionar que se presenten situaciones de inequidad entre ellos en el momento de liquidar el matrimonio. Para paliar esta situación es que se previó en el artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal lo que podría llamarse una “compensación económica por razón de trabajo”, que para ser otorgada, debe concurrir una serie de circunstancias expresamente fijadas por la ley que el Juez esta obligado a comprobar antes de tomar una decisión.

En mi concepto no fue muy afortunada la referencia a la compensación como “económica por razón de trabajo”, ya que la relación entre los cónyuges no puede equipararse a la relación laboral. “La naturaleza de las relaciones conyugales no permite suponer la subordinación que debe existir entre empleador y empleado”.¹⁰ “Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales...” establece el artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal. Tampoco podemos referirnos a sueldos u honorarios que un cónyuge pagase a otro, pues en el matrimonio no se cobran retribuciones por los trabajos desempeñados. Toda actividad que un cónyuge realice a favor del otro forma parte de la ayuda mutua a que la pareja se encuentra comprometida. El artículo 162 del mismo Código expresa: “Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno de su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente”. El artículo 216 del Código Civil señala “en ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten...”.

Salvo este comentario, considero que las argumentaciones de la Sala fueron acertadas y su criterio quedó reflejado en su sentencia:

Tampoco puede considerarse una sanción (la indemnización) cuya imposición retroactiva prohíba la Constitución, sino que se trata de una compensación que el juez, a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar a inequidad que puede producirse cuando se liquida el régimen de separación de bienes. El artículo citado responde al hecho de que, cuando un cónyuge se dedica preponderante o exclusivamente a cumplir con sus cargas familiares, mediante el trabajo en el hogar, ello le impide dedicar su trabajo a obtener ingresos propios por otras vías, así como obtener la compensación económica que le correspondería si desarrollara su activi-

¹⁰ Brena Sesma, Ingrid, “¿Retroactividad del artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal?”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, julio-diciembre de 2003, pp. 327-341, una opinión basada en criterios emitidos por el Poder Judicial.

dad en el mercado laboral; por eso la ley entiende que su actividad le puede perjudicar en una medida que parezca desproporcionada al momento de disolver el régimen de separación de bienes.¹¹

Frecuentemente se veían disoluciones de vínculos matrimoniales después de muchos años de unión, en los cuales los bienes generados por el marido con el apoyo de su cónyuge dedicada al hogar y a los hijos, correspondían si estaban casados por el régimen de separación de bienes, a aquel en forma total. La mujer quedaba, en estos casos, al margen de los beneficios económicos obtenidos, a pesar de haber estado al frente de un hogar y de la educación de los hijos. Si agregamos que frecuentemente por el desempeño de las actividades domésticas la mujer carecía de capacitación para obtener un empleo o desarrollar una actividad profesional, su situación empeoraba dramáticamente.

La falta de equidad era patente, por más que desde 1917 la Ley de Relaciones Familiares se refiriera a la igualdad trato entre hombre y mujer y el Código de 1928 se manifestara por la misma y que el artículo 4o. de la Constitución general de la república, exprese: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”, la situación antes descrita creaba una ostensible desigualdad a la que era necesario ponerle fin.¹² El Poder Judicial se había inclinado por destacar la importancia de la equidad en las relaciones matrimoniales pero no existía un sustento legal para lograrla.

La legislación del Distrito Federal y de los estados que han seguido el criterio de otorgar compensación al cónyuge que se dedicó preponderantemente al cuidado del hogar y de los hijos se han adherido a la corriente mas avanzadas en diversos países,¹³ y con ello han cambiado la concepción misma de las relaciones matrimoniales. Con la introducción del artículo 289-bis se intenta establecer una equidad de género entre los cónyuges además de proteger y valorar el trabajo doméstico y la formación de los hijos durante la etapa matrimonial, desafortunadamente solo se

¹¹ Contradicción de tesis 24/2004-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, 3 de septiembre de 2004, unanimidad de cuatro votos, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretario: Roberto Lara Chagoyán.

¹² Brena Sesma, Ingrid, “¿Retroactividad del artículo 289-bis...”, *cit.*, nota 10, p. 335.

¹³ Las recomendaciones emitidas por el Comité de ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, expresan que las prestaciones civiles entre los antiguos esposos, después del divorcio, no deben perder del vista el objetivo de que cada parte alcance en la medida de los posible, su independencia económica a fin de resolver ella misma sus propias necesidades.

aplica sólo en casos de divorcios contenciosos. Todavía restan otros muchos cambios legislativos necesarios para lograr la equidad dentro del matrimonio.

V. ¿LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES?

El Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, había señalado que

...la aplicación del artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal modifica los efectos del régimen de separación de bienes adoptado en el momento de celebrar un matrimonio anterior a la entrada en vigor de dicha disposición legal. Esto es, condenar a uno de los cónyuges al pago de la indemnización prevista en el indicado artículo 289 bis, en un juicio de divorcio que deriva de un matrimonio contraído con anterioridad a su entrada en vigor, equivaldría a incurrir en una aplicación retroactiva de la ley prohibida por el artículo 14 de la Constitución Federal.¹⁴

En este sentido, el Tribunal sostuvo que el régimen de separación de bienes previsto en el artículo 212 del citado Código Civil, al cual se sometieron las partes al momento de contraer nupcias, estipulaba que cada uno de los cónyuges tenía el dominio exclusivo de los bienes que adquiriera durante el matrimonio, con sus frutos y accesiones, salvo que hubiere existido pacto en contrario en los capitulaciones matrimoniales...¹⁵

Además, el mismo cuerpo colegiado señaló que lo figura jurídica del divorcio no es totalmente independiente de la institución del matrimonio, pues para promoverlo deben considerarse los términos en que se pactó este último —en el caso concreto, bajo el régimen de separación de bienes— a fin de conservar la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecían, y si en ese momento no existía precepto alguno que estableciera modalidades al derecho de propiedad de los consortes casados bajo ese régimen, ni en el caso de que se divorciaran, lo ahora dispuesto por el artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal no podía aplicarse retroactivamente a matrimonios celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.

¹⁴ *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, pp. 29 y 30.

¹⁵ *Idem.*

El mismo Tribunal señala en su tesis:

...de modo que si antes de la entrada en vigor de la supracitada norma no existía en el Código Civil para el Distrito Federal algún precepto que impusiera alguna modalidad al régimen de separación de bienes aunque se divorciaran los cónyuges, no pueden alterarse los efectos de ese régimen patrimonial del matrimonio que previeron los consortes, pues existiría una aplicación retroactiva en perjuicio del cónyuge demandado y la consiguiente violación a la garantía de irretroactividad de la ley, prevista en el párrafo primero del artículo 14 constitucional.¹⁶

En cambio, el Décimo Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil plantea, en mi opinión acertadamente, que la compensación al cónyuge inocente no modifica el derecho de propiedad adquirido antes de las reformas, pues una vez disuelto el vínculo matrimonial, los consortes conservan la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, con sus frutos y accesiones, así como de sus salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvo por servicios personales, por el desempeño de un empleo, o por el ejercicio de una profesión.¹⁷

En su sentencia, el Décimo Tercer Tribunal de Circuito expresó:

...si la indemnización a que se refiere el precepto aludido debe ser decretada en la sentencia de divorcio por el juez de lo familiar, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso, es evidente que la condena al pago de la misma no es retroactiva en cuanto al régimen patrimonial de separación de bienes, por que no constituye una sanción o pena por alguna conducta ilícita del cónyuge culpable, en todas los caso que modifique o altere el derecho de propiedad de los bienes adquiridos por éste, que contrajo matrimonio bajo el régimen de separación de bienes de acuerdo con la ley anterior, sino que resulta en sí una compensación o la consorte inocente por la dedicación preponderante que durante el tiempo que duró el matrimonio, tuvo en el desempeño del trabajo, del hogar y, en su caso, el cuidado de los hijos, razones par las cuales se vio imposibilitada para adquirir bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los de su contraparte, motivo por el cual es clara que con la citada indemnización, se reitera, no se modifica a altera el derecho de propiedad que tiene

¹⁶ DIVORCIO. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Tesis 1.80.c.229 C; IUS: 186957, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. xv, mayo de 2002, p. 1210.

¹⁷ Decisiones relevantes..., *cit.*, nota 3, p. 34.

el cónyuge culpable respecto de las bienes adquiridas durante la vigencia del matrimonio celebrado en los términos apuntados, aun cuando éste se haya celebrado de acuerdo a la ley anterior a las reformas de veinticinco de mayo de dos mil...¹⁸

Por su parte, la Primera Sala de la Corte en su argumentación expresó respecto al régimen de separación de bienes:

La separación de bienes, orientada a mantener la independencia de las masas patrimoniales de las personas que contraen matrimonio... no asegura a cada uno de los cónyuges un derecho subjetivo definitivo e inamovible sobre su patrimonio, en el sentido de que éste se mantenga intacto en el transcurso del tiempo, hasta que ellos tomen una decisión expresa en contrario, toda vez que el régimen de separación de bienes no establece una relación entre dos personas extrañas con patrimonios yuxtapuestos, sino un régimen económico en el que los derechos de propiedad son necesariamente adecuados por la necesidad de atender a los fines básicos e indispensables del matrimonio.¹⁹

Y agrega en otro párrafo: “Por lo anterior, el patrimonio de los cónyuges casados bajo separación de bienes está sujeto a variaciones cuyo impacto final es imposible determinar con antelación”.²⁰

Posteriormente en la Sentencia, la Primera Sala de la Suprema Corte expresa:

...El artículo en cuestión constituye una norma de liquidación de un régimen económico matrimonial que se aplica exclusivamente a las liquidaciones realizadas después de su entrada en vigor y, aunque modifica la regulación del régimen de separación de bienes, no afecta derechos adquiridos de las que se casaran bajo el mismo. Ello es así porque, aunque dicho régimen reconoce a los cónyuges la propiedad y la administración de las bienes que, respectivamente, les pertenecen, con sus frutos y accesiones, no les confiere un derecho subjetivo definitivo e inamovible a que sus masas

¹⁸ Divorcio. Indemnización establecida en el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del uno de junio de dos mil, no es retroactiva ni modifica el régimen patrimonial de los cónyuges respecto de matrimonios celebrados con anterioridad bajo el régimen de separación de bienes (modificación del criterio anteriormente sostenido por este Tribunal).

¹⁹ *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, p. 42.

²⁰ *Ibidem*, p. 43.

patrimoniales se mantengan intactas en el futuro, sino que constituye un esquema en el que los derechos de propiedad son necesariamente modulados por la necesidad de atender a los fines básicos e indispensables de la institución patrimonial, la cual vincula inseparablemente el interés privado con el público.

Me parecen adecuadas tanto la argumentación del Décimo Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil como la sentencia de la Primera Sala. El primero reconoció que la compensación al cónyuge inocente no modifica el derecho de propiedad adquirido antes de la reforma, pues cada consorte conserva la propiedad y administración de sus bienes y la segunda argumenta que no se tiene un derecho subjetivo definitivo e inamovible sobre el patrimonio, yo agregaría que ni dentro ni fuera del matrimonio. El patrimonio de las personas es susceptible de cambios constantes derivados del tráfico jurídico y de los sucesos de la vida que conllevan alteraciones patrimoniales constantes tales como el cumplimiento de obligaciones convencionales o pago de indemnizaciones derivadas de responsabilidades civiles, o como en el caso señalado, por una compensación fijada por una ley.

Difiero, sin embargo, de lo expresado en la Sentencia de la Primera Sala, pues desde mi punto de vista el artículo 289-bis no es “una norma de liquidación del régimen de separación de bienes” y creo que la confusión se produce desde que el legislador mencionó como requisito de aplicación del precepto que “los cónyuges estuvieran casados por el régimen de separación de bienes”.

Desde mi punto de vista si la fracción segunda del artículo 289-bis señala como requisito para que un cónyuge pueda demandar al otro una indemnización, que ambos hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes, no significa una modificación ni liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, significa que la “indemnización” se podrá exigir por uno de los cónyuges, sólo cuando exista ese régimen conyugal, pues si el régimen fuera el de sociedad conyugal, en tal caso el patrimonio sería común a los dos cónyuges y no habría porque otorgar una indemnización a quien ya es el dueño del 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Tampoco podemos considerar al artículo 289-bis una norma de liquidación del régimen de separación de bienes puesto que se aplica sólo a los casos de divorcio y no a la terminación del régimen por cualquier otra causa.

El antecedente del 289-bis fue un texto que se encontraba en el proyecto del Código Civil para el Distrito Federal presentado a la Asamblea Legislativa en marzo de 2000.²¹

La propuesta de tal Proyecto tiene el siguiente texto:

El cónyuge que no dio causa al divorcio tiene, por lo menos, derecho a pensión alimenticia y si el divorcio produce un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, tiene derecho a una compensación, que se fijará en la sentencia tomándose en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- I. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- II. La edad y el estado de salud de los cónyuges.
- III. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo.
- IV. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia.
- V. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge.
- VI. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como sus necesidades.
- VII. Las demás obligaciones alimentarias que tenga el cónyuge acreedor.

Una de las diferencias ente el proyecto y la reforma es que el proyecto no menciona el régimen patrimonial del matrimonio sino “los medios económicos de uno y otro cónyuge, así como sus necesidades” y que se deja al arbitrio del juez señalar el monto de la compensación sin hacer mención alguna a un tope sobre el porcentaje que se pudiera determinar. Si en la reforma en vez de expresar el controvertido “bajo el régimen de separación de bienes” se hubiera expresado: “tomando en cuenta los medios económicos de uno y otro cónyuge”, ¿existirían dudas sobre la explicación retroactiva del artículo 289-bis?

VI. ¿SE PUEDEN INTRODUCIR REFORMAS A LOS EFECTOS
PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO Y, POR TANTO, A LOS DEL DIVORCIO?
O ¿LAS ALTERACIONES QUE SE HAGAN DEBEN SER CONSIDERADAS
COMO RETROACTIVAS?

El Octavo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Primer Circuito ratificó la sentencia de la Tercera Sala Familiar del Tribunal Su-

²¹ Este proyecto de Código Civil fue coordinado por la doctora de este estudio por encargo de la Comisión *ad hoc* de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

perior de Justicia del Distrito Federal en el sentido de considerar que la condena a uno de los cónyuges al pago de la indemnización prevista en el artículo 289-bis en un juicio de divorcio que deriva de un matrimonio contraído con anterioridad a su entrada en vigor, “equivaldría a incurrir en una aplicación retroactiva de la ley prohibida por el artículo 14 de la Constitución Federal”.²² Además señaló que la figura jurídica del divorcio no es totalmente independiente de la institución del matrimonio, pues para promoverlo deben considerarse los términos en que se pactó éste último y en el caso de que los cónyuges hayan pactado el régimen de separación de bienes y si en ese momento no existía precepto alguno que estableciera modalidades al derecho de propiedad de los consortes casados bajo ese régimen ni en el caso de que se divorciaran el artículo 289-bis no puede aplicarse retroactivamente a matrimonios celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.²³

En sentido opuesto, en sus consideraciones la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expresó:

...que el momento en que se aplica la norma en estudio es dentro del juicio de divorcio, ya que la indemnización se solicita en la demanda y, en su caso, ésta es declarada procedente por el juez. En este sentido, desde la perspectiva del principio que prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes en perjuicio de persona alguna, se plantea si en un divorcio que se inició con posterioridad a la vigencia del artículo 289-bis, pero cuyo matrimonio se celebró antes de la vigencia de la norma... al tratarse de una norma aplicable a divorcio, específicamente para la liquidación del régimen patrimonial no existe problema alguno de retroactividad.²⁴

La Primera Sala de la Suprema Corte se adhirió a la corriente doctrinal mas aceptada que considera al matrimonio como un acto adhesión²⁵ pues expresa en sus consideraciones:

La regulación jurídica del matrimonio, en sus diferentes vertientes, intenta conjugar dos necesidades igualmente importantes e irrenunciables que

²² *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, pp. 29 y 30.

²³ *Ibidem*, p. 30.

²⁴ *Ibidem*, p. 40.

²⁵ Los seguidores de esta corriente explican que es el Estado quien impone el régimen legal del matrimonio sin que los contrayentes puedan establecer sus condiciones. Ellos solo se limitan a expresar su voluntad de contraer matrimonio y con la celebración del acto se adhieren al régimen legal.

son, por un lado, la necesidad de ser un instrumento al servicio de la autonomía de la voluntad de las dos personas que desean contraerlo, y por el otro, la necesidad de someter esta autonomía de la voluntad a los límites derivados del interés público y social que tiene el Estado en proteger la organización y desarrollo integral de los miembros de la familia...²⁶

Continúa:

Es por eso que no puede considerarse que dos personas que se casan bajo una determinada ley, tengan un derecho adquirido en donde su situación personal y patrimonial se rija siempre conforme a lo dispuesto en las normas vigentes al momento en que contraen matrimonio.

Además, la naturaleza misma del derecho de familia y, en particular, la de las normas reguladoras del matrimonio, no permiten que las partes pretendan, por los cambios legislativos, no ser afectadas en su estatus personal, en su patrimonio, o en el conjunto de derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, ni tampoco pueden asumir que adquieren, cuando se casan, el derecho a que sus efectos sean invariables con respecto a ellos, porque el matrimonio es una institución jurídica situada en un ámbito en que están vinculados el interés privado y el público.²⁷

Ejemplo clásico del acto condición es el matrimonio, a través del cual las personas libremente manifiestan en forma solemne su voluntad de contraerlo ante el juez del registro civil, pero los efectos del matrimonio ya no depende de la voluntad de los casados sino que son establecidos por la ley la cual, además, puede introducir cambios en la regulación y a los cónyuges sólo corresponde acatarlos.²⁸

La propia Corte ha determinado que las leyes del matrimonio no son inmutables, van adaptándose y perfeccionándose de tiempo en tiempo, y los derechos adquiridos por la celebración del matrimonio no son derechos que no puedan ser modificados por ley que organice lo referente al mismo. Una tesis emitida en 1929 ya expresaba estas ideas.

MATRIMONIO, LEYES DEL. Las leyes concernientes al matrimonio, son de orden público, y por tanto, los cónyuges, al casarse, no adquieren derechos

²⁶ *Decisiones relevantes...*, *cit.*, nota 3, 43.

²⁷ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

²⁸ León Duguit sostiene que el acto condición “tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas, que constituyen un verdadero estado por cuanto no se agotan en la realización de las mismas, sino que permiten una renovación continua”.

que no puedan ser modificados por una ley posterior que organice el matrimonio, su duración y resolución, en términos distintos que los de la ley que regía en el momento de efectuarse el matrimonio. De tal manera que si una ley posterior instituye el divorcio y éste no existía en el momento de la celebración del matrimonio, la aplicación de la nueva ley, no puede considerarse que tenga retroactivos.²⁹

Con base en lo anterior, no puede considerarse que dos personas que se casan bajo una determinada ley, tengan un derecho adquirido en donde su situación personal y patrimonial se rija por siempre conforme a lo dispuesto en las normas vigentes al momento en que contraen matrimonio.

Entre los argumentos expuestos por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito se encuentra “la figura jurídica del divorcio no es totalmente independiente de la institución del matrimonio”.³⁰ En total acuerdo, consideramos que el divorcio no sólo no es totalmente independiente del matrimonio sino que al ser el divorcio, como una de las formas de disolución del vínculo matrimonial, éste está íntimamente relacionado con matrimonio. La disolución del vínculo también requiere de la voluntad de los cónyuges, divorcio voluntario, o al menos de uno de ellos, en el caso del divorcio fundado en la separación o el contencioso, pero su regulación y efectos se encuentra regulado por la ley.

Esta afirmación es fácilmente comprobable si observamos que para tramitar un divorcio por mutuo consentimiento, la voluntad de los divorciantes es esencial pero no determinante de los efectos que se produzcan. El convenio de divorcio es elaborado por los cónyuges, pero el mismo deberá adecuarse a los lineamientos establecidos en la ley. Corresponde al Ministerio Público revisar ese acuerdo y al juez aprobarlo, una vez que los intereses de los cónyuges y de los hijos hayan quedado suficientemente protegidos.

Si se trataba de un divorcio contencioso, las causales, la tramitación y los efectos, tanto personales como patrimoniales, tal es el caso de la disolución de la sociedad conyugal, el pago de pensiones alimenticias entre los divorciantes o el pago de indemnizaciones cuando se hubieran cometido daños u perjuicios, son establecidos legalmente, con poca o ninguna intervención de los divorciantes.

²⁹ Amparo civil directo 1178/29. Duarte Moreno Rafael A. 28 de octubre de 1929. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

³⁰ *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, p. 30.

El comentado artículo 289-bis modifica los efectos patrimoniales del divorcio y forma parte, por así decirlo, del estatuto legal del divorcio, no del matrimonio, a pesar de su íntima relación, pues no se aplica durante el matrimonio. Sólo si la reforma se pretendiera aplicar a divorcio iniciados antes de los cambios legislativos del 2000 podríamos hablar de una aplicación retroactiva, pero no cuando nos referimos a divorcio iniciados con posterioridad a la reforma. Como consecuencia de lo anterior, a los cónyuges que hayan presentado su demanda de divorcio con posterioridad a la entrada en vigor del artículo 289-bis se les aplicará tal precepto legal, de manera que se respete la modificación al estatuto legal del divorcio.

VII. ¿PUEDEN LAS REFORMAS AL DIVORCIO ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 289-BIS SER CONSIDERADAS DE INTERÉS PÚBLICO?

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia expresó en sus consideraciones de la sentencia: ...porque el matrimonio es una institución jurídica situada en un ámbito en que están vinculados el interés privado y el público.³¹

La simple declaración del cuarto constitucional es muestra del interés del Estado en la protección de la familia.³² El Código Civil del Distrito Federal dio un paso más al declarar que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social.³³

El vínculo matrimonial, forma parte de las relaciones familiares y es reconocido como una comunión física, moral, económica, social, de la que surgen deberes y facultades, cuyos ejercicios quedarán acordados libremente por la pareja, con las limitantes que le imprima la ley. El legislador debe aspirar a que exista un verdadero equilibrio, en el ejercicio de esas facultades y deberes con el fin de lograr una armonía en relación.

Se permite que los cónyuges contribuyan a la relación matrimonial de la forma que mejor les convenga y que participen de los bienes adquiridos con el trabajo que realicen, independientemente que si éste tiene o no un

³¹ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

³² El artículo 4o. contitucional expresa: “Esta —se refiere a la ley— protegerá la organización y desarrollo de la familia”.

³³ Artículo 138-ter del Código Civil para el Distrito Federal establece: “Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tiene por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto de su dignidad”.

carácter remunerado. Si el trabajo de alguno de ellos consiste en mantener la dirección, armonía y cuidado del hogar, y en su caso la atención de los hijos, debe ser considerado como su aportación pues su trabajo se considera como su contribución económica en forma semejante al del cónyuge que aporta ingresos. La norma no debe desconocer a alguno de ellos el derecho de participar el disfrute de los bienes que se adquirieron bajo la comunidad de vida que mantuvieron. Aun, cuando por diversas circunstancias cualquiera de ellos demande la disolución del vínculo, la contribución a los fines del matrimonio merece reconocimiento y protección.

Es claro que en muchos casos de divorcio se contrapondrán los intereses. Por un lado, el interés individual del cónyuge que por estar casado bajo el régimen de separación de bienes, se considera dueño absoluto de su patrimonio y se piensa afectado al tener que entregar al otro, del cual, además de está divorciando, parte del mismo. Por el otro, se encuentra además del interés personal del cónyuge, el interés general de la sociedad, la cual pretende establecer a través de la compensación un trato equitativo a los miembros de la pareja matrimonial y un reconocimiento a las labores domésticas y de atención y educación de los hijos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado en diversas ocasiones el criterio de excepción de no retroactividad de una ley en casos que se presente un interés público³⁴ el cual perfectamente encuadra en las cuestiones familiares.

³⁴ RETROACTIVIDAD. No se infringe el precepto que la prohíbe cuando, al estar en conflicto el interés general con el de los particulares, se concede predominio al primero, por no existir derecho que oponerle. *Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Quinta Época, t. I, p. 857.

Amparo administrativo en revisión, Arroitia Aureliano y coagraviados, 24 de diciembre de 1917, unanimidad de nueve votos, ausente: Agustín Urdepilleta y Enrique García Parra. La publicación no mencionada el nombre del ponente.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. La Corte ha sostenido, en diversas ejecutorias, que la aplicación que hacen los tribunales, de las leyes de orden público o de interés general, nunca es retroactiva... *Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Quinta época, t. XV, p. 815.

Amparo civil en revisión, Cirerol de Díaz Mercedes y coagraviados. 26 de marzo de 1920. Mayoría de ocho votos, respecto al primer punto resolutivo. Disidentes: Alberto M. González y Antonio Alcocer. Mayoría de seis votos por lo que hace el segundo punto resolutivo. Disidentes: Adolfo Arias, Agustín Urdapilleta, Gustavo A. Vicencio y José María Mena, excusa: Patricio Sabido. La publicación no menciona el nombre del ponente.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. Los particulares no pueden adquirir derechos que estén en pugna con el interés público; de suerte que cuando una ley lesiona un derecho de

VIII. CONCLUSIÓN

Es muy gratificante ver como después de tantas batallas ante los tribunales, desde juzgado, salas del Tribunal Superior del Distrito Federal, tribunales colegiados de circuito, por fin el artículo 289-bis gana la batalla por decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Considerar la introducción del artículo 289-bis como retroactiva respondía a una actitud egoísta de querer mantener una falta de equidad entre la pareja matrimonial, al permitir que al disolverse el matrimonio por divorcio, una parte de la pareja se beneficiara del patrimonio formado durante la vigencia del vínculo y la otra quedara, a pesar de sus contribuciones, en total desprotección.

La sociedad actual y el Estado han demostrado su interés en proteger a las personas que se encuentran en relaciones matrimoniales aún en los casos en que éstas terminen por divorcio. A través de los cambios legislativos y ahora la jurisprudencia ha quedado claro que puesto que el matrimonio no es un contrato, no se afectan derechos adquiridos durante el imperio de una ley anterior, sino que se respeta la modificación al estatuto legal del divorcio.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se une en esta concepción equilibrada y justa de las relaciones entre los cónyuge, al menos al momento de que se divorcien. Pero, además del argumento de equidad, los fundamentos jurídicos sólidos comentados a lo largo de este trabajo la Primera Sala demostró la no retroactividad del artículo 289-bis.

esa clase, no hay retroactividad, aun cuando la existencia del derecho sea anterior a la de la ley.

Semanario Judicial de la Federación, Apéndice de 1954, Quinta época, Tercera Sala, tesis: 922, p. 1718.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta época; t. XLIX, p. 1714. Amparo administrativo en revisión 1790/36, secc. 2a. Sulphr Mining and Railroad Co. 12 de septiembre de 1936, unanimidad de 5 votos, relator: Alonso Aznar Mendoza, Segunda Sala.

T. LVIII, p. 213, amparo directo 4183, cía. Lagunera de Aceites, S.A., 6 de octubre de 1938, unanimidad de 4 votos. La publicación no menciona Ponente.

T. LXXV, amparo directo 4659/39, Juanola Manuel, 31 de marzo de 1943, p. 8389, unanimidad de 4 votos, La publicación no menciona ponente.

T. XXXIX, amparo directo 8075/44, Herrejón Patiño Gabriel, 24 de julio de 1946, p. 919, unanimidad de 5 votos, relator: Hilario Medina.

T. C, amparo directo 5613/43, García Esquiven José, 18 de abril de 1949, p. 250, unanimidad de 4 votos, ponente: Vicente Santos Guajardo.