

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



**TESIS DONADA POR
D. G. B. UNAM**

LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A**

GUILLERMINA MAGALLON GOMEZ



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.

I N D I C E

LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

	Página
CAPITULO I	1
A) SITUACION DE LA FAMILIA Y DEL CIUDADANO DURANTE LA EPOCA DEL IMPERIO ROMANO	1
B) LA MANUS	8
C) LA DOTE	18
D) REFORMAS DE JUSTINIANO	30
E) REGIMEN MATRIMONIAL EN LA EPOCA ROMANA	36
CAPITULO II	40
A) REGIMENES MATRIMONIALES EN EL DERECHO GERMANICO	40
B) REGIMEN LEGAL ; REGIMEN DE SEPARACION ; REGIMEN DE COMUNIDAD UNIVERSAL ; REGIMEN DE ADQUISICIONES Y GANANCIAS ; REGIMEN DE MUEBLES Y GANANCIAS	45
CAPITULO III	52
A) REGIMENES MATRIMONIALES EN EL DERECHO FRANCES	52
B) REGIMEN DE COMUNIDAD	55
C) LA COMUNIDAD UNIVERSAL	59
D) REGIMEN SIN COMUNIDAD	61
E) REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES	63
F) REGIMEN DOTAL	64
CAPITULO IV	77

	Página
A) REGIMENES MATRIMONIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL	77
CAPITULO V	94
A) LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL CODIGO CIVIL MEXICANO . LEGISLACION DE 1870	94
B) LA SOCIEDAD VOLUNTARIA EN LA LEGISLACION DE 1870	99
C) LA SOCIEDAD LEGAL EN EL CODIGO DE 1870	105
D) LA SEPARACION DE BIENES EN EL CODIGO DE 1870	111
E) EL REGIMEN DOTAL EN EL CODIGO DE 1870	118
CAPITULO VI	128
A) SISTEMA DEL CODIGO CIVIL DE 1884	128
CAPITULO VII	133
A) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES	133
CAPITULO VIII	145
A) SISTEMA ACTUAL DEL CODIGO DE 1928	145
B) CAPITULACIONES MATRIMONIALES	149
C) LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL CODIGO VIGENTE	152
D) REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES	162
CAPITULO IX	166
A) NATURALEZA JURIDICA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	166

	Página
CAPITULO X	171
A) JURISPRUDENCIA MEXICANA EXISTENTE SOBRE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	171
CONCLUSIONES	186
BI BLIOGRAFIA	190

CAPITULO I

A) SITUACION DE LA FAMILIA Y DEL CIUDADANO DURANTE LA EPOCA DEL IMPERIO ROMANO

El romano de origen era libre, ciudadano y miembro de una familia al cual se le conocía con el nombre de ingenuo. También había libertos quienes habían salido de la servidumbre ; los sui iures que eran del todo independientes y por último los alieni iuris sometidos al poder del otro.

De estas condiciones se derivan los derechos privados que constituían el Estado Civil, o como decía la Ley, el Caput de cada ciudadano.

Estos derechos, también llamados potestades en la lengua de los jurisconsultos, eran cuatro :

Potestas Dominica : derecho del amo sobre el esclavo.

Patria Potestas : derecho del padre sobre el hijo.

La Manus : derecho del marido sobre la esposa.

Mancipium : derecho de un hombre libre sobre otro hombre libre.

El dominium o derecho de propiedad quiritaria se aplicaba sólo a las cosas.

La Ciudadanía romana se adquiría por el nacimiento, la naturalización y

la emancipación. Para que el hijo naciera ciudadano era preciso que el padre lo fuera en el momento de la concepción y que el matrimonio-connubium- se hubiera celebrado con todas las formalidades legales. En los casos en los que no habían justas nupcias, los hijos seguían la condición que la madre tenía en el acto del nacimiento de ellos.

La naturalización se concedía primero por una ley, y más tarde por una Constitución Imperial. Del derecho civitatis emanaban derechos que no poseían los provinciales, el ius suffragii, el ius honorum, el ius connubii y el ius commercii por ejemplo.

En la familia romana, el hombre libre, -así fuere registrado- no llegaba a toda la dignidad del ciudadano, a menos que fuera padre de familia, porque las leyes y las costumbres de Roma le reconocían en esta cualidad derechos que le daban un carácter sagrado. Entonces, como jefe de casa, era sacerdote de los dioses lares, y tenía el poder absoluto -como esposo- sobre su mujer (MANUS); como padre sobre su hijo (PATRIA POTESTA); como amo sobre su esclavo (DOMINICA POTESTA), mientras el mismo -dependiendo solo de su derecho- era sui iuris. Los romanos habían querido que ninguna autoridad pudiera interponerse entre el padre y el hijo, entre el marido y la mujer, para ellos el hogar doméstico era un asilo sagrado donde no podía penetrar ni aún el representante de la Ley.

Siguiendo con la formación de la familia, la idea que los jurisconsultos romanos se habían formado del matrimonio hacía de la legitimidad de los hijos nacidos durante la unión conyugal un certidumbre. Pero el hijo nacido fuera de matrimonio

podía invocar su filiación materna, pero no la otra, porque a los ojos de la Ley, no tenía padre, ni nadie ejercía sobre él los derechos de la patria potestad, que era mucho más que el parentesco natural el verdadero lazo de familia.

La autoridad paterna duraba tanto como la vida del que estaba investido de ella, y se extendía a todos los ascendientes en línea recta. El derecho de vida o muerte que el padre tenía sobre sus hijos a su nacimiento permanecía siempre y podía ejercerlo sobre sus hijos adultos y aún magistrados. Las familias romanas conservaban como un depósito sagrado, su nombre, sus sacrificios domésticos, y sus tradiciones, y cada generación transmitía a la generación siguiente este piadoso legado. Así cuando faltaban hijos, autorizaba la Ley al padre de familia a tomar un adoptivo, preferible según el Emperador Adriano, al hijo nacido del matrimonio, porque el uno es libremente elegido, mientras solamente la casualidad da al otro. El hijo adoptivo sucedía en el nombre y en los sacrificios domésticos y tenía relativamente en la herencia paterna todos los derechos de un heredero propio. No se ligaba a la familia, sino solo al jefe y a los que tenían con él lazos de agnación: la hija del adoptante, por ejemplo, venía a ser hermana del adoptado y no se podía casar con él.

La condición del hijo hará ahora comprender a la de la madre. Cuando la nubil cumple doce años podrá contraer matrimonio. Se formulaba un contrato que firmaban los padres de la joven, así la unión quedaba asegurada y se usaban ya los nombres de yerno y de suegro. En efecto todas las partes interesadas han consentido, se ha preguntado a la joven si tenía que oponer algún impedimento al contrato, y se ha tomado su silencio por asentimiento. Los dos futuros esposos quedan comprometidos solamente. Como prenda de amor y fidelidad, el novio ofrece a la novia un anillo de hierro, sím-

bolo de la austeridad del lazo conyugal. Firmado el contrato previo y establecidas las condiciones provisionales, se señalaba el día del matrimonio. El intervalo entre los esponsales y las nupcias era ordinariamente bastante largo. La víspera del casamiento se extendía el contrato definitivo, en que se consignaban la dote y los vencimientos de pago. Luego que el contrato de casamiento o instrumento dotal había sido aceptado, dado el consentimiento de los esposos y de aquéllos de quiénes dependían, quedaba legalmente concluído el matrimonio, sin que interviniera ninguna autoridad civil ni religiosa, salvo en el matrimonio patricio, que consagraba con un sacrificio el pontífice máximo.

Por virtud de la Ley, la mujer había reconocido en su esposo un señor y quedaba bajo su potestad. A éste se sometía de tres maneras : por el uso, la coemptio y la confarreación.

El uso era la posesión prolongada que conducía a la adquisición de un derecho : USUCAPION. Cuando una mujer había pasado un año entero en casa de un hombre, quedaba bajo la potestad de este hombre y ni su mismo padre podía hacerla salir de la casa que había venido a ser conyugal. Había pues así una prescripción. Sin embargo, si en el curso del año había pasado la mujer tres noches fuera del domicilio común, se interrumpía la prescripción.

En la época en que el divorcio estaba prohibido a la mujer, mientras se reconocía al hombre el derecho de repudio, evitando la mujer, por la TRINOCTIUM USURPATIO caer bajo la potestad del marido, se le daba de hecho la libertad que el derecho atribuían exclusivamente al esposo, porque entonces podía hacerse reclamar

por su padre o por su tutor. Sin embargo, el uso desapareció y todos los matrimonios se contraían entonces por COEMPTIO, que era la venta simulada que uno a otro se hacían los esposos de su persona, y esta venta se realizaba con las ceremonias ordinarias de la mancipación. La mujer iba al foro ante el pretor y llevaba tres ases : uno que entregaba al librepens ; otro que depositaba en un simulacro de casa, y el tercero que ponía en su calzado. Con el primero compraba a su marido, con el segundo el derecho de entrar a su nueva casa y con el tercero los dioses y la participación en el culto religioso de la familia de que va a formar parte. Y se entablaba el siguiente diálogo : "Mujer, ¿quieres ser mi madre de familia ? Quiero.

Hombre, ¿quieres ser mi padre de familia ? Quiero.

Pronunciadas estas fórmulas se terminaba la ceremonia y no podía anularse su efecto sino por la remancipatio.

El matrimonio por confarreatio exigía sólo dos ceremonias religiosas y ponía a la mujer bajo la absoluta potestad del marido, in manu. Celebrábase en presencia de diez testigos, representado sin duda las diez curias de una antigua tribu, por las manos del pontífice máximo o del flamín de Júpiter, con fórmulas y palabras solemnes : era el himeneo según las leyes sagradas. Se ofrecía un sacrificio en que se presentaba una torta hecha de la clase de harina llamada farro y si un trueno interrumpía esta ceremonia muy larga de suyo, era preciso volver a empezar, como se hacía en los comicios del pueblo.

El matrimonio por confarreatio no podía disolverse sino por el sacrificio llamado de la difarreatio.

Este matrimonio estaba lleno de tradiciones y cada acción o color significaba toda una historia para ellos. Después de todo un día de mitos, la mujer llegaba a casa de su futuro marido y juntos partían y comían la torta de flor de harina. Desde este momento la esposa quedaba asociada al asilo doméstico de su marido y entraba en participación con él de todas las cosas divinas y humanas. Los dioses y los muertos del esposo venían a ser los dioses y venerables antepasados de la esposa.

Esta mujer era sumamente respetada, sin embargo estaba sujeta por la ley a la más estrecha dependencia. Si había contraído matrimonio quedaba a su marido la manu, era considerada como la hija de su marido; como la hermana de sus propios hijos y todos los lazos que la ligaban a su antigua familia se habían roto, a fin de fortalecer más la disciplina de la familia nueva. El marido tenía sobre su mujer el derecho de corrección más extenso. En circunstancias graves debía tomar consejo de los parientes, a menos que se tratara de in flagranti delito de adulterio, en cuyo caso podía matarla. Si no tenía la manus se limitaba a repudiarla y entonces competía a sus padres el castigarla.

Para sostener las cargas de la casa, la mujer aportaba al matrimonio una dote, que es una institución de extraordinaria importancia, porque con la dote, la monogamia y la necesidad del consentimiento de la doncella para el matrimonio; la matrona romana poseía la suma de libertad que convenía a la mujer y con esto pudo elevarse a la dignidad que daban y dan y darán siempre los nobilísimos títulos de esposa y madre.

El derecho del marido sobre la dote se resolvía a la disolución del matrimo-

nio, y en atención a esta eventualidad podía llamarse a la mujer propietaria de su dote, conservaba además la administración de sus bienes parafernales, no comprendidos en la constitución dotal. Así, cuando la mujer solicitaba el divorcio sin motivo, el marido retenía la sexta parte de la dote. Si había hecho ella necesario el divorcio por una falta, perdía, en virtud del antiguo derecho toda su dote.

El concubinato existía al lado del matrimonio como unión autorizada por la Ley, probablemente desde Augusto ; pero no producía hijos legítimos capaces de sucesión. De ordinario se realizaba entre personas a las que la ley no permitía contraer justas nupcias.

En Roma la mujer venía a ser verdaderamente la compañera del marido. La Ley romana daba al matrimonio esta bella definición : CONSORTIUM OMNIS VITAE, comunidad de todas las cosas, riquezas y miserias, grandezas e infortunios, placeres y penas.

La mujer participaba de la condición oficial de su marido, era como el consular, clarísima sí él obtuvo estos títulos, y los conservaba hasta después de la disolución del matrimonio.

En el primitivo derecho la mujer sui iuris cualesquiera que fuese su edad y su estado, hija, madre, viuda o sin familia, permanecía en tutela perpetua.

El espíritu de libertad que batía en brecha las viejas instituciones levantó a la mujer poco a poco. Desde el siglo tercero antes de nuestra era, la organización del régimen dotal fue para ella una primera emancipación. Hecha administradora de

Los bienes que servían para los gastos de la comunidad, todo marido pudo decir : "POR LA DOTE HE VENDIDO LA AUTORIDAD" . Después se le dejó la administración de los parafernales, y el tutor estaba obligado a dar todas las autorizaciones que la pupila pedía para contratar, para adquirir o para enajenar.

B) LA MANUS

Pietro De Francisci en su Síntesis Histórica del Derecho Romano dice que hacía fines del siglo V la familia estaba formada por un grupo de personas y un conjunto de cosas, sometidos todos a un señor, el pater familias.

El poder de éste, -que por lo general era el más anciano de los miembros de la familia- es un derecho soberano, en cuanto que su potestad es original en él como pater familias, o sea, que no le ha sido concedida por un órgano superior, ni la tiene derivada del Estado en su calidad de miembro de la comunidad política. Este poder original, unitario, que extrae su eficacia de la misma autoridad del pater, que lo crea, lo afirma y lo desempeña, fue designado, por eso en sus principios, indistintamente con los términos MANUS o POTESTAS, más al correr del tiempo, cuando las diversas manifestaciones de aquel poder siguieron principios que no eran uniformes del todo, respecto a los diversos objetos, empezaron a emplearse expresiones diversas, según sus aplicaciones. El señorío sobre las cosas -en un principio manus o mancipium- se designó con el nombre de dominium y adoptó un régimen del que hablaremos luego. En cuanto se refiere al señorío sobre las personas que componían el grupo, se distinguió la potestad sobre la mujer que había entrado a formar parte de la familia y se sometía a su jefe o cabeza, casándose con él o con algún fili familias ; la potestad ejercida sobre su

fili familias ; la ejercida sobre los esclavos, y en fin, la ejercida sobre aquellos ciudadanos romanos reducidos a la condición de servidumbre de hecho frente al pater familias (así, los filii familias ajenos vendidos a un pater familias, y los noxae dediti, personas cedidas en expiación de un delito).

La primera de estas aplicaciones del señorío del pater sobre personas se indicó con el nombre de potestas maritalis o manus maritalis, que en seguida se denominó generalmente manus ; el poder sobre los hijos se denominó potestas o patria potestas ; el ejercido sobre los esclavos se denominó potestas, y el que se ejercía sobre los hijos ajenos tomó el nombre de mancipium. Por consiguiente, tan pronto como se fijaron estas diferenciaciones, encontramos en la familia, de un lado, al pater y del otro, al conjunto de personas alieni iuris, in potestate manu mancipio (la fórmula es del Derecho Clásico). En el período primitivo había ciertamente otras personas sujetas también a la potestad del pater, como son los clientes y los libertos. De este modo la categoría de los liberi comprendía un vasto conjunto de personas, y no solamente los filii familias, como en la época histórica, en la que el vínculo que unía entre sí a las personas libres de la familia y que dependía del común sometimiento al señorío de la cabeza, tenía el nombre de agnatio.

El maestro Rodolfo Sohn en su libro Instituciones de Derecho Privado Romano Historia y Sistemas dice que el matrimonio es la plena y legítima unión de convivencia entre un hombre y una mujer. Argumenta que el matrimonio del antiguo Derecho Romano implicaba, como factor esencial, poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer -MANUS MARITIS-, por virtud de los cuales ésta pasa a formar parte de la

casa del marido, a cuyo imperio queda sometida.

Así resulta que desde muy antiguo, el Derecho Romano admitió que el marido adquiriera sobre la mujer una potestad especial que es la llamada MANUS, la que como ya advertimos, hacía que ella ingresara a su familia civil y que sus bienes cayeran bajo el dominio del cónyuge ; quedando sometida a la potestad del marido quien tenía autoridad sobre ella como un padre sobre un hijo. (1)

Vemos pues que la manus es similar a la patria potestad, la que el pater familias puede adquirir sobre su propia mujer o sobre la de un descendiente que se halle bajo su patria potestad. En el primer caso la mujer ingresa en la familia como hija, en el segundo como nieta, bisnieta y sucesivamente -según sea el caso-, pues queda siempre como hija de su marido.

La conventio in manum es el acto por el cual ingresa la mujer en la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia originaria. (2)

El sometimiento a esa potestad produce efectos análogos a los de la adopción o, cuando la mujer es sui iuris, a los de la adrogación, aunque la mujer no podía atraer personas sometidas a la patria potestad, su patrimonio sí pasa al que adquiere la manus sobre ella, y el pretor da igualmente la restitutio in integrum por la capitis diminutio que extingue civilmente sus deudas.

Cuando la manu puede corresponder al suegro, a la muerte de éste pasa al

(1) Felipe Serafin. Instituciones de Derecho Romano. Tomo II. 2a. Edición. Barcelona, págs. 177.

(2) Juan Iglesias. Derecho Romano. 5a. Edición. Barcelona 1963, págs. 49.

marido.

La manus se identifica con el matrimonio, y por eso puede adquirirse sobre niñas sin edad matrimonial ; pero destinadas a aquel matrimonio y retenerse sobre las nuevas viudas (a divorciadas sin extinguir la manus). Cabe también una manus sin intención matrimonial (coemptio fiduciaria) : Cuando se utiliza para extinguir el parentesco de agnación con la familia de origen, y extinguirse seguidamente la manus constituida tan solo para ese fin.

La manus se integraba antiguamente en el mancipium y la forma ordinaria de conventio in manum es la mancipación (coemptio) ; pero el matrimonio cum manu se va haciendo menos frecuente, y acaba por desaparecer en la época imperial, desplazado el matrimonio sine manus, en el que la mujer sigue bajo la potestad de su padre o como sui iuris . Además de la coemptio mancipataria, la manus se podía adquirir por una ceremonia religiosa, (confarreatio), a la especie de usucapion (usus) que ya anteriormente mencionamos.

En estos casos, la manus producíase por usus, según la expresión romana ; y con la manus nacía un legítima matrimonio, válido ante el Derecho Civil.

La celebración del matrimonio sin sujeción a formas sin coemptia ni confarreatio adquiere fisonomía legal en el mismo instante en que se reconoce la posibilidad de obtener la manus por el usus. Cuando el marido se hallaba usucapiendo y en la seguridad, por tanto de ser al cabo de un año, considerada por el derecho como legítima esposa y señor de su mujer, -la relación que a ésta unía-, aún antes de que el

año transcurriese -na era una simple relación de hecho sin verdadera relación jurídica, reconocida por la ley y revestida con los efectos propios de las auténticas relaciones matrimoniales-. Pero como ya hemos dicho, si la mujer pasaba tres noches fuera de su casa (trinoctium) se impedía se produjera la manus mariti. Existe pues así el matrimonio sine manus, tal es la nueva idea que se trasluce claramente de esta institución.

Según el Derecho Antiguo, la interrupción o usurpatio efectivo de la comunidad conyugal implicaba la ausencia de la voluntad de casarse. La usurpatio nueva -por el simple trinoctium- coexiste con la intención matrimonial ; pero esta intención que reconocen ya y sancionan las XII tablas, es la de contraer matrimonio sin manus. Los matrimonios celebrados con ausencia de formas eran matrimonio sin manus, mismos que resultaban frecuentes para evitar que la manus se llegase a constituir. De ahí que la mujer no entraba bajo el poder, ni, por tanto, en la familia agnaticia, en la casa de su marido, sino que permanecía en la suya originaria, sin salir de la patria potestad de su padre, o en su caso de la tutela de sus familiares agnaticios.

En 445 a. C. la Ley Canuleya ya no exige como condición (para contraer matrimonio) el Justum Matrimonium, la sujeción de la mujer a la manus mariti. Aún cuando ésta no ingrese en la manus, ni por tanto en la familia de su marido, con tal de que exista entre los conyuges el ius connubii, los hijos procreados lo son del marido ; se hallan sujetos a su patria potestad y pertenecen a su "Casa" aunque no forme parte de su "familia", la mujer, jurídicamente, por el solo hecho de serlo, le da hijos que tienen el concepto de "suyos". La manus, base en otro tiempo del Derecho Matrimonial Romano, ha pasado ya a ser un atributo accidental del matrimonio.

Esta evolución que queda descrita se abre camino en la época de la República, y desde el siglo III a. C., el derecho de divorcio de los matrimonios libres se transfiere a los revestidos de manus; concediéndose a la mujer la misma prerrogativa de repudio que el marido goza. Por entonces también deja la mujer In Manu de usar el nombre de familia -gentilicio- de su marido, y se limita y añade en genitivo al suyo propio.

La *confarreatio* se empleaba ya muy poco en la época de Cicerón. En los tiempos de Tiberio era raro encontrar patricios nacidos de matrimonios acompañados de *confarreatio*. Este mismo emperador abolió sus efectos civiles.

En la propia época de Cicerón tenía escaso empleo la *coemptio*. Según parece, casi sólo se utilizaba para fines distintos del único que tenía en su origen y precisamente, *tutelaevitandae causa* y *testamenti faciendi causa*, esto es, con miras respectivamente, a que la mujer se libere de la grave tutela agnaticia ya que puede hacer testamento. (3)

En la época de Gayo, el *usus* estaba, en parte derogado por las leyes, y en parte, olvidado por falta de costumbre. Bajo la presión de las nuevas concepciones sociales, la *conventio in manum* desaparece totalmente en el siglo III de nuestra era. Su desaparición trajo como consecuencia el que la mujer perteneciese a una familia distinta de la del marido y de los propios hijos, pero comenzó pronto a afirmarse su condición de esposa; señalándose a su favor un derecho de sucesión y de alimentos.

(3) Gayo.

La manus podía disolverse por *difarreatio*, que era una ceremonia religiosa igual a la *confarreatio*, pero de efectos contrarios, y por la venta fingida de la mujer a un tercero o a la persona bajo cuya potestad se encontraba con anterioridad al matrimonio, que luego la manumite -*remancipatio*- *dimissio ex manu*.⁽⁴⁾

Recordemos que cuando la mujer estaba in *Manu Mariti* era incapaz de tener propiedades, cualesquiera que ella poseyera antes del matrimonio o que adquiriera después del matrimonio pasaba automáticamente al esposo quien era el legítimo dueño.

Por estas causas no tardó en imponerse en Roma el concepto de que la mujer podía casarse sin caer *IN MANU MARITI* quedando *SUI IURIS*, si tal era su condición en la familia, o continuaba bajo la potestad de su pater, si era *ALIENI IURIS*. Aparece así el matrimonio libre o matrimonio *SINE MANUS* que no colocaba a la mujer bajo la potestad del marido.

El matrimonio *SINE MANUS* adquirió singular importancia desde los últimos tiempos de la República llegando a ser la típica *IUSTAE NUPTIAE* del Derecho Romano, como consecuencia de que *manus* había desaparecido ya en el período clásico por no estar en consonancia con las costumbres de la época.⁽⁵⁾

En el matrimonio *sine manus* o matrimonio libre, cada uno de los cónyuges eran dueños de sus respectivas propiedades. La mujer no necesitaba del consentimiento del marido para ningún acto legal. En la otra mano el marido no respondía por deu-

(4) Max Kaser. Derecho Romano. 1a. Edición, p. 492.

(5) Juan Iglesias. Op. Cit. Pág. 64.

das o actos de la esposa. Vemos pues en este sistema la separación de bienes. Este sistema era de alguna manera perjudicial para la esposa, ya que ella no adquiría ninguna de las propiedades que el marido adquiriera durante el matrimonio aunque estas propiedades frecuentemente son adquiridas gracias a la ayuda de ésta. Es por eso que los defensores de los derechos de la mujer algunas veces prefieren el sistema de sociedad conyugal ; però la Ley Romana que fué hecha para la mujer idealizada no deseaba que ella adquiriera bienes durante el matrimonio. Debemos recordar que existía en Roma una vieja costumbre en la que el marido y la mujer como cualquier otro ciudadano romano hacen cada uno por separado su testamento y señalan —sí así se deseaba— una herencia o un legado al cónyuge. También era costumbre que la mujer entregara al esposo sus propiedades para que se las administrare y ella se dedicara al trabajo doméstico. Claro está que existían excepciones en las que la esposa se reservaba la administración de sus propiedades. Conocemos el ejemplo de la esposa de Cicerón. Terentia quien sola manejaba sus bienes y hacía que Cicerón se irritase frecuentemente, lo que hizo que se divorciasen.

En el antiguo derecho la mujer —al igual que el hijo— se hallaba sujeta al poder disciplinario absoluto del paterfamilias, que en determinados casos puede darle muerte e incluso venderla en esclavitud. Sólo la tradición limita estos hechos absolutos del marido, obligándose, en casos graves, a escuchar el parecer de un tribunal familiar —*judicium propomquorim*—. Pero en estos casos, la suerte y la vida de la mujer quedan a merced de los poderes privados omnimodos del marido y de sus familiares. ⁽⁶⁾

(6) De Francisci Pietro. Síntesis histórica del Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Privado. 1a. Edición. Madrid 1954, pág. 322.

La ulterior evolución del Derecho, al mejorar la condición de los hijos de familia, suaviza también el rigor de la manus. La mujer ocupaba en la familia el primer lugar después del pater siendo honrada con la designación de MATER FAMILIA, término que se hizo extensivo para calificar a la mujer sui iuris posteriormente.

En lo referente a las consecuencias de orden patrimonial que provocaba la manus, cabe señalar que se transmitían al marido todos los bienes corpóreos e incorpóreos de la mujer sui iuris ; operándose así una sucesión inter-vivos en la que no se incluían sus deudas ni los derechos a favor de terceros. Esta situación —semejante a la derivada de la adrogación, podía hacer que los acreedores se vieran burlados en el cobro de sus legítimos créditos, desde que el marido no quedaba obligado por las deudas de su esposa.

El Derecho Romano otorgó a aquellos acreedores ficticios acciones contra la misma por las que se consideraba a la mujer como si nunca hubiera perdido su calidad de SUI IURIS. De ahí que los acreedores podían ejecutarla en los bienes que hubiera aportado a la nueva familia siempre que el jefe no asumiera su defensa. (7)

En los matrimonios libres o sin manus, las relaciones conyugales cambian totalmente de fisonomía. Lo que allí era subordinación es aquí coordinación relación conyugal de comunidad. Adquiere así conformación jurídica la posición que de hecho ocupaba ya la mujer aún en el Derecho Antiguo como compañera del marido y copar-

(7) Shering Gēst. Derecho Romano, 4a. Edición, Pág. 203.

tícipe suyo en la dirección de la casa según lo exigían los usos sociales. (8).

No cambia ya de familia agnaticia, ni sufre por tanto, *capitis diminutio*. sí con anterioridad al matrimonio era *sui iuris* ; porque su padre por ejemplo hubiese muerto -sigue siéndolo después de casada, y si estaba sujeta a patria potestad, lo sigue estando a pesar del matrimonio- aunque este poder paterno se desvirtue, en cuanto sea incompatible con el poder marital a diferencia de la *Uxor in manu*, que siempre *alieni iuris*, ya que se hallaba sujeta en todo momento a la patria potestad de su marido o a la del pater familia de éste.

No debe creerse en modo alguno, que en los matrimonios libres no exista poder marital. Lejos de ello, es ésta precisamente la modalidad del matrimonio que entraña verdadero poder marital, el cual no es, -como la antigua *monus*- simple imagen del poder paterno sino poder conyugal propio y genuino.

En el matrimonio libre se encierra el poder marital de los tiempos futuros, que representa la antítesis del poder patriarcal.

Consiste aquel poder en la prerrogativa que tiene el marido y que le da derecho a exigir que le sea respetada la comunidad conyugal de vida : sí un tercero -aunque sea su propio padre y en uso de su poder paterno- retiene a su mujer, para recobrarla dispone de un interdictio. A este derecho se añade el de disponer en todos los asuntos referentes a la vida conyugal : elección de domicilio que la mujer compar-

(8) Peña Guzman Arguello. Derecho Romano. 1962. Tipográfica Editora. Argentina, Buenos Aires. Págs. 402.

te ipso iure con él, educación de los hijos, presupuesto familiar, etc. Esto no obstante, en los matrimonios libres alienta ya la idea de la familia cognaticia que coloca al frente de la casa con igual de condición jurídica a marido y mujer.

Por fin en el derecho justiniano, solamente se reconoce la existencia del matrimonio libre que se celebrará sin formalidad alguna : *Census Facit Nuptias* ; siempre que la intención concorde sea contraer de presente una comunidad conyugal, para lo cual el consentimiento ha de ir aparejado con un principio de ejecución, que dé comienzo y efectividad a la convivencia *-Deductio In Domun-*.

C) LA DOTE

Se entiende por dote : El conjunto de bienes que la mujer u otra persona en su nombre entrega al marido para subvenir a las necesidades y gastos de la vida matrimonial. (9)

Alvaro D'Ors en su obra de Derecho Privado Romano explica que la dote es un tipo especial de Donación que se hace al marido por parte de la mujer, con el fin de contribuir a las cargas económicas del matrimonio.

La constitución de la dote, documentada en un instrumento dotale, solía ser una de las pruebas más notorias de la honorabilidad de la unión.

A medida que la manus fue cayendo en desuso, gradualmente fue substituida

(9) Peña Guzman Arguello. Op. Cit. Págs. 506.

por los sistemas dotales. Lo más frecuente era que el padre (o el que tenía la patria potestad sobre la novia) constituyera la dote (a ésta se le llamaba dote profecticia), pero también podía hacerlo la misma mujer, -sí es sui iuris- o cualquier otra persona (a ésta se le llamaba dote adventicia). Los bienes de la dote integraban un patrimonio especial que fué reglamentado en forma especial así como las acciones para que la dote fuera restituida.

El origen del régimen matrimonial, es pues, la institución de la dote que crea las relaciones obligatorias de orden matrimonial entre el marido y la mujer.

Como toda donación, también la dote consiste en un lucro, que puede realizarse de distintas maneras, ya sea por transmisión de propiedad o constitución de cualquier derecho real, ya sea por extinción de un gravamen real o de una deuda, o por otro modo cualquiera de producir un enriquecimiento positivo o negativo en el patrimonio del marido o de aquél en cuya potestad éste se halla.

La dote puede tomar la forma de una entrega, de una promesa o la remisión de una deuda a cargo del marido.

La dote entraba en el patrimonio del marido o de su paterfamilias, aunque los derechos de la esposa respecto de la recuperación de la dote pertenecen a él o a ella. Sin embargo si un tercero había constituido la dote, éste se reservaba frecuentemente el derecho de volver a reclamarla, en caso de disolución del matrimonio. Pues si éste venía a fallar, para recuperar la propiedad del objeto dotal procede la **CONDICTIO** como en otros casos de **DATIO OB CAUSAM**. La causa es aquí el sim-

ple convenio de dotar, que no obliga por si solo, o bien un legado o promesa formal can efectos obligacionales, respecto a los causales la DATIO DOTIS es un pago (SOLUTIO).⁽¹⁰⁾

La promesa de dotar puede hacerse en forma estipulatoria (*promissio dotis*) o en la antigua forma de la *dictio dotis*, que consiste en la asignación de dote sin pregunta previa. Esta última forma era posible tan solo a la mujer por delegación de ella. En la época postclásica, las formas provisorias desaparecen, pero la dote se puede constituir por simple pacto dotal documentado, o con Justiniano, incluso verbal.

La dote podía constituirse por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad. La dote se constituía por negocios inter-vivos valiéndose de la entrega efectiva e inmediata de los bienes que la integran o bien obligándose el constituyente a hacerlo, mediante un acto jurídico. La transmisión real y efectiva de los bienes se operaba por medio de la DATIO DOTIS que podía tener lugar por *macipatio IN IURE CESIO* o *TRADITIO* si se trataba de cosas corporales o de derechos reales y por cesión de créditos, remisión de deudas o delegación, en caso de que la dote tuviera por objeto un derecho de crédito.

Sabemos que hasta principios del Imperio, el marido era propietario de la dote, quedando constituido en esa forma un solo patrimonio ; el hecho de que los bienes dotal es fueran adquiridos en propiedad por el marido hacía aparecer a la institu-

(10) Paulo, Dig., 23, 3, 72.

ción) como una liberalidad realizada a su favor en la que la mujer no podría lograr la restitución, salvo que invocare las causas que la Ley señalaba para revocar la donación. De ahí que aunque la dote se convierta en propiedad del marido, era cosas de la mujer y por eso, ella podía eventualmente recuperarla. Esta pertenencia de la dote a la mujer se manifiesta en algunas limitaciones de la propiedad del marido :

a) No se considera hurto si la mujer sustrae alguno de esos bienes durante el matrimonio. En caso de divorcio, el marido puede ejercitar contra la mujer *sui iuris* que haya sustraído bienes de la casa la *ACTIO RERUM AMOTARUM* (esta acción civil se da, en su caso, contra el padre que tiene bajo potestad a la mujer divorciada).

b) Los frutos de la dote pueden invertirse en alimentos para la mujer sin incurrir en la prohibición de donaciones entre cónyuges ; el marido -desde Augusto- no puede enajenar los fundos itálicos de la dote ni manumitir esclavos dotales sin permiso de su mujer. El marido responde por las pérdidas de las cosas dotales. La dote se excluye de la participación de la herencia del padre del marido y se reserva para éste. Por lo demás, los patrimonios de los cónyuges se mantienen por separado. ⁽¹¹⁾

En realidad, la naturaleza de la dote fué otra para el Derecho Romano, ya que no la consideró como un acto meramente lucrativo sino como una dación con causa onerosa ; que tenía por finalidad permitir que el marido dispusiera de ciertos bienes llevados por la mujer al matrimonio para el sostenimiento del hogar conyugal. La dote así se muestra evidente como una dación por causa onerosa cuando ha sido constitui-

(11) Arias Ramos José. Manual de Derecho Romano ; 2a. Edición. Editorial Guillermo Kraft. Buenos Aires.

da por el padre u otro ascendiente paterno, dentro del matrimonio cum manus. En efecto los bienes dotales representan para la mujer una especie de adelanto de herencia destinado a compensar la falta de derechos hereditarios en la sucesión de quien constituyó la dote, y ello hacía que si llegaba a readquirir los derechos sucesorios quedara obligada a restituir los bienes dotales. (12)

Cuando la dote ha sido otorgada por un tercero, su naturaleza resulta difícil de determinar porque no debe desconocerse que esta situación podía entrañar una verdadera liberalidad a favor de la mujer que experimentaría un enriquecimiento al serle restituidos los bienes dotales. No obstante, autorizados romanistas entienden que, aún en esta hipótesis, la dote conservaba el carácter de una DATIO OB CAUSAM por cuanto le son aplicables normas que no juegan dentro del régimen de los actos de liberalidad. Así el beneficio de competencia podía ser invocado por el constituyente y la dote rescindida si hubiera sido otorgada por un deudor que obrare en fraude de sus acreedores.

En lo referente al objeto, podían ser dados en dote todos aquellos bienes que forman parte de un patrimonio, es decir, las cosas corpóreas e incorpóreas sujetas a un derecho real u obligacional y aún un patrimonio entero. De esta manera podía transferirse un derecho de propiedad, de servidumbre, personales o reales, los derechos de prenda e hipoteca.

Podía igualmente constituirse dote obligándose el otorgante con el marido

(12) Fritz Schulz. Classical Roman Law. Oxford University Press. 1a. Edición. 1951, pág. 72.

o por él, cediéndole un crédito ya existente y liberándolo de una deuda o de una carga que limitara un derecho que le pertenece.

La dote -atendiendo a las personas que la debían otorgar- era de dos clases : Dote profecticia que es la que proviene del padre o de otro ascendiente paterno de la mujer y dote adventicia que era la constituida por la mujer misma, por su madre o por un extraño. Para que existiera dote profecticia era necesario, no sólo que el constituyente fuera el padre u otro ascendiente paterno, sino también que mantuviera el carácter de anticipo de herencia, porque si el padre la otorgaba para saldar una deuda que tuviera con su hija o bien en su condición de fiador de un tercero que se hubiera comprometido a constituir la, era considerada como dote adventicia. Si el extraño que constituía la DOTE ADVENTICIA se reservaba el derecho de recuperar los bienes en caso de disolución del matrimonio, éste tomaba el nombre de dote recepticia.

La dote podía constituirse por actos entre vivos o por disposición de última voluntad. Se constituía por negocios inter-vivos valiéndose de la entrega efectiva e inmediata de los bienes que la integran o bien obligándose el constituyente a hacerlo, mediante un acto jurídico.

La transmisión real y efectiva de los bienes se operaba por medio de la DATIO DOTIS que podía tener lugar por mancipatio IN IURE CESSIO o TRADITIO, si se trataba de cosas corporales o de derechos reales y por cesión de crédito.

La constitución por obligatio podía constituirse por la DICTIO DOTIS forma que consistía en una promesa unilateral y solemne dada oralmente de la que solo podían valerse la mujer misma si era sui iuris ; sus ascendientes agnados si era alieni

iuris o el deudor de la mujer cuando obrare con mandato de ella y por la PROMISSIO DOTIS o promesa de constituir la dote, que se verificaba con las formas de la estipulación y que podía ser utilizada por cualquier persona que deseara beneficiar a la esposa. (13)

La dote, cualesquiera fuera su clase, estaba siempre supeditada a la condición de que existiera una IUSTAE NUPTIAE, porque si el matrimonio no se realizaba, es decir si la condición no se cumplía no había dote y el constituyente tenía derecho a reclamar la restitución de los bienes que hubiere entregado o la liberación de la obligación contraída. Para exigir la restitución de los bienes dotales, desde el derecho clásico, el otorgante contaba con la REIVINDICATIO, cuando la dote consistiera en una DATIO y con la CONDICTIO cuando tuviera por objeto una PROMISSIO.

La simple promesa de dote carecía de eficacia jurídica para constituir la, si no se verificaba con las formalidades de la dictio o de la promissio. Pero desde Teodosio II adquiere plena validez obligatoria al quedar configurada como pacta legitima, pudiendo ser el constituyente constreñido a su cumplimiento mediante una CONDICTIO EX LEGE.

Por fin, Justiniano admitió que la dote pudiera constituirse tácitamente, al consagrar la presunción de que la mujer divorciada que contrajera nuevo matrimonio con su antiguo marido sin haberle exigido la restitución de la dote, la ha constituido nuevamente.

(13) Alvaro D'Ors. Derecho Privado Romano. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1968. Pág. 144 y siguientes.

Los efectos de la constitución de la dote, así como las condiciones de validez del acto, están dados en general por los principios que regulan los negocios jurídicos y, en especial, por las disposiciones aplicables a las distintas formas de que las partes se hubieran valido para su otorgamiento. Dada la naturaleza particular del instituto, la legislación romana dió algunas normas singulares modificatorias de las reglas generales que le eran aplicables. Así, la mujer que no estaba obligada a otorgar su propia dote, no tenía derecho a repetir lo que hubiera dado aunque hubiera obrado por error.

También se admitió que la dote pudiera constituirse válidamente aún cuando, la persona que la otorgaba no precisare su objeto, porque la elección del mismo quedaba liberada a su arbitrio. Una vez constituida la dote, si el otorgante tuviera el dominio de los bienes, el marido se hacía titular de los derechos transmitidos y propietario de las cosas corporales que formaban su objeto. En caso contrario, adquiría una posesión AD USUCAPION que solo le permitía hacerse propietario de los bienes por el transcurso del tiempo.

Por ser la dote un justo título de adquisición, el dominio dado por la ley al marido sobre los bienes dotales le autorizaba a disponer válidamente de los mismos a título gratuito y oneroso, a transmitirlos a sus herederos por disposición de última voluntad y a adquirir todos los accesorios y los frutos que los bienes produjeran.

La amplitud de los poderes del marido sobre los bienes dotales que podría significar un perjuicio para los intereses de la mujer y hasta hacer ilusoria su restitución en caso de disolución del matrimonio, dió lugar a que la legislación romana arbi-

trara los medios para limitarla. Así una LEX JULIA de la época de Augusto prohibió al marido enajenar sin el consentimiento de la mujer los fondos dotales, así como gravarlos con prenda e hipoteca aún cuando tuviera su conformidad. En el derecho Justiniano, este avance legislativo se hace más evidente desde que es declarada nula la enajenación parcial o total, de cualquier clase de bienes, aunque se hubiera realizado con la conformidad de la esposa.

También los poderes del marido —en lo que respecta a la administración de los bienes— fueron restringidos, imponiéndosele la obligación de emplear igual diligencia que para las cosas propias, de donde resultaba responsable por la pérdida, deterioro o disminución del valor de la cosa hasta la CULPA LEVIS IN CONCRETO.

Por lo que hace a la mujer, la legislación romana no le reconoció derecho alguno sobre los bienes dotales durante el matrimonio, y solamente le estaba permitido intentar aquellas medidas conservatorias que le aseguraban la eventual restitución de la dote para el caso de que las nupcias fueran disueltas. De esta manera, estuvo autorizada a exigir del marido suficiente caución si tuviera el convencimiento de que éste no estaba en condición de cumplir con las obligaciones dotales. Este derecho podía ejercerse invocando justos motivos, como el de proveer a la subsistencia de la esposa o a la de sus hijos. Justiniano llevó más adelante esta norma al autorizar la restitución de la dote aún durante el matrimonio, pero prohibió a la mujer enajenar los bienes dotales.

Sabemos que hasta principios del Imperio, el marido era propietario de la dote ; quedando constituido en esa forma un solo matrimonio ; pero a partir de Augus-

to se restringió la potestad matrimonial del marido y se inició la integración de un sistemas de garantías para los bienes de la mujer ; originándose así el régimen económico del matrimonio, al concurrir en una sola familia la duplicidad del patrimonio de los esposos. Podemos decir que se vislumbró la comunidad de bienes de hecho, aunque no de derecho ; pues como sistema jurídico, dicha comunidad no tiene antecedente expreso en Roma.

Bajo el Imperio cuando el matrimonio se celebrara SINE MANUS, el régimen dotal substituyó a la adquisición de los bienes de la mujer que se producía en el matrimonio CUM MANUS.

Cuando los divorcios se hicieron frecuentes, fue necesario atender la necesidad de la mujer divorciada cuya dote quedaba en manos del marido. Para ello se tomó la costumbre de establecer una estipulación por la cual el marido se comprometía en caso de divorcio a devolver la dote o una parte de ella. En ausencia de estipulación, se otorgó a la mujer la acción REI UXORIAE, probablemente de carácter penal. El derecho antiguo no dió normas respecto a la restitución de la dote porque siendo la forma más común de disolverse el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, ello no acarreaba mayores perjuicios patrimoniales para la mujer ya que, al fallecimiento del esposo, le era devuelta parcial o totalmente, en virtud de su calidad de heredera.

Por otra parte, era corriente que el marido la beneficiara con un legado, que jugaba como restitución. En cuanto a los casos de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, el esposo acostumbraba devolver la dote espontánea y amigable-

mente ; pero con el cambio de las costumbres, -cuando los divorcios se hicieron más frecuentes- al no existir el medio para obligar al marido a restituir la dote, se presentaron en la práctica situaciones injustas para la mujer no solamente porque el marido quedaba con el dominio de los bienes dotales, sino también porque aquella veía disminuída su posibilidad de contraer nuevas nupcias, precisamente por la falta de bienes que sirvieran para constituir nueva dote.

La jurisprudencia tendió a subsanar esta situación creando acciones y garantías a favor del constituyente, con lo que la dote adquiere los perfiles de una verdadera institución jurídica.

La primer forma ideada para lograr la recuperación de los bienes dotales fue la convencional, desde que se permitió a la mujer, o a la persona que hubiera constituído la dote, que concertara con el marido su devolución ; valiéndose del contrato verbal de estipulación del que nacía la ACTIO EX STIPULATU para hacer exigible el cumplimiento de la convención. El pretor creó un nuevo medio para poder exigir la restitución de la dote al conceder al constituyente una verdadera acción dotal, LA ACTIO REI UXORIAE, que tuvo un carácter originalmente penal y que comenzó aplicándose a los supuestos de disolución del matrimonio por divorcio para extenderse más tarde a los disueltos por la muerte de algunos de los esposos. LA ACTIO REI UXORIAE era de derecho común y pertenecía a la categoría de las acciones de buena fe.

A partir de la creación de la ACTIO REI UXORIAE, se impuso el concepto de que el marido quedaba obligado a restituir la dote sin necesidad de convenio algu-

no entre las partes, regulando el derecho clásico las distintas hipótesis que podían presentar en la práctica. Si el matrimonio se hubiere disuelto por divorcio, o por muerte civil o natural del esposo, la dote sea profecticia o adventicia, debía ser restituida a su mujer o a sus herederos, pero el marido guardaba un sexto por cada hijo, un sexto si la mujer había cometido adulterio. También retenía la parte de los regalos que le habían hecho a la esposa.

El ejercicio de la ACTIO REI UXORIAE competía a la mujer -si era sui iuris- o a su pater con el consentimiento de ella -si estaba bajo su potestad-. Los herederos de la esposa solamente podían intentar la acción en caso de disolución del matrimonio por divorcio y siempre que el marido hubiere sido constituido en mora antes de que ella falleciere. En el supuesto que el marido hubiera legado a su esposa los bienes dotales, ésta debió optar -en virtud del llamado EDICTUM DE ALTERUTRO de creación pretoriana que fue abolido por Justiniano-, entre el ejercicio de la acción EX TESTAMENTO, para reclamar el cumplimiento de la liberalidad o de la ACTIO REI UXORIAE, para exigir la restitución de la dote, porque le estaba prohibido ejercer al mismo tiempo ambas acciones.

Si el matrimonio se hubiere disuelto por muerte de la mujer, la dote adventicia quedaba en poder del marido, si no se hubiera convenido lo contrario; en tanto que la dote profecticia no corría igual suerte, porque debía volver al constituyente, -salvo que éste hubiere fallecido antes que la mujer-, en cuyo caso también quedaba en propiedad del esposo.

La jurisprudencia clásica dió igualmente normas relativas a la forma de res-

títuir las cosas que integraban la dote, estableciendo además algunas ventajas a favor del marido. Si se trataba de una cosa cierta, la restitución debía operarse inmediatamente ; mientras que si la dote consistía en sumas de dinero o cosas fungibles, el esposo debía reintegrarlas en tres anualidades, a menos que se hubiere convenido su devolución inmediata. El beneficio de las anualidades quedaba reducido a seis meses si hubiera cometido alguna falta en perjuicio de la mujer y se perdía totalmente si el esposo fuera culpable de adulterio. Como una atenuación a la responsabilidad que cabía al marido por la restitución de la dote, el derecho clásico le otorgó el BENEFICIUM COMPETENTIAE que podía oponer en caso de que fuera obligado a restituir más allá de su capacidad patrimonial. (14)

En el derecho post-clásico, impuesta la figura de los contratos inominados, se considero que la constitución de la dote podía encajar en este supuesto cuando el constituyente hubiera entregado alguna cosa o realizado otra prestación cualquiera. Entonces adquirió eficacia el simple pacto de restitución de dote acordándose al otorgante la ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS —propia de los contratos inominados— para exigir el cumplimiento de la convención.

D) REFORMAS DE JUSTINIANO

Justiniano reformó profundamente el régimen de la dote y el patrimonio conyugal. Justiniano concibe la dote como un patrimonio que debe constituirse obligatoriamente, para la mujer casada y que debe reservarse para ayuda de ésta después de

(14) Alvaro D'Ors. Op. Cit. Pág. 46.

disolverse el matrimonio. Consecuentemente la propiedad del marido sobre los bienes dotales se configura como temporal, es decir, como un derecho de usufructo similar al que tiene el padre sobre los bienes adventicios de sus hijos ; y se amplían las limitaciones impuestas a la propiedad del marido y las garantías para la restitución. Los ascendientes tenían ya un deber moral de dotar a los descendientes y un rescripto de Severo y Caracala parece haber encomendado a los gobernadores provinciales el velar por el cumplimiento de ese deber ; pero es Justiniano quien lo convierte en jurídico. Al mismo tiempo establece la responsabilidad por evicción (como en la compraventa) que queda garantizada, como también la obligación de entregar la dote, por una hipoteca legal sobre todo el patrimonio del obligado a constituir la dote.

En su Código, Justiniano, reconoce que la dote es de la mujer por derecho "natural", y le otorga una acción real para recuperar la dote ; pero ya antes del momento de restituir, cuando el marido se hace insolvente, incluso contra terceros que poseen los bienes dotales. Sin embargo, no puede ella enajenar esos bienes, y debe reservar los frutos para el mantenimiento de la familia.

Unicamente cuando la dote es AESTIMATA, el marido adquiere, la propiedad como si la comprara, y debe restituir en todo caso la estimación.

Se afirma claramente la prohibición de enajenar y pignorar toda clase de inmuebles, incluso con el consentimiento de la mujer ; aunque después estos actos de disposiciones se convalidan por la ratificación de la mujer a los dos años del acto, y siempre que el marido sea solvente. El derecho de la mujer sobre la dote tiene privilegio en el concurso de acreedores del marido ; además de la acción de dote y de la

acción real, dispone la mujer de una hipoteca legal privilegiada sobre todo el patrimonio del marido.

La nueva acción dotal (ACTIO DOTIS) es, por su contenido, en todo similar a la antigua ACTIO REI UXORIAE, pero Justiniano la llamaba ACTIO EX ESTIPULATU a pesar de no fundarse en una estipulación y de que se considera de buena fe. En ella se suprimían las antiguas retenciones, así como la alternativa con el legado que imponían el antiguo edicto de "ALTERUTRO". El marido responde de su culpa en la medida exigente del "cuidado" como en cosa propia (diligentia quam suis rebus) deben restituirse inmediatamente los inmuebles, los muebles y derechos en un año.

La dote debe ser restituida a la mujer siempre que el matrimonio se disuelva por la muerte del marido o por divorcio sin culpa de la mujer. En caso de morir la mujer, debe devolverse a sus herederos. Tan solo se queda el marido con la dote cuando el divorcio es por culpa o por capricho de la mujer o cuando se pacta así.

La dote profecticia debe volver al padre que la constituyó.

Justiniano completó esta reforma de la dote con la de las donaciones nupciales que el marido debía hacer a la mujer y debían ser de igual valor que la dote, en función de contradote.

Destinada esta donación nupcial, como la misma dote, a garantizar el mantenimiento de la viuda, se le aplicó el mismo régimen de la dote.

En su legislación, Justiniano reserva la propiedad de estas donaciones a

los hijos y deja a su madre el usufructuo, como ya se había hecho en la legislación de occidente. Justiniano da en propiedad a la mujer una parte como a cada hijo.

Cuando muere antes la mujer, si hay hijos, el padre tiene sólo el usufructuo y la propiedad es de los hijos. En caso de divorcio la parte inocente conserva la dote y la donación nupcial, pero la mujer inocente tan solo adquiere el usufructuo y la propiedad es para los hijos. De esta manera se tendió a un régimen de patrimonio conyugal común, en contra de la tradición romana de la separación de bienes.

El principal objetivo de la reforma de Justiniano fué el de perfeccionar el régimen de la restitución de la dote dictando a tal efecto la célebre Constitución del primero de noviembre de 530. Por la misma, declara abolida la ACTIO REI UXORIAE y concede en todos los supuestos la ACTIO EX STIPULATIO a la que le imprime el carácter de buena fé que tenía la anterior. Esta nueva acción —que en las Pandectas es frecuentemente denominada ACTIO DOTIS y que se acordó a la mujer o a sus herederos aún cuando mediare convención—, tuvo la virtud de hacer que la obligación de restituir la dote fuere de la esencia del régimen dotal.

Igualmente, Justiniano suprimió también la facultad de efectuar retenciones acordadas al marido, derogando las PROPTER LIBEROS porque ya habían sido reconocidos los derechos hereditarios de los hijos en la sucesión de la madre y la PROPTER MORES, porque es reemplazada por las penas consagradas para la mujer que ha dado causa al divorcio.

Asimismo, convierte las retenciones fundadas en razones económicas en sim-

bles créditos que el marido puede oponer en compensación, al ejercitarse en su contra la acción de restitución.

El derecho Justiniano deja sin efecto igualmente el EDICTO DE ALTERUTRO siendo entonces compatible a la mujer percibir el legado con que hubiera sido favorecida por el marido y exigir la restitución de los bienes dotales.

El beneficio de competencia a favor del marido otorgado por la jurisprudencia clásica es mantenido por el derecho Justiniano ; pero condicionado a que el mismo no hubiera obrado con dolo en la administración de los bienes dotales. La reforma Justiniana reforzó las garantías existentes con el fin de asegurar a la mujer la restitución de la dote ; otorgándole una VINDICATIO UTILIS a tal efecto, a pesar de que el esposo era quien detentaba el dominio de los bienes. Al mismo tiempo, gravó los bienes propios del marido con una hipoteca legal, privilegiada y preferida a toda otra garantía real aunque hubiera sido constituida con anterioridad.

Por fin, dispuso que una dote excesiva podía ser atacada por los herederos del otorgante, mediante QUERELA INOFFICIOSI DOTIS y que la prescripción de las acciones que podía hacer valer la esposa recién comenzaba con la disolución del matrimonio.

BIENES PARAFERNALES.- Dentro del régimen del matrimonio libre, los bienes de la mujer que no hubieran sido entregados en dote continuaban pertenciéndole exclusivamente desde que conservaba su calidad de propietaria como si no estuviera casada. Estos bienes propios de la mujer, fueron designados en la compilación justiniana con la expresión griega PARAPHERNA que significa PARA : fuera de y de PHERNE : dote.

Los bienes parafernales generalmente eran aportados al matrimonio y el marido los recibía, sea en carácter de administrador, en cuyo caso sus derechos y obligaciones estaban reguladas por las normas del mandato, sea en calidad de propietario con la obligación de restituirlos con los frutos y productos que ellos devengaren una vez disuelto el matrimonio. Estos bienes en un principio estuvieron integrados por objetos muebles propios de la mujer, como joyas, utensilios domésticos, vestidos, etc. ; pero luego adquirieron una mayor importancia económica-jurídica cuando se incluyeron créditos e inmuebles, que la esposa pudo aportar por habersele reconocido capacidad para ser titular de los mismos. Para que la contribución de la mujer se considerara un bien parafernale debía la misma probar su calidad de propietaria, situación fácilmente demostrable cuando se trataba de cosas que le habían pertenecido antes de la celebración del matrimonio, pero de difícil prueba si se refería a bienes adquiridos con posterioridad a las nupcias. En este último caso, con el fin de evitar dudas, la legislación romana se valió de una presunción consistente en considerarlos de propiedad del marido y en reconocer que la mujer los tenía en su poder por una concesión del mismo, salvo que se probare lo contrario. Conforme al régimen legal de los bienes parafernales, la mujer podía accionar directamente contra terceros con el fin de hacer valer su derecho de propiedad, sin perjuicio del derecho del marido de ejercitar las acciones en su nombre obrando como mandatario. También la mujer o sus herederos tenían acción para exigir del marido la restitución de los bienes parafernales pudiendo valerse según la naturaleza de los mismos y las modalidades de la entrega, de la acción del mandato o de la REIVINDICATIO cuando el esposo actuare como administrador y una CON-DICTIO cuando los hubiere recibido en propiedad.

Con el fin de garantizar la restitución el Derecho Romano estableció una hipoteca legal no privilegiada, sobre todos los bienes del marido, seguridad que nacía en el momento en que la mujer exigía la devolución de las cosas que constituían paraferna.

Cabe agregar que el marido tenía el derecho de administración de los bienes extradotales que recibía por lo que no le estaba permitido utilizarlos sino en beneficio del matrimonio, debiendo responder por la pérdida, el deterioro o la disminución del valor de los mismos, hasta la CULPA LEVIS IN CONCRETO.

E) REGIMEN MATRIMONIAL EN LA EPOCA ROMANA

En los matrimonios con manus regía, como ya se ha visto, el sistema patrimonial propio de los hijos: todos los bienes aportados por la mujer pasaban, por necesidad jurídica, a ser del marido, así como cuanto la mujer adquiriese durante el matrimonio, bien por herencia o por donación, por su trabajo o por otro modo cualquiera. La mujer ocupaba, el lugar de una "hija". Por tanto, en principio, el marido sólo estaba obligado a responder de las deudas por ella contraídas durante el matrimonio, del mismo modo que respondía por los verdaderos hijos.

Ulpiano relata que durante el matrimonio ~~con~~ manus, estaba vedado a la mujer asumir deudas por contrato, como lo estaba a una hija, ya que en el Derecho Clásico las mujeres no pueden obligarse por negocio jurídico sin la Autoritas Tutoris, y la mujer alieni iuris carece de tutor.

Las obligaciones delictuales de la mujer es de presumir -pues nada se sabe

este particular- que surtiesen el mismo efecto que las provocadas por los hijos : de ser así cabría interponer la acción noxal contra el marido, y si éste no quería asumir las consecuencias del delito, podría dar al demandante su mujer en mancipium, a modo de sierva.

Las deudas contractuales de la mujer, anteriores al casamiento, quedan anuladas, a causa de la capitis diminutio que éste suponía. Más como parecía injusto que el marido adquiriese el patrimonio activo aportado por la mujer, y en cambio, no respondiera de sus obligaciones si se negaba a saldar las deudas válidamente asumidas por aquélla antes de casarse, el pretor sujetaba a concurso los bienes de la mujer, lo cual equivalía a considerar el matrimonio como no celebrado en lo que al patrimonio de ésta se refería.

A la muerte del marido, la mujer cum manu gozaba de un derecho hereditario pleno sobre sus bienes, al igual que los hijos ; hallando así en cierto modo una compensación al severo régimen de sumisión patrimonial al que en vida se encontraba sujeta.

El matrimonio libre, en cambio, para nada influye fundamentalmente en las relaciones patrimoniales. Los bienes aportados por la mujer siguen también incumbiendo el pasivo, y para sí es cuanto adquiriera durante el matrimonio, por trabajo, por herencia, etc. Goza de la misma capacidad que el marido para adquirir y obligarse, así como para la administración y libre disposición de su patrimonio.

El derecho no reconoce a aquél prerrogativa alguna sobre los bienes de su

mujer. Si ésta le confía sus intereses en administración (estos bienes no forman parte de la dote) se le llaman bienes parafernales, y al marido se le considera en este respecto, como un mandatario, obligado a regentear estos intereses al servicio y según la voluntad de su mujer pero sin que tenga jamás un derecho personal de administración sobre su patrimonio.

La relación jurídica matrimonial no influye tampoco para nada en los derechos hereditarios civiles : el cónyuge viudo no hereda del premuerto. Solamente a la viuda pobre reconoce Justiniano una pequeña participación en la herencia de su marido, como una especie de derecho alimenticio subsistente a la muerte de aquél. El pretor no se aparta tampoco, en lo esencial, de esta orientación ; y así el Derecho Hereditario que concede al cónyuge superstite -bonorum possessio un de vit et uxor- únicamente tiene aplicación cuando no quede ningún pariente llamado a heredar.

En el matrimonio libre sólo rigen las siguientes normas de contenido patrimonial :

a) El marido está obligado a procurar a la mujer los medios de subsistencia necesarios, así como a soportar las cosas de la vida conyugal.

b) Las donaciones entre cónyuges -cuando no sean una mera forma de ayudar a la subsistencia, sino que representen verdaderas adjudicaciones de bienes -son nulas- a menos que se hagan en vista de la disolución del matrimonio- y pueden revocarse en todo momento ; pero si el donante no hace uso de su derecho, la donación se

TESIS DONADA POR D. G. B. - UNAM

convalida.

c) Respecto a las adquisiciones de la mujer dentro del matrimonio rige -la llamada Praesumptio Muciana-, según la cual, tales adquisiciones se presumen hechas por el marido. Sobre esta norma, relacionándola con la prohibición de las donaciones entre cónyuges, construye luego la práctica del Derecho Común la siguiente regla : se presume que cuantas cosas se hallan en posesión de los cónyuges pertenecen en propiedad al marido.

d) Entre los cónyuges no hay lugar a las acciones de hurto. Si pendiente el divorcio, uno de ellos comete hurto contra el otro, se concede a éste, en lugar de las acciones furtivas, una especial acción la -Actio rerum motarum- pretoria, que sólo persigue la indemnización ; supliendo exclusivamente, por tanto, la *condictio furtiva* : la acción penal queda sin efecto.

Fuera de esto, la única significación que el matrimonio libre presenta respecto a los bienes, es el servir de base a ciertos negocios jurídicos y, en especial, a la constitución de la dote, o sea a las donaciones *propter nuptias*.

CAPITULO II

A) REGIMENES MATRIMONIALES EN EL DERECHO GERMANICO

No se conoce con seguridad el régimen de bienes del matrimonio en el derecho germánico más antiguo. Las fuentes de la época franca permiten suponer que entonces empezó la evolución de un derecho marital a administrar los bienes de la mujer. Así como el marido -en concepto de sucesor del padre de la novia- alcanza la potestad sobre la persona de la mujer, adquiere también sobre sus bienes una potestad y derecho de administración. (15)

Este sistema de administración marital de los bienes de la mujer, denominado sistema de la "comunidad de administración" se conservó durante la Edad Media sobre todo en el derecho sajón oriental (westfaliano). El marido y la mujer no tienen en vida bienes ramificados, pues si bien la propiedad está separada, los patrimonios de ambos cónyuges forman durante el matrimonio una masa unitaria administrada por el marido, en nombre de la comunidad conyugal. El marido tenía la libre disposición de los bienes muebles de la mujer y de todos los suyos propios, mientras que sólo con asentimiento de la mujer podía disponer de los inmuebles de la misma. Al disolverse el matrimonio, los bienes conyugales volvían a desintegrarse en los dos elementos que los componen : bienes del marido y bienes de la mujer.

(15) Mayer-Homberg, Stud. Z. Gesch. D. Verfanger Ia. Ed. 1913.

La mayoría de los pueblos alemanes -en el curso de la Edad Media- han evolucionado hacia una forma de comunidad de bienes. Los patrimonios de ambos cónyuges se unifican, en todo o en parte, incluso *quad dominium*. Los bienes comunes, de esta suerte unificados, pertenecen a ambos cónyuges en mano común y, al disolverse el matrimonio, no se desintegran, conforme a su origen, en bienes del marido y bienes de la mujer, sino que su destino se determina prescindiendo del origen de los objetos singulares.

No mejoró la situación con la recepción del derecho romano. Antes bien, en algunos territorios, especialmente de Alemania Septentrional, introdujo, sobre los ya existentes, un nuevo sistema : el derecho dotal romano. Surgieron cruces de todas clases del sistema romano con uno de los alemanes, o sea, sistemas mixtos romano-alemanes. ⁽¹⁶⁾ Por obra de la ciencia romanista, se experimentó una transformación esencial sobre todo la comunidad de administración ; desapareciendo la idea de un patrimonio conyugal, unificado durante el matrimonio para fines de administración y la idea del derecho del marido a disponer de este patrimonio en nombre de la comunidad conyugal. En su lugar se estableció una cuidadosa separación entre los bienes del marido y los de la mujer, incluso durante el matrimonio y se construyó un usufructus maritalis, -de derecho alemán modificado-, sobre los bienes de la mujer, que, a diferencia del usufructo romano, implicaba, además del derecho de disfrute, un derecho de disposición.

Las leyes particulares modernas, tanto las de los Estados como las de las ciudades, y sobre todo las grandes codificaciones, desde la segunda mitad del siglo XVIII,

(16) Neubauer, D. in Deutsch. Gelt. Ehel. Gutterrecht, 1879.

han superado en algo la fragmentación del derecho de bienes matrimoniales, unificando el derecho en territorios cerrados, siquiera a veces muy pequeños. (17)

Ya en el derecho medieval era posible apartarse convencionalmente del régimen legal de bienes, siendo frecuentes tales "fundaciones matrimoniales". Aún después de la recepción, se han seguido considerando admisibles los contratos sobre bienes del matrimonio. A veces, como en el territorio del Código Civil y en Hamburgo, sólo se admitían los celebrados antes del matrimonio, aunque casi siempre se admitían tanto los anteriores como los posteriores.

El Código Civil Alemán abandonó el principio regional, introduciendo un régimen legal de bienes uniforme para toda Alemania, lo que fué razonable, pues las diversidades de los derechos alemanes no correspondían a una diversidad de la situación económica ni a particularidades de los pueblos alemanes, sino que procedían principalmente de azares históricos. (18)

El sistema del régimen legal es, para la gran mayoría de los casos, el régimen de administración y disfrute maritales, que aún hoy se denomina a veces comunidad de administración. La regulación del Código Civil se inspira en el sistema legal de Landrecht prusiano y en una Ley de Oldemburgo de 1873, que reforma y mejora. El régimen legal es meramente dispositivo. Los cónyuges (o los prometidos) pueden pactar otro distinto. Son libres para regular sus relaciones patrimoniales. El contrato en que regulan esas relaciones se llama contrato de matrimonio. Puede concluirse an-

(17) Kipp Teodoro y Martin Wolff. Derecho de Familia. V.I.

(18) Roguin. Traité de Droit Civil Compare ; Le regime matrimoniaux. Paris 1905.

tes o después del matrimonio ; en el primer caso se impide que entre en vigor el régimen legal ; en el segundo caso, el régimen legal o convencional ya en vigor se altera a posteriori .

El contrato de matrimonio puede tener diverso contenido : las partes pueden mantener el régimen legal , pero modificándolo en aspectos singulares (contrato de matrimonio especial) . Tales contratos sólo se permiten en tanto en cuanto la ley pronuncie su admisibilidad o la norma legal , que convencionalmente se elimine , no afecte esencialmente al carácter del régimen legal patrimonial del matrimonio .

También cabe eliminar totalmente el régimen legal y sustituirlo por un nuevo sistema . Pueden asimismo suprimir , -mediante un nuevo contrato de matrimonio- , un régimen patrimonial establecido por contrato anterior , ya introduciendo convencionalmente un nuevo sistema (o bien el antiguo), ya guardando silencio sobre el régimen valedero en lo sucesivo , de suerte que entre en vigor un régimen legal (contratos generales del matrimonio).

La ley , siguiendo el ejemplo del Código Civil Francés , pone a disposición de los particulares diversos tipos de régimen patrimonial desarrollados detalladamente a saber : de un lado , las dos formas reguladas como régimen legal de la administración y disfrute maritales y la separación de bienes , que de esta suerte , pueden constituir también regimenes contractuales y además tres tipos de comunidad que , para los matrimonios concluidos después de 1900 , no puede regir , sino contractualmente : la comunidad general de bienes , la comunidad de ganancias y la comunidad de mue-

bles. (19)

Aún aceptando uno de los cinco sistemas regulados por la ley, las partes pueden modificar detalles de la regulación legal, -siempre que no se trate de normas esenciales al régimen elegido-. Por el contrario, las partes no pueden introducir sistema alguno fuera del marco de los cinco regulados por la ley, pues la libertad de contratación que, a estos efectos otorga el Código Civil, no alcanza a conceder la facultad de producir contractualmente y al arbitrio de las partes sucesiones universales en el patrimonio de uno de los cónyuges. Por ejemplo, los cónyuges no pueden pactar la comunidad de muebles del Código Civil Francés, porque, según él, el marido tiene derechos de disposición sobre los bienes comunes mucho más amplios de lo que permite el derecho Alemán y, además, porque, según el derecho Francés, los bienes comunes no responden de las deudas de la mujer.

En suma, los trazos principales del Derecho Alemán en esta materia son los siguientes :

- 1º Régimen de administración y disfrute por parte del marido.
- 2º Régimen de separación.
- 3º Régimen de comunidad universal.
- 4º Régimen de comunidad de adquisiciones y ganancias.
- 5º Régimen de comunidad de muebles y ganancias.

(19) Por el contrario, en una norma muy digna de tenerse en cuenta, en Italia se prohíbe el establecimiento de la comunidad general de bienes y de la comunidad de muebles. Solo pueden establecerse por contrato la comunidad de ganancias y el sistema dotal Código Civil Italiano Artículo 1433.

De estos cinco regímenes, el primero es el que tiene, por regla general, carácter legal, como supletorio de la voluntad, como ya lo habíamos dicho anteriormente, en el caso de que no se celebre contrato expreso sobre bienes de matrimonio. El segundo, o sea el de separación, puede ser también, -en casos excepcionales-, régimen legal supletorio; como ocurre cuando uno de los casados tiene restringida su capacidad legal para contratar, y no ha obtenido la asistencia de su representante legal, y en general, según el artículo 1426, en todos los casos en que termina o no da lugar a la administración del marido, según los artículos 1418 a 1420.

B) REGIMEN LEGAL ; REGIMEN DE SEPARACION ; REGIMEN DE COMUNIDAD UNIVERSAL ; REGIMEN DE ADQUISICIONES Y GANANCIAS ; REGIMEN DE MUEBLES Y GANANCIAS.

El régimen establecido como legal o supletorio, llamado con mucha propiedad, de comunidad de administración WERWAL TUNGSGEMEINCHASFT, o mas aceptadamente según el código de administración y disfrute por el marido, tiene gran analogía con el adoptado también como legal por el código Suizo.

Repitiendo, por el solo hecho de la celebración del matrimonio, y cuando se aplica este régimen, todos los bienes de la mujer que no se hallen expresamente excluidos por la ley -bienes reservados- quedan sujetos a la administración y disfrute del marido. No solo pues, los bienes que pertenezcan a la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio, sino los que adquiriera después y durante el mismo, salvo los bienes excluidos o reservados. Sin embargo, no habrá lugar a la administración y disfrute

te del marido, cuando la mujer tenga restringida su capacidad para contratar y el matrimonio se haya celebrado sin el consentimiento de su representante legal. En este caso, se considerará como regimen legal, el de absoluta separación de bienes.

A continuación, el código Alemán consigna cuales son los bienes reservados o excluidos de la administración y disfrute del marido, y señala, entre ellos, los de uso personal de la mujer -especialmente vestidos, alhajas, o instrumentos de trabajo-, los que la mujer adquiriera por su trabajo, industria o profesión, los excluidos por pacto en el contrato del matrimonio; los adquiridos por herencia, legado o donación, con la condición de que sean reservados o excluidos, y los que la misma mujer adquiere por medio de un derecho que forme parte de los bienes reservados; o por indemnización, a causa de la pérdida, destrucción o deterioro de bienes igualmente reservados. El marido entra en la posesión y disfrute de los bienes de la mujer no reservados, pero no puede enajenarlos ni ejercer actos de disposición respecto de ellos, y salvo los que enumera el artículo 1376, sin consentimiento de la mujer, que si fuese negado, puede ser suplido por el tribunal de tutelas a requerimiento del marido.

Con los productos de la administración de los bienes de la mujer debe el marido atender a todos los gastos de dicha administración, con arreglo a los principios que rigen el usufructo, y con los mismos productos, y los de sus propios bienes, debe aquel atender tambien a los cargos de sostenimiento del hogar y de la familia (artículos 1383 a 1390).

Segun el artículo 1391, el marido debe prestar garantías que aseguren el resultado de su gestión, si la mujer las exigiese. El regimen concluye, naturalmen-

te, a la disolución del matrimonio, y, además, puede cesar a solicitud de la mujer, en los casos siguientes :

- I.- Cuando se reúnan las condiciones con arreglo a las cuales la mujer puede exigir garantías al marido, según el artículo 1391.
- II.- Cuando el marido viola su obligación de proporcionar alimento a la mujer o a los hijos.
- III.- Cuando el marido sea declarado en estado de interdicción.
- IV.- Cuando haya sido sometido a curatela para sus asuntos o negocios patrimoniales.
- V.- Cuando haya sido nombrado un curador al marido ausente o si el levantamiento de la curatela no puede preverse para un plazo próximo.
- VI.- Cuando el marido sea declarado en quiebra por sentencia o resolución judicial firme.
- VII.- Cuando es declarado muerto, o a partir del momento en que se haya declarado que la muerte tuvo lugar.

Ya hemos visto que la separación de bienes puede ser régimen legal en algunos casos, según el derecho Alemán, y que también puede libremente establecerse por contrato.

Las reglas de este régimen son análogas a las establecidas en las demás le-

gislaciones que lo admiten. Unicamente es de advertir que el artículo 1427 del Código Civil consigna que el marido debe soportar las cargas del hogar ; pero añade que la mujer, para subvenir a las necesidades, debe entregar al marido una contribución proporcional de las rentas de sus bienes y de los productos de su trabajo o de la profesión lucrativa que ejerza.

Respecto a la comunidad universal de bienes en el derecho Alemán, conviene advertir que los que constituyan o integren la comunidad pueden señalarse por pacto, con mas o menos extensión, y no forman una copropiedad de tipo latino, o sea, por partes alicuotas en cada cosa, sino una propiedad de las llamadas "en mano común", la que es típicamente germana, y donde cada cosa pertenece a los dueños sin designación de partes, durante la comunidad, y por, tanto, para cualquier acto de enajenación o disposición, se requiere el consentimiento del marido y de la mujer. No obstante, concurre la particularidad de que el administrador de los bienes comunes ha de ser siempre el marido, sin que pueda pactarse con carácter general que lo sea la mujer.

Al fallecimiento de uno de los cónyuges, y si hay descendientes comunes, la comunidad continua entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto, a menos que aquel la rechace. Esto se llama, en el Derecho Alemán, " La comunidad continuada ".

En el régimen llamado de comunidad de adquisiciones y ganancias se hace común lo que los cónyuges adquieren durante el matrimonio, pero no se comprenden los bienes que se hayan declarado excluidos en el contrato ni aquellos que pro-

cedan de adquisiciones por donaciones, herencia o legados, siempre que, según la voluntad del testador donante, hayan de pertenecer exclusivamente al patrimonio del donatario heredero o legatario.

También se hacen comunes, en este régimen, las ganancias obtenidas por los cónyuges durante el matrimonio.

La administración de los bienes comunes corresponden al marido y se presume que son comunes todos los bienes del matrimonio que no conste expresamente que han sido adquiridos por cualquiera de los cónyuges antes de la celebración de aquel, o que están excluidos de la comunidad, por pacto o por disposición de la ley. La llamada comunidad de muebles y adquisiciones, es el régimen legal adoptado para Francia por el Código de Napoleón y uno de los expresamente regulados por el Alemán, consiste en que se hacen comunes todos los bienes muebles de los consortes existentes antes del matrimonio, y los que adquieran después, sean muebles o inmuebles, con iguales condiciones que las establecidas en el régimen llamado de comunidad de adquisiciones.

Salvo disposición expresa en contrario, se aplican a la comunidad de muebles y ganancias o adquisiciones las mismas reglas establecidas para la comunidad universal de bienes.

Tanto en este régimen, como en el anterior, no se incluyen en la comunidad los bienes adquiridos por sustitución o subrogación de otros privativos de los cónyuges, ni da lugar a la comunidad continuada, después del fallecimiento de uno de

los consortes, si no fuese pactada en el contrato del matrimonio.

Con esto vemos que el sistema germánico no admite la inmutabilidad del régimen económico durante el matrimonio, y permite que en cualquier tiempo, después de celebrado aquél, se alteren, modifiquen y sustituyan los pactos establecidos en el contrato referente a los bienes matrimoniales. (20)

En el régimen de bienes en que viven los cónyuges tiene importancia no sólo para ellos, sino también para los terceros, pues la eficacia de un negocio jurídico, que un tercero concluya con uno de los cónyuges y el alcance de una sentencia dependen con frecuencia de ese régimen.

Lo que ha de surtir efecto contra tercero, debe ser notorio para el mismo, mientras los derechos anteriores establecían como medio de publicidad la publicación en los periódicos o la publicación de carteles, el Código Civil siguiendo el ejemplo de Oldenburg, ha creado un registro público donde pueden inscribirse las desviaciones del régimen legal, siendo necesaria la inscripción para que surtan efecto contra todos.

El registro de bienes del matrimonio, lo mismo que el mercantil y el de asociaciones, se lleva por el tribunal de primera instancia. Lo mismo que estos registros, todo el mundo puede examinarlos y pedir copias de las inscripciones. (artículo 1563).

(20) Fernandez Clerigo Luis. El Derecho de la Familia en la legislación comparada. Editorial Hispano-Americana. 1º Edición. 1947. Pag. 76 y siguientes.

Si la mujer dirige los asuntos comunes de la casa (artículo 1356), no solo ha de realizar actos de puro hecho, sino que también debe estarle permitido celebrar ciertos negocios jurídicos. A este efecto, tiene la potestad de dirección doméstica "Potestad de la llave" : Schlüsselgewalt) que es una facultad de derecho patrimonial para dirigir la economía doméstica, constituye el derecho de la mujer de gestión de negocios y de representación en asuntos de su esfera doméstica (artículo 1357) Esta facultad la tiene tanto el régimen legal de bienes como en el convencional. Según la antigua concepción Alemana, la potestad doméstica facultaba a la mujer para celebrar negocios jurídicos por cuenta de la comunidad conyugal. El derecho moderno, al abandonar la idea de la comunidad de los cónyuges, considera a la mujer gestora de los negocios y representante del marido. Esta facultad, hasta cierto punto, de cuidar los negocios del marido, y para representar a éste ; pero como quiera que el marido esta obligado en principio a alimentar a su mujer y a sus hijos, tambien constituye por lo regular, un negocio del marido el de procurar esos alimentos.

La gestión de negocios no es solo un derecho sino también una obligación de la mujer, que deriva de su deber de dirección doméstica. (artículo 1356).

CAPITULO III

A) REGIMENES MATRIMONIALES EN EL DERECHO FRANCES

En los anales históricos, el matrimonio origina en Francia, numerosas cuestiones, se formó una teoría especial, la llamada del régimen matrimonial, que tuvo su fuente en el Derecho Romano con la práctica de la date.

La ley francesa reconoce cuatro tipos de regimenes :

1o. La comunidad ; 2o. el régimen sin comunidad ; 3o. la separación de bienes ; y, 4o. el régimen dotal.

Un breve y anticipado esbozo nos permite saber : que el régimen de comunidad se caracteriza por la existencia de una MASA COMUN, compuesta de bienes indivisos, pertenecientes a los dos esposos, generalmente por mitad, y que por la regular deben permanecer en estado de indivisión durante el matrimonio. A esta masa se le llama Comunidad ; es objeto de una sociedad de bienes de un género particular, propio a los esposos.

La comunidad puede comprender la totalidad o solamente una parte de los bienes de los esposos ; este último caso es el más frecuente ; sin embargo las comunidades universales son raras. Los bienes comunes son administrados por el marido, con facultades muy amplias, tan extensas como si fuese el único propietario. Los bienes

no comprendidos en la comunidad se llaman propios, y los propios de la mujer son administrados por el marido, quien percibe sus rentas en provecho de la comunidad. Que el régimen sin comunidad se halla sometido a las mismas reglas anteriores, principalmente respecto a la capacidad de la mujer, y a la administración y goce de los bienes propios de ella ; administración y goce que se atribuyen al marido. La única diferencia consiste en la ausencia de comunidad : no hay bienes comunes, todos los bienes de los esposos son propios, ya sean del marido o de la mujer.

Que en el régimen dotal hallamos al sistema romano de la separación de bienes. Debe su nombre a la dote aportada por la mujer al marido, y de la cual éste adquiere, por lo menos las rentas, y a veces también la propiedad. Los bienes dotedales son, en principio, inalienables e inembargables. Los bienes no dotedales se llaman parafernales.

Cuando Napoleón ordenó se preparara el proyecto definitivo del Código Civil, la comisión de redacción tuvo que resolver una importante cuestión. ¿ Había que conservar los regimenes consuetudinarios o los regimenes dotedales ? La comisión decidió conservar ambos, dejando a los particulares la libre elección entre ellos. Esta elección tuvo un resultado notable : la penetración recíproca de los dos regimenes.

Otra cuestión se presentó al estarse confeccionando el Código : era necesario preveer el caso frecuente de personas que se casan sin celebrar contrato de matrimonio, y determinar su régimen matrimonial. Los partidarios de los grandes regimenes, la comunidad y el régimen dotal, se encontraron nuevamente en presencia.

Los partidarios del régimen dotal invocaban en su favor la necesidad de proteger a la mujer contra el marido, quien puede fácilmente arruinarla ; obteniendo su consentimiento para hipotecar o enajenar sus bienes. Contra la comunidad, afirmaban que era injusta para el marido porque es él quien la enriquece mediante su trabajo, adquiriendo la mujer la mitad de los gananciales.

En favor del régimen consuetudinario se respondió que la comunidad es, sobre todo, el régimen de los hogares pobres, en los cuales la mujer trabaja tanto como el marido. Aún en las clases ricas o acomodadas, la mujer conserva lo que el marido gana. Se agregaba que la ley de las sucesiones daba a la mujer un rango muy alejado y que justo era que el régimen matrimonial compensase esta situación. Por último la costumbre de unir una sociedad de gananciales al régimen dotal, que comenzaba a extenderse, se presentó como una indicación del sentimiento público en favor de la comunidad. Por otra parte, se reprochaba al régimen dotal el establecimiento de trabas para el comercio, para la inalienabilidad que establece, y facilitar los fraudes contra terceros, y a quienes la mujer vende o hipoteca sus inmuebles dotales, para pedir en seguida la nulidad de la enajenación y de la hipoteca.

A fin de cuenta triunfó la comunidad, según el artículo 1400 del Código Francés, a falta de contrato de matrimonio, los esposos, quedan sujetos a la comunidad de bienes, reglamentando la ley los términos de esta comunidad. La comunidad que existe a falta de contrato, se llama Régimen Legal. Cuando existe contrato de matrimonio, nos encontramos en presencia de un régimen matrimonial convencional.

Veamos ahora diversos aspectos que son interesantes para conocer las ca-

racterísticas de las fórmulas de los distintos regimenes matrimoniales franceses.

B) REGIMEN DE COMUNIDAD

La historia de la comunidad fué por mucho tiempo desconocida, y varios puntos de ella aún son dudosos y oscuros. Inútilmente se ha buscado su origen en el Derecho Romano.

Es verosímil que la comunidad se haya formado en la Alta Edad Media, quizás del siglo VIII al X. Desgraciadamente, los textos que existen sobre esta cuestión son muy raros. Solamente se advierte en ello, que los germanos consideraron como una categoría aparte. Los bienes que más tarde se llamaron GANANCIALES, es decir los que el marido y la mujer adquieren juntos durante el matrimonio. Durante el siglo XVI al XVIII el uso más general comprendía al de la comunidad : 1o. todos los muebles de los esposos ; 2o. los gananciales inmuebles, es decir, los inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso ; pero en ciertas regiones -principalmente en los países flamencos-, la comunidad había recibido una mayor extensión. En muchos lugares se practicaba la comunidad universal que comprendía todos los inmuebles pertenecientes a los esposos anteriores al matrimonio o adquiridos a título gratuito.

La comunidad tiene un carácter excepcional, pues es una sociedad de bienes establecida entre los esposos, pero no es una sociedad ordinaria. En la comunidad conyugal su funcionamiento y administración no se deja al arbitrio de las partes. Todo es reglamentado por la Ley ; la comunidad tiene un jefe necesario que es el mari-

do y sus facultades están determinadas por el Código y no pueden ser afectadas por el contrato matrimonial. La ley misma determina el principio y el fin de la comunidad y no pueden estipular otras fechas, asociarse o separarse cuando quieran.

Tal como está organizada por la ley, la comunidad solamente puede existir entre esposos, nunca se prolonga a la muerte de uno de ellos con sus hijos u otros herederos.

El término comunidad designa dos cosas distintas :

- 1o. A los esposos mismos, considerados como socios.
- 2o. Los bienes comunes.

La comunidad se forma de pleno derecho en el momento preciso de celebrarse el matrimonio.

Frecuentemente se ha preguntado si la comunidad está dotada de la personalidad civil, de modo que deba considerarse que constituye, entre los bienes propios del marido y de la mujer, el patrimonio de una tercera persona, la que sería ficticia, o bien si esta masa común es simplemente propiedad indivisa de ambos esposos. El problema planteado por la comunidad se consideraba antiguamente como un simple caso particular de una cuestión más general, relativa a todas las sociedades civiles, resolviéndose ambas por la negativa. Desde que la Corte de Casación reconoció la personalidad de las sociedades civiles ordinarias, no puede seguirse el mismo razonamiento. Sin embargo, es indudable que no ha cambiado la solución para la comunidad conyugal, y que aún permanece en el mismo estado que presentaba en el antiguo Derecho. Siempre se ha considerado a los esposos como copropietarios y al marido

como señor y amo de los bienes comunes, lo que excluye la idea misma de una tercera persona, que no sería sino un representante. La comunidad entre esposos ha permanecido en el estado en que se encontraba : una copropiedad.

Las ventajas que encontramos en la comunidad es indudablemente el más conforme con la idea que los pueblos modernos tienen de la familia y del matrimonio. La separación de bienes, -salvo que existan razones excepcionales-, no es natural en el matrimonio. Como dice Glasson, es contradictorio que dos personas que comparten el mismo hogar doméstico, tengan intereses totalmente distintos en sus bienes. La forma que mejor conviene a las costumbres francesas es la comunidad reducida a los gananciales, siendo la que se adopta en la mayoría de las capitulaciones matrimoniales.

Uno de los más graves inconvenientes de la comunidad, es la necesidad de una partición y de una liquidación general entre el esposo supertite y los herederos del premoriente. Se necesitan fuertes cantidades en efectivo para liquidar las restituciones, que no siempre pueden pagarse con bienes en especie ; tienen que venderse los valores o hasta vender el comercio, ya que se presentan los acreedores y exigen garantías. Frecuentemente la defunción de uno de ellos se convierte para el otro en una causa de ruina . (21)

No siempre es igual la composición activa de la comunidad. Al lado de la comunidad llamada legal, cuya estructura está determinada por la ley, y que representa el antiguo tipo organizado en la Edad Media por el Derecho Consuetudinario

(21) Simonet. *Revue Critique*, 1857. Pag. 355

se encuentran otras combinaciones, adoptadas convencionalmente por los esposos y que constituyen lo que se llama comunidad convencional. De aquí la necesidad de reconocer las fórmulas características del régimen legal : los elementos del activo del régimen legal, según la Ley no absorbe la totalidad de la fortuna de los esposos. Cada uno conserva como propios ciertos muebles e inmuebles ; por tanto deben tomarse separadamente estas dos categorías de bienes, para determinar lo que es propio y lo que es común.

Según el artículo 1401 del Código Francés el activo de la comunidad comprende :

1o. El moblaje, casi en su totalidad.

2o. Ciertos inmuebles.

3o. El goce de todos los bienes que permanecen propios a los esposos.

Según el sistema de la Ley francesa, la comunidad comprende la mayor parte de la fortuna de los esposos. Sólo por excepción algunos bienes permanecen propios de ellos. Por ello existe la presunción de propiedad en favor de la comunidad ; todo inmueble se considera ganancial, salvo prueba de que es de uno de ellos. Las causas de adquisición por virtud de las cuales un bien es propio, son en general causas lucrativas ; sin embargo, entre ellas, se encuentran también modos de adquisición a título oneroso, que, realizándose durante el matrimonio, producen propios y no gananciales ; he aquí la lista de todas las causas de adquisición a título propio :

1o. Inmuebles adquiridos por herencia.

2o. Inmuebles adquiridos por donación o legado.

3o. Inmuebles recibidos por arreglos familiares.

4o. Inmuebles adquiridos por permuta.

5o. Inmuebles adquiridos por reinversión.

C) LA COMUNIDAD UNIVERSAL

En la comunidad universal se estipula que todos los bienes se declaran comunes. Todos los bienes presentes o futuros, muebles o inmuebles, forman parte de la comunidad.

La extensión de la comunidad puede variar, sea legal, universal o reducida solamente a los gananciales. Su administración siempre está sometida a las mismas reglas : no hay varios regimenes de comunidad, solamente existe uno ; la extensión de la masa común es la única que varía.

La administración de la comunidad pertenece al marido en su carácter de jefe y por consiguiente, en ninguna manera puede afectarse este derecho en la cláusula del contrato de matrimonio. Respecto a la mujer, no tiene ésta ninguna facultad ; asiste como espectadora a la administración de su marido, por si misma nada puede hacer, ni aún con autorización judicial.

Las causas de disolución de la comunidad pueden ser divididas en dos grupos :

a) La comunidad puede disolverse por el rompimiento mismo del matrimonio ;

ya no hay comunidad porque ya no hay cónyuges. Tres causas forman este primer grupo :

- 1o. La muerte de uno de los esposos.
- 2o. El divorcio.
- 3o. La anulación del matrimonio.

Disolución por vía principal.- En ciertos casos la comunidad se disuelve por una causa que le es propia, aunque el matrimonio subsista, en este caso únicamente la comunidad se disuelve ; quedando ambos esposos sometidos a otro régimen. Tres son también las causas que forman este segundo grupo :

- 1o. La separación de bienes.
- 2o. La separación de cuerpos.
- 3o. La ausencia.

Cuando se disuelve la comunidad, la mujer tiene derecho a renunciar a ella. En este punto es comparable a un heredero en cuyo favor se ha abierto una sucesión, y que puede repudiarla. Es cierto que entre ambas situaciones hay considerables diferencias que señalaré oportunamente ; pero la analogía es asombrosa.

El derecho a renunciar -reconocido a la mujer- es un derecho excepcional ; contrario a las reglas de las sociedades ordinarias y del mandato. Debe verse en él uno de aquellos favores, concedidos a la mujer, para compensar la situación de subordinación que le corresponde en el hogar. Por ello, expresamente dice la ley que la mujer no puede renunciar esta facultad en las capitulaciones matrimoniales ; se procura asegurarle aún a pesar de ella, el provecho de este beneficio legal. Por la mis-

ma razón, no puede ejercitar anticipadamente su opción, cuando el matrimonio aún no se haya disuelto, pues esto equivaldría a privarse del tiempo que aún no transcurre.

Vemos pues que la aceptación de la comunidad no es sino una renuncia a la facultad de renunciar. Por tanto, consolida definitivamente el carácter de sujeta a la comunidad de bienes en la persona de la mujer, manteniéndole todas las cargas y beneficios que ese carácter implica. En consecuencia, la mujer se encuentra en la indivisión con su marido, de manera que es procedente la partición del activo y la división del pasivo entre los esposos ; pero si la mujer renuncia a la comunidad se considera que nunca ha estado sujeta a ella : todo lo que compone la comunidad -activo y pasivo- queda en poder del marido. La mujer se despoja -por virtud de su renuncia- de todos sus derechos sobre el activo ; pero, en cambio, nada tiene que pagar a los acreedores ; queda ella liberada de las deudas, las que íntegramente son soportadas por el marido.

Este doble efecto se produce retroactivamente ; pero la renuncia retroactiva no equivale a una rescisión de la comunidad ; si la hubiese, cada uno de los esposos recobraría sus aportaciones en el fondo común y se consideraría que el marido nunca ha tenido facultades sobre la comunidad ; en tanto que la renuncia, aún retroactiva, deja subsistir la comunidad con su composición activa y sus deudas, quedando en favor del marido toda la masa con sus cargas.

D) REGIMEN SIN COMUNIDAD

La ley no ha dado definición alguna sobre este régimen. Aubry y Rau nos la dan : "Cada esposo conserva para sí la propiedad de los bienes ; sus deudas per-

manecen separadas, y los bienes que por cualquier título adquiere cada uno de ellos durante el matrimonio le son propios". Todo esto resulta de que los esposos han excluído la comunidad. (22)

En cualquier otro punto, los esposos están sometidos a todas las reglas consuetudinarias del régimen de la comunidad. El marido tiene la administración de todos los bienes de la mujer y el goce de ellos en su nombre personal ; puede decirse en suma que es el régimen de la comunidad, menos la comunidad misma. Todos los bienes de los esposos, muebles e inmuebles, deben tratarse como propios ; todas sus deudas como deudas personales y deja al marido el derecho de administración y goce sobre el patrimonio de la mujer. Como lo advertimos la administración pertenece al marido, pues es él quien recibe el mobiliario que ella aporta como dote o que recibe durante el matrimonio y adquiere la propiedad, conforme a las reglas del cuasi usufructo de las cosas consumibles por el primer uso, salvo la obligación de restituir más tarde su valor. Los acreedores de cada esposo sólo pueden embargar los bienes de su deudor, y no los del cónyuge de éste. Respecto de las deudas de la mujer, se requiere que el documento en que conste, tenga fecha cierta ; de lo contrario el acreedor estaría obligado a embargar la nuda propiedad de sus bienes, para respetar el usufructo del marido.

Como hemos dicho antes, el marido tiene el derecho de percibir todos los frutos de los bienes de la mujer ; pero a su vez tiene todas las cargas como son : la reparación y la conservación ; pero no está obligado a proporcionar fianza. Cesan-

(22) Aubry y Rau.

do este usufructo a la disolución del matrimonio, el marido debe los intereses de la restitución de la mujer desde ese día.

Los productos del trabajo de la mujer le son propios bajo este régimen como bajo todos los demás.

E) REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

El régimen de separación de bienes —además de excluir la existencia de toda comunidad entre los esposos—, priva al marido de todo derecho de administración y goce sobre los bienes de la mujer; ésta administra por sí sola su fortuna y percibe todas sus rentas. El régimen de separación de bienes puede existir en dos casos diferentes:

1o. Cuando se estipula en el contrato de matrimonio porque los esposos lo hayan adoptado como su régimen matrimonial.

2o. Cuando los esposos que estaban casados primeramente bajo otro régimen, hayan quedado con posterioridad sujetos a la separación de bienes por virtud de una sentencia.

Su origen es, por consiguiente, unas veces judicial y otras convencional. Eso no supone dos regímenes de separación de bienes, pues únicamente existe una sola reglamentación, salvo sobre un punto que se indicará más adelante. Cuando se habla de separación judicial o convencional, se alude, por tanto, a la causa que establece este régimen. Cabe agregar que entre las fortunas de los esposos existe una separación absoluta que recae tanto sobre el goce de las rentas como sobre los capita-

les ; sin embargo, puesto que su vida es común, -como la de cualquier otro hogar-, es necesario subvenir a los gastos anuales, y justo es que la mujer contribuya a ellos con una parte. Como el régimen de separación no contiene dote, ningún bien de la mujer está especialmente afectado para ayudar al marido a soportar estas cargas. En consecuencia la mujer deberá tomar la tercera parte de sus rentas y contribuir así con las cargas del hogar.

El Código Francés de 1804 establecía que la mujer sujeta al régimen de separación de bienes era capaz de administrar por sí sola ; pero incapaz de enajenar y de comparecer en juicio sin autorización marital o judicial.

F) REGIMEN DOTAL

Este régimen es una separación de bienes, asociada originariamente a una constitución de dote, la que produce -salvo convenio en contrario-, la inalienabilidad de los bienes dotales. Es notorio que sin embargo, no sea necesaria la constitución de dote ; ya que ésta puede no constituirse. Por consiguiente, se le denomina así, no porque implique más que los otros regimenes, sino que en realidad se trata de una antigua denominación, debida a que toda su originalidad reside en las reglas excepcionales a que estaban sujetos entonces los bienes dotales.

El régimen dotal se admitió sólo como una concesión a las costumbres antiguas y como una excepción al Derecho común ; representado en adelante por el régimen de comunidad. El régimen dotal implicaba un ataque a los principios que las leyes francesas modernas consideran fundamentales, sobre la libertad natural de la pro-

piedad, y el legislador temía sus consecuencias, sobre todo, cuando ninguna publicidad advertía a los terceros de su existencia. Por todas estas razones, se exigió una declaración expresa en el contrato; y no bastaba que la mujer la constituyera o que un tercero la dotara, para someter los bienes que la componían al régimen dotal. No bastaba tampoco, excluir la comunidad o adoptar la separación de bienes. Era necesario que el contrato de matrimonio no dejara ninguna duda a los terceros que lo consultaban sobre la voluntad de los esposos de convertir en inalienables los bienes de la mujer. No es necesario decir expresamente que el régimen de los esposos será dotal: bastará por ejemplo, decir, que los bienes de la mujer serán inalienables, correspondiendo al marido el goce de ellos.

En principio, los bienes de la mujer casada bajo el régimen dotal son parafernales: la dotalidad es la excepción. Solamente son dotales los bienes comprendidos en las tres categorías siguientes:

- 1o. Los que la mujer se constituye expresamente en dote.
- 2o. Los que se le donan por contrato de matrimonio.
- 3o. Los que durante el matrimonio se subrogan a los bienes dotales.

En caso de duda, la fortuna de la mujer debe considerarse parafernala no siéndole aplicables las consecuencias especiales de la dotalidad.

La mujer es quien ha de hacer esta constitución de dote, designando los bienes comprendidos en ella. Ordinariamente se emplean las expresiones "constituirse" o "constituirse en dote", pero estos términos no son sacramentales. Así, hay constitución de dote cuando la mujer, -después de haber adoptado el régimen dotal-, de-

clara entregar a su marido tal o cual bien.

La mujer puede constituir en dote todos sus bienes presentes y futuros (constitución dotal universal) o solamente una de esas dos categorías, una porción de ambas, un inmueble determinado o cierto número de valores muebles.

Aún en presencia de una constitución de dote universal, puede negarse el carácter dotal a ciertos bienes de la mujer. La constitución de dote se interpreta siempre restrictivamente. Por ello, cuando se encuentra concebida en términos generales y la mujer declara dotales todos sus bienes, únicamente adquieren este carácter sus bienes presentes.

Cuando la constitución de la dote comprende los bienes futuros, antes se consideraba dotal el producto de la industria o trabajo de la mujer, como sus salarios, sueldos, honorarios, etc. Por todo el período comprendido entre la celebración del matrimonio y la disolución de éste. El producto del trabajo de la mujer es parafemal aún en presencia de la constitución de dote universal : 1o. porque el producto del trabajo de la mujer le es propio en todos los regimenes matrimoniales ; 2o. porque la ley le concede la administración y goce, lo que es contrario a toda dotalidad. Además los bienes que la mujer adquiriera con sus economías son **ENAJENABLES Y EMBARGABLES**.

Los bienes sólo pueden llegar a ser dotales, cuando hayan sido objeto de una constitución expresa, que emanen de la mujer ; es ella quien declara dotal éste o aquel bien. Por excepción, cuando se trata de una donación hecha a la mujer por un tercero en su contrato de matrimonio, la Ley no exige constitución expresa de do-

te. El bien adquiere el carácter de dotal por el solo hecho de que sea donado a la mujer en su contrato, salvo estipulación en contrario ; al donante corresponde atribuir al bien donado el carácter de parafernial .

Lo anterior se debe a que la intención de las partes es tan evidente en este caso, que no necesita expresarse ; la donación se ha hecho en vista del matrimonio. Sin embargo, las donaciones hechas a la mujer, también con motivo del matrimonio, pero en actos separados, no tienen el mismo efecto.

El Código Civil Francés no ve favorablemente la inalienabilidad dotal. Se resignó a admitirla, para no contrariar los antiguos hábitos y para favorecer los matrimonios. Pero una vez celebrado el matrimonio ya no existe ninguna razón para una nueva excepción -tan grave-, a los principios fundamentales de la propiedad y de la capacidad de las personas. Por ello prohíbe aumentar la dote durante el matrimonio. Después de celebrado no puede ni constituirse ni aumentarse. No es posible, -en consecuencia-, convenir posteriormente que un bien adquirido durante el matrimonio será dotal.

Esta disposición prohibitiva declara irrevocables las capitulaciones matrimoniales en esta materia a partir del matrimonio. Si fuese un simple efecto de la inmutabilidad de esas capitulaciones, solamente a los esposos afectaría esa prohibición, y los terceros estarían en libertad de donarles o legarles un bien a condición de la celebración del matrimonio.

La prohibición de aumentar la dote, únicamente se aplica a aquellos aumentos debidos a un acto voluntario y especial de los esposos, y no a los que sean

efecto natural de otra causa. Así el aumento resultante de un aluvión o de la adquisición será dotal, como al predio al cual se agregan.

La ley prohíbe aumentar la dote durante el matrimonio, porque únicamente se quiere evitar que se multipliquen los bienes inalienables; no prohíbe la disminución de la dote. Lo anterior no significa que los esposos tengan libertad para disminuir a su arbitrio la extensión de la constitución de la dote; pues la ley les impide modificar su contrato de matrimonio. En consecuencia, no podrán mediante un convenio, quitar el carácter dotal a un bien que deba tenerlo según el contrato de matrimonio; pero los terceros, que no están ligados por el principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, pueden hacerles liberalidades estipulando que los bienes donados por ellos serán parafernales y no dotales; aunque la mujer haya constituido en dote todos sus bienes futuros.

Según el Derecho Romano, el marido era propietario de la dote; actualmente sólo es usufructuario. Esa transformación se realizó más bien por la interpretación doctrinal, que por una reforma legislativa, de la que aquélla es una consecuencia indirecta. Cuando se hubo establecido definitivamente que la mujer tenía derecho, —en toda hipótesis— a la restitución de la dote, y por otra parte, cuando el marido hubo perdido totalmente su derecho de disposición, se advirtió que el "dominiun civile", —que los textos le reconocían aún sobre la dote—, sólo era una vana palabra y que todas sus facultades se reducían a la administración y al goce. Propietario temporal, incapaz de enajenar, y obligado a restituir. ¿Qué conservaba del derecho de propiedad, de no ser el usufructuo?

Vemos pues que si el marido es nombrado propietario de la dote, ello se debe solo a una ficción, a una "subtilitas juris". Domat⁽²³⁾ explica esta situación ambigua, diciendo que el marido "ejerce de propia autoridad los derechos y acciones que dependen de la dote, en forma tal, que hace que se considere como si fuese dueño de ella"; pero que esto no impide que la mujer conserve la propiedad. Sin excepción se considera al marido como un simple usufructuario. En consecuencia el Código Napoleónico no hizo sino mantener una solución ya adquirida : tratar al marido como administrador de la dote. Así, en principio, sólo le corresponde el usufructo.

En su carácter de administrador de los bienes dotales, el marido es responsable de todos los perjuicios que pueda causar a la mujer por su negligencia. Así responde de las prescripciones que haya dejado pasar y de los deterioros debidos a su culpa. Por lo demás, no existe ninguna regla particular a esta responsabilidad. Los jueces apreciarán de hecho la existencia de la falta del marido.

Vemos pues que la ley concede al marido el derecho de percibir los frutos y los intereses de los bienes dotales. Este derecho de goce del marido, -que antiguamente se explicaba por su carácter de propietario-, sólo le corresponde como usufructuario. De aquí surge una pregunta ¿ pueden los acreedores del marido embargar las rentas de la dote ? Por supuesto que deberían tener derecho para embargar la totalidad de sus rentas, ya que la inalienabilidad solamente afecta el capital de la dote y no al goce que pertenece al marido, cuya libre disposición le corresponde. En la

(23) Domat.

actualidad, la jurisprudencia definida de Francia, admite que la inalienabilidad protege también las rentas de la dote en la medida en que son indispensables para las necesidades de la familia, y, decide que los acreedores del marido sólo pueden embargar el excedente de esas rentas más allá de lo requerido para el sostenimiento del hogar. El principio de la inalienabilidad significa que "los inmuebles constituidos en dote no pueden ser enajenados durante el matrimonio por ninguno de los cónyuges en particular, ni por los dos conjuntamente". Este sistema es el de la Ley Julia, como existía después de la reforma de Justiniano, quien la había agravado y completado.

¿ Debe considerarse la inalienabilidad dotal como una mera indisponibilidad real, o bien como una agravación de la incapacidad de la mujer casada ?

Decir : "el bien dotal no puede ser enajenado" significa que su propietario ha perdido el derecho para disponer de él, sin que pueda significar otra cosa, y quienes pretenden encontrar otra idea se engañan con una simple trasposición de palabras en frase : solo las personas pueden o no actuar ; los bienes siempre son sujetos pasivos de los actos de aquéllas ; cuando un bien no puede ser enajenado, débese a que su propietario no puede disponer de él . En virtud de la inalienabilidad, llegan a ser imposibles :

- 1o. La enajenación por los esposos del predio dotal.
- 2o. La prescripción de la propiedad por un tercero.
- 3o. El embargo por los acreedores .
- 4o. Los convenios sobre la hipoteca legal de la mujer .

Se ha considerado siempre que los bienes dotales, adquieren el carácter de inalienables, no desde la fecha del contrato, sino solamente a partir del matrimonio.

En el Derecho Romano, la venta del predio dotal era absolutamente nula ; el marido permanecía propietario del inmueble enajenado de hecho y podía reivindicarlo.

En el Derecho Francés, la nulidad ha cambiado de naturaleza : la enajenación es simplemente anulable y la ley se limita a conceder una acción a la mujer para combatirla. La inalienabilidad se considera como una simple agravación de la incapacidad ordinaria de las mujeres casadas. Por tanto, la nulidad es relativa, y sólo la mujer puede demandarla ; puede desaparecer por una confirmación y prescribir en diez años.

Si corresponde exclusivamente a la mujer y a sus herederos la facultad de demandar la nulidad de la enajenación ; los terceros a quienes tal acto irroge perjuicios no pueden impugnarla. La mujer puede -además- ceder sus acciones de nulidad a un nuevo adquirente de su predio dotal, quien la ejercitará contra el anterior, cuyo título es anulable. El adquirente del inmueble dotal -que advierta la nulidad de la adquisición que ha realizado y que no tiene derecho a impugnarla-, conserva únicamente el de retener el precio, si aún no lo ha pagado. Si el inmueble ha sido vendido por la mujer legalmente autorizada y la venta es nula, se debe exclusivamente a que el bien vendido es dotal ; sería válida si se tratara de un bien parafernala.

Existen ciertas excepciones al principio de inalienabilidad de los bienes dotales. En ciertos casos la venta puede hacerse con autorización del marido, si con-

siente en ella ; en otros, se requiere la autorización judicial.

Los casos en los que debía en Francia ser autorizada la enajenación judicialmente eran seis :

1o. Prisión por deudas : la ley hace alusión a la coacción corporal. No serviría para saldar las deudas del marido si se tratase de penas impuestas por el Código Penal.

2o. Alimentos de la familia : Se autoriza las enajenaciones y prestamos : no solamente para todas las operaciones que tiene por objeto permitir la subsistencia de la familia y procurarle recursos, sino también el de conservar al marido un establecimiento industrial, así como evitarle una catástrofe mercantil.

3o. Pago de las deudas de la mujer : la ley permite a la mujer -debidamente autorizada por el tribunal-, vender sus bienes dotales para pagar sus deudas anteriores al contrato de matrimonio.

4o. Pago de las deudas del constituyente : la misma facilidad se concede cuando la mujer pretenda pagar las deudas del constituyente, anteriores al contrato de matrimonio. No podría pretender pagar a los acreedores del donante cuando su título sea posterior a la donación.

5o. Conservación de los predios dotales : se permite enajenar los inmuebles dotales con autorización judicial, para hacer las reparaciones de importancia, -indispensables a su conservación-, lo que debe extenderse al caso en que la mujer posea, además del enajenado, otros bienes, o a aquél en que solo venda una parte

de ellos para reparar el resto. La ley no autoriza la enajenación sino en tanto cuanto sea necesaria y se trate de la conservación del inmueble.

6o. Venta en subasta : los inmuebles dotales pueden enajenarse también cuando la mujer sólo posea una parte pro-indivisa con terceros y el bien sea indivisible. Para aplicar esta disposición basta que el inmueble no admita cómoda división, o ésta pueda despreciarlo.

Vemos pues que pueden presentarse los siguientes casos de nulidad de la venta : cuando falte la autorización ; cuando no se hayan observado las formalidades que fija la ley (quiere decir que no se haya hecho en subasta o se hayan omitido las publicaciones) ; y cuando la autorización fué otorgada fuera de los casos previstos por la ley.

La jurisprudencia francesa en esta materia puede resumirse en una doble proposición :

1o. En poder del marido, quien tiene el derecho de disponer de los muebles dotales, la dote mueble es enajenable.

2o. Respecto a la mujer, la dote mueble está afectada de inalienabilidad, en el sentido que no puede ser comprometida por ningún acto de aquélla.

Para calificar este sistema, algunas veces se dice que la inalienabilidad dotal es relativa en lo que respecta a los muebles ; la mujer está protegida contra sí misma y no contra el marido.

En su calidad de bienes inalienables, los dotales son igualmente inembargables, de manera que la mujer, al obligarse, no compromete sus bienes dotales. Por consiguiente, la dotalidad establece una excepción al principio consagrado por la Ley que establece que todos los bienes del deudor responden de sus obligaciones personales. La mujer casada bajo el régimen dotal es un deudor que no se obliga indistintamente sobre todo su patrimonio ; una parte de sus bienes es intocable para sus acreedores. Por ello, estando la incapacidad restringida a ciertos bienes, merece en cierto modo el nombre de indisponibilidad sobre los bienes protegidos por su carácter de inalienables. La acción de sus acreedores se encuentra paralizada. La doctrina es unánime y la jurisprudencia definida.

Los bienes dotales son inembargables, aun cuando la mujer se haya reservado, -en su contrato de matrimonio-, el derecho de enajenarlos e hipotecarlos. Con ello solo ha suprimido una de las consecuencias de la dotalidad, la cual subsiste respecto a todas las demas. Ya sabemos que estas cláusulas se interpretan restrictivamente. Por tanto, los acreedores no pueden embargar los bienes dotales, a menos que la mujer -usando de la liberalidad que se reservo en su contrato-, sin embargo, no se prohíbe a los esposos, -si tal es su voluntad- hacer mas y reservar a la mujer la capacidad de obligarse aun sobre sus bienes dotales a condición de pactar esto claramente.

La inembargabilidad de los bienes dotales es una fuerza que protege a la mujer indefinidamente.

Los acreedores no podrán secuestrar la dote mueble o inmueble, ni des--pués de la separación de los bienes, ni tampoco a partir de la disolución del matri-

monio aun si se encuentra la dote en poder de la mujer o de sus herederos. Sin embargo, la inalienabilidad no subsiste cuando el matrimonio se disuelve ; los bienes fueron dotales pero ya no lo son, pues han vuelto a ser enajenables para la mujer o para quienes la han sucedido. En tales casos, los acreedores no pueden embargar los bienes, ello se debe a que la inalienabilidad se ha establecido para proteger a la mujer, contra las consecuencias de los actos que realice durante el matrimonio, para proteger su dote, aun en contra la misma mujer, o aun de las operaciones que su marido le haga consentir. Si la dotalidad solo aplazara temporalmente, la acción de sus acreedores no realizaría el fin de su institución. De ahí que es necesario que la mujer este garantizada contra ellos indefinidamente, aun después de la disolución del matrimonio.

Es interesante de observar, esta persistencia indefinida de la inembargabilidad, sobre todo, cuando al restituirse la dote, ha sufrido una transformación. Por ejemplo, un marido que recibió una dote mueble en dinero, cede a su mujer, a título de dación en pago, uno de sus inmuebles. Este inmueble nunca ha sido dotal ; pero contiene en si el valor de la dote inalienable, que no puede ser afectada por el acreedor. Por consiguiente, si el inmueble es embargado, solo podrá distribuirse a los acreedores el excedente del precio de la venta, una vez deducido el monto de la dote. Por eso, los acreedores solo tienen interés en embargarlo cuando sobrepase en mucho la importancia de la dote, o si aumenta de valor después de haber sido recibido por la mujer. En otro caso, cuando el embargo se ha ejecutado indebidamente por los acreedores posteriores al matrimonio, puede la mujer demandar la nulidad y debe hacerlo a más tardar, tres días antes de la publicación del certificado

de gravámenes.

Los bienes que la mujer posea desde antes del matrimonio constituyen la garantía de sus acreedores. Cuando la mujer constituye en dote estos bienes ¿priva a sus acreedores del derecho que tienen para embargarlos ?

El acreedor que tiene una hipoteca goza de un derecho independiente, un derecho real, que le otorga la facultad de perseguir el bien y de cuyo derecho no puede ser privado por la mujer.

Cuando la mujer constituye en dote todos sus bienes presentes, la dotalidad afecta una masa de bienes en el estado en que se encuentre, con el pasivo que soporten.

La separación de bienes no destruye el régimen dotal. No implica como para la comunidad, la substitución de un régimen por otro, porque el dotal en si mismo es un régimen de separación de bienes. Hablando propiamente, lo que llamamos separación judicial, es, en este régimen, una simple restitución anticipada de la dote ; su función permanece idéntica desde el derecho romano, en tanto que en todo terreno, respecto a los esposos cuyos bienes son comunes, ha sido posible hacer que produzcan otros efectos y ampliar su carácter. Por tanto, el único objeto de la sentencia es privar al marido de las facultades que tenía sobre la dote, las cuales eran un peligro para la mujer ; empero su fin no debe ser privar a ésta de las garantías que ha buscado en la dotalidad.

CAPITULO IV

A) REGIMENES MATRIMONIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

El maestro Sanches Román en su tratado de Derecho Civil denomina como régimen patrimonial del matrimonio o simplemente régimen matrimonial, al conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones con los terceros. Su fundamento es el matrimonio mismo.

Ahora bien, la Organización Legal del régimen matrimonial, como observa Vaz Ferreira⁽²⁴⁾ depende de la situación económica y social, del medio histórico, de consideraciones morales, etc. La circulación de los bienes, la cohesión de la familia, la independencia jurídica y económica de la mujer, el crédito, pueden ser afectados por el régimen matrimonial. Tales razones explican que sea ésta, -especialmente a partir de la primera guerra mundial,- una de las instituciones de Derecho Civil -Derecho de Familia- que ha experimentado más profundas transformaciones, las cuales parecen extenderse a casi todo el mundo.⁽²⁵⁾

En rigor no puede hacerse una clasificación simplista o única de los sistemas que organizan económicamente la sociedad conyugal, pues son muy distintos los

(24) Tratado de la sociedad conyugal. Montevideo 1959, pág. 13.

(25) Martín Blanco. Principios Informadores de los nuevos sistemas económicos del matrimonio, Revista de Derecho Privado. Sep. 1959.

Sistema de Contribución Económica del Matrimonio	Por razón de su Origen	Convencional	De libertad absoluta	
		Contractual	De elección entre varios tipos	
		Legal o predeterminado	Obligatorio Supletorio	
		De la unidad o absorción de la personalidad de la mujer en la del marido		
	Por razón de sus efectos	De la comunidad	Plena o universal	De muebles De adquisiciones a título oneroso De muebles y adquisiciones De todos los bienes futuros
			Limitada	
		De separación	Con unidad de goce y administración	
			Con usufructo marital limitado a ciertos bienes	
Con independencia absoluta de gestión y disfrute				
		De separación con comunidad diferida (Sistema llamado de participación)		

aspectos en que pueden aquellos considerarse y dar lugar a variedades y combinaciones muy complejas. El maestro Castan Tobeñas en su obra de Derecho Civil Español nos presenta los criterios principales que, hay que tener en cuenta en una clasificación sistemática de los regimenes matrimoniales.

El sistema contractual se llama así ya que deja en libertad a los cónyuges para estipular dentro de límites más o menos amplios, su régimen matrimonial. Vemos pues que la legislación española de libertad ilimitada a los cónyuges.

En el sistema de unidad o absorción el marido se hace dueño de todos los bienes aportados por la mujer al matrimonio. Es el propio del Derecho Romano primitivo (con la manus) del germano (con el mundium) y, en general, de todas las legislaciones que no reconocen la personalidad jurídica de la mujer.

En el sistema de Comunidad de Bienes, se forma una masa común con la totalidad o parte de los bienes de los cónyuges, cuyas rentas son afectadas a los gastos de la familia, y que a la disolución de la comunidad se reparte entre los cónyuges o sus herederos. Sus variedades son : la Comunidad Universal, que tiene lugar cuando entran en la masa común todos los bienes de los esposos, presentes o futuros, muebles o inmuebles, adquiridos a título oneroso o gratuito.

La comunidad particular o limitada es aquella en la que la masa común está integrada únicamente por ciertos elementos patrimoniales, coexistiendo, al lado de los bienes comunes otros que son propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges.

El sistema de separación absoluta es aquél en el que permanecen separados

los bienes de los cónyuges no sólo en cuanto a la propiedad, sino también en cuanto al goce y administración de los mismos.

El sistema que adopta el Código Civil Español -en relación al contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio- es el de la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges, sin otras limitaciones que las señaladas en el Código ; entendiéndose que cuando falte el contrato, o sea deficiente, los esposos han querido establecerse bajo el régimen de sociedad de gananciales. El artículo 1315 lo sanciona con sentido análogo, pero con alguna variante de expresión, diciendo que "los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativas a los bienes presentes o futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código". A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales. La organización económica del matrimonio en el Código Civil Español está constituida, según esto, por un doble sistema : El sistema de libertad de estipulación, y un sistema legal supletorio a falta de pacto. Pero además, el Código establece, -como vamos a ver- un sistema legal excepcional para ciertas hipótesis, y regula el sistema aplicable a los matrimonios celebrados en el extranjero. Aunque el principio de libertad de pacto haya alterado el tradicional régimen castellano, justifican la introducción del mismo en el Código las siguientes consideraciones : 1a. Su utilidad práctica. 2a. El deseo de aproximar la legislación común a las forales.

Por lo demás, esta libertad de estipulación, aunque no esté reducida, -como en otros Códigos,- a una opción entre tipos o regímenes determinados, tiene impor-

tantes limitaciones, que se señalan después.

En el sistema legal supletorio el Código fija un régimen supletorio normal, para el caso de que simplemente falte el convencional y un régimen supletorio de segundo grado para cuando los interesados excluyen el régimen de gananciales, sin acogerse a ningún otro.

En el artículo 1315 se establece el régimen de sociedad de gananciales sólo para el caso de que falte el contrato sobre bienes ; pero no obstante, cuando a pesar de existir contrato no se establezca en el régimen ninguno, o no pueda interpretarse la verdadera intención de quienes lo otorgaron, entonces habrá que acudir al régimen legal, porque en tales casos puede reputarse que falta el contrato sobre bienes.

En el régimen supletorio de segundo grado, dice el artículo 1364, que cuando los cónyuges hubiesen pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, -sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren a dicha sociedad-, se observará lo dispuesto en el capítulo relativo a la dote, y percibirá el marido -cumpliendo las obligaciones que en él se determinen-, todos los frutos que se reputarían gananciales en el caso de existir aquella sociedad. El régimen dotal tiene, pues, en el Derecho Civil Español, la consideración de régimen legal subsidiario de segundo grado.

El sistema legal excepcional. -En la hipótesis del matrimonio contraído contra las prohibiciones del artículo 45,- impone el artículo 50 a los contrayentes el régimen de separación de bienes. (Artículo 50). Se trata pues, en este caso, de un régi-

men legal excepcional, no supletorio, sino forzoso, ya que lo impone la ley, aún contra la voluntad de las partes.

El sistema aplicable a los matrimonios celebrados en el extranjero, de acuerdo con el Código Español, -se basa en el principio de la escuela italiana, según el cual el régimen matrimonial se regula por la ley nacional del marido, estatuyendo que "si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada se declarase o estipulase con relación a los bienes, -se entenderá cuando sea español el cónyuge varón, -que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y que cuando fuese española la esposa, que se casa bajo el régimen del Derecho Común en el país del varón ; todo sin perjuicio de lo establecido en el Código Español respecto de los bienes inmuebles (artículo 1325).

Las capitulaciones matrimoniales en el Derecho Español, son equivalentes a la de "contrato de bienes con ocasión del matrimonio", que es la que se usa en el epígrafe del título correspondiente del Código Civil.

En el Derecho Histórico Español podía definirse la capitulación matrimonial como la convención celebrada en atención a determinado matrimonio, por celebrar o ya celebrado, con el fin principal de fijar el régimen a que deben sujetarse los bienes del mismo. En el Código Civil es la convención o contrato otorgado por los futuros cónyuges, antes del matrimonio, con el fin casi exclusivo de fijar el régimen a que deben sujetarse los bienes del mismo, o como lo dice el artículo 1315, de estipular las condiciones de la sociedad conyugal, relativamente a los bienes presentes y futuros.

La importancia del contrato de capitulaciones matrimoniales se infiere de la importancia misma que tiene el régimen patrimonial de la sociedad conyugal, al cual están ligados una porción de intereses muy delicados, a saber : los derechos de los esposos sobre sus bienes respectivos, y en especial los derechos de la mujer sobre su propio patrimonio (necesitado de una protección especial) ; los derechos sobre las ganancias realizadas por ellos durante su unión ; los intereses de los hijos y de la familia ; los intereses de los terceros que contraten con uno u otro de los esposos, y en definitiva, el interés económico y social, muy afectado por la solución que se dé a los problemas que el régimen matrimonial lleva consigo.

Se explica así que las capitulaciones matrimoniales revistan matices de complejidad y singularidad que les dan también enorme interés desde el punto de vista técnico y jurídico. Son aquéllas, -como escribe Bonet en su libro de Derecho común, civil y foráneo-, "un acto esencialmente complejo, y de gran amplitud, ya en cuanto al tiempo en que se hacen sentir sus acciones no sólo durante el matrimonio, sino a su disolución ; ya en cuanto a su objeto, capaz de comprender negocios jurídicos que no tengan relación directa con el matrimonio futuro. Constituyen, pues una especie de ACTO REGLAMENTARIO, cuya finalidad es la de instituir un estatuto, más bien que la de crear obligaciones entre las partes, como los contratos ordinarios. En territorios de Derecho común se practica el contrato económico-matrimonial con menos frecuencia, y el Código Español lo concibe más restringidamente, como un contrato destinado a regular las relaciones económicas de la sociedad conyugal (artículo 1315) pero con todo, la trascendencia práctica de las capitulaciones puede ser muy grande, y complejísimo su contenido.

Se considera ordinariamente las capitulaciones matrimoniales como un contrato condicional, sujeto a la condición suspensiva de que el matrimonio se celebre (si nuptiae fuerin secutae). Pero, aparte de que mejor les cuadra la concepción de convención que la de contrato. ⁽²⁶⁾

Se ha objetado que los efectos del contrato condicional se retrotraen al momento de la celebración del contrato, y en las capitulaciones no existe, por lo común, tal retroacción, ya que éstas (al ser hechas para regular las relaciones entre los cónyuges) no pueden tener aplicación sino desde la fecha precisa de la celebración del matrimonio.

Otra opinión que parece aceptar Planiol, es la de considerar el contrato matrimonial de bienes, no como un acto sometido a condición, sino como un contrato sujeto a un plazo, más el plazo es cierto en cuanto a su realización, mientras que el matrimonio no es posible saber si llegara a realizarse.

Para el maestro Castan Tobefias ⁽²⁷⁾ el contrato de bienes en el matrimonio constituye una verdadera condición, -una *condictio iuris*-, sin que sea objeción decisiva la de que la doctrina de la retroactividad no pueda aplicarse siempre a tal condición, pues no es esencial a la condición dicho elemento retroactivo, y puede estar combinada la condición suspensiva con una determinación de tiempo. Así sucede con

(26) "La convención matrimonial -escribe Ruggiero- no debe ser considerada como un contrato ni puede equipararse a los demás negocios que tienen un contenido patrimonial y persiguen fines meramente individuales. El fin aún tratándose de una regulación patrimonial, supera los fines egoísticos de quien celebra un contrato ordinario."

(27) CASTAN TOBEÑAS JOSE. Derecho Civil Español, común y foráneo. Tomo V. Volúmen primero. 8a. Edición. Institución Editorial Reus, S.A. Madrid 1960. Pá. 277.

relación a la sociedad de gananciales (artículo 1393). Puede también aceptarse el criterio de algunos autores franceses como Baudry, Lacantinerie, Colin y Capitant y Josserand, que se contentan con decir que el contrato de que se trata es un contrato accesorio, subordinado al matrimonio, que es el pacto principal. Esta nota de accesoriedad basta para explicar la subordinación de los efectos de las convenciones matrimoniales a la celebración del matrimonio. Si el matrimonio no llega a contraerse, quedan nulas y sin efecto -como dice el Código Español- las capitulaciones (artículo 1326). Si el matrimonio se declara nulo, nulas quedarán estas convenciones. Si el matrimonio es putativo, tendrán ejecución en favor de los hijos y cónyuges de buena fe.

(28)

ORIGEN HISTORICO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y SISTEMAS DE LAS MISMAS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

La costumbre de hacer un contrato matrimonio -dice Planiol⁽²⁹⁾ es relativamente reciente. Los romanos no lo hacían ; su régimen matrimonial no era convencional sino legal ; constataban solamente la aportación de la dote por medio de un instrumento dotale. Casi lo mismo sucedía en la Edad Media : los contratos de matrimonio que se hallan en los archivos son promesas de matrimonio con estipulación de una dote. La costumbre de que los particulares establecieran por contrato su régimen matrimonial, no se introdujo concluye Planiol- hasta el siglo XVII.

En España, podría decirse cosa análoga por lo que respecta al derecho cas-

(28) DE DIEGO. Instituciones. (Nueva Edición). T. II. Pág. 488.

(29) Traite Elementaire, Tomo III, Ed. 1951. Núm. 45, pág. 18.

tellano, en el que las capitulaciones fueron una mera carta dotal o manifestación de los bienes aportados por cada uno de los cónyuges. Pero no así en las regiones forales (Cataluña, Aragón, Navarra) en las que el régimen de capitulaciones, como sistema de organización fraccionada del patrimonio familiar, tiene remota antigüedad. De ellas lo tomó la Ley de Bases de 1888. Sin embargo el sistema del Código Civil Español es más restrictivo que el foral. Vale la pena anotar dos diferencias principales que los separan.

1º Las capitulaciones de Derecho Común abrazan tan solo, -en tesis general, las relaciones económicas entre los cónyuges (artículo 1315) ; mientras que las de derecho foral comprenden también las relaciones sucesorias entre los contrayentes (por ejemplo, derechos de viudez) y entre éstos y los descendientes, existentes o futuros.

2º Las capitulaciones de Derecho Común sólo pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio, y no pueden modificarse después ; las del derecho foral pueden, por lo general, otorgarse o modificarse, indistintamente, antes o después del matrimonio.

El artículo 1315 del Código Español prescribe que las capitulaciones se otorguen precisamente antes de celebrar el matrimonio y el 1321 reitera que la escritura pública se ha de otorgar antes de la celebración del mismo.

Fundan los autores esta exigencia, común a casi todos los Códigos Latinos, en una doble consideración :

1º La necesidad de garantizar la libertad del consentimiento, que durante el matrimonio podría no existir, por la excesiva influencia y aún coacción que el cónyuge más fuerte o más hábil ejerciera sobre el débil.

2º El interés de los terceros que deberán saber, con referencia a una fecha fija, el régimen de bienes aceptado por los cónyuges.

Las razones antes indicadas no han parecido decisivas a los redactores de otros Códigos más modernos, como el alemán y el suizo, que permiten la celebración y modificación en cualquier tiempo de las convenciones matrimoniales. En la exposición de motivos que precede al Código Suizo, se refutan las objeciones tradicionales apreciando que las influencias del fuerte sobre el débil son inevitables en la vida, y el Derecho nunca podrá salvarlas, pero puede remediarse en algo con la intervención aprobatoria de las autoridades tutelares, como se exige en Suiza.

En cuanto al perjuicio de los intereses de terceros, puede evitarse fácilmente estableciendo un Registro especial de contratos matrimoniales, como el que instituyen los Códigos Suizo y Alemán.

El Derecho Español no puede exigir para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales la capacidad plena del mayor de edad, puesto que pudiendo el menor (a partir de cierta edad) contraer matrimonio, sería absurdo se le privara del derecho a regular la organización económica de la familia que va a crear. He aquí la razón del antiguo axioma *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*.

El Código Español, sin embargo, para hacer la excepción menos violenta,

ha creído conveniente establecer un suplemento de capacidad exigiendo -para la validez de las capitulaciones del menor de edad- la concurrencia de las personas mismas que han de dar su consentimiento para el matrimonio.

El menor que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales ; pero únicamente serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor, a fin de contraer matrimonio (artículo 1318).

Con derogación de los principios generales, y por razones muy justificadas, (dada la trascendencia de estos convenios para las familias) se llama aquí para asistir a los menores, no precisamente a sus representantes legales, sino a las personas que deben dar su consentimiento para el matrimonio, sean o no esos mismos representantes.

Si no se cumple el anterior requisito, con el concurso y firma de las personas referidas, declara el Código Español nulas las capitulaciones matrimoniales, entendiéndose contraído el matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales (artículo 1318) siendo esta declaración lógica, la que por tanto ni siquiera hacia falta consignar pues es claro que reputándose no existentes legalmente las capitulaciones, entonces rige el supuesto general establecido en el segundo párrafo del artículo 1315.

Parecido problema que con respecto al menor se presentaba con relación a los incapacitados (sordomudos, pródigos, interdictos), que pudiendo contraer matrimonio, había que reconocerles también el derecho de celebrar capitulaciones matrimoniales. El artículo 1323 establece el suplemento de su capacidad, diciendo que para la

validez de las capitulaciones otorgadas por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que a este efecto se le designará por quien corresponda, según las disposiciones de este Código y de la Ley del enjuiciamiento civil.

La gran trascendencia de los pactos matrimoniales, hace que la generalidad de las legislaciones exijan para ellas, la forma pública. No otro es el criterio del Código Español que establece dos clases de formas, una normal y otra excepcional; pero ambas auténticas, para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales.

La forma normal es la notarial, "las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública (artículo 1321).

La forma excepcional tiene lugar ante los Secretarios de Ayuntamiento. Siempre que los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles y asciendan a un total, los del marido y mujer, que no exceda a 2,500 pesetas, y en el pueblo de su residencia no hubiese notario, las capitulaciones se podrán otorgar ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos, con la declaración, bajo su responsabilidad, de constarles la entrega o aportación en su caso de los expresados bienes. El contrato o contratos originales se custodiarán bajo registro, en el archivo del Municipio correspondiente. Cuando entre las aportaciones, cualquiera que sea su valor, haya alguna o algunas fincas, o los contratos se refieran a inmuebles, se otorgarán siempre por escritura pública ante Notario, conforme con lo prevenido por el artículo 1321.

Tres pues son los requisitos necesarios para que haya lugar a la aplicación de este precepto excepcional :

1º Que los bienes aportados no sean inmuebles.

2º Que el valor de los bienes aportados de uno y otro esposo reunidos no exceda de 2,500 pesetas.

3º Que no exista Notario en el pueblo de la residencia de los contrayentes ; condición que interpreta Manresa en el sentido de referirse al pueblo en que se reúnan los futuros esposos para contraer matrimonio.

¿ Qué carácter tiene el requisito de forma tratándose de las capitulaciones matrimoniales ? ¿ Tendrá alguna eficacia las hechas en documento privado ? La doctrina entiende unánimemente que se trata aquí de un requisito esencial, cuya falta produciría la nulidad del acto. Se justifica esta tesis con los siguientes argumentos :

a) El tenor literal del artículo 1321 que emplea la fórmula imperativa "Habrán de constar".

b) La esencialidad del requisito del otorgamiento anterior al matrimonio, con el cual no es compatible la doctrina de los artículos 1278 y 1279.

c) El criterio de los comentaristas y la Jurisprudencia de Francia e Italia que resueltamente niegan eficacia a las capitulaciones otorgadas sin forma legal. Confirma además, esta doctrina, la sentencia del Tribunal Superior.

El principio de que el régimen matrimonial interesa a los terceros con la consiguiente conveniencia de asegurar la publicidad de las capitulaciones, han conducido en algunos países al establecimiento de un Registro especial de regimenes matrimoniales. En España no se cuenta con un Registro de esa clase. A falta de él, la publicidad muy rudimentaria, exigida por sus leyes, tenía, hasta hace muy poco tiempo, estas únicas manifestaciones :

a) La exigencia general de la escritura pública y los requisitos establecidos, para que las alteraciones introducidas, antes de las nupcias, en las capitulaciones matrimoniales produzcan efecto contra terceros.

b) La inscripción en el Registro de la Propiedad, si en las capitulaciones median bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mismos.

Ultimamente, la ley del Registro Civil del 8 de junio de 1957, con la finalidad de subsanar las notorias deficiencias del régimen español en esta materia, trata de introducir un sistema de publicidad de los regimenes de bienes, a base de indicaciones hechas al margen de las inscripciones de matrimonio, extendidas en el Registro Civil, de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal.

La limitación (bastante racional y sobre todo práctica) que existe en algunos Códigos extranjeros, permitiendo a las partes únicamente elegir dentro del marco de los sistemas regulados por la ley, no existe en Derecho español. Así pueden los esposos en las capitulaciones matrimoniales :

a) Mantener el régimen legal, regulando las aportaciones de bienes y estableciendo aquellos pactos autorizados y compatibles con dicho sistema.

b) Eliminar totalmente el régimen legal, ya simplemente pactando que no registrará la sociedad de gananciales o bien estableciendo expresamente un nuevo sistema.

c) Combinar diferentes regimenes, siempre que no se violen los preceptos prohibitivos generales, o las prohibiciones especiales impuestas por la Ley para el régimen que como fundamental haya aceptado.

Tres clases de limitaciones impone el Código al principio de libertad para la celebración de capitulaciones matrimoniales :

1º No establecer nada que sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres (artículo 1316).

2º No establecer nada que sea depresivo de la autoridad que, respectivamente corresponda en la familia, a los futuros cónyuges (artículo 1316).

3º No pactar de una manera general que los bienes de los cónyuges se sometan a los fueros y costumbres de las regiones forales, en vez de a las disposiciones generales del Código (artículo 1317).

Como ya sabemos, dos sistemas se registran en los Códigos Modernos respecto a la modificación de las capitulaciones matrimoniales : Uno (propio de la generalidad de los Códigos Latinos), que sólo permite dicha alteración antes de la celebración del matrimonio ; y otro seguido por los Códigos de México, Guatemala, Alema-

nia y Suiza y por algunas de las legislaciones forales , que permite modificar en cualquier tiempo el contrato matrimonial, con unas u otras precauciones.

El Código Español acepta resueltamente el primero de estos sistemas, ya que, a su tenor, el contrato de capitulaciones matrimoniales sólo puede concluirse antes de la celebración del matrimonio (artículo 1315 y 1321), y sólo puede ser modificado en igual tiempo, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros (artículo 1319). Esta norma de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales impedirá a los cónyuges, cambiar durante el matrimonio, el régimen establecido (salvo aquellos casos en que la ley permite solicitar la separación de bienes, (artículo 1433) así como también variar la naturaleza de los bienes aportados o renunciar a las ventajas o derechos que el contrato otorgue a cada uno de los cónyuges. Las razones de la prohibición son las mismas que motiva el requisito de la celebración anterior al matrimonio, o sean : la garantía del consentimiento libre de los interesados, y la del consentimiento del contrato matrimonial por los terceros, ya examinadas anteriormente.

CAPÍTULO V

A) LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1870.

Los convenios por medio de los cuales los cónyuges han elegido el régimen matrimonial, serán sus capitulaciones matrimoniales, que con cierta libertad, se escoge, para la administración de sus bienes. La ley de 1870 les concede libertad en cuanto a la elección de los regimenes y solamente se atenderán los consortes a las modificaciones que el mismo Código les señale. La libertad de escoger las capitulaciones matrimoniales, es un aspecto que se distingue al contrato de matrimonio de otros contratos.

El principio de libertad de escoger las capitulaciones matrimoniales por los cónyuges, se sigue también en cuanto al tiempo en que se deben efectuar éstas y el legislador no ha señalado tampoco tiempo preciso para hacerlas ; pues establece que bien se podrán verificar antes de efectuarse el matrimonio o después de efectuado éste. En algunas legislaciones solamente se pueden celebrar éstas antes de efectuarse el matrimonio porque se teme existan fraudes a terceros, nulificando el contrato de matrimonio cuando no se hicieren a tiempo.

En nuestra legislación se ha evitado el fraude, pues tratándose de bienes

inmuebles se ha considerado indispensable su inscripción en el Registro Público, de ahí que estas capitulaciones se podrán hacer antes de efectuarse el matrimonio o bien cuando éste ya se haya realizado. Los cónyuges escogerán su régimen matrimonial cuando ya el matrimonio se haya efectuado si estando bajo el régimen de sociedad legal quieran cambiarlo y de común acuerdo formen una sociedad voluntaria, o bien un régimen de separación de bienes.

Dentro de las capitulaciones que los futuros esposos van a efectuar, pueden pactar con respecto a los bienes que poseen en el momento de otorgarlas o también sobre aquellos bienes que van a tener en el futuro.

Este aspecto del contrato de matrimonio, varía en relación con la sociedad común en donde se pueden efectuar pactos sobre bienes futuros. El principio de libertad con respecto a los bienes futuros lo establece la ley, pues sería muy gravoso para los esposos que cada vez que adquirieran un bien se efectúen nuevas capitulaciones ya que, como el matrimonio se considera ilimitado entonces, se concede la libertad de efectuar esos convenios. Por otra parte, los bienes futuros que adquirieran y que se hubiera pactado en relación al régimen escogido, tendrían que caer en el régimen de sociedad legal y ser administrados en forma distinta. De todas maneras, si los esposos no quieren hacer ningún pacto en cuanto a sus bienes futuros no tiene ninguna obligación de hacerlo pues la ley solamente les concede esa facultad.

Siendo las capitulaciones matrimoniales un verdadero contrato por voluntad de los consortes su celebración, estará regida por las disposiciones de carácter especial que las leyes les fijan y también estarán de acuerdo con las leyes que rijan

los actos convencionales humanos. Por lo tanto, constituyen un acto de trascendencia que regulará la vida patrimonial de los esposos, cuyo contenido es esencialmente económico, y deberán efectuarse en escritura pública y ante notario (artículo 2115) si existen en ella bienes inmuebles se tendrán que inscribir en el Registro Público de la Propiedad y los bienes muebles deberán constar en la escritura, pues habrá que prever en el futuro las diferencias y dificultades entre los cónyuges en cuanto a las ganancias de los bienes por una parte y por otra que los bienes anotados, no vayan a ser substituídos o substraídos de la sociedad en perjuicio de la mujer o en perjuicio también del marido. Si las capitulaciones se hicieran en documento privado, se podrían con facilidad alterar y no serían documentos que puedan dar fe exacta de la situación de los bienes aportados al régimen matrimonial escogido. Por lo tanto cuando no se hagan en escritura pública, la ley no les reconocerá ninguna validez. Cuando las capitulaciones se hayan pactado de acuerdo con la ley, no podrán ser modificadas por las partes, a menos que exista una sentencia judicial ordenando su modificación o bien por los esposos por medio de un convenio las cambien. Dicho convenio tendrá que ser expreso pues no admite la ley el convenio tácito. (Artículo 2114).

Las alteraciones a las capitulaciones matrimoniales, se podrán efectuar antes de celebrarse el matrimonio, no existiendo todavía ningún contrato y mucho menos efectos que modificar de acuerdo con la voluntad de los futuros consortes. No sucederá lo mismo una vez que el contrato matrimonial se haya efectuado, pues comenzando éste a producir efectos entre las partes y aún frente a terceros, no podrán a voluntad de una de las partes cambiar las capitulaciones, pues tampoco esta en sus manos variar el contrato de matrimonio por su propia voluntad.

El principio de libertad —que la ley concede a los esposos para modificar por decisión de ambos cónyuges las capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio está fundado en el principio de que los contratos se puedan disolver de acuerdo con las mismas causas que los han generado. Por ello, si los cónyuges pueden cambiar el régimen legal por el de sociedad voluntaria o por el de separación de bienes, podrán entonces cambiar sus capitulaciones matrimoniales a su voluntad. También se podrán modificar éstas cuando exista una sentencia que así lo ordene, ya sea que provenga de alguna demanda de la mujer contra el esposo —por haber administrado mal o dilapidado los bienes de ésta— o por alguna razón que en justicia lo amerite. Sin embargo, para que las capitulaciones matrimoniales puedan ser alteradas por voluntad de los contratantes, necesitarán llenar ciertos requisitos que la ley establece. Tendrán que estar sujetas a la misma formalidad con que las efectuaron desde un principio, es decir, tendrán que constar en Escritura Pública y además tendrán que intervenir en esta modificación las personas o persona que lo hicieron al efectuarlas (artículos 2116 y 2117).

Además de lo anterior, es necesario hacer las anotaciones correspondientes de las modificaciones en el Protocolo del Notario, donde se hubiera hecho las primeras y también se deberán hacer las correspondientes anotaciones en los testimonios de los originales. Las personas que necesitan dar su consentimiento para la modificación, serán las mismas que intervinieron para efectuarlas y cuyo consentimiento se necesitó para otorgarlas. Como en todo contrato, para modificar sus cláusulas es necesario que intervengan en esta modificación las partes que intervinieron en la elaboración del documento, entonces, para modificarlas se necesita el consentimien-

to de las personas que intervinieron, porque las alteraciones o modificaciones que se le hagan, son de tal trascendencia, que podían cambiar la forma primitiva de ellas substancialmente y como en ella se apoyaron los contrayentes para sentar la base económica del matrimonio, es necesario que den su autorización a los mismos cónyuges.

Si en el acto concurren los padres del menor, o bien terceros que han hecho alguna donación a éstos, tutor de algún menor o acreedores, tendrán obligación de dar su consentimiento y de estar presentes cuando se modifiquen o alteren las capitulaciones matrimoniales.

Por otra parte, la ley ordena que las modificaciones a las capitulaciones se hagan con cierta formalidad como se dijo antes, de protocolizarse y de hacerse las anotaciones respectivas en los testimonios con el fin de evitar que valiéndose de la falta de estos requisitos, se cometieran fraudes en perjuicio de terceros (artículo 2118). Cuando no se cumpla con esta disposición, las alteraciones o modificaciones hechas a las capitulaciones matrimoniales, no producirán efectos frente a terceros ; pero sí obligarán a los cónyuges entre sí, puesto que habiéndolas consentido no podrán manifestar ignorancia para conocerlas. Por tanto, frente a terceros no producirán efectos y serán nulas. Tratándose de que no intervengan las partes y que tampoco fueran hechas en escritura pública (2119) las modificaciones serán nulas pues no producirán ningún efecto.

B) LA SOCIEDAD VOLUNTARIA EN LA LEGISLACION DE 1870

Cuando los cónyuges escojan la sociedad voluntaria deberán constar en escritura pública sus capitulaciones matrimoniales, llenando los siguientes requisitos :

1º El inventario de los bienes que cada esposo aportará a la sociedad, con expresión de su valor y gravámenes.

2º La declaración de si la sociedad es universal o sólo de algunos bienes o valores ; expresándose cuáles sean aquéllos o la parte de su valor que debe entrar al fondo social.

3º El carácter que hayan de tener los bienes que en común o en particular adquieran los consortes durante la sociedad así como la manera de probar su adquisición.

4º La declaración de si la sociedad es sólo de gananciales ; expresándose por menor de cuáles deben ser las comunes y la parte que a cada consorte haya de corresponder.

5º Nota especificada de las deudas de cada contrayente, con expresión de si el fondo social ha de responder de ellas, o sólo de las que se contraigan durante la sociedad, sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos.

6º La declaración terminante de las facultades que a cada consorte corresponda en la administración de los bienes y en la percepción de los frutos, con expresión de lo que de éstos y aquéllos puede cada uno vender, hipotecar, arrendar

y de las condiciones que para esos actos hayan de exigirse (artículo 2120).

En la escritura de constitución de la SOCIEDAD VOLUNTARIA se necesita ante todo, que los bienes que aporte cada esposo, se detallen y se le fije el precio. Esto se hace con el fin de saber exactamente para casos de disolución o terminación del matrimonio, qué bienes tenían los cónyuges y cuánto valían cada uno, a fin de que no tengan problemas entre si para determinar con cuanto contribuyó cada uno de ellos en la formación del capital de la sociedad. También es conveniente que se presente un certificado de gravámenes, con el fin de que el otro cónyuge se entere del gravamen que tienen los bienes aportados. Además se mencionará en dicha escritura constituida cuáles son los bienes que los cónyuges aportarán y con cuáles se quedarán ellos como bienes propios, dando así lugar a una sociedad mixta. En cuanto a estos, se regirán por reglas distintas y bien podrán caer dentro del régimen legal o podrán entrar al régimen de separación, según lo que hayan escogido los esposos.

Es de suma importancia fijar en la sociedad el carácter que se va a destinar a los bienes que adquirirán durante la vigencia de ésta, pues se determinará claramente si van a quedar y cuáles de ellos a cargo de la sociedad o bien cuáles permanecerán como propios. Se hace esta aclaración, porque en el futuro se prestaría a que algún bien pueda considerarse y aplicarse en distinta forma de como el que lo aportó quería, causándole por esto, perjuicios. Cuando no se haga la aclaración al respecto, todos los bienes se considerarán como aportados a la sociedad, salvo prueba en contrario. También se señala que debe aparecer la prueba y forma de la ad-

quisición con el fin de que todos los bienes queden perfectamente señalada su procedencia y el destino que se les dará dentro de la sociedad.

La razón por la que también se pide a los contrayentes se aclare en la escritura de la sociedad de si entraron todas las ganancias a la sociedad o solo parte de ellas ; o si por el contrario, es necesario manifestar cuáles serán las que entran y con las que cada cónyuge se quedará para su patrimonio propio, para evitar así en lo futuro las desaveniencias y aplicaciones erróneas, que vendrían a perjudicar a alguno de los cónyuges o bien a sus acreedores. Con relación a éstos, también hay la obligación de estipular las deudas existentes y las que contraerán a cargo de quien estarán, si bien las tomara la sociedad o por el contrario serán responsables los esposos en particular, es decir, responderán de ellas con sus bienes propios, pues en caso de no aclararlo se lleva el peligro de que algunas veces por mala fé o por administración defectuosa de uno de los cónyuges, el otro tuviera que soportar en su patrimonio las consecuencias.

La última obligación que impone la ley a los contrayentes es la de determinar con precisión las facultades que cada cónyuge tendrá en relación con los actos administrativos de la sociedad, es decir, en relación a la disposición de los bienes de la sociedad, cuándo se podrán vender, hipotecar, gravar, etc., y los frutos de ellos, cómo y por quién serán administrados. La ley nuevamente -con el espíritu de libertad que le caracteriza- tratándose de las capitulaciones matrimoniales, le da a los esposos esa libre disposición para nombrar administrador y pueden fijar las bases convenientes para su bienestar económico.

La misma ley dispone que todas las personas que tienen capacidad para contraer matrimonio, la tendrán también para la celebración de las capitulaciones matrimoniales⁽³⁰⁾ ya que apreciándose entonces que las capitulaciones eran un contrato dependiente del contrato de matrimonio —que es considerado como primordial— y existiendo la regla general de que quien puede efectuar lo más, podrá también ejecutar lo menos, no se podrá concebir que pudiendo las personas contraer matrimonio, no dispongan de la capacidad suficiente para celebrar las capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, la ley —en protección a los menores—, ha dispuesto que para escoger su régimen matrimonial, intervengan las mismas personas que lo hicieron para la celebración del matrimonio y las cuales tuvieron que dar su consentimiento para efectuarlo (artículo 2127). Una vez que los esposos hayan elegido el régimen matrimonial de sociedad voluntaria y a la vez hayan celebrado de común acuerdo las capitulaciones matrimoniales al respecto, tendrán en cuenta que los bienes que cada uno haya aportado a la sociedad podrán reportarles pérdidas o ganancias y en su caso éstas serán distribuidas y al otro le reporten nada más los beneficios ; de acuerdo con la ley (artículo 2122) en cambio el convenio que otorguen, en el cual se estipule que uno de los cónyuges tendrá una cantidad fija de beneficio y el otro tendrá la obligación de liquidar otra cantidad a sus herederos, si es válido y podrá pactarse.

Este convenio, que se ve en principio como lesivo en los intereses de uno

(30) (*Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*).— El capaz para contraer nupcias, lo es para celebrar las capitulaciones matrimoniales (aforismo latino—Guillermo Cabanellas.— Repertorio Jurídico. Ed. Bibliográfica Argentina, página 83).

de los esposos -porque dejará de recibir mayor cantidad- en el fondo no lo es, pues debido a él recibirá constantemente la misma cantidad, sin estar sujeto a las pérdidas que en un momento podría reportar la sociedad (artículo 2123).

Todo favor o dádiva que reciba uno de los cónyuges por el otro, está considerado por el Código Civil de 1870 como una donación. Las donaciones a favor que se dieran los cónyuges entre sí en algunos casos pueden ser en detrimento de los herederos o bien en fraude de terceros (artículo 2125).

Se han mencionado las cláusulas que las capitulaciones matrimoniales contendrán, es decir, aquéllas que la ley les ha señalado para celebrarlas como requisitos indispensables. También se ha hablado de las cláusulas en las cuales autoriza cierta libertad de los cónyuges para celebrar pactos particulares y hasta donde los pueden realizar ; pero existe otra serie de leyes que son de carácter prohibitivo, estimando el legislador que cuando se violan éstas, se atentará contra los principios del matrimonio y su estabilidad. Por tanto, su violación será sancionada con la nulidad y serán también nulificados todos los pactos que se hicieren en contra de éstas ; pues irán contra las buenas costumbres y contra la Ley. Tratándose de los contratos en general, los pactos que se celebren en contra de la moral y las buenas costumbres, son nulos y prohibidos por la Ley. Por eso en cuestión de matrimonio se ha tenido el mayor cuidado para aplicarlos, pues el contrato de matrimonio se funda principalmente en la moral y en las buenas costumbres en cuanto se encaminan a la protección de la familia. Serán por ello, nulos los pactos que se celebren violando las disposiciones de divorcio, tutela, emancipación, los privilegios de la dote y sucesión heredi-

taria (artículo 2126). Si se pacta contra alguna ley prohibitiva y de carácter humano, en cuestión de matrimonio, también será nula por ser su objeto ilícito, y su nulidad será de pleno derecho.

Cuando no existen las capitulaciones matrimoniales, se entiende que el matrimonio se celebró de acuerdo con la sociedad legal (artículo 2130).

Se ha citado este precepto porque cuando las capitulaciones matrimoniales son conocidas únicamente por los contratantes y ellos, en su provecho y en fraude de terceros las ocultan, la ley establece que cuando los terceros contratantes de buena fe que hayan ignorado la existencia de capitulaciones y su contenido de la sociedad voluntaria, podrán ejercitar sus derechos de acuerdo con la sociedad legal. El cónyuge que es inocente, podrá cobrar la parte que pagó el otro; cobrándose de los gananciales de la sociedad y si estos no fueren suficientes, podrá cobrarse de los bienes personales de su consorte (artículo 2124).

Con estas disposiciones están a salvo los intereses de terceros, pues los cónyuges que quieran defraudarlos -con la ocultación de las capitulaciones matrimoniales- acerca de sus bienes en la sociedad voluntaria, se inutilizarán, pues éstos se acogerán a las leyes que rigen la sociedad legal, o sea, a las leyes comunes en materia de regimenes matrimoniales.

C) LA SOCIEDAD LEGAL EN EL CODIGO DE 1870

Como su nombre lo indica, nace de la ley y la voluntad de los cónyuges

no cuenta para nada en cuanto a su formación, pues la forma le da la legislación. Como antecedente en cuanto a la causa que motiva la aplicación del régimen legal, encontramos que fué instituída para la protección de los hijos, para regulación de los bienes de los esposos y en general para que éstos pudieran llevar con más facilidad las cargas en común que representa el matrimonio. Es un régimen muy antiguo y se ha incluído en el Código, porque ayuda a los esposos a cumplir con los fines esenciales del matrimonio; procurando la educación y fortuna de los hijos en común y en cuanto al interés económico de los bienes, les da a los cónyuges una igualdad en sus ingresos y también reparte por igual las pérdidas que tuvieran durante la vigencia del régimen. En resumen, es un régimen en que les hará la vida más llevadera a los esposos y cumplirán con más facilidad y resolverán también mejor los problemas y dificultades que les representa la vida en común.

La ley distingue en este régimen dos clases de bienes: los que son propios de cada cónyuge y los que pertenecen a un fondo en común que se denominará fondo social. Los bienes propios serán bienes exclusivos del cónyuge. También se consideran propios aquéllos que en el momento de efectuarse el matrimonio los adquirió o por último, también son propios, los que adquirieron durante la vigencia de la sociedad por prescripción (artículo 2133).

Los bienes que son de los esposos así permanecerán durante la sociedad y solamente los frutos de éstos serán de la sociedad o comunes. Si se obtiene algún provecho de ellos, también corresponderán a la sociedad.

En cuanto a los adquiridos por prescripción, permanecerán en el patri mo-

nio propio cuando exista un justo título para su adquisición como lo señala la Ley, es decir que hubiera existido la posesión de éstos de buena fe, justa, pacífica continua y pública.

Existen también otros bienes que han sido adquiridos por los cónyuges durante la vigencia de la sociedad, éstos deberán permanecer como propios de los esposos cuando hayan sido adquiridos por alguna causa de fortuna, es decir, los que les hayan donado, heredado o legado en favor de uno u otro de los cónyuges (artículo 2134).

Como estos bienes tienen el carácter personal -pues les fueron dados a uno de los cónyuges-, se considerarán siempre en su patrimonio como propios. Con más razón que los donados, serán los heredados, pues existirá una persona cuya voluntad así lo estableció para entrar en el patrimonio personal del cónyuge. Si existieren algunos gastos erogados con motivo de la incorporación de los bienes mencionados a su propio matrimonio y hubieran sido hechos con dinero que correspondiera a la sociedad, el cónyuge tendrá la obligación de reintegrar esos gastos, pues el otro esposo se vería perjudicado en sus intereses al contribuir con los gastos que han sido soportados por la sociedad. El cónyuge tendrá la obligación de reintegrar de su patrimonio el importe de éstos o bien hacer la deducción correspondiente de la dote o capital del marido (artículo 2135). Son también propiedad de uno de los cónyuges, los bienes que fueron adquiridos por uno de ellos en retroventa o por cualquier título antes que se efectuara el matrimonio ; no importando si después de efectuado el matrimonio se hizo la prestación (artículo 2136). En la retroventa, se considera que

es propio el bien del cónyuge en lo personal, porque él seguiría con el dominio virtual de la cosa que había vendido. En este caso, la propiedad habrá pasado nuevamente a su patrimonio. Es decir, la ha recobrado mediante la resolución de la condición que se había puesto en el contrato. También la ley nos habla de otros títulos de propiedad que tuviera uno de los cónyuges antes de efectuarse el matrimonio. Por tanto, la prenda, el préstamo de uso o sea el comodato, el depósito, así como el arrendamiento, permanecerán como bienes o derechos del cónyuge a cuyo favor están esos títulos.

Los bienes que forman el Fondo Social, están integrados por aquéllos que se aportaron para formar éste y los intereses o frutos que han percibido durante el matrimonio y que pertenecen por mitad a los esposos.

Estos intereses o frutos son los gananciales y como se dijo, pertenecen a ambos en un 50 % y sirven para sufragar los gastos del matrimonio.

De acuerdo con el artículo 2141 del Código Civil de 1870, los siguientes bienes pertenecen al fondo social del régimen de la sociedad legal :

1.- Todos los bienes que provengan de herencia, legado o donación que fueren hechos a ambos cónyuges sin designación de partes ; y si éstas fueren desiguales, sólo serán comunes los frutos de la herencia, legado o donación.

2.- Todos los bienes adquiridos por el marido, en la milicia o por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de una profesión científica, mercantil o industrial o por trabajo mecánico.

3.- El precio sacado de la masa común de los bienes para adquirir fincas o créditos propios de uno de los cónyuges.

4.- El precio de refacciones de créditos y el de cualesquiera mejoras y reparaciones hechas en fincas o créditos propios de uno de los cónyuges.

5.- El exceso o diferencia de precio dado por uno de los cónyuges en venta o permuta de bienes propios para adquirir otros en lugar de los vendidos o permutados.

6.- Los bienes adquiridos por título oneroso durante la sociedad a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los consortes.

7.- Los frutos, acciones, rentas e intereses, percibidos o devengados durante la sociedad, procedentes de los bienes comunes o de los consortes.

Vemos pues, que al celebrarse el matrimonio, cada cónyuge ha aportado a éste sus bienes. Unos quedarán como propios y otros pasarán a formar parte del fondo común ; así como los que en adelante han adquirido y los gananciales adquiridos. Los bienes que forman el fondo común pertenecen por igual a los dos cónyuges y la ley estima que la posesión y el dominio de estos perteneces por igual al esposo que a la mujer mientras no se termina la sociedad (artículo 2156). Aunque de lo expuesto anteriormente vemos que la mujer tiene también la posesión y el goce de los bienes en común, la ley la limita y no podrá disponer de ellos sin el consentimiento de su marido ; pues a éste le corresponde el carácter de administrador de la sociedad. Así

pues, por su calidad de administrador, él si puede disponer de los bienes muebles de la sociedad, siempre que ello sirva para el bienestar de los esposos, o de la familia en general. Tendrá libertad para venderlos, cambiarlos, etc., si con ello sigue el progreso de la sociedad legal y el bienestar de los cónyuges (artículo 2157) no necesitando para ello que la mujer dé su consentimiento. Sin embargo tratándose de los bienes inmuebles, es necesario dar mayor protección a la mujer y por tanto, éstos no podrán ser enajenados, ni obligados en cualquier sentido, si no es con el consentimiento de la mujer (artículo 2158). Sin embargo, cuando las circunstancias lo requieran, el marido tendrá autorización para vender, aún sin el consentimiento de la mujer (2159). En algunos casos en los que se crea conveniente que la venta de los bienes inmuebles sea necesaria para la estabilidad de la familia, el juez autorizará esta venta, aún sin el consentimiento de la mujer.

En general, se ha señalado que las deudas que contraigan los dos esposos, sean del marido solo o de la mujer, corresponderán al fondo común de la sociedad (artículo 2167). No obstante el principio anterior, existen dos casos en que la deuda, -aunque haya sido contraída de acuerdo con esa situación- no será a cargo del fondo social :

- 1º Cuando la deuda provenga de algún acto inmoral ; o
- 2º Cuando se hayan gravado los bienes propios del cónyuge y su importe no fué destinado a aumentar la masa común de la sociedad. (Artículo 2169).

Existe otra clase de deudas que tampoco entrarán al fondo común de la sociedad. Son aquéllas que se han contraído con anterioridad a la celebración del

matrimonio ; pero que entrarán al fondo común cuando los dos cónyuges se hayan obligado mutuamente y responden en conjunto de la deuda. También cuando la deuda haya sido con el objeto de beneficiarse en común (artículo 2170). La situación de obligación de los dos, es la clásica mancomunidad pasiva, en este caso, responderán por igual los dos y los bienes de ambos se encuentran obligados.

Por las deudas que provengan de hechos anteriores al matrimonio y que hayan contraído alguno de los esposos y que se tengan que liquidar durante la vigencia de la sociedad, no responderá el fondo de ella, siguiendo el mismo principio de que las ganancias o créditos de los esposos —que tuvieran antes de contraer matrimonio— no favorece a la sociedad. Las deudas también se consideran en la misma situación no teniendo la sociedad en común obligación de responder de ellas.

La sociedad se hará cargo de las reparaciones u obras que se efectúen en los bienes inmuebles que se encuentren dentro de la masa común. Serán también a cargo del fondo común, todos los gastos que se efectúen para mantener y educar a los hijos legítimos, como a los entenados que sean menores de edad (artículo 2177).

La disolución de la sociedad legal puede liquidarse por :

- 1º Muerte de uno de los cónyuges.
- 2º Sentencia de nulidad.
- 3º Ausencia o presunción de muerte.
- 4º Sentencia de divorcio.

Si la sociedad legal ha quedado disuelta, o bien ha quedado en suspenso, habrá, que proceder a la liquidación de los bienes, pues los frutos que de éstos siguen produciendo, ya no pertenecerán por mitad a los cónyuges. Los que provengan de los bienes del esposo, serán de él y los frutos de los bienes que pertenecen a la mujer, sus frutos serán de ella. Existen algunos bienes que no se podrán repartir por estar confundidos ; entonces habrá que repartirlos. Para esto, es necesario se formule un inventario (artículo 2189) que tendrá por objeto, conocer todos y cada uno de los bienes existentes en la sociedad para después hacer conforme a éste la repartición. También habrá que estipular en ese inventario los créditos activos de la sociedad, o sean los bienes de la colación y sobre ellos habrá que hacer las deducciones correspondientes.

Una vez terminado el inventario, se procederá a efectuar la liquidación de la sociedad legal, comenzando por liquidar las deudas que tenga el fondo común y una vez hecho habrá que seguir con el resto, o sea los que se llaman los "bienes". Lo primero que habrá que regresar o repartir, serán los bienes que cada cónyuge aportó a la sociedad. Esto es, si existe una sociedad regular donde éstos se encuentren.

D) LA SEPARACION DE BIENES EN EL CODIGO CIVIL DE 1870

Además del régimen de sociedad voluntaria y de sociedad legal, encontramos en el Código el régimen de separación de bienes.

El régimen de separación de bienes era en nuestra legislación una novedad, pues anteriormente fué desconocido, teniendo grandes inovaciones y adelantos para

la época (1870) pues vino a dar cierta independencia económica a los esposos y, a la vez, le acreditó a la mujer un lugar que viene a colocarla -en relación al marido- en un plano de igualdad y desenvolvimiento.

El régimen de separación de bienes lo tenemos implantado por las siguientes causas :

1º Por acuerdo de los futuros esposos al escoger sus capitulaciones matrimoniales.

2º Habiendo escogido inicialmente un diverso régimen, de común acuerdo los cónyuges han decidido cambiarlo y adoptar este régimen.

3º Por sentencia judicial.

Nuevamente, en este sistema, la voluntad de los contrayentes es la que tiene preponderancia para la elección adecuada, pero también en la reglamentación del régimen, necesariamente existirán los preceptos legales, para que en sus manifestaciones los cónyuges no vayan a lesionar intereses de terceros o bien, una de las partes obtenga mayores ventajas que la otra y como siempre, la mujer -siendo la parte débil de la unión-, sea la que tenga que soportar esas desventajas. En las capitulaciones matrimoniales, los futuros cónyuges pueden estipular las condiciones y ventajas que crean convenientes seguir, para su régimen de separación de bienes, pero tendrán que sujetarse a lo dispuesto por la ley en cuanto a solemnidad, y a ciertas cláusulas o pactos que no podrán verificarse por estar prohibidas por la ley y a otras cuestiones, que en algunos casos se refieren a los derechos de terceros y a la seguri-

dad de su derecho frente a los futuros cónyuges. Una vez escogido por los futuros cónyuges su régimen matrimonial, acuerdo con las reglas que la ley señala y ya celebrado el matrimonio, inmediatamente se observarán los siguientes efectos derivados de tal situación : los bienes muebles e inmuebles son propiedad de cada uno de los cónyuges y la administración de ellos la tendrán éstos de acuerdo con lo que poseen. También los frutos, rentas o goce de ellos les corresponden a cada uno de los esposos. Como ésta es la condición principal de la sociedad de separación de bienes, los esposos no podrán ponerse de acuerdo y formar un núcleo común con sus bienes y pasar a la sociedad voluntaria o legal en cualquier momento, pues tendrán que respetar el pacto primordial y sus capitulaciones matrimoniales, que les imponen a cada uno las obligaciones que se derivan de éste (artículo 2208).

Cuando los cónyuges no hayan celebrado convenio para distribuirse entre los dos, de una manera equitativa, las cargas del hogar, la manutención y educación de los hijos, la ley establece que ambos cónyuges tendrán la obligación de proporcionar los medios adecuados para satisfacer esas necesidades del hogar, y en caso de que uno de ellos no cuente con los suficientes medios económicos para contribuir con la mitad, lo hará en proporción a las rentas que perciba (artículo 2209).

La mujer en este régimen tiene la libre administración y goce de sus bienes. Habría que preguntarse hasta donde podrá llegar esa libertad en cuanto a su administración. La Ley, en protección a la seguridad económica del matrimonio, limita relativamente a la mujer en cuanto a la libre disposición de sus bienes y tendrá ella que cuidar y administrar con la prudencia necesaria, para cumplir con las obligaciones

que le han sido impuestas ; pues en caso contrario, con administración defectuosa y libre disposición imprudente de sus bienes, llevarán a la ruina económica al matrimonio, perjudicando directamente al marido y a los hijos. Este, por tener que hacer frente a las obligaciones que la mujer hubiere realizado, sin cumplirlas y los hijos, con el estado económico en ruina, verían que su bienestar y seguridad peligrarían. Como consecuencia, la ley ha dispuesto que la mujer no podrá vender los bienes inmuebles, ni tampoco los derechos reales, sin que el marido la haya autorizado para ello. Su consentimiento lo debe dar expresamente y cuando exista por parte de éste una razón infundada, podrá también el juez autorizar a la mujer la venta de los bienes inmuebles (artículo 2210).

El régimen de separación de bienes tiene como una de sus consecuencias directas lo establecido en las capitulaciones matrimoniales. Por eso, las deudas que sean contraídas por los esposos antes del matrimonio, las tendrán a su cargo y responderán de ellas con los bienes de su propiedad (artículo 2212).

En el régimen de separación los cónyuges pueden pactar que el goce de los bienes de la mujer los adquirirá el marido y en este caso, se confundirán con los bienes de él y por tal hecho, se compromete a efectuar todos los gastos del matrimonio ; contribuyendo al sostenimiento del hogar, pues en relación a los bienes de la señora, es un usufructuario y no tendrá obligación de dar cuenta de los frutos que reciba por considerar la ley que es administrador y poseedor de buena fe.

En caso de terminación del matrimonio y si hubiera frutos, estos sí pertenecerían a la mujer en su exclusividad, pues habiendo desaparecido la razón por la cual

el marido tenía la administración en beneficio y satisfacción de las cargas del matrimonio- no habrá razón para que él siguiera percibiéndolos.

Durante la vigencia del matrimonio, existen causas que son motivos de la terminación del régimen de separación de bienes y las dos más comunes : el divorcio separación de cuerpos y cuando exista alguna razón grave en la que interviniendo el Ministerio Público, el Juez así lo designe (artículo 2218).

Cuando existe la terminación por divorcio voluntario se seguirán las mismas reglas que se aplican en la sociedad legal en cuanto a la situación de los hijos y también respecto a la disposición y repartición de los bienes.

Una vez decretada la separación de los bienes que fue causada por culpa del esposo, la mujer recibirá los bienes que le corresponden y por tanto, tendrá la libre administración y el goce de ellos, pues es dueña legítima ; tendrá los bienes de ella que le correspondían a la separación de la sociedad y aparte, también los de la comunidad.

Por un acto voluntario o bien por un acto necesario, podrá decretarse la separación de bienes ; pero de cualquier forma -ya sea por el acto voluntario de los cónyuges o por el acto necesario-, no podrán con ello hacer variar y menos, atentar contra los derechos adquiridos de las personas que hayan tenido alguna relación contractual con motivo de la sociedad legal de la cual participaban. Una vez separados, las personas que trataron con ellos y en relación a la sociedad, no podrán ser obligadas por los cónyuges a aceptar la nueva situación, ya que para los terceros de buena

fe, no existirá la separación. Los esposos seguirán respondiendo con los bienes como lo hacían en la sociedad en común. Así pues, los derechos que los acreedores tenían con anterioridad a la separación, quedarán en las mismas condiciones y no sufrirán ningún perjuicio, ni podrán intervenir éstos en los convenios de carácter privado que tengan los cónyuges en relación con sus bienes, pues de acuerdo con la ley, están completamente asegurados sus créditos y derechos.

La ley señala que es obligación el inscribir la sentencia que ordena la separación de bienes y que cause ejecutoria, en el Registro Público (artículo :2228) pues la sentencia -aunque no viene a modificar un cambio trascendental en cuanto a la propiedad-, si viene modificando la administración, el goce y percepción de los frutos y contiene preceptos que cambiarían definitivamente las disposiciones de éstos. Con esta publicación, los efectos que produzca se iniciarán a partir de su publicación.

Puede ocurrir que la separación de hecho se haya iniciado por causas personales y los cónyuges, por convenios o pláticas que tuvieran entre si lleguen a la reconciliación, entonces ; los efectos que ella produce en relación con los bienes, serán que terminando la causa-motivo de la separación, también terminarán con sus efectos ; señalando la ley que quedará restablecida la sociedad y tendrá como bases las que ellos mismos le habían fijado cuando efectuaron de común acuerdo sus capitulaciones matrimoniales.

Sin embargo los cónyuges, también de conformidad con la ley, pueden modificar conjuntamente esos convenios y entonces se sujetarán a la sociedad voluntaria

o legal pero siguiendo siempre las nuevas modificaciones que le hicieron, (artículo 2241).

En tal virtud, la sociedad ha quedado con la forma que tenía antes o con ciertas modificaciones. Si se han modificado en algunas cláusulas las capitulaciones matrimoniales primitivas, es necesario -aunque no lo dice la ley-, volver a otorgar nuevas modificaciones en Escritura Pública y deberán inscribirse como se hicieron con las primitivas en el Registro Público. Esta inscripción, tendrá como objeto principal, que los interesados y terceros contratantes con la sociedad, se enteren que existen nuevos pactos o capitulaciones que han modificado las iniciales, pues en caso de ignorarlas, podrían resultar defraudados cuando verificaran algún otro contrato relacionado con el contenido patrimonial de la sociedad.

E) EL REGIMEN DOTAL EN EL CODIGO DE 1870

El régimen dotal es un sistema de bienes matrimoniales que posiblemente sea el más antiguo o si no, uno de los más antiguos. Se funda en el sentimiento de carácter filial y de protección de los padres hacia sus hijos, pues los matrimonios muchas veces se efectúan en virtud de ciertas ventajas económicas que ofrece uno de los contrayentes y principalmente la mujer, o por lo menos, en función de una seguridad económica relativa para sobrellevar con éxito las cargas que representan la unión del hombre y la mujer. ⁽³¹⁾ En la época moderna, con más regularidad se han observado estos acontecimientos y aunque entre el pueblo nuestro no es costumbre que los intereses económicos se sobrepongan a las cualidades morales y sentimien-

(31) Ibi dos esse debet, ubi onera matrimoni sunt. -La dote debe estar allí donde están las cargas del matrimonio- Paulo. Lib. XXIII. Título de Ley 56-1

tales, no dejen de existir matrimonios cuyo motivo ha sido la creación de la dote en ellos y creemos que, por esta razón, el Código Civil de 1870 lo ha incluido como régimen matrimonial dentro de su articulado.

Para comenzar el estudio del régimen dotal, vamos a tratar de encontrarle un significado o la palabra dote, tratando de interpretarla de acuerdo con el pensamiento del Código Civil de 1870 : dote es el patrimonio, ya sea constituido en bienes (muebles o inmuebles) dinero, o de cualquier otra cosa, que una persona -ya sea padre o terceros- dan a la mujer, para que ésta a su vez, la ofrezca al marido con el fin de ayudar a sostener los gastos que origina el matrimonio (artículo 2251).

La dote, como su definición lo dice, puede estar constituida por bienes tanto muebles como inmuebles, también podrá constar de dinero u otros bienes. Podrá constituirse ya sea un familiar o un extraño y servirá en todos los casos para ayudarse en las cargas que tendrán que llevar juntos los esposos con motivo del matrimonio.

Para que lo aportado, entre en el matrimonio con carácter de dote, es necesario que al hacer la aportación así se haga constar, pues teniendo un conjunto de leyes que la regulan y distinguen -en relación con otros bienes que entran al matrimonio- es necesario que así se exprese, pues se podría confundir con otros bienes.

La constitución de la dote en favor de la mujer, puede efectuarse por cualquier persona que tenga el dominio y por tanto la administración de los bienes. Igualmente podrá efectuar la dote aquellos que carecen de administración ; pero tendrán

que sujetarse a ciertas restricciones o condiciones que la ley les impone.

Por regla general, los que constituyen la dote son los padres⁽³²⁾. Estos tendrán cuidado en constituirla con bienes propios. En caso de que solamente uno de ellos haga la constitución de la dote la ley dice que tendrá que constituirla con bienes de su propiedad únicamente (artículo 2259). Los menores podrán también constituir su dote pero siempre que estén emancipados y que cuenten para ello con el consentimiento de la persona que los emancipó, no existiendo ésta, podrán constituir la dote con la autorización del juez. Los menores en general como son incapaces no pueden constituir la dote.

Tratándose de las mujeres menores, tampoco podrán constituir la dote en su provecho, sino que necesitarán que les otorgue su consentimiento la misma persona que necesita hacerlo para efectuar su matrimonio y en caso de que se encuentre ya casada, será necesario para que pueda ampliar su dote o bien para la constitución de ella, la autorización judicial (artículo 2256). La regla de incapacidad es la aplicada en el caso de la mujer menor que va a emanciparse por el matrimonio, quien tendrá que ser autorizada por la persona que dará su consentimiento para la celebración del matrimonio, pues se entiende que una mujer aunque posea bienes, no tiene la suficiente inteligencia para disponer acertadamente de ellos ni puede disponer de

(32) Prefecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel parente profecta est de bonis el facto ejus. -Dote profecticia es la proveniente del padre o de otro ascendiente, y de sus bienes o de hecho suyo-. Ulpiano. Lib. XXIII. Tit. III. Ley 5º.

ellos libremente. Por tanto, como va a hacer un cambio en el estado de sus bienes aunque no exactamente una venta ; al constituir la dote, éstos tendrán que seguir las reglas de este régimen, por lo que necesitará la suficiente inteligencia y preparación para determinar si este cambio en él les va a beneficiar o si por el contrario le será perjudicial. Por estas razones, el legislador ha tenido a bien no dejarla obrar por si sola, sino de acuerdo con otras personas.

Queda por ver el último de los casos, o sea cuando la mujer ya casada quiere constituir o ampliar su dote ; la mujer en este caso, está protegida por la Ley, pues se cree que el marido podría influir o ejercer ciertas presiones para hacer el cambio de bienes, y en este caso sólo podrá hacerlo si la autoridad judicial así lo permite.

Se establece también por la ley que el que constituye la dote será responsable y quedará obligado a la evicción y solamente se salvará si existe un convenio en contrario ; teniendo por objeto contribuir a solventar en parte las cargas del matrimonio se ha creído conveniente que las personas que constituyen una dote respondan del derecho de evicción, pues en realidad en nuestro derecho (1870) no existe la obligación y el deber de la constitución de la dote que prácticamente viene a convertirse en una donación, que el legislador ha tratado de que llegue a los esposos sin ningún problema ni contingencia ; declarando para ello la obligación que se tiene de la evicción. La dote, como ya se dijo, puede constituirse con bienes muebles o inmuebles y cualquier otro bien que se encuentre en el comercio de las personas. También lo puede constituir la mujer con los bienes propios que posee y podrá tam-

bién -si así lo quiere-, aumentar el número de bienes dotales. Uno de los requisitos para el aumento de la dote, es el carácter formal, y consiste en que deberá inscribirse en el Registro, pues de otra manera no tendrá validez esa nueva aportación (artículo 2253).

También la dote podrá constituirse antes de efectuarse el matrimonio o bien ya celebrado (artículo 2252). Se aplica nuevamente el principio de libertad para la constitución de la dote, pues siendo un acto liberal podrá el que lo efectúe, hacerlo en el tiempo que crea conveniente para él.

Una vez efectuado el matrimonio, los cónyuges adquieren una cantidad de bienes que ya sea por la forma que los adquirieron o bien por alguna otra circunstancia, se les deben considerar como y de acuerdo con el artículo 2261 del Código de 1870 estos serán :

1.- Por permuta con otros bienes dotales.

2.- Por derecho de retroventa, ya sea que en virtud de él se reciban los prometidos en dote, ya sea que recobren los dotales que hayan sido enajenados legalmente con aquel pacto.

3.- Por dación en pago de la dote.

4.- Por compra hecha con dinero de la dote, previo consentimiento de la mujer.

En la primera fracción o sea, el cambio de los bienes dotales por otros tam-

bién dotales, desde el derecho romano se ha observado esta regla. (33)

Pasando después a la legislación hispana -que también la adopta- y por último a la mexicana, que sigue también el mismo camino, considera que no existe motivo ni razón alguna para que se permuten y se aprecien los nuevos bienes dotales, pues es natural que no pierden su calidad, pues entrarán con ese carácter y por lo tanto, también pertenecerán a la mujer por ser propiedad de ella. El marido -para poder disponer de estos bienes- tendrá que pedir la autorización de su esposa, pues como estos han entrado al matrimonio en lugar de los dotales anteriores, considera la Ley que sólo existe una subrogación, pues de otra manera, la entrada de estos nuevos bienes al matrimonio, dejaría a la mujer sin dote y estaría a merced de la voluntad del marido, para disponer de ellos como quisiera.

En el Código Civil de 1870 existía el pacto de retroventa y consistía en la venta que una persona hacía de un bien con el compromiso de que nuevamente en un plazo determinado se la volvieran a vender y él pagaría el mismo precio que recibió por ella. Tratándose de la dote y en relación la fracción II del artículo 2261 se presentan los siguientes casos :

1º Con un pacto de retroventa, el marido ha enajenado los bienes dotales.

2º Cuando el marido ha adquirido nuevos bienes con el producto o dinero

(33) Res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. Las cosas compradas con dinero de la dote se consideran bienes dotales. Gayo Lib. XXIII. Tit. III. Ley 54 del Digesto.

que le ha pertenecido a la dote.

En el primer enunciado no habrá problema pues los bienes que ha vendido el marido con pacto de retroventa, volverán nuevamente -pasado un plazo- a incorporarse al matrimonio como bienes dotales. La naturaleza de éstos no ha cambiado en ningún momento, ya que solamente ha existido un lapso de tiempo.

En el segundo caso, o sea cuando se ha adquirido un bien con dinero dotal, ha existido solamente un contrato de compraventa por virtud del cual, se ha empleado el dinero dotal -que pertenecía a la mujer- para la adquisición de otro bien que va a ser dotal y que también pertenecerá en propiedad de la mujer por entrar en la dote. No hubo en esta operación ningún cambio de naturaleza de la dote, pues el dinero perteneciente a ésta se empleó para adquirir un bien que tendrá las mismas características.

En relación con la fracción III del artículo 2261, la dación en el pago de los bienes dotales, estos se deberán considerar como tales. La dación en pago se equipara a la compra-venta por lo tanto, cuando se reciban bienes -en cambio de los bienes dotales- aquéllos entrarán al matrimonio como bienes dotales. En el mismo caso se encuentra cuando el marido ha adquirido un bien inmueble con dinero de la dote y con el consentimiento de la mujer, pues es de suponerse que de este hecho sacará ventajas tanto la mujer como el marido, repercutiendo esas ventajas en la estabilidad económica del matrimonio.

La ley solamente impone la condición que para hacer una adquisición

-por parte del marido con dinero de la dote-, tenga el consentimiento expreso de la mujer, pues si el marido adquiriera el bien sin el consentimiento de ella, pasaría a ser propietario de él y éste tendría que devolver a la dote el importe que le había tomado, y si no lo tuviera, respondería con sus bienes personales pudiendo la mujer ejercitar acción en su contra para lograr el cobro de la inversión. Todo esto está relacionado con la fracción IV del artículo 2261 citado.

Existen diferencias esenciales y fundamentales entre los regimenes antes estudiados y el régimen dotal. Este no tiene comunidad de bienes ni tampoco como consecuencia de ello, comunidad de intereses entre los cónyuges. El fondo dotal o sea la dote tiene el carácter de ser inalienable y lo que se percibe de este fondo servirá para la manutención del matrimonio o bien para ayuda de los cónyuges en la vida en común que llevan. Como la ley ha querido proteger a la mujer y al marido y a la vez favorecerlos con el régimen dotal, no podrá ni variarse si no es con la voluntad estricta de los dos cónyuges, pues de otra manera podría fracasar y echar por tierra todas las protecciones y ventajas que este sistema tiene para ellos. Los bienes -para que puedan considerarse como dotales- ; tendrán que ser señalados como tales y deberán diferenciarse de los que no lo son. Cuando se van a adquirir con dinero de la dote bienes que también serán dotales, es necesario que esta operación se haga constar así en su escritura y además es indispensable inscribirla en el Registro Público. También deberá manifestarse que la operación ha sido efectuada con el consentimiento de la mujer (artículo 2263). La dote, siempre será considerada desde la fecha que se haya verificado su Registro. Existe también un artículo relacionado con el que

promete la constitución de la dote. Si se ha prometido constituirla con cosas fungibles o bien con dinero y ya se hubieran determinado en precio para entregarlas en un plazo determinado, se pagará interés cuando llegado ese plazo y no hubiera cumplido con la constitución de la dote.

Cuando no exista el plazo de entrega, comenzará a contarse desde la fecha en que haya efectuado el matrimonio. Los intereses serán considerados al tipo legal (artículo 2264). Se ha estimado necesario que una vez que exista el plazo, el donante se le impongan el pago de intereses legales, pues se aprecia a éstos como frutos de la dote. Como es necesario que la entrega de la dote sea precisa para la seguridad de la mujer y el marido, es justo que el dotante pague esos intereses desde el día de su matrimonio, pues se supone que para efectuarlo, desde ese momento, comenzarán a correr intereses por su cuenta hasta su constitución. Si no se ha estipulado el interés que se ha de cobrar en caso de que no se cumpla con la constitución de la dote, resuelve que se pagará el interés legal.

Desde un principio se ha manifestado que la dote deberá constar en escritura pública y ésta deberá ser registrada para que desde ese momento comience a producir efectos. La escritura deberá contener los siguientes requisitos, de acuerdo con el artículo 2265 del Código Civil de 1870 :

I.- Los nombres del que la da, del que la reciba y de la persona a cuyo favor se constituye.

II.- Si el que dota es mayor o menor de edad, y en el segundo caso los

requisitos que exige la ley.

III.- El caso de bienes o de derechos en que consta la dote, especificándose unos y otros, con expresión de sus valores y gravámenes.

IV.- En su caso, lo dispuesto por el artículo siguiente y por el 2316.

En la fracción IV, existe una observación que corresponde a las limitaciones que se han hecho en relación con el menor de edad. Ya se ha dicho que los menores solamente emancipados también necesitan tener el consentimiento de la persona que los ha emancipado para poder constituir la dote. Cuando no pueda o no quiera dar su consentimiento la persona, el juez podrá en los casos necesarios y justos otorgarla él. La mujer también necesita autorización de la persona que otorgará su consentimiento para que pueda contraer matrimonio; esto se refiere a la mujer menor. En cuanto a la mayor, necesitará también para dotar que el Juez la autorice. Estos son los requisitos que deberá contener la escritura, en caso de que un menor quiera constituir una dote y también la mujer mayor.

Parà seguridad de la mujer dotada y cuando la dote consta de dinero en efectivo, podrá el que la constituya, estipular que el dinero se ha de destinar a que gane un interés razonable y que de este interés se servirán tanto la mujer como el marido para llevar las cargas del matrimonio. (Artículo 2266).

Con esta disposición se protege a la mujer del marido, para que no disponga inmediatamente del capital y que por consecuencia lo pierda o lo dilapide. Este precepto no le obligará al constituyente de la dote a imponerlo, pues la ley deja a

su voluntad del dotante de imponerlo o no. Cuando no ha sido impuesto, el marido podrá -desde luego- tomar el capital para hacer alguna inversión que a su juicio sea conveniente. En caso de dilapidarlo, tendrá obligación de devolver su importe, para que siga la dote igual que como la recibió.

CAPITULO VI

A) SISTEMA DEL CODIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil para el Distrito Federal Y Territorios de la Baja California, -promulgado por decreto del 14 de diciembre de 1883 y que entró en vigor en esa misma fecha-, en su Título Décimo, habla del Contrato de Matrimonio con Relación a los bienes de los consortes. Está redactada casi en los mismos términos del Código de 1870 utilizando el mismo Título Décimo y bajo el mismo rubro. Sin embargo, existen en los distintos capítulos que lo integran, pequeñas diferencias que vamos a señalar para completar el estudio que estamos realizando.

En el Código de 1884 aparece el artículo 1974 con una modificación en su parte final al relativo del Código de 1870 Artículo 2108 y dice: "El abandono injustificado del domicilio conyugal por uno de los cónyuges y hace cesar para él desde el día del abandono, los efectos de la sociedad legal, en cuanto le favorezcan ; éstos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso. En ambos Códigos encontramos en la primera parte de ese artículo, que el abandono, puede producir efectos de terminación o de suspensión temporal de la sociedad, según hayan establecido los esposos por medio de sus pactos, pues una vez celebrado el matrimonio, deberán sujetarse a las condiciones señaladas. El Código de 1884 amplía el artículo señalan-

do la pena al cónyuge que abandona el hogar conyugal, cesando los efectos que le beneficien ; pero el legislador, dándole libertad a los cónyuges, declara que volverán nuevamente a producirse esos efectos cuando exista un nuevo convenio de los cónyuges.

El artículo 1975 también modifica el relativo del Código de 1870 estableciendo : "El marido es el legítimo administrador de la sociedad conyugal. La mujer sólo administrará cuando haya convenio o sentencia que así lo establezca, en caso de ausencia o impedimento del marido, o cuando éste haya abandonado injustificadamente el domicilio conyugal".

De acuerdo con el principio de libertad para fijar las reglas y pactos en las capitulaciones matrimoniales, deberán los futuros consortes -tratándose de la sociedad-, determinar quien es el administrador de los bienes que se encuentran en el fondo común. A falta de pacto, el artículo citado señala que le corresponderá al marido ser el administrador de la sociedad, pero en caso de mal comportamiento la administración pasará a la mujer, Cuando exista ineptitud o negligencia de parte del marido, el Juez podrá decretar que sea la mujer la administradora de la sociedad. También por algún impedimento físico o mental del marido, -o que haya abandonado sin justificación el hogar-, podrá la mujer tomar esa administración. El marido, por ser aparentemente el más apto, y considerado como capaz para llevar a cabo la administración y la dirección de los negocios, ha sido señalado por la ley como el indicado para ello. Sin embargo, cuando existen casos especiales como los apuntados concede a la mujer la administración de la sociedad. En el capítulo segundo, "de

las capitulaciones matrimoniales" y el tercero "de la Sociedad Voluntaria" no encontramos en ambos Códigos ninguna modificación, pues existe absoluta identidad en sus preceptos.

En la parte final del Artículo 2026 del Código de 1884 que se refiere a la oposición de la mujer para dar su consentimiento al marido para realizar un bien raíz, agregada una parte que en el respectivo del Código de 1870 no se expresa "previa audiencia", o sea, que en los casos de oposición infundada, podrá suplirse por decreto judicial el consentimiento de la mujer. El Legislador añade la necesidad de que el Juez oiga a la mujer antes de dar su consentimiento para suplir la voluntad de ella.

El artículo 1087 del Código de 1884, siguiendo el sistema del que le antecede, también en su parte final, establece que la mujer deberá ser oída en audiencia.

Encontramos en el Artículo 2029 del Código de 1884 una pequeña diferencia con el relativo del Código de 1870 (artículo 2162) pues en aquél, amplía a los dos cónyuges la limitación para que no dispongan por testamento sino sólo de la mitad de los gananciales, mientras que en el de 1870 solamente el marido era el que no podía disponer sino de ese 50 %.

En el capítulo sexto "De la liquidación de la sociedad legal" no se encuentra ninguna diferencia.

En el artículo 2091 del texto de 1884 existe una pequeña diferencia con el relativo del Código de 1870, pues únicamente amplía y aclara sin que esa dife-

rencia tenga trascendencia, -quedando el artículo como sigue- : "Cuando la separación tuviere lugar por pena impuesta al marido y que lo inhabilite para administrar personalmente los bienes, la mujer administrará sus bienes propios y los comunes ; y los del marido serán administrados por el apoderado que nombre, y en su defecto por la mujer.

En el Artículo 2136 del Código de 1884 se encuentra modificado y dice "La dote constituída por uno de los padres, no se imputará a la porción hereditaria de los hijos, sea que haya testamento o no, sino cuando el que la constituyó lo haya dispuesto expresamente y sólo subsistirá, en cuanto no perjudique el derecho de los demás herederos legítimos a percibir alimentos en los casos legales. En el Código de 1870 dispone en relación con el artículo citado-, que la dote será imputada siempre a la hija legítima, pero siempre que haya sido dada en vía de mejora en la parte disponible, y sólo cuando existe el exceso de la legítima se imputará a la mejora hecha (artículo 2268 del C.C. de 1870).

En el Artículo 2151 Fracción VI del Código de 1884 se encuentra la siguiente modificación "ambos cónyuges de acuerdo pueden enajenar o hipotecar los bienes de que habla el artículo anterior, cuando no está constituída aún la hipoteca a que se refiere el artículo 2145. (Para permutar o comprar otros bienes que deban quedar con el carácter de dotales, o para libertar algunos de estos de los gravámenes que reporten).

La misma Fracción VI del relativo en el Código de 1870, (artículo 2283), se encuentra, sólo que más limitada, pues la modificación hecha, afecta su última

parte. En el Código de 1884, los cónyuges de común acuerdo podrán enajenar o hipotecar los bienes inmuebles y muebles preciosos aún cuando no esté constituida hipoteca legal, de acuerdo con la fracción VI del artículo 2151 antes citado. En el de 1870, la fracción VI del artículo relativo solamente establece -artículo 2283- Ambos cónyuges de acuerdo pueden enajenar o hipotecar los bienes de que habla el artículo anterior, cuando no está constituida aún la hipoteca a que se refiere el artículo 2277 fracción VI. Para permutar o comprar otros bienes, que deben quedar con el carácter de dotales.

En los siguientes capítulos, Décimo Segundo "De las acciones dotales" y Décimo Tercero de la "Restitución de la dote" no encontramos ninguna modificación o diferencia entre lo establecido por el Código de 1870 y el de 1884.

El Ordenamiento al que nos hemos venido refiriendo, estuvo vigente en el Distrito Federal hasta el 10 de mayo de 1917, ya que al día siguiente entró en vigor la Ley sobre Relaciones Familiares.

CAPITULO VII

A) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

La conmoción vital experimentada por la nación a raíz del movimiento político y social de la Revolución Mexicana, propició el rompimiento de los moldes arcaicos, permitiendo la realización de reformas estructurales de la vida institucional del país, en los términos expuestos por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Nación en su Decreto número 7, del 12 de diciembre de 1919, conocido como Adiciones al Plan de Guadalupe que establece :

"D E C R E T O "

"Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de la República Mexicana". "Considerando" :

"Que una vez que la Revolución triunfante trataba de organizar debidamente el Gobierno Provisional y se disponía además a atender las demandas de la Opinión Pública, dando satisfacción a las imperiosas necesidades de reforma social que el pueblo ha menester, cuando tropezó con las dificultades que la reacción había venido preparando en el seno de la División del Norte, con propósito de frustrar los triunfos alcanzados por los esfuerzos del Ejército Constitucionalista".

"Que con el propósito de no entrar en una lucha de carácter personalista y de no derramar más sangre, esta Primera Jefatura puso de su parte todo lo que era posible para una conciliación; ofreciendo retirarse del poder, siempre que se estableciera un Gobierno capaz de llevar a cabo las reformas políticas y sociales que exige el país..."

... "Y, por otra parte, las declaraciones terminantes hechas por el mismo Jefe de la División del Norte en diversas ocasiones, de desear que se restablezca el orden constitucional antes de que se efectúen las reformas políticas y sociales que exige el país dejan entender claramente que la insubordinación del General Villa tiene un carácter netamente reaccionario y opuesto a los bienes del movimiento constitucionalista, y tiene el propósito de frustrar el triunfo completo de la Revolución, impidiendo el establecimiento de un Gobierno Preconstitucional que se ocupará de expedir y poner en vigor las reformas por las cuales ha venido luchando el país desde hace cuatro años.

"Que en tal virtud, es un deber hacia la Revolución y hacia la Patria, proseguir la Revolución comenzada en 1913, continuando la lucha contra los nuevos enemigos de la libertad del pueblo mexicano".

"Que no habiendo sido posible realizar los propósitos para los que fue convocada la Convención Militar de octubre, y siendo el objeto principal de la nueva lucha, por parte de las tropas reaccionarias del General Villa, impedir la realización de las reformas revolucionarias que requiere el pueblo mexicano, el Primer Jefe de la Revolución Constitucionalista tiene la obligación de procurar que cuanto antes

se pongan en vigor todas las leyes que deben cristalizar las reformas políticas y económicas que el país necesita, expidiendo dichas leyes durante la nueva lucha que va a desarrollarse".

" NUMERO 7"

Artículo 1º.- "Subsiste el Plan de Guadalupe del 26 de marzo de 1913 hasta el triunfo completo de la Revolución, y por consiguiente el C. Venustiano Carranza continuará en su carácter de Primer Jefe de la Revolución Constitucionalista y como Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, hasta que, vencido el enemigo, quede establecida la paz".

Artículo 2º.- "El Primer Jefe de la Revolución y Encargado del Poder Ejecutivo, expedirá y pondrá en vigor, durante la lucha, todas las leyes, disposiciones y medidas encaminadas a dar satisfacción a las necesidades económicas, sociales y políticas del país, efectuando las reformas que la opinión pública exige como indispensables para establecer un régimen que garantice la igualdad de todos los mexicanos entre sí..." "Organización del Poder Judicial independiente, tanto en la Federación como en los Estados; revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las personas; disposiciones que garanticen el estricto cumplimiento de las Leyes de Reforma; revisión de los Códigos Civil y Penal y de Comercia"; ... "reformas políticas que garanticen la verdadera aplicación de la Constitución de la República, y, en general, todas las demás leyes que se estimen necesarias para asegurar todos los habitantes del país la efectividad y el pleno goce de sus derechos y la igualdad ante la Ley".

Artículo 5º.- Instalado el Congreso de la Unión, el Primer Jefe de la Revolución dará cuenta ante él, del uso que haya hecho de las facultades que por el presente se haya investido, y especialmente, le someterá las reformas expedidas y puestas en vigor durante la lucha, con el fin de que el Congreso ratifique, enmiende o complemente, y para que eleve a preceptos constitucionales aquellas que deban tener dicho carácter, antes de que se establezca el orden constitucional..."

El decreto anterior fue modificado posteriormente por la convocatoria al Congreso Constituyente de fecha 14 de septiembre de 1916 en la que se dijo :

"Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de la República, en uso de las facultades de que se haya investido y considerando :"

"Que en los Artículos 4º, 5º y 6º de las Adiciones al Plan de Guadalupe decretados en la H. Veracruz con fecha 12 de diciembre de 1914, se estableció de un modo claro y preciso que al triunfo de la Revolución, reinstalada la Suprema Jefatura en la ciudad de México y hechas las elecciones de Ayuntamiento en la mayoría de los Estados de la República, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo convocara a elecciones para el Congreso de la Unión, fijando las fechas y los términos en que dichas elecciones habrían de celebrarse ; que instalado el Congreso de la Unión, el Primer Jefe le daría cuenta del uso que hubiera hecho de las facultades de que el mismo decreto le concede y sometería especialmente las medidas expedidas y puestas en vigor durante la lucha, a fin de que las ratifique, enmiende y complemente y para que eleve a preceptos constitucionalistas que deban

tener dicho carácter ; y, por último, que el mismo Congreso de la Unión expedirá la convocatoria correspondiente para la elección del Presidente de la República y que, una vez efectuada ésta, el Primer Jefe de la Nación entregaría al efecto al Poder Ejecutivo.

"Que esta Primera Jefatura, ha tenido siempre el deliberado y decidido propósito de cumplir con toda honradez y eficacia, el programa revolucionario delineado en los artículos mencionados y en los demás del decreto del 12 de diciembre, al efecto ha expedido disposiciones directamente encaminadas a preparar establecimientos de aquellas instituciones que hagan posible y fácil el gobierno del pueblo y que aseguren la situación económica de las clases proletarias, que habían sido las más perjudicadas con el sistema de acaparamiento y monopolio adoptado por gobiernos anteriores; así como también ha dispuesto que se proyecten todas las leyes que se ofrecieron en el artículo 2º del decreto citado, especialmente las relativas a las reformas políticas, que deben asegurar la verdadera aplicación de la Constitución de la República y la efectividad y pleno goce de los derechos de todos los habitantes del país ; al estudiar con toda atención estas reformas, se ha encontrado que si hay algunas que no afectan a la organización y funcionamiento de los poderes públicos, en cambio hay otras que si tienen que tocar forzosamente éste y aquélla, así como también que de no hacerse estas últimas reformas se correría seguramente el riesgo de que la Constitución de 1857 a pesar de la bondad indiscutible de los principios en que descansa y del alto ideal que aspira a realizar el gobierno de la Nación, continuará siendo inadecuada para la satisfacción de las necesidades públicas y muy propicia para volver a entronizar otra tiranía igual o parecida a las que con demasia-

da frecuencia ha tenido el país, con la compleja absorción de todos los poderes que por parte del Ejecutivo a de los otros, con especialidad el Legislativo, se convierten en una remora constante para la marcha regular y ordenada de la administración ; siendo por todo esto de toda punto indispensable hacer dichas reformas, las que traerán como consecuencia forzosa la independencia real y verdadera de los tres departamentos del Poder Público, su coordinación positiva y eficiente para hacer sólido y provechoso el uso del poder, dándole prestigio y respetabilidad en el exterior y fuerza y moralidad en el interior".

"Que las reformas que no tocan a la organización y funcionamiento de los poderes públicos, y las leyes secundarias pueden ser expedidas y puestas en práctica desde luego sin inconveniente alguno, y como fueron promulgadas y ejecutadas inmediatamente las Leyes de Reforma, las que no vinieron a ser aprobadas e incorporadas en la Constitución, sino después de varios años de estar en plena observancia ; pues tratándose de medidas que en concepto de los mexicanos son necesarias y urgentes, porque están reclamadas imperiosamente por necesidad cuya satisfacción no admite demora. No habrá persona ni grupo social que tome dichas medidas como motivo o pretexto serio para atacar al Gobierno Constitucionalista, ; o por lo menos, para ponerle obstáculos que le impidan volver fácilmente al orden constitucional ; pero no sucederá lo mismo con las otras reformas constitucionales, con las que se tiene por fuerza que alterar o modificar en mucho o en poco la organización del Gobierno de la República. "

"Que para salvar ese escollo, quitando así a los enemigos del orden todo pretexto para seguir alterando la paz pública y conspirando contra la autonomía de

la Nación y evitar a la vez el aplazamiento de las reformas políticas indispensables para obtener la concordia de todas las voluntades y la coordinación de todos los intereses, por una organización más adaptada a la actual situación del país, y por lo mismo conforme al origen, antecedentes y estado intelectual, moral y económico de nuestro pueblo, a efecto de seguir una paz estable, implantando de una manera sólida el reinado de la ley, es decir, el respeto de los derechos fundamentales para la vida de los pueblos, y el estímulo a todas las actividades sociales, se hace indispensable buscar un medio que satisfaciendo a las dos necesidades que se acaban de indicar, no mantenga indefinidamente la situación extraordinaria en que se encuentre el país a consecuencia de los cuartelazos que produjeron la caída del Gobierno Legítimo, los asesinatos de los supremos mandatarios, la usurpación huertista y los trastornos que causó la defección del ejército del Norte y que todavía están fomentando los restos dispersos del huertismo y del villismo".

Las disposiciones anteriores constituyen los vértices y antecedentes jurídicos de la Ley sobre Relaciones Familiares, que como ya dijimos anteriormente, fue expedida por el primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Nación y publicada el 14 de abril de 1917, entrando en vigor el 11 de mayo del mismo año.

En relación con el Código de 1870 y posteriormente con el de 1884, la Ley sobre Relaciones Familiares, establece grandes diferencias respecto a los bienes de los esposos ; rompiendo con el sistema clásico, ya que establece solamente un solo régimen matrimonial : el de separación de bienes ; suprimiendo todo régimen

de comunidad y también dotal.

En el Código único de la Ley que venimos comentando, se exponen las razones para suprimir los otros regimenes, dejando solamente el de separación de bienes, haciendo las siguientes consideraciones :

"Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad entre estos, y no en el imperio que, como resto de la "Manus" romana, se ha otorgado al marido, y deben además, consignarse en los preceptos legales, las prácticas que emanan de la costumbre, a fin de hacer que la ley sea suficientemente respetable y debidamente respetada ; por todo lo cual se ha creído conveniente determinar de un modo expreso que ambos cónyuges tienen derecho a consideraciones iguales en el seno del hogar..."

"Que en las relaciones pecunarias de los esposos es en donde más se deja sentir la influencia de las antiguas ideas, pues mientras el marido sea administrador de los bienes comunes y representante legítimo de la mujer, quien no puede celebrar ningún acto ni contrato sin la autorización de aquél, se conserva prácticamente el sistema romano que colocaba por completo a la mujer bajo la potestad del marido ; y como por otra parte, la indisolubilidad del vínculo matrimonial establece la comunidad perpetua de vida dió origen a la de intereses, creando así la sociedad legal, salvo el caso que previamente se estableciera una voluntaria o se pactara la separación de bienes. La mujer y muy especialmente la mexicana, que es toda abnegación y ternura, ha sido frecuentemente víctima de explotaciones inicuas que el Estado debe impedir,

y mucho más ahora que ha establecido el divorcio, se hace necesario evitar que, satisfecha la codicia de los aventureros o arruinada la mujer, sea ésta abandonada, después de haber perdido su belleza y su fortuna, sin que el marido conserve para ella más que obligaciones insignificantes y con frecuencia poco garantizadas ; y así que no habiendo necesidad ya de presumir la sociedad legal, se dispone expresamente que los bienes comunes, mientras permanezcan indivisos, sean administrados de común acuerdo ; que cada uno de los cónyuges conserve la administración y propiedad de sus bienes personales, así como de los frutos de éstos, y la completa capacidad para contratar y obligarse ; pero sin perjuicio de la unidad de la familia, y sin excluir la ayuda mutua, pues se deja en libertad a ambos consortes para conferirse mandato y para comunicarse los frutos de sus bienes, aunque aceptándose como medidas de protección en favor de la mujer que ésta no reciba del marido menos de lo que ella le da, que no pueda entregar fianza en favor de aquél y que no se obligue jamás solidariamente con el marido en negocios de éste".

Existe también en la Ley, una serie de disposiciones tendientes a proteger el hogar, llegando a acordar que la casa habitación y sus muebles no podrán ser objeto de disposiciones sin el acuerdo de los dos cónyuges, con ciertas limitaciones que trata la Ley.

La Ley Sobre Relaciones Familiares establece en su artículo 270, que cuando se celebre el contrato de matrimonio, los cónyuges conservarán los bienes que tengan personalmente y que éstos seguirán siendo propiedad de cada uno de ellos, conservando por lo tanto, la administración y disposición de ellos, con todos sus intereses, frutos y accesorios derivados de ellos.

Como anteriormente y bajo la vigencia del Código de 1884, existían matrimonios que habían sido efectuados bajo el régimen de sociedad voluntaria o legal, en su artículo 4º transitorio estableció que por voluntad de alguno de los cónyuges podría proceder a su liquidación ; respetando para ello las formas establecidas y en caso de no tener tal intención, la sociedad voluntaria o legal continuaría como simple comunidad, debiéndose someter a las reglas de la Ley.

El artículo 5º transitorio estableció que cuando el matrimonio anterior a la Ley se haya efectuado bajo el régimen de separación de bienes, deberá continuar en esa forma y se regirá por las capitulaciones que los cónyuges celebraron, siempre que ésta no vaya en contra de algún principio de la Ley.

Cuando había sido constituida dote dentro del matrimonio, la ley estableció en su artículo 6º transitorio que habría de continuar y que sería regida por la Ley anterior y se respetarían las capitulaciones celebradas al respecto ; a menos que en caso de querer liquidarse, ello se podría efectuar cuando los cónyuges de común acuerdo lo decidieran.

En el artículo 271 establece, que pertenecerán a cada consorte la remuneración que por cualquier trabajo desempeñado ya sea comercial, industrial, intelectual o artístico, obtenga cada uno en el desempeño de ellos ; pero mediante un acuerdo pueden convenir que ésta se divida entre los cónyuges, siempre que la mujer participe en la misma proporción que el marido (artículo 273). Podrá concederle a la mujer parte de los productos de su industria, comercio, participación, etc. aunque la mujer no tenga ninguna actividad de carácter profesional (artículo 274).

Aún cuando la Ley Sobre Relaciones Familiares dispuso que el único régimen matrimonial era el de separación de bienes, su artículo 271 resolvía que antes de efectuarse el matrimonio o después de efectuado, los consortes podrían disponer que alguno o todos los beneficios que reciban de sus bienes, podrían pertenecer a un fondo común; teniendo la obligación de fijar la fecha para determinar resultados y cuentas al respecto.

Cuando se han efectuado los pactos acerca de la división de los productos del trabajo del marido, para que surtan efectos frente a terceros, habrá necesidad de celebrarlos en Escritura Pública y si se trata de bienes inmuebles, se inscribirán en el Registro Público de la Propiedad. No podrán pactarse acuerdos en el sentido de que la mujer reciba más del 50 % de los productos (artículo 275).

A diferencia de los códigos de 1884 y 1870, la Ley Sobre Relaciones Familiares dispuso que la mujer podía contratar y obligarse libremente sin necesidad del consentimiento del marido, por lo tanto, podría enajenar o gravar sus bienes propios cuando a ella le conviniera. En los Códigos citados, la mujer, -por una serie de condiciones y de prejuicios y por considerarla como carente de experiencia para los negocios y dándole una protección aparente-, no podría enajenar sus bienes inmuebles sin el consentimiento de su marido y en algunos casos necesitaba el consentimiento del juez, la mujer se encontraba con un dominio restringido de sus bienes. No obstante lo dispuesto por la Ley Sobre Relaciones Familiares-, de que la mujer podría contratar libremente sin el consentimiento del marido-, existió el artículo 284, que dispuso que para darle seguridad al hogar y fortalecer al patrimonio económico y tra-

tándose de un bien inmueble en donde se ha establecido el hogar, independientemente de que pertenezca a la esposa o bien al esposo, no podrán disponer de él sin el consentimiento de ambos ; por lo tanto, no podría enajenarse ni hipotecarse ni podrá ser embargado por sus acreedores. En su último párrafo, se estableció que solamente existiría esa protección cuando el valor del inmueble fuera menor de diez mil pesos. Esto dió base al patrimonio de la familia.

CAPITULO VIII

A) SISTEMA ACTUAL DEL CODIGO DE 1828

El Código Civil de 1928 para el Distrito Federal y Territorios Federales, ahora solo para el Distrito Federal, publicado el 26 de mayo de 1928 y que entró en vigor el primero de octubre de 1932, en su título quinto, Capítulo cuarto "Del Contrato de Matrimonio con Relación a los Bienes", establece a diferencia de los Códigos de 70 y 84-, dos regimenes matrimoniales : La Sociedad Conyugal y el de Separación de Bienes. Ha suprimido el régimen dotal y también ha dejado de señalar el régimen legal en calidad de fórmula supletoria. De acuerdo con la Ley de Relaciones Familiares acepta el régimen de separación de bienes que ésta tenía como único y a diferencia de ella, establece el régimen de sociedad conyugal. Igualmente reconoce un sistema mixto, en el que simultáneamente pueden conjugarse tanto la sociedad conyugal como la separación de bienes.

En cuanto a la elección del régimen matrimonial, que los futuros cónyuges deben escoger, establece la obligación de señalar forzosamente alguno de los regimenes enunciados, pues no podrán los presuntos esposos dejar de manifestar su voluntad ; a diferencia de los Códigos anteriores que existía la supletoriedad de la Ley en caso de que los cónyuges no expresaran su voluntad de elección.

Refiriéndose a la obligación que tienen los futuros consortes de manifestar su voluntad para la elección del régimen matrimonial, el artículo 97 del Código Civil señala las obligaciones que tienen las personas que pretendan contraer matrimonio y el artículo 98 consigna a los escritos que deberán presentar los futuros cónyuges :

"El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio aún a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio".

Para efectuar los pactos matrimoniales, adopta el sistema tradicional de dejar en cierta libertad a los consortes para efectuar sus capitulaciones matrimoniales siempre que éstas no vayan en contra de las buenas costumbres o de alguna ley ; pero a la vez, señala la obligación de los consortes de sujetarse a los regímenes ya señalados y no podrán ellos cambiar a su voluntad las reglas que se encuentran establecidas en su contenido.

Luis Fernández Clérigo anota que existen : "Legislaciones que permiten a los cónyuges establecer el régimen y las disposiciones que gusten para regular la naturaleza jurídica, constancia, administración y disposición de sus bienes, siempre que respeten determinadas condiciones fundamentales, y las que imponen a los con-

trayentes un régimen patrimonial determinado o sólo les permiten elegir entre ciertos regimenes preestablecidos en la ley".⁽³⁴⁾

Señala también que existen legislaciones en donde las capitulaciones matrimoniales pueden ser efectuadas en el momento que quieran los cónyuges y mientras exista el matrimonio podrán modificarse a su voluntad ; y otros en que una vez celebrado el matrimonio y habiéndose efectuado sus convenios matrimoniales, no podrán los cónyuges cambiarlas por su voluntad, ya sea que hubieran escogido el régimen o bien que la ley se los haya impuesto. El Código Civil de 1928 está regulado por una serie de disposiciones que establecen el régimen económico determinado que escogerán los cónyuges al efectuar sus capitulaciones matrimoniales ; permitiéndoles a éstos escoger libremente dentro de estas normas sus pactos o convenios ; pero no podrán por su voluntad crear o modificar las reglas señaladas por la ley. Tampoco podrán ellos modificar o crear los regimenes matrimoniales que han sido señalados por la Ley.

A propósito del sistema del Código Civil vigente, el mismo autor señalando⁽³⁵⁾ critica la restricción pues dice que parece "demasiado forzoso el imponer necesariamente el requisito de presentación del convenio en el momento de efectuarse el matrimonio", agregando que muchos de ellos dejarían de celebrarse por la imposición de este requisito, resultando a la postre "uno de los más estrechos y menos liberales del mundo", pues para algunas personas les sería imposible escoger adecuadamente el régimen económico que les convenga.

((34) Luis Fernández Clérigo. El Derecho de Familia en la Legislación comparada. Unión tipográfica. Editorial Hispano Americana. Pág. 77.

((35) Luis Fernández Clérigo. Obra Citada. Pág. 78.

Nosotros creemos que al señalar solamente dos regimenes matrimoniales obligatoriamente, el Código Civil lo ha hecho con el fin de facilitar la elección de uno de los sistemas tradicionales, ya sea el régimen de separación de bienes o el de sociedad conyugal y de esta manera poder determinar -en caso de disolución de la sociedad o terminación del matrimonio- con más facilidad los bienes pertenecientes a cada cónyuge. Por otra parte, tampoco creemos que por no interesar a los cónyuges el régimen matrimonial en el momento de efectuarse el matrimonio se deje de estipular, pues por regla general, en el momento de efectuarse el matrimonio, lo que aparentemente menos interesa a los futuros consortes, es el aspecto económico y los escritos que tienen que presentar de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 del Código Civil, se concretan por lo general a llenar las formas previamente establecidas que señalan ambos consortes de no poseer bienes en el momento de contraer matrimonio y en cuanto a los futuros que adquieran al régimen que les convenga. Por lo que se refiere a la "estrechez y de menor liberalidad", opinamos que al señalar alguno de los dos regimenes matrimoniales, los futuros consortes, pueden ellos más adelante cambiar o variar en cualquier tiempo el régimen escogido, y por lo que respecta al régimen de la sociedad conyugal, el artículo 189 del Código Civil vigente, nos da una serie de bases para efectuar los pactos matrimoniales con libertad absoluta para efectuar los pactos matrimoniales con libertad absoluta para los contrayentes, pues en ellos pueden incluir o excluir sus bienes presentes o futuros igual que sus frutos o productos ; cayendo ello en la fórmula del régimen mixto.

B) CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El Código Civil en su artículo 179 establece que : "Las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de estos en uno y en otro caso. El artículo citado corresponde al 1978 del Código de 1884 y al artículo 2112 del Código de 1870; llamándole estos a la sociedad conyugal sociedad voluntaria.

Se le llama capitulaciones matrimoniales, "al conjunto de disposiciones, pactos, o estipulaciones que establecen los cónyuges, por si o por medio de sus representantes, para regular el régimen económico del matrimonio".⁽³⁶⁾

Existen varias definiciones de autores para expresar el contenido de las capitulaciones matrimoniales, pero todas coinciden más o menos en señalar que estas son las bases, pactos o estatutos que tienden a regular los bienes de los cónyuges para someterlos a algún régimen que escojan éstos.

Tanto el Código de 1870 como el Código de 1884, ha incluido su reglamentación de las capitulaciones matrimoniales en el Título Décimo "del Contrato del matrimonio, con relación a los bienes", en el libro primero "de las personas" pues ha considerado el legislador que el régimen patrimonial de los cónyuges debe estar ligado al matrimonio y como parte de él. La Ley sobre Relaciones Familiares, a diferencia de los Códigos de 1870 y de 1884 y del Código Actual, no da una defi-

(36) Luis Fernández Clérigo. Op. Cit.

nición de las Capitulaciones Matrimoniales ; pero en el Capítulo XVIII "Del Contrato del Matrimonio con Relación a los Bienes de los Consortes" señala las bases para establecer el régimen matrimonial a seguir.

Marcel Planiol, definía al matrimonio como un contrato por medio del cual las partes convenían en reglamentar su régimen matrimonial y pactaban sus acuerdos de carácter patrimonial. ⁽³⁷⁾

Algunas legislaciones, siguiendo esta corriente, han considerado tanto al matrimonio como a los convenios o pactos que regulan el régimen económico de éste, como contrato. El sistema del Código Francés, el Mexicano y el Código Español así lo catalogan, y lo tratan en la parte relativa a esa materia.

A diferencia de esto, las doctrinas modernas, le han dado al matrimonio un sentido diferente, considerándolo como una verdadera institución y reglamentando su régimen económico como parte integrante de éste.

Se ha definido a las capitulaciones matrimoniales como un contrato accesorio y al matrimonio como principal, encontrándose subordinado aquél a éste y existiendo gracias a él. Mientras no se celebre el matrimonio no podrán existir capitulaciones matrimoniales y cuando se nulifique o termine el matrimonio, siguiendo su suerte, terminarán también los efectos producidos por las capitulaciones matrimoniales.

(37) Planiol Op. Cit. p. 23 .

Tedeschi, refiriéndose a que las convenciones matrimoniales no podrán producir efectos mientras el matrimonio no se realice dice : "No se trata de una condición que es una modalidad extrínseca al negocio, al punto de que éste podría existir también sin ella ; sino que se funda en el presupuesto (o condicio iuris) de la existencia de un matrimonio, si nuptias sequantur".⁽³⁸⁾

Las capitulaciones matrimoniales deberán ser realizadas en el momento de efectuarse el matrimonio y por lo tanto, son parte integrante de éste, pero no actúan como una accesión, sino que solamente son los requisitos anteriores a la celebración del matrimonio ; pero tratándose de un contrato accesorio, seguirá siempre la suerte del principal, no ocurriendo automáticamente tal cosa, pues tratándose de disolución del matrimonio por nulidad, los efectos producidos por la sociedad seguirán algún tiempo después que se haya decretado hasta que cause ejecutoria ; lo cual quiere decir que no es posible negar esos efectos producidos de las relaciones patrimoniales de los esposos que por lo tanto no terminarán en el momento de decretarse la nulidad del matrimonio aunque posteriormente se llegue a ello.

Hemos de considerar que aún cuando las capitulaciones matrimoniales nacen como consecuencias del matrimonio, no podremos aislarlas de la idea de éste, pero siendo éste no una norma jurídica única, sino todo un conjunto de disposiciones y leyes que tienen por objeto crear un sistema, con un grupo de fórmulas encaminadas a darle una estructura institucional, dentro de esa institución debemos situar al

(38) Tedeschi. El Régimen Patrimonial de la Familia. Ed. Jurídica. Europa-América. Pág. 44.

régimen patrimonial del matrimonio : como unidad y parte integrante de éste y no como accesoria de él, considerando a las capitulaciones matrimoniales como un requisito anterior a la celebración del matrimonio, pero unidas a la idea de éste, por considerarlo como una verdadera institución.

C) LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL CODIGO VIGENTE

A diferencia de los Códigos de 1870 y 1884, el Código Vigente establece solamente un régimen matrimonial de sociedad que le da el nombre de sociedad conyugal, en vez de sociedad voluntaria o sociedad legal. En su artículo 183 establece que : "La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyen, y en lo que no estuviere expresamente estipulado por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. En relación con el artículo anterior, el Código de 84 en sus artículos 1968 y 1969, y el de 70 en los artículos 2102 y 2103, establecen lo dispuesto en el artículo señalado, con la excepción de que en éstos, -cuando no se hubiera establecido acerca de la administración y régimen económico de sus bienes-, se regirían por las normas establecidas de la sociedad legal.

La última parte del artículo 183 ordena que cuando no existan estipulaciones expresas -en relación con la constitución de la sociedad-, se regirán por las disposiciones del contrato de sociedad ; surgiendo por este motivo diversas teorías que consideran a la sociedad conyugal como una sociedad civil. Para normar nuestro criterio pasamos a examinar los requisitos necesarios para la constitución y existencia de la sociedad civil y las diferencias que existen con la sociedad conyugal.

El artículo 2688 establece : "Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial .

El artículo 2688 establece que las aportaciones de los socios pueden ser en dinero, bienes o en una industria.

Del análisis de estos artículos encontramos que la sociedad civil tiene una fin preponderantemente económico y las aportaciones de los socios para su constitución deben hacerse en dinero, en bienes o en una industria. En cambio en la sociedad conyugal su fin primordial es la unión de dos personas, para satisfacer las necesidades de la familia , soportar en común los gastos para alimentar, educar a los hijos y llevar las cargas de la vida, y solamente utilizar el recurso económico como medio para llegar a ese fin. Tedeschi —a propósito del carácter preponderantemente económico de la sociedad civil— dice : "El fin de lucro, esencial en el contrato de sociedad, es, si no precisamente extraño por necesidad, si ciertamente no esencial en la comunidad conyugal, que no es más que un modo de gestión unificada de los bienes de los cónyuges en las manos del esposo jefe de la familia ; de manera que sirvan a su destino natural, que es el de sostener las cargas del matrimonio. (39)

El esfuerzo que desarrollen ambos cónyuges no va encaminado a obtener un lucro, sino a llenar una función más noble que es la de constituir y sostener una

(39) Tedeschi Op. Cit. Pág. 357.

familia.

También para la organización de la sociedad, es necesario que los socios efectúen aportaciones, ya sea en dinero o en otros bienes o que alguno de ellos lleve alguna industria. En la sociedad conyugal, si en el momento de constituirse no tiene bienes los cónyuges, se puede constituir aún sin estos y se podrá pactar sobre los que adquirirá en el futuro, es obvio que en algunas ocasiones, no adquirirá sino los más elementales, como muebles de la casa y vestido.

En la sociedad conyugal el número de socios solamente se limita a dos, teniendo que ser forzosamente integrada por un hombre y una mujer y las partes sociales de ésta, como son de carácter personal, no pueden cederse ni traspasarse. En cambio la sociedad civil puede componerse de varios miembros y sus partes sociales son por el contrario de aquélla, de carácter impersonal, pudiendo cederse o transferirse.

El artículo 2694 dice : "El contrato de sociedad debe inscribirse en el Registro de Sociedades Civiles para que produzca efectos contra terceros". A diferencia, en la sociedad conyugal, no había necesidad de registrarla en ningún Registro Público de Sociedades ni de la Propiedad, para que surta sus efectos contra terceros. Sin embargo la reforma de las disposiciones actuales en materia registral, así lo ha consignado en su artículo. Seguramente existen todavía más diferencias entre la sociedad civil y la sociedad conyugal pero creemos que con las enunciadas hemos, llegado a la conclusión que son completamente diferentes. Por lo tanto, la sociedad conyugal no tiene personalidad moral, pues carece de toda base para considerarla jurí-

dicamente como semejante a la sociedad civil. El Código Civil, tampoco le reconoce como persona moral, pues en el artículo que establece cuáles son las personas morales en ninguno de sus seis incisos señala a la sociedad conyugal como persona moral. (40)

Aún cuando la ley ha dispuesto que si no existen pactos matrimoniales para la constitución de la sociedad conyugal, los remita para su formación a las reglas de la sociedad civil -supliendo éstas la falta de capitulaciones- ; creemos que por su naturaleza y por adaptarse a las condiciones especiales de la sociedad conyugal, en que existe el acuerdo de voluntades para formarla, la podemos considerar como una sociedad "sui-generis" con sus formas y características adecuadas a la sociedad conyugal.

El Código actual no da un régimen supletorio para el caso en que los cónyuges, sea por ignorancia o por voluntad, dejen fuera de sus pactos algunos de sus bienes sin expresar que son propios, surge el problema de considerar si estos pertenecerán a la sociedad conyugal, o bien, permanecerán como propios de cada cónyuge. Creemos que el criterio correcto es que permanezcan como propios de cada cónyuge pues no existiendo principio alguno en la Ley para considerarlos como de la sociedad, no habrá razón para estimarlos como tal. En ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo corrobora al establecer :

"Sociedad Conyugal, Falta de Capitulaciones Matrimoniales (Legislación de Guerrero)". - "El artículo 98 del Código Civil manda que al constituirse la socie-

(40) Artículo 25 del Código Civil.

dad conyugal se presenten capitulaciones matrimoniales, no estando dispensados de hacerlo ni aquellos que no teniendo ningún bien sino que deben, establecer en sus capitulaciones la suerte de que los que adquieran en lo futuro, pues no hay disposición alguna que establezca como lo hacía el Código anterior, una presunción en determinado sentido para la situación de los bienes de los consortes cuando no hicieren declaración alguna expresa al constituir la entonces sociedad legal, sino que hoy día esta situación tiene que estar expresamente prevista por estipulaciones en las capitulaciones matrimoniales. De esta suerte resulta que no habiendo sido aportado un bien a la sociedad conyugal expresamente ni habiendo ley que haga presumir esa aportación, el cónyuge propietario puede libremente disponer de ese bien". Toca núm 3017 de 1951.- Sec. 1a. pág. 3739-T CXXI 28 de noviembre de 1953-4 votos 1a. sala.

No obstante el acertado criterio de esta ejecutoria, veremos que la jurisprudencia actual acoge el criterio contrario.

De acuerdo con los Códigos de 1870 y 1884 la sociedad conyugal puede nacer al celebrarse el matrimonio o bien durante él. También puede pactarse acerca de los bienes presentes y los que adquirirán los cónyuges en el futuro. Corresponde lo anterior al artículo 184 del Código Civil actual.

Las capitulaciones matrimoniales se efectuarán en Escritura Pública (artículo 185) y cuando se efectúen modificaciones a éstas, se anotarán en el Protocolo en que se efectuaron las primeras y también se inscribirán en el Registro Público de la Propiedad, cuando no se acate lo dispuesto, no producirán efectos contra terce-

ros (artículo 186).

Como el artículo 186 no establece cuáles son los bienes que deben transferirse en Escritura Pública, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aclarando esto, ha establecido.

"Sociedad Conyugal.- Capitulaciones Matrimoniales en las".- "El artículo 186 del Código Civil del Distrito Federal, establece que las capitulaciones matrimoniales en que se constituyó la sociedad matrimonial se otorgarán en Escritura Pública, pero cuando al constituirse dicha sociedad no se señalan bienes de los que deben transferirse la propiedad, no es necesaria la escritura Pública". Padilla de Vázquez Catalina.- P. 713. T CII 24 de oct. 1949, 5 votos.

También se puede pactar que la sociedad conyugal acabe antes de terminar el matrimonio y cuando sean menores de edad los cónyuges intervendrán las personas que dieron su consentimiento para el matrimonio (artículo 187). Concuera con el artículo 2105 del Código de 1870 y el 1971 del Código de 1884, aunque estos no se refieren al matrimonio de menores.

El artículo 188 del Código Civil establece : "Puede también terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio, a petición de alguno de los cónyuges por los siguientes motivos :

1º Si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes.

2º Cuando el socio administrador hace cesión de bienes a sus acreedores o

es declarado en quiebra.

Cuando uno de los cónyuges ha cometido actos que perjudiquen al otro, o por ineptitud para el desempeño de la administración, efectúe actos que arruinarán con su conducta al otro socio el afectado podrá pedir que la sociedad se termine y se transforme en un régimen de separación de bienes. La terminación de la sociedad en este caso, puede establecerse en forma necesaria, a petición de una de las partes.

El Artículo 189 del Código Civil vigente señala los requisitos que deben contener las capitulaciones matrimoniales para la constitución del régimen de sociedad conyugal. De acuerdo con sus fracciones I y II, deberán aportar la lista de bienes inmuebles y muebles y aquéllos, si tienen gravámenes habrá que enumerarlos. En acatamiento de la fracción III especificaran las deudas de cada contrayente, tanto presentes como futuras, así como si responderá la sociedad de ellos o, por el contrario serán a cargo de cada cónyuge en lo personal. Las fracciones IV y V establecen que habrá que declarar cuáles bienes pertenecen a la sociedad y cuáles serán propios de los cónyuges, dando lugar al régimen mixto. La fracción VI ordena que habrá que determinarse si el producto del trabajo desempeñado por los cónyuges corresponderá en lo personal o será de la sociedad; si tendrá participación la sociedad, cuál será, la fracción VII establece que habrá que señalar quien será el administrador y cuáles sus facultades. La VIII, consigna la necesidad de determinar si los bienes que se adquieran en el futuro serán propios de los cónyuges o de la sociedad o en la proporción que pertenecerán a ésta y la IX, establece la forma de liquidar la sociedad.

En el Código de 1870 (artículo 2120) y en el Código de 1884 (artículo 1986) encontramos los antecedentes del artículo anterior, aún cuando existen fracciones nuevas que el Código Civil vigente tiene.

La fracción II del Código Civil establece que se deberán listar los bienes muebles de cada consorte, mientras que en los Códigos anteriores, solamente se refería a los bienes en general, sin aclarar si eran muebles o inmuebles. También existe la fracción IX del Código actual, señalando que deberán asentarse las bases para la liquidación de la sociedad, fracción que los anteriores Códigos contenían.

Nos señala además, el Ordenamiento vigente, dos formas para celebrar las capitulaciones matrimoniales y dentro de sus márgenes pueden los cónyuges escoger libremente y efectuar los pactos que mejor les acomoden a sus necesidades económicas. Habíamos criticado a los autores que manifestaban que el sistema del Código Civil vigente era restringido por obligar forzosamente la adopción de uno de los dos únicos regímenes que regula. En el sistema de la sociedad conyugal -de acuerdo con el artículo citado anteriormente- encontramos que se pueden eleaborar -aunque indirectamente- regímenes aparentemente vedados y que en otras legislaciones han sido incluidos en sus Códigos. Tenemos como ejemplo de ello, el Código Alemán, que regula varios regímenes y entre otros, el régimen de comunidad universal y el de comunidad de ganancias, mismas que pueden elaborarse dentro de lo que establece el artículo que venimos comentando.

También dentro del mismo sistema y conforme a los incisos IV y V del artículo 189, como ya se anticipó, se puede elaborar un régimen mixto, pues los bienes

que expresamente se reserven los cónyuges como propios, no entrarán a la sociedad ; permaneciendo como individuales y separados, mientras que los otros, irán a la masa o núcleo social. Los productos pertenecerán a los cónyuges cuando así se establezca. Se pueden formar sociedades de tipo universal cuando los cónyuges pactarán que pertenecen a la sociedad todos sus bienes ; tanto los que poseen al efectuarse el matrimonio como los que adquirieran en el futuro con sus frutos y productos dotales.

El artículo 190 establece la nulidad de las capitulaciones en caso de que exista desproporción en la percepción de utilidades o pérdidas solamente para uno de los cónyuges. Existían en el Código de 1870 (artículo 2122) y en el Código de 1884 (artículo 1988) disposiciones similares.

Se modificará o suspenderá la sociedad cuando exista una sentencia declarativa de ausencia de uno de los cónyuges (artículo 195). También el abandono del domicilio marital por más de 6 meses será causa de suspensión de los efectos de la sociedad conyugal ; (artículo 196). Corresponden estos artículos al Código de 1870 (artículo 2107) y al Código de 1884 (artículos 1973 y 1974) aunque en el primero de ellos no existe el párrafo del artículo 1974 del Código de 1884 al que nos referimos.

El artículo 197 establece "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. Encontramos en el Código de 70 -en el artículo 2106- y en el Código de 84 -en el artículo 1972- los antecedentes del artículo expuesto. El Código vigente establece que se terminará la sociedad de las siguientes maneras : por voluntad de las dos partes ; cuando exista el divorcio voluntario y

por reclamación de ellas fuera de juicio. En el caso de divorcio necesario o cuando se decreta la nulidad del matrimonio, terminará aún sin el consentimiento de ambos (artículo 249), terminará también por causa natural al concurrir la muerte de uno de los cónyuges ; pues no debiendo ya existir la sociedad, se procederá a su liquidación.

En los casos de nulidad, continuará la sociedad hasta que se dicte sentencia ejecutoriada cuando los cónyuges han obrado de buena fe (artículo 198) si únicamente uno procedió de buena fe, continuará también como en el caso anterior, si la continuación le favorece ; si no, será nula desde luego (artículo 199). Si existe la terminación por causa de nulidad, el cónyuge culpable no tendrá derecho a las utilidades ; si hubiere hijos pasarán a ellos y en caso de no haberlos, al cónyuge inocente (artículo 201). Cuando los dos procedieron de mala fe, pasarán las utilidades a los hijos y si no los hubiere, se repartirán en proporción a los bienes aportados. (artículo 202). En los Códigos de 1870 y 1884 existen las mismas disposiciones, transcritas casi literalmente por el Código de 1928.

El artículo 203 establece la obligación de formar inventario a fin de proceder a la repartición de los bienes de la sociedad. Una vez terminado, (artículo 204) habrá que liquidar a los acreedores ; se le devolverá a cada cónyuge lo que aportó y se procederá a repartir las ganancias si las hubiese. Cuando existan pérdidas, se aplicarán a cada parte ; deduciéndolas de su haber. Si uno solo había aportado el capital, solamente él cargará con los adeudos. Encontramos los antecedentes de los artículos citados, en el Código de 1870 (artículos 2189, 2190, 2192, 2193) y en el Código de 1884 (artículos 2056, 2057, 2059 y 2060). Cuando ha fallecido

uno de los cónyuges, el supertite continuará la administración de la sociedad con el representante de la sucesión, hasta que se efectúe la participación (artículo 206). Los Códigos de 70 y 84 en sus artículos 2201 y 2068 respectivamente, corroboran por igual el contenido del artículo 206.

D) REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

El Código de 1928 originalmente para el Distrito y Territorios Federales, además del régimen de sociedad conyugal estableció el régimen de separación de bienes. En su exposición de motivos aparecen las razones de haber creado aparte del régimen de sociedad conyugal el de separación de bienes y la adopción forzosa de uno de estos diciendo : "Se obligó que al contraerse matrimonio, forzosamente pactarán los cónyuges acerca de si establecían comunidad o separación de bienes ; procurándose por este medio garantizar debidamente los intereses de la esposa en el momento más propicio, cuando el hombre desea hacerla la compañera de su vida. De esa manera se combaten prejuicios muy arraigados que impiden, por falsa vergüenza o mal entendida dignidad, tratar de asuntos pecuniarios cuando se funda una familia, que imperiosamente exige muchos y continuados gastos.

El artículo 2205 del Código de 1879 y 2072 del Código de 1884 establecen : "Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste, en virtud de convenio de los consortes o de sentencia judicial". El artículo 207 del Código Civil vigente también establece que existirá el régimen de separación de bienes, cuando existan capitulaciones al respecto, antes o después del matrimonio, por acuerdo de voluntades o por mandato judicial. También

comprenden los bienes que posean al efectuarse el matrimonio o los futuros que adquirirán. Con excepción de la última parte, los artículos de los Códigos anteriores y el vigente son en su redacción y sentido, casi iguales.

El artículo 208 establece que : "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. Está relacionado con el artículo 2111 del Código de 70 y el artículo 1977 del Código de 84, que establecen las mismas ideas que expresa el artículo citado.

El análisis del artículo 208 trae como consecuencia que se pueda pactar un régimen de tipo "mixto", pues los bienes, que no están comprendidos en el régimen de separación, serán de la sociedad, siempre que los cónyuges así lo manifiesten, pues tendrá que constituirse expresamente. Cuando existan bienes que están regidos por el régimen de separación y otros que los esposos no han manifestado su voluntad para que pertenezcan a la sociedad conyugal, -de acuerdo con lo establecido con relación al contenido que tendrán las capitulaciones matrimoniales de la sociedad conyugal, (artículo 189 fracciones IV y V) y siguiendo el criterio establecido por la suprema corte de la Nación- estos bienes seguirán siendo propios de cada cónyuge. Cuando posteriormente a la celebración del matrimonio, se adquieran por ambos bienes que no se hayan manifestado en las capitulaciones matrimoniales que pertenecerán a la sociedad, nuestro criterio será que pertenecerán a ambos cónyuges, formando con ellos una co-propiedad.

Una vez efectuado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, pueden los cónyuges -de común acuerdo- cambiarlo a la sociedad conyugal, pero si son menores de edad los consortes, (artículo 209) aún en el caso de que las capitulaciones matrimoniales se modifiquen, deberán intervenir las personas que dieron su consentimiento para la celebración del matrimonio (artículo 181). Las capitulaciones matrimoniales en que conste la separación de bienes, -si se efectúan antes de celebrarse el matrimonio- pueden no constar en Escritura Pública cuando así lo requiera la transmisión de los bienes (artículo 209).

Tratándose de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, cuando el matrimonio ya se ha efectuado, hemos apuntado que existen dos sistemas seguidos por los Códigos. Uno rígido, que no permite la modificación una vez celebrada la boda y el otro mutable, que permite su modificación en todo tiempo, como lo establece el Código Civil vigente, aunque para ello se requiera de ciertas formalidades tratándose de menores, como lo establece el artículo 209. También encontramos en los Códigos de 70 y 84 que las capitulaciones matrimoniales se podrían variar una vez efectuado el matrimonio, cuando estuvieren de acuerdo los consortes y lo convinieron expresamente y en caso de que existiera una sentencia judicial (artículo 2114 del C. de 1870 y artículo 1980 del Código de 1884.)

Cuando los cónyuges establezcan el régimen de separación de bienes, deberán presentar lista de los bienes con que cuenten al iniciarse el matrimonio y lista de las deudas que tienen a su cargo (artículo 211). En concordancia con el artículo 270 de la Ley sobre Relaciones Familiares, el artículo 212 del Código Civil vigente

establece que cuando se haya establecido el régimen de separación, los cónyuges tendrán la administración y la propiedad de sus propios bienes, y los productos o frutos de ellos pertenecerán a cada uno de ellos. Las ganancias, salarios o sueldos por el desempeño de algún trabajo, ya sea de índole industrial, artística o profesional, pertenecen a cada cónyuge que lo desempeñe (artículo 213). Tienen obligación -ambos cónyuges- de contribuir en la educación y sostén de los hijos, así como a contribuir en los gastos que requiera el matrimonio (artículo 214).

La ley sobre Relaciones Familiares trata en sus artículos 271 y 42 lo anotado.

Cuando adquieran bienes por donación, por herencia, legados o por don de la fortuna, ambos cónyuges, -mientras no se efectúe la partición-, serán administrados por los dos. Podrán administrarse por uno solo, de común acuerdo, teniendo éste el carácter de mandatario (artículo 215) de la Ley sobre Relaciones Familiares (artículo 279).

CAPITULO IX

A) NATURALEZA JURIDICA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Encontramos en el Diccionario Jurídico de Capitant⁽⁴¹⁾ el término "Capitulaciones" derivado del verbo latino capitulare, "hacer una convención", de capitulum, literalmente "capítulo" de donde proviene "Cláusula"; agregando que originalmente las capitulaciones eran concesiones graciosas y unilaterales de los sultanes de Turquía, hechas a las naciones de los estados cristianos, para permitirles practicar el comercio con sus súbditos, bajo la vigilancia de los cónsules. Este sistema -ahora derogado-, fué también el origen de la "capitulación" (en sentido bélico como la convención por la cual una autoridad militar declara que cesa en las operaciones y abandona en poder del enemigo los efectivos armas y medios de defensa que posee.)

Las funciones que Planiol atribuía a lo que él llamaba "El contrato de matrimonio" tienen cabida en el Código Vigente como "Capitulaciones Matrimoniales". Significan los pactos que los esposos celebran para constituir tanto la sociedad conyugal o la separación de bienes así como para reglamentar su administración⁽⁴²⁾ dichas capitulaciones consisten expresamente en el convenio que celebran los preten-

(41) Traducción Castellana de Aquiles Horacio Guaglione. Ed. De Palma. Buenos A.

(42) Artículo 179 del Código Civil de 1928.

dientes, si es antes de la celebración del matrimonio, o los cónyuges, si es durante el matrimonio, para regular el funcionamiento del régimen económico que eligieron así como su administración.

Algunos autores -al estudiar la naturaleza de las capitulaciones matrimoniales las califican como contrato accesorio, esto es, tanto como contrato bilateral de tracto sucesivo, como oneroso y aleatorio, real y formal, pero que no puede existir por sí mismo, por depender de un contrato principal : el de matrimonio, estimando que deberá seguir la suerte de éste.

El Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra en su libro "El Matrimonio, sacramento - contrato - institución"⁽⁴³⁾ estima errónea la calificación de contrato accesorio a las capitulaciones matrimoniales.

Apoya su opinión en el artículo 98 fracción V de la misma Ley, que impone la obligación a los pretendientes de acompañar al escrito mediante el cual formulan su solicitud para casarse, el convenio con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio ; expresándose con toda precisión el régimen bajo el cual lo contraerá. También se dispone que si los contrayentes son menores de edad, el convenio deberá ser aprobado por las personas cuyo consentimiento es necesario para la celebración del matrimonio.

Este convenio no puede dejar de presentarse, ni aún a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, -los que deberán ser listados detalladamente y por-

(43) Magallón Ibarra Jorge Mario. El Matrimonio. Tipográfica Editora Mexicana. México 1965. 1a. Edición.

menorizadamente-, así como su valor y en su caso los gravámenes que reporten, etc., de acuerdo con la amplísima descripción que elabora el artículo 189, relativo a la sociedad conyugal, así como el inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo, y la nota especificada de sus deudas, si existe separación de bienes, como lo prevé el artículo 211. Además, se le impone al Juez del Registro Civil, el deber de tener especial cuidado en este punto, explicando a los futuros cónyuges todo lo que necesiten saber, a efecto que el convenio quede debidamente formulado. Todo ello quiere decir que la formulación de las capitulaciones matrimoniales, como acto previo a la celebración, viene a ser un requisito que constituye parte integrante del matrimonio mismo y no solo un contrato adicional a él.

Continúa explicando el Doctor Magallón que si bien es cierto que las capitulaciones matrimoniales, -como acto previo a la celebración-, vienen a ser un requisito que constituye parte integrante del matrimonio y que por lo tanto no pueden existir por sí mismas, sin la concurrencia simultánea de la boda, también es cierto que no siguen siempre en forma automática la suerte fatal de lo principal que es regla infalible en materia de accesión, pues tratándose de nulidad de matrimonio, la sociedad continúa teniendo efectos hasta que se haya decretado la cosa juzgada, de acuerdo con la correcta interpretación de los artículos 198, 199 y 200 del Código Civil vigente :

"Artículo 198 : En los casos de nulidad, la sociedad se considera subsistente hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria, si los dos cónyuges procedieron de buena fe".

"Artículo 199 : Cuando uno solo de los cónyuges tuvo buena fe, la sociedad subsistirá también hasta que cause ejecutoria la sentencia, si la continuación es favorable al cónyuge inocente ; en caso contrario se considerará nula desde un principio".

"Artículo 200 : Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, la sociedad se considera nula desde la celebración del matrimonio, quedando en todo caso a salvo los derechos que un tercero tuviere contra el fondo social".

La transcripción y comentario no significa que se estime que aún cuando se haya decretado la nulidad del matrimonio, la sociedad conyugal subsista ; sino que únicamente se apunta, que no pueden desconocerse los efectos que han producido las relaciones patrimoniales de los cónyuges y por tanto, la nulidad no opera automáticamente.

Por último y como argumento de fondo para estimar equivocados a los autores que califican a las capitulaciones matrimoniales solamente como un contrato accesorio, recurrimos a las ideas expuestas por Hauriou sobre la institución y el análisis de los argumentos expuestos en favor de la idea del matrimonio como institución.

No se puede concebir contratos de sociedad conyugal o de separación de bienes fuera del amplio concepto del llamado contrato de matrimonio. Dentro de la idea general de éste, tenemos que comprender su régimen patrimonial. Por lo tanto, si el matrimonio no es una regla jurídica aislada sino toda una institución, -entendiendo por tal-, aquellas fórmulas jurídicas que abarcan unidades sistemáticas que

conjugan principios jurídicos, luego entonces, la regulación económica de las relaciones patrimoniales de los cónyuges es una parte integrante de esa institución y no un apéndice que pueda agregársele y, en tal situación, no podemos aceptar que las capitulaciones matrimoniales y sus consecuencias sean elementos accesorios del pacto matrimonial, sino una parte del mismo.

CAPITULO X

A) JURISPRUDENCIA MEXICANA EXISTENTE SOBRE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. TESIS RELACIONADAS.

SOCIEDAD CONYUGAL. SU EXISTENCIA NO ESTA CONDICIONADA A LA CELEBRACION DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Para que exista la sociedad conyugal no es necesario que se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, sino basta con la expresión de que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal. La falta de capitulaciones matrimoniales no puede ser motivo para que se deje de cumplir la voluntad de las partes ni para que se considere que el matrimonio deba regirse por las disposiciones relativas a la separación de bienes, lo que sería contrario al consentimiento expresado por las partes, quienes quedan obligadas, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

Sexta época, cuarta parte :

Volumen XI	Pág. 194 A.D. 1307/57	Lucrecia Albert	Mayoría de 4 vot.
Volumen XXV	Pág. 253 A.D. 4832/58	Eva Ortega Estrada	Mayoría de 4 vot.
Volumen XXVIII	Pág. 102 A.D. 7145/58	Enrique Landgrave	Mayoría de 4 vot.
Volumen XLVI	Pág. 46 A.D. 4639/59	Herminia Martínez	Mayoría de 4 vot.
Volumen LX	Pág. 287 A.D. 3668/60	Modesta Montiel	Mayoría de 4 vot.

Unanimidad 4 votos
Ponente : José Castro Estrada
Volumen XLIV, 4a. Parte, pág. 152

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CAPITULACIONES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL.

De acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil vigente, el matrimonio no puede subsistir, sin un régimen respecto a los bienes, sea de separación o de sociedad conyugal. Para ambas hipótesis, según lo previsto por el artículo 179 se requieren capitulaciones matrimoniales, en consecuencia admitirse la tesis en el sentido de que a falta de capitulaciones no existe sociedad conyugal sino el régimen de separación de bienes, en igualdad de condiciones se debería concluir que a falta de capitulaciones en el caso de separación de bienes queda establecida la sociedad conyugal, solución inaceptable porque la falta de capitulaciones no puede conducir a que se pase de una hipótesis contraria lo que implicaría además, contrariar la voluntad expresada por las partes en el momento de celebrar el matrimonio.

Por disposición de la Ley el contrato de matrimonio exige la declaración precisa del régimen sobre el que va a constituirse si por cualquier causa las capitulaciones resultan incompletas cuando los contrayentes hayan manifestado su voluntad de establecer la sociedad conyugal, esta según el artículo 183 del Código Civil se registrará en lo que no estuviere expresamente estipulado por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

En tal virtud, la omisión no conduce sino a la aplicación de las reglas que el Código estatuye respecto al contrato de sociedad lo que explica que ya no corres-

ponda a las partes determinar en otra forma la disposición de los bienes sino que debe estarse a lo previsto en el ordenamiento legal citado. Aún más el legislador se inclina abiertamente hacia la sociedad conyugal puesto que en el artículo 208 autoriza la separación parcial de los bienes ; pero si éste no se precisa en las capitulaciones de separación, se previenen que serán objeto de la sociedad conyugal, de modo que lo que no está reservado a la pertenencia individual de cada cónyuge, formará parte de la comunidad de bienes que es en rigor jurídico la sociedad conyugal.

Amparo directo 4689/59

Herminia Martínez Viuda de Coronado 12/4/1961

Mayoría de 4 votos

Ponente : Gabriel García Rojas

Disidente : José Castro Estrada

Volumen XLVI, 4a. parte, pág. 146.

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

De acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil vigente el matrimonio no puede subsistir sin un régimen respecto a los bienes sea de separación o de sociedad conyugal. Para ambas hipótesis, según lo previsto por el artículo 179, se requieren capitulaciones matrimoniales, en consecuencia de admitirse la tesis en el sentido de que a falta de capitulaciones no existe la sociedad conyugal sino el régimen de separación, en igualdad de condiciones debería concluir que a falta de capitulaciones en caso de separación de bienes queda establecida la sociedad conyugal, solución inaceptable. Por disposición de la Ley, el contrato de matrimonio exige la declaración precisa del régimen sobre que va a constituirse, si por cualquiera causa las capitula-

ciones matrimoniales resultan incompletas, cuando los cónyuges hayan manifestado su voluntad de establecer la sociedad conyugal. Esta según el artículo 183 del Código Civil se regirá en lo que no estuviere expresamente estipulado por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. En tal virtud, la omisión no conduce sino a la aplicación de las reglas que el Código estatuye respecto al contrato en sociedad, lo que explica que ya no corresponda a las partes determinar en otra forma, la disposición de los bienes, sino que debe estarse a lo previsto en el ardenamiento legal citado.

Amparo directo 4832/58

Eva Ortega Estrada

23 de julio de 1959.

Votación en ejecutoria

Ponente : José Castro Estrada

Volumen XXV, 4a. parte, pág. 253.

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

Cuando los cónyuges contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal y adquieren bienes inmuebles a nombre propio, los cuales por esta circunstancia se inscriben en el Registro Público de la Propiedad a nombre del cónyuge adquirente, deben catalogarse en dos capítulos las soluciones de los problemas que surgen con respecto a dichos bienes. El de las relaciones de los cónyuges entre si y el de las relaciones de los cónyuges con terceros. En cuanto al primer capítulo de las relaciones entre cónyuges, debe entenderse que la sociedad conyugal producirá plenos efectos entre ellos, porque así lo convinieron y, por tanto, los bienes pertenecen a ambos, existan o no capitulaciones matrimoniales y se encuentren o no inscritas éstas en el Registro Público de la Propiedad correspondiéndoles el porcentaje o proporción que

señalen dichas capitulaciones. Cuando las haya, o bien en un 50 % en caso contrario. No es óbice dejar de aplicar el régimen de sociedad conyugal a las relaciones entre los cónyuges, el hecho de que no consten en escritura pública ni se hallen inscritas sus capitulaciones matrimoniales en el Registro Público de la Propiedad porque según lo ha sostenido reiteradamente la Suprema Corte de Justicia si bien el artículo 185 del Código Civil establece que dichas capitulaciones deben constar en escritura pública cuando los pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida, tal disposición debe entenderse limitada exclusivamente al caso de los bienes inmuebles adquiridos por los cónyuges con anterioridad a la celebración del matrimonio. Ya que respecto de los bienes adquiridos durante el matrimonio celebrado el régimen de sociedad conyugal, la consignación de las capitulaciones matrimoniales en documento privado basta para otorgarles eficacia plena respecto a los esposos, quienes quedan obligados no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que de acuerdo con la naturaleza del contrato sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley. Cuando no existan capitulaciones matrimoniales y los cónyuges hayan expresado su voluntad en el acta de matrimonio de que ese fuera el régimen con relación a los bienes en su matrimonio, se debe decir que esta comunidad por principios de equidad y justicia, consecuentes con la situación de mutua cooperación y esfuerzos que vinculan a los cónyuges, les da derechos iguales sobre los bienes, de manera que como copartícipes tanto en los beneficios como en las cargas, sus partes serán por mitad y serán las disposiciones legales sobre copropiedad, las aplicables para resolver las cuestiones que surjan sobre el particular.

Amparo directo 9658/65 María Guadalupe Márquez Vázquez 16/11/1967
5 Votos
Ponente : Mariano Azuela
Volumen CXVI, 4a. parte, pág. 98.

Precedentes : Volumen VIII, 4a. parte, pág. 215
Volumen IX, 4a. parte, pág. 157
Volumen XI, 4a. parte, pág. 194
Volumen XXV, 4a. parte, pág. 253

FALTA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES

La falta de capitulaciones matrimoniales no puede originar que no se cumpla la voluntad de las partes ni produzcan los efectos de la comunidad de bienes querida, ni tampoco puede determinar que se considere el matrimonio, como regido por la separación de bienes, contraria al consentimiento de los cónyuges. La sociedad conyugal si bien tiene semejanzas con el contrato de sociedad, no es idéntica a él, puesto que ésta tiene personalidad jurídica propia, distinta de la de los socios, y persigue fines económicos, en cambio, aquélla, según su naturaleza no es sino una verdadera comunidad, de mera conservación y aprovechamiento mutuo, una propia comunidad de intereses, que responde adecuadamente a los cónyuges, que unen sus personas y sus intereses.

Esta comunidad por principios de equidad y justicia, consecuentemente con la situación de mutua colaboración y esfuerzos que vinculan a los cónyuges, les da derechos iguales sobre los bienes de manera que como partícipes tanto en los beneficios como en las cargas, sus partes serán por mitad, serán las disposiciones legales sobre copropiedad, las aplicables para resolver las cuestiones que surjan sobre el particular.

Esto, claro es, siempre que no existan capitulaciones matrimoniales, pues de haberse celebrado a ella debe estarse y en sus omisiones a lo que ante tal circunstancia, dispone el artículo 183 del Código Civil. Finalmente, en lo que concierne a la sociedad conyugal, lo que usualmente se pacta, es que comprenderá los bienes muebles e inmuebles y sus productos, que los consortes adquieran durante su vida matrimonial, incluyendo el producto de su trabajo y los frutos de los bienes privativos, o peculiares de cada uno, ya queridos al celebrarse el matrimonio y ante la falta de capitulaciones, así debe interpretarse que lo desearon, por ser esto además, lo más lógico y conforme a su voluntad manifestada en el acto obligatorio de su matrimonio en sociedad conyugal.

Amparo directo 4689/59 Herminia Martínez viuda de Coronado 12/IV/61
Mayoría de 4 votos
Ponente : Gabriel García Rojas
Disidente: José Castro
Volumen XLVI, 4a. parte, pag. 148
Precedente : Volumen VIII, 4a. parte, pág. 215
Volumen IX, 4a. parte, pág. 157

Amparo directo 4832/58 presentado por la Señora Eva Ortega Estrada ante la H.
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. (Extracto del mismo)

Eva Ortega Estrada por mi propio derecho y señalando domicilio al rubro
citado.....

HECHOS :

1.- El Sr. Felipe García Godínez demandó de mi ante el Juzgado Mixto de 1ª instancia del Partido Judicial de Coyoacán, la nulidad del matrimonio que contrajimos en esta ciudad, basándose en que acababa de tener conocimiento (20 de agosto de

1954) que cuando contraje con él matrimonio estaba subsistente uno anterior que me unía al Sr. Francisco Meza.

VIOLACION :

Viola en mi perjuicio el contenido de la Fracción V del artículo 98, 99, 183, 184, 185 y 201, 261 del Código Civil.

La voluntad de los cónyuges fue la de contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal según consta del acta de matrimonio respectiva.

La responsable funda su resolución para negarme el Derecho a mi y a mis hijos respecto de los bienes de la sociedad conyugal, en lo estatuido por el artículo 185 del Código Civil, en el sentido de que las capitulaciones matrimoniales deben constar en escritura pública pero deja de aplicar la fracción V del artículo 98 la que dice que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que "LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES CONSTEN EN ESCRITURA PUBLICA" lo cual debe interpretarse que hay casos en los que deben hacerse esas capitulaciones en escritura pública y otros en que no.

Si consta el expreso consentimiento de las partes para formar la sociedad conyugal, como lo reconoce la responsable, es lógico que el contrato se perfecciona con el solo consentimiento de las mismas atento lo dispuesto por el artículo 1796 del Código Civil y 1832 del mismo ordenamiento.

Por tanto teniéndome como cónyuge de buena fe la liquidación de la Sociedad Conyugal debió hacerse en mi beneficio atento lo dispuesto por el artículo

261 del Código citado y no arguir que no existe dicho contrato de sociedad porque el requisito de forma no existe, sin que valga el razonamiento de la responsable de que no se probó que el terreno y la casa construida formara parte de dicha sociedad, pues resolver la cuestión en esa forma es desamparar sistemáticamente a la mujer y a sus hijos por ser la parte débil no tan solo en el contrato de matrimonio sino en todo lo demás.

Es lógico pensar que la adquisición de cualquier bien dentro del matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad pertenece a ambos cónyuges por igual pues de otra manera se harían nugatorios los derechos de la mujer, máxime cuando se trata de individuos previsores como mi esposo, quien demostró su mala fe desde la adquisición del terreno hasta la construcción del inmueble que en él se levanta negando dolosamente que yo personalmente ayudé en su construcción con mi esfuerzo propio y de las privaciones que me impuse para que él economizara el dinero para ese fin, con el objeto de tener para el mañana un lugar medianamente decente para la vida de mis hijos.

D E R E C H O S :

Se viola en mi perjuicio el artículo 14 y 16 Constitucional.

P I D O :

- 1.- Tenerme por presentada.
- 2.- Solicito se me ampare

23 de Abril de 1958

EVA ORTEGA ESTRADA

La H. Suprema Corte de Justicia contesto lo siguiente a la demanda :

Considerando que la voluntad de los cónyuges fue la de contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, la responsable funda su resolución en el artículo 185 del Código Civil que exige que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública pero deja de aplicar la fracción V del artículo 98 que dice que si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública..., lo cual debe interpretarse en el sentido de que hay casos en que esas capitulaciones deben hacerse en escritura pública y otros en que no. Si consta el expreso consentimiento de las partes para formar la sociedad conyugal, como lo reconoce la responsable, el contrato se perfeccionó con el solo consentimiento de las partes para formar la sociedad conyugal, como lo reconoce la responsable, el contrato se perfeccionó con el solo consentimiento de las partes según lo dispuesto por los artículos 1796 y 1832 del Código Civil. Por tanto siendo la quejosa cónyuge de buena fe, la liquidación de la sociedad conyugal debió hacerse en su favor según el artículo 261 del mismo Código y no debió argumentarse en el sentido de que no existe el contrato de sociedad por falta del requisito de forma.

El presente amparo se concedió por mayoría de 4 votos.

Amparo directo 1307/57 presentado por la señora Lucrecia Albert de Orbe.

La Sra. Lucrecia Albert de Orbe presenta su amparo contra la H. Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México y expone lo siguiente :

Acto Reclamado.- La sentencia de la propia Sala responsable, dictada en grado de apelación, en el juicio ordinario civil escrito, entablado por la quejosa suscrita Lucrecia Albert de Orbe contra Luis Orbe Bracamontes y Carlos Orbe Cortés sobre nulidad de la escritura de venta de la casa número 14 Sur de la Avenida Independencia del Municipio de Tenango del Valle del Estado de México, otorgada por el primero en favor del segundo, que confirmó la dictada por el C. Juez de 1a. instancia de la misma población de Tenango del Valle en todas sus partes, que declaró : "No probada la acción de nulidad y cancelación de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad de la venta aludida, para lo cual el juicio se siguió también en contra del C. Tenedor del Registro Público de Tenango del Valle.

Violación Constitucional.- Artículo 183 en relación con los 2688, 2689, 2690, 2691 y 184 del Código Civil.

El 1º y el último de estos preceptos establecen que la sociedad conyugal debe regirse por las capitulaciones matrimoniales y que en lo que no estuviere expresamente estipulado se regiría por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, así como que la sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él y comprende no sólo los bienes de que sean dueños los cónyuges al formarla, sino también los futuros.

Los otros preceptos citados dicen expresamente que la falta de forma del contrato no impide que produzca sus efectos, y los socios podrán pedir en cualquier tiempo la liquidación de la sociedad.

En el primer agravio la responsable dice que el inferior no incurre en agra-

vio porque NO HAY CAPITULACIONES MATRIMONIALES en el matrimonio Luis Orbe-Lucrecia Albert y en la adquisición de la casa 14 de Independencia a favor de mi marido, no concurrí a la escritura ni se dijo que la finca se adquiriría para la sociedad conyugal, ni se inscribió el inmueble a nombre de la sociedad sino sólo a su nombre.

México, Mayo de 1957.

LUCRECIA ALBERT.

La H. Suprema Corte dictó sentencia en los siguientes términos :

Una correcta interpretación de los artículos 178, 179, 183, 139, 194, 261, 287, 942, 1794, 1796 y 1797 del Código Civil obliga a considerar respecto del matrimonio con régimen de sociedad conyugal en el que los consortes no celebraron capitulaciones matrimoniales, que la falta de éstas, no impide que dicho régimen produzca sus efectos, que esa sociedad por ser propiamente una comunidad de bienes debe regirse por las disposiciones legales correspondientes a éste demostrada la existencia del Contrato de matrimonio, celebrado con el régimen de sociedad conyugal, debe establecerse que obliga a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conformes a la buena fe al uso o a la ley.

Por tanto, la falta de capitulaciones matrimoniales, no puede originar que no se cumpla la voluntad de las partes, ni se produzcan los efectos de la comunidad de bienes querida, ni tampoco puede determinar que se considere el matrimonio como regido por la separación de bienes, contrario al consentimiento de los cónyuges.

Así ES NULA LA VENTA REALIZADA POR LUIS ORBE EN FAVOR DE CARLOS ORBE, por no haberse celebrado con el consentimiento de la hoy quejosa, que por virtud de la sociedad conyugal que rige su matrimonio aunque carente de capitulaciones matrimoniales es copropietaria del inmueble. En consecuencia estando acreditadas las infracciones, así como las violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales, debe otorgársele la protección de la justicia federal.

La lectura de las tesis jurisprudenciales que hemos transcrito, nos permite apreciar que en ellas existe una aparente lógica, puesto que en forma autónoma e independiente, parece que se tratara de integrar un criterio que careciera de raíces, de antecedentes, y de toda vinculación con la vida misma y con los hechos sociales que le han dado significación a las instituciones sociales. Si sólo se toma en cuenta la intención de las partes, entonces podríamos estar de acuerdo con el criterio definido en esa jurisprudencia ; pero si aceptamos que en el contrato matrimonial se requiere algo más que la simple intención de las partes y que en la unión matrimonial esa intención no sólo debe ser formal, sino que jerárquicamente, debe ser solemne entonces estaremos en aptitud de concluir que la simple intención no es suficiente para que puedan operar las fórmulas que reglamentan el régimen matrimonial, ni el contenido económico que es parte del mismo.

La vida social reconoce la existencia de uniones libres, que por su simple comportamiento se asemejan al matrimonio ; pero éste debe de tener la solemnidad que es elemento esencial de su estructura ; en esas condiciones, debemos rechazar las fórmulas que expone la jurisprudencia, porque ésta no puede desvincularse de to-

da la tradición legislativa que es su antecedente y fuente directa en su creación, puesto que aceptar supletoriamente una sociedad conyugal tácita, es regresar a las fórmulas de los Códigos del siglo pasado que determinaban de modo supletorio las capitulaciones de la sociedad legal, lo que implicaría el retroceso de un siglo en el que las instituciones que emanan de la composición de la familia, han venido teniendo un sentido y contenido distinto a aquél que la caracterizaba hasta antes de la promulgación de la Ley sobre Relaciones Familiares.

En efecto antes de ésta, la mujer estaba sometida in manu a múltiples incapacidades ; el matrimonio civil era indisoluble y el divorcio entonces vigente, sólo se relacionaba con la separación de cuerpos.

Los hijos tenían que soportar los calificativos infamantes de bastardos, incestuosos y adulterinos. La patria potestad, como reminiscencia de la potestad marital, estaba concebida como una fórmula de consolidar el poder del Pater Familias. Todo esto ha tenido que modificarse, puesto que en 1917 la citada Ley sobre Relaciones Familiares reconoció el divorcio vincular, como un medio que permite la celebración válida de un nuevo y segundo matrimonio, se prohibieron los calificativos para equilibrar la situación de los hijos naturales, frente a los legítimos. La situación política económica y jurídica de la mujer está totalmente emancipada y en el mismo plano social que el varón. Finalmente podemos reconocer que en la actualidad la Patria Potestad es un Derecho que se ejercita en beneficio de los hijos, como una función de protección hacia ellos y que el Derecho de Familia en la actualidad, ha dejado de ser una fórmula que sólo reconoce los derechos de cada uno de sus miem-

bros, para convertirse en un Derecho de núcleo social, del grupo que la integra.

Por las razones que hemos expuesto en este trabajo, apreciamos que la jurisprudencia vigente no se ajusta a la integración de la institución matrimonial, y por ello propugnamos recomendando su modificación.

CONCLUSIONES

- I.- En los pueblos primitivos no existían antecedentes de regimenes económicos del matrimonio.
- II.- En el Derecho Romano se originó el régimen dotal que constituyó el antecedente fundamental para la estructura económica jurídica de los regimenes matrimoniales.
- III.- La legislación francesa elaboró un sistema orgánico de los regimenes matrimoniales, comprendiendo en ellos cuatro tipos:
 - a) La Comunidad Legal ; b) Régimen sin comunidad ; c) Separación de Bienes y
 - d) Régimen dotal .
- IV.- Los Códigos Civiles Mexicanos del siglo XIX adoptaron las ideas jurídicas francesas relativas al régimen económico del matrimonio con algunas variantes.
- V.- La Ley sobre Relaciones Familiares rompió los moldes clásicos y estableció la igualdad en esta materia del hombre y de la mujer ; habiéndose inspirado en las reformas sociales preconizadas como necesarias en las bases programáticas de la Revolución Mexicana.
- VI.- El Código Civil actual modificó la forma absoluta de la separación de bienes de la Ley sobre Relaciones Familiares así como las fórmulas de los ordenamientos del siglo anterior ; estableciendo la sociedad conyugal , la separación de bienes y un sistema combinado llamado mixto, pero eliminando los regimenes supletorios de la sociedad legal .

VII.- El régimen matrimonial es un sistema integrante de la institución matrimonial, por lo tanto no es un contrato accesorio como erróneamente se le ha clasificado.

El 23 de julio de 1859 el Benemérito de las Américas Benito Juárez mandó publicar un decreto que concretaba y definía en forma definitiva al matrimonio como un contrato civil decretando :

"Artículo I.- El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previa las formalidades que establece esa ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio".

En el Código Civil actual en el artículo 146 dispone :

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

Las formalidades a las que se refiere el dispositivo anterior, son, tanto aquellas anteriores, que le preceden, como las que hay que satisfacer en el momento de la celebración, y que se encuentran consignadas en el reglamento de las Actas de Matrimonio contenidas en los artículos 97 al 113 del mismo ordenamiento legal en consulta.

Vemos ahora pues que los contratos son acuerdos de voluntades para crear o extinguir derechos y obligaciones. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento ; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley.

El matrimonio es un contrato solemne pues no basta la simple voluntad de las partes sino que es necesario llenar todos los requisitos que marca el artículo 98.

En el artículo 99 se estipula que si los contrayentes no formulan el convenio referente a sus bienes (LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES) el Oficial del Registro Civil tendrá la obligación de redactarlo.

Esta pequeña reseña tiene por motivo el mostrar claramente el error en que incurre nuestra jurisprudencia al afirmar que no es necesario que se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, sino basta con la expresión de que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal para que así se reconozca, de ahí que el criterio vigente de la jurisprudencia actual erróneamente se orienta por el sistema de la sociedad legal del Código de 1870, la cual operaba en forma supletoria a falta de la voluntad de las partes.

VIII.- Las capitulaciones matrimoniales al ser parte integrante del contrato de matrimonio no pueden ser suplidas por la propia ley como lo señala la jurisprudencia, ya que de ser así, se regresaría a la sociedad legal del Código ya derogado de 1870 y 1884.

IX.- La sociedad conyugal carece de personalidad moral y difiere notablemente de las sociedades civiles.

X.- El sistema publicitario de las capitulaciones matrimoniales es inoperante ; recomendándose la adopción de medidas que expediten la verificación de los regimenes patrimoniales mediante su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

XI.- Los jueces del Registro Civil al celebrar el contrato de matrimonio deben cumplir con todos los requisitos formales y solemnes que la ley señala para su celebración, como es observar que entre el convenio que regirá la vida económica del matrimonio, ya que a falta de este convenio no existe el régimen económico y las partes están descubiertas de la protección de la Ley.

XII.- En aquellos casos en los que se celebre el matrimonio sin el pacto de las capitulaciones matrimoniales, éstas son inexistentes, pues si el matrimonio como institución conjuga las obligaciones personales de las partes con el sistema matrimonial, y no se cumple con la observación de la solemnidad, entonces no se puede atribuir a la unión la fórmula supletoria que ha preconizado la jurisprudencia actual, la cual debe interrumpirse y no observarse.

BIBLIOGRAFIA

- ARIAS RAMOS, JOSE Manual de Derecho Romano. 2a. Edición, Editorial Guillermo Kraft S.A. Buenos Aires.
- BONNECASE, JULIEN Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Cajiga.
- CAPITAN, HENRY Vocabulario Jurídico. Ediciones de Palma. Traducción de Guaglianone. Buenos Aires, 1961.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V, Volumen I. Octava Edición. Editorial Deus, S.A. Madrid 1960.
- CODIGO CIVIL DE 1870
- CODIGO CIVIL DE 1884
- DE DIEGO Instituciones. Tomo II. Nueva Edición.
- DE FRANCISCI, PIETRO Síntesis Histórica del Derecho Romano. Editorial Revista de Derecho Privado. 1a. Edición. Madrid 1954.
- DIARIO DE LOS DEBATES Congreso Constituyente de 1916 y 1917.
- D'ORS ALVARO Derecho Privado Romano. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona 1968.
- FERNANDEZ CLERIGO, LUIS El Derecho de Familia en la Legislación comparada. Editorial Hispano-Americana. 1a. Edición, 1947.
- FRITZ SCHULZ Classical Roman Law. Oxford University Press. 1a. Edición 1951.
- GAYO Instituciones de Gayo.
- IGLESIAS JUAN Derecho Romano. 5a. Edición. Barcelona 1965.
- HERINE GEIST El espíritu del Derecho Romano.
Por Fernando Vela. 2a. Edición. Revista de Occidente Madrid.

- JUSTINIANO Instituciones Curso Histórico Romano Comparado. Por Pedro Gómez de la Serna. 3a. Edición. Madrid 1863.
- KASER, MAX Derecho Romano, 1a. Edición.
- KIPP TEODORO Y MARTIN WOLFF. Derecho de Familia. Volumen Primero.
- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES. Editorial Información Aduanera de México S.A.
- MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. El Matrimonio. Tipográfica Editora Mexicana. México 1963, 1a. Edición.
- MARTIN BLANCO Principios Informadores de los Nuevos Sistemas Económicos del Matrimonio. Revista de Derecho Privado 1959.
- ORTOLAN, J. Explication historiques des Institus de L' Emoereur Justinion. Douxieme Edition Par J.E. Labbe. Tomo II Libro I.
- PEÑA GUZMAN Luis Alberto y Luis Rodolfo ARGUELLO. Derecho Romano. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1962.
- PLANIOL, MARCEL Tratado Elemental de Derecho Civil. Con colaboración de Georges Ripert. Traducción de la 12a. Edición Francesa. Cajiga Jr. Puebla, Pue. México 1946.
- ROUGUIN D. Tratado Elemental de Derecho Civil Comparado. Los Regimenes Matrimoniales. París 1905.
- RUGGIERO, ROBERTO DE Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la última Edición Italiana anotada y concordada con la Legislación Española, por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro. Librería de Angel Pola. México, 1939.
- SANCHEZ ROMAN, FELIPE. Estudios de Derecho Civil. 2a. Edición. Madrid 1912.
- SERAFINI, FELIPE Instituciones de Derecho Romano. Tomo II. 2a. Edición Barcelona.
- TEDESCHI, GUIDO El Régimen Patrimonial de la Familia. Traducción de Sentis Melendo y Ayerra Redin. Ejea. Buenos Aires, 1954.
- VAZ FERREIRA Tratado de la Sociedad Conyugal. Montevideo 1959.