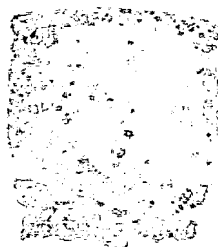




UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

LAS DONACIONES ENTRE CONSORTES



*NO. de CUENTAS
8152081-3*

T E S

ENFOQUE ACATLAN
DEPTO. DE LICENCIATURA
Y TITULOS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MARIA SOL MARTIN REIG



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.

A mi padre,
sin cuyo recio respaldo
y decidido estímulo
no hubiera podido culminar
esta gran ambición de mi vida,
con agradecimiento y cariño
profundos.

A mis maestros de
Derecho Civil y
Derecho Procesal Civil,
Lic. Arturo Aguilar Basurto
Lic. José Núñez Castañeda
Lis. Raúl Pérez Ríos
Lic. Ricardo H. Zavala,
con reconocimiento a sus
múltiples y rectas enseñanzas,
no todas jurídicas.

Al Lic. Ernesto Patiño Anitúa,
faro y guía en los
aparentemente laberínticos
caminos universitarios,
con admiración y afecto.

E P I G R A F E

No nos es dado asir la verdad, la cual es idéntica a lo divino directamente. Sólo la percibimos como reflejo, en ejemplo y símbolo, en lo singular y en apariencias relativas. Se nos presenta como forma de vida que nos es incomprensible, pero que no nos libera del deseo de comprenderla.

Goethe

I N D I C E

CAPITULO I	
CONCEPTOS	1
CAPITULO II	
DONACIONES ENTRE CONSORTES	84
CAPITULO III	
TRES CASOS	128
CAPITULO IV	
SEGUNDA PROPOSICION	156
CAPITULO V	
CONCLUSIONES	181
EPILOGO	188
BIBLIOGRAFIA	189

CAPITULO I

CONCEPTOS:

- A) MATRIMONIO
- B) DONACION
- C) DOTE
- D) ARRAS

Dentro de la indudable dificultad que representa el pretender definir cualquier cosa, nos resulta indispensable intentar precisar algunas ideas que nos sirvan, como las herramientas al carpintero, para llevar a cabo nuestro trabajo.

Tanto más ardua será nuestra tarea cuanto que los conceptos a fijar son importantes y fundamentales a la vida íntima y social del hombre.

Pocas son las nociones que nos proponemos puntualizar, pero de tal delicadeza que no podemos dejar de acercarnos a ellas con gran humildad.

Por otro lado, al decir de León Felipe - "... no sabiendo los oficios, los haremos con respeto..."(1) y siendo nosotros efectivamente nuevos en estos quehaceres, nos proponemos laborar con todo - el respeto y el natural asombro que nuestra condición de novicios nos impone.

(1) LEON FELIPE, "Antología Rota", Editorial Losada, Buenos Aires, 1957, Pág. 17.

En efecto, el matrimonio que como concepto constituye nuestro primer gran desafío, es la más importante de las instituciones sociales, base y fundamento de todas las demás, por serlo de la sociedad. Se ha dicho que es: UNA INSTITUCION NATURAL, en la que existe un principio ético, bajo cuyo aspecto cae en la esfera de la Moral y de la Filosofía del Derecho.

Ontológicamente hablando, el matrimonio - debe reunir dos elementos: el uno físico, la conjunción del hombre con la mujer, y el otro espiritual que unifica el material o corporal. "El *ánimus* es el requisito que integra o complementa el *corpus*. Este elemento espiritual es la *affectio maritalis* o sea la intención de quererse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, en un único acto volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovarse de momento en momento, porque sin ésto la relación física pierde su valor". (2)

UNA INSTITUCION SOCIAL, hecho condicionado por la sociedad e influido por ésta sobre la que a su vez influye y que como tal entra en los dominios de la Sociología y, por lo tanto, de la Historia, (Sociología del matrimonio).

El antropólogo Robert H. Lowe nos dice: - "donde quiera que encontremos a un varón y a una mujer compartiendo una vida común, hallaremos también una forma de matrimonio y una familia. Siempre se-

(2) RUGGLIERO' ETTORE, Instituciones de Derecho Civil, Vol.II, págs. 715 y 716.

trata de un grupo social primario constituido por la comunidad de los padres y los hijos. Aunque ese grupo puede variar considerablemente, en cuanto a su forma y actividad, según los diferentes pueblos, hallaremos algunos datos comunes o constantes. Existe siempre una forma de matrimonio a través de la cual el varón y la mujer se unen para la procreación; hay un cierto rito para la ceremonia de la celebración del matrimonio a través del cual la relación de la pareja es públicamente reconocida y respetada y, también aparecen ciertos arreglos relativos a las necesidades económicas del alumbramiento y del cuidado de los hijos. Además, hallaremos la existencia de una habitación común y un sistema que otorga autoridad o preeminencia a los parientes, ya del padre o ya de la madre, que prevé qué tratamiento habrían de darle los esposos a esos parientes".(3)

UNA INSTITUCION RELIGIOSA, en cuyo sentido la Teología lo consagra como sacramento, la Liturgia le da la forma de celebración y el Derecho eclesiástico regula los derechos y obligaciones de los contrayentes.

UNA INSTITUCION JURIDICO-CIVIL, en cuanto constituye una relación jurídica productora de efectos civiles, sometida por tanto al Derecho y regulada en este sentido por el Derecho civil.

Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia, como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica.

No puede penetrarse el sentido de la institución jurídica del matrimonio, si se olvida que

(3) THOMAS L. JOHN, S.J. Catholic View Point on Marriage and Family, Mac Millan, 1907, Nueva York, pág. 22.

éste se constituye en esencia, por ese propósito permanente de llevar, marido y mujer, una vida en común (*individua vitae consuetudo*).

"Tan altas finalidades exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras subsiste el lazo conyugal. Tal colaboración y coordinación de intereses, encuentra en el derecho los medios para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas la solidez y permanencia de la unión entre los consortes. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado". (4)

Si a estos primeros aspectos añadimos los fines (teleología del matrimonio) y precisamos sus valores (axiología del matrimonio) habremos completado una primera base sobre qué sustentar posteriores investigaciones.

No es fácil dar un concepto acabado del matrimonio, que lo diferencie desde luego del amor, de la unión sexual y del concubinato.

Parece ser que desde el punto de vista etimológico, es casi general derivar la palabra latina *MATRIMONIUM* (de la que procede la castellana matrimonio), de las voces *MATRIS MUNIUM*, en el sentido de carga, gravamen o cuidado que incumbe a la madre.

(4) IGNACIO GALINDO GARFÍAS, Derecho Civil, Edit. Porrúa, 1980, pág. 471.

GREGORIO IX, en el año de 1236: "que la madre sufre mayores trabajos con los hijos que el padre. Ca como quier que el padre los engendre, la madre sufre muy grand embarço con ellos, de mien---tras que los trae, e sufre muy grandes dolores cuando han de nacer, e después que son nascidos ha muy grand trabajo en criar a los hijos por si. E demas desto, porque los hijos, mientras son pequeños, mayor menester han de la ayuda de la madre que del padre. (5)

SANTO TOMAS cita entre cuatro etimologías, a saber: "1a. de MATREM MUNIENS, defensa de la madre; 2a. de MATREM MONENS, aviso a la madre para que no se aparte de su marido; 3a. de MATRENATO, porque por el matrimonio se hace una mujer madre de un nacido; 4a. de MONOS Y MATERIA, porque por el matrimonio se unen dos en uno, formando como una sola materia." (6)

BENTHAM: "... la unión sexual inauguraría para la mujer un largo camino de penas y la conduciría a un término inevitable en que encontraría la muerte, si no fuesen previamente asegurados, tanto para ella como para el germen que debe alimentar en su seno, los cuidados y la protección del esposo, siendo éste guardián y proveyendo a la conservación de uno y otro". (7)

(5) GREGORIO IX. Decretales, lib. III, tít. 33, Cap. 2º, Parte IV, tit. II, Ley 2a.

(6) SANTO TOMAS, Suma Teológica, ed. Española, Madrid 1883, T.V. pág. 213.

(7) BENTHAM, Oeuvres, Bruselas 1840, Tomo I, pág. 109.

La idea y el término predominante es el de la madre (mátar en sánscrito, mathir en irlandés, mater en latín), derivada de la raíz indoeuropea -MA, y que guarda estrecha relación con la hebrea AM, que significa también madre y que se encuentra en las voces latinas AMARE Y AMOR. En opinión de filólogos modernos, la raíz hebrea AM produjo la indoeuropea MA, mediante una sencilla transformación y quizá aquélla pertenezca a la lengua primitiva, que es esencialmente onomatopéyica representando el sonido labinal que, sin querer, emite el niño al tomar el pecho materno.

Esta idea presupone la de engendramiento, la de unión sexual entre un hombre y una mujer. De donde la voz matrimonio expresará etimológicamente la unión de hombre y mujer para la procreación y para la protección de la madre y de los hijos.

Matrimonio: idea de vínculo, engendramiento y convivencia. Las latinas *conjunctio* y *conjugium*, de las que se han derivado el verbo castellano conyungo, el sustantivo coyunda y el adjetivo conyugal. La voz yugo, a la que tratándose del matrimonio se ha dado, hasta por el mismo Portalis, el sinónimo de carga pesada, sujeción o afrenta, tiene un origen más elevado, que se encuentra en la raíz sánscrita YU, de donde también se deriva la voz latina IUS (derecho) como sinónimo de lazo o relación jurídica.

La idea de engendramiento se encuentra en la palabra griega gamos y las sánscritas ghama y ghamana, derivadas todas ellas de la raíz gam, expresiva de matrimonio, cuyo parentesco con la hebrea AM (madre) y la griega GEN (engendramiento) salta a simple vista. La idea de convivencia aparece en la voz latina *consortium*, compuesta de *cum* y *sors*, suerte común, y en la española casamiento, derivada de casa, hogar.

En cuanto a la palabra boda, según la Aca

demia, expresaría también la idea de vínculo, por derivarse del godo *vidam*, enlazar; pero Ureña prueba que es de origen arábigo, que equivale a dote, - significado que aparece claramente en el fuero de - Usagre.

De las precedentes indicaciones filológicas se desprende que el matrimonio equivale a: un vínculo jurídico y solemne entre varón y mujer para el engendramiento de la prole, garantizando la protección de la madre y las relaciones de convivencia.

La mayoría de los autores concuerdan en que el matrimonio es una unión sexual que se distingue de otras uniones sexuales por su plenitud, permanencia, religiosidad y legalidad. La idea de plenitud aparece preferida por los filósofos en el sentido de unión psicofísica: Rosmini, Arhens, Miraglia y Oertmann. La idea de permanencia se refleja en el concepto dado por los sociólogos, (verbigracia, Westermarck y Spencer). La legalidad predomina, en cambio, en las definiciones de los juristas, (Kant había dicho en sus principios metafísicos del Derecho, que el matrimonio era "el comercio sexual según la ley" y Hegel, con más elevación, en su filosofía del Derecho, lo había definido: "el amor moral sancionado por la ley"). Para los civilistas franceses es la unión de dos personas de sexo diferente que ha sido consagrada por la ley.

La plenitud y religiosidad han inspirado la definición de Walter, "Unión de hombre y mujer - que tiene por fin establecer entre ellos la más estrecha comunidad en existencia, que está formada por el amor y la fidelidad y elevada por la religión a la santidad de sacramento". (8)

(8) WALTER, Derecho eclesiástico universal, traduc. española, 3a. edic., Madrid 1871, tomo II, págs. 241 y 242.

Los modernos tratadistas alemanes, como - Dernburg, (Completa comunidad de vida entre un hombre y una mujer jurídicamente reconocida), Sohm, - (Unión plena y legal de un hombre y una mujer para hacer vida común) y Stammler, (Unión legal de un - hombre y una mujer en perfecta conformidad de existencia), combinan la idea de plenitud con la de legalidad.

De las opiniones de los tratadistas mencionados, podríamos inferir que el matrimonio es la UNION PLENA, PERMANENTE, RELIGIOSA Y LEGAL ENTRE - PERSONAS DE SEXO DISTINTO.

De estas cuatro características, la de legalidad afecta más a la forma que al fondo; la permanencia y la religiosidad pueden comprenderse dentro de la plenitud. La plenitud es, pues, la que - descuella sobre todas y la que aparece en los códigos sagrados desde el Génesis (*duo in carne una*), - hasta el de Manú (el varón forma con su mujer una - sola persona), constituyendo el carácter distintivo del matrimonio que es el de aproximar, armonizar y perfeccionar a un hombre y una mujer fundiéndolos - en una individualidad superior, carácter que aparece en la definición romana de Modestino (*Consortium omnis in vitae*) como en la de Santo Tomás (*conjunctio corporum et animorum*).

FUNDAMENTOS DEL MATRIMONIO. Podemos destacar tres:

- 1) Ser o fundamento creador.
- 2) Diferenciación de sexos que es el fundamento - potencial y esencial del matrimonio como institución.
- 3) El amor conyugal que lleva al consentimiento y es el fundamento actual, real, concreto e individual, responsable del hecho.

Castán nos dice que, mientras el instinto sexual tiende a la mera conservación física de la especie y origina la unión sexual irregular y fortuita, el amor conyugal tiene por misión regular el complemento y la continuación físico-espiritual de la especie y da lugar al matrimonio, unión sexual plena y duradera.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta:

- 1.- Que el amor no es el *fundamento* de la institución del matrimonio, sino que ese fundamento se encuentra en la diferenciación psicofísica de los sexos.
- 2.- Que éste no es fundamento eficiente del matrimonio, el cual sólo se encuentra en el consentimiento de los contrayentes.
- 3.- Que aun cuando es condición moral para la constitución del matrimonio y sirve para guiar e iluminar en la elección y para facilitar el cumplimiento de los deberes matrimoniales, dulcificando las penalidades de la vida de familia, no es en modo alguno condición *sine qua non* desde el punto de vista jurídico, y menos condición de subsistencia de la unión, ya que una vez contraído el matrimonio, surgen deberes de los cónyuges entre sí y de éstos para con los hijos, deberes que no pueden depender de la existencia o inexistencia del amor; por más que sin él sean mucho más difíciles de cumplir.

FINES DEL MATRIMONIO: Tomando las características que le adjudican diversos autores, podríamos resumirlos en; satisfacción del instinto genésico, moralización del amor, procreación, educación de la prole, auxilio recíproco de los cónyuges, felicidad mutua, vida en común, perfeccionamiento y complemento sexual.

Shopenhauer le asigna por fin la generación futura, resultando así absorbidos los fines individuales por los de la especie; Augusto Comte, el perfeccionamiento mutuo de los dos sexos y en especial, la moralización del varón mediante el contacto e influencia de la mujer. Boistel y Novicow, señalan como único fin, la mutua felicidad de los esposos, doctrina que conduce al libertismo sexual y que olvida el interés de los hijos y la sociedad.

Aristóteles no se limitó a señalar al matrimonio un solo fin, sino dos, el de la procreación de los hijos y el de complemento mutuo de los esposos. Santo Tomás fue más allá, señalando los de generación educación de la prole y mutuo auxilio de los cónyuges, los dos primeros como específicos y el tercero como individual. Sánchez Román distingue en el matrimonio un fin próximo (la constitución de una comunidad plena y perfecta entre dos individuos de sexo diferente) y un fin remoto (la conservación de la especie humana).

Nosotros nos inclinamos, con Santo Tomás, a considerar como los tres fines principales del matrimonio: 1º la procreación, porque ella es consecuencia natural de la unión del varón y la mujer y del impulso que a ella les induce por la diferenciación de sexo; 2º la educación de la prole, porque es consecuencia de la procreación, puesto que quien da el ser está obligado a dar los medios para continuar existiendo; 3º el mutuo auxilio, porque el hombre necesita de la mujer para que *lo consuele y conforte* en el hogar y la mujer necesita del hombre para que la sostenga y la defienda en la vida exterior, aparte de que en el matrimonio encuentran ambos cónyuges la satisfacción recíproca de sus tendencias e impulsos físicos, sentimentales e intelectuales.

Hay ciertas condiciones que el matrimonio necesita reunir para mejor cumplir sus fines. Estas condiciones que constituyen la naturaleza del

matrimonio son: unidad, fecundidad, religiosidad y legalidad.

La unidad exige que la unión matrimonial sea de un solo hombre con una sola mujer. La unidad de sexos se completa con la unidad de dirección y aun la unidad de condición de los cónyuges.

La fecundidad es de necesidad para cumplir el fin de la procreación y educación de los hijos - hasta el punto de que siempre se ha reconocido que no pueden contraer matrimonio los impotentes, siendo nulo el que contraigan.

La índole religiosa del matrimonio se ha pretendido fundamentar generalmente en que esta unión tiene por fin crear receptáculo para las almas, que son obras de Dios y en que, como escribe Lacroix, "la propagación de la especie, resultado inmediato y presente de la unión conyugal, no es en realidad sino el medio de que ha placido a Dios servirse para poblar el cielo; y este es el verdadero fin, el fin último del matrimonio". Más esto no convence, pues en toda generación humana hay creación de "un alma" cuyo último fin es la bienaventuranza eterna, por lo que todo acto de generación tendría carácter religioso. La verdadera razón se halla en que, de un lado, los sacrificios y trabajos que lleva consigo la vida conyugal, educación de los hijos, el mutuo auxilio de los cónyuges y los mismos caracteres de unidad y fecundidad que tiene el matrimonio, son más llevaderos si existe una sanción religiosa que de fuerzas para cumplirlos.

He aquí por qué aun las religiones que niegan la espiritualidad del hombre, admiten la religiosidad del matrimonio. Como escribe Sánchez de Toca, "solamente la religión de Mahoma y la de los virginianos han sido las que no han querido intervención religiosa alguna en un acto tan solemne y sagrado del cual depende la felicidad y la desdicha

humanas; Brahma, Moisés, Zoroastro, Fo, Confucio, - Buda, Orfeo, Numa, Tentates, Focio y Luterus y re- formadores religiosos, han reconocido la necesidad de dar cierto sagrado carácter a la más importante de las instituciones sociales". Antonio de Ibarrola: "Nuestros hermanos hebreos, en una de las 7 - bendiciones correspondientes al matrimonio, exclaman: "Bendito seas tú, o Señor, que creaste el júbilo y la alegría al novio y a la novia".

"El matrimonio es una institución jurídica; la primera y más importante de todas. ... Es - el *matrimonio* la base fundamental de la familia, el centro de la misma, y las demás instituciones que - integran el Derecho de Familia, no son más que consecuencias o complementos de aquél. Por esta razón el matrimonio es un *instituto jurídico*, pero acaso de mayor importancia para todas las demás instituciones del Derecho privado, porque forma o constituye el fundamento de la sociedad civil, y representa a su vez la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el Derecho.

A diferencia de otras instituciones que - se proponen la conservación y desenvolvimiento del individuo, ésta se encamina a la conservación y desarrollo de la especie; en ella se encuentran los - elementos de toda sociedad y todos los particulares comprendidos en el destino humano". (9)

Jean Carbonier: "El matrimonio es la costumbre - más vieja de la humanidad y el estado de la mayoría de los individuos adultos. Parece responder a una necesidad física y moral de la especie humana. Por lo que se refiere a la necesidad moral, cada hombre la experimenta dentro de su sentirse mortal: es - una manera exaltada de luchar contra su fragilidad,

(9) ANTONIO DE IBARROLA, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, 1981, pág. 137.

al ligarse para toda la vida, es decir, hasta la -
muerte. De aquí desprende el matrimonio, aún des--
pués de haberse hecho laico, una especie de grave--
dad religiosa que le es propia y que lo separa de -
la unión libre. Se podría decir más explícitamente:
el acto por medio del cual un hombre y una mujer se
comprometen a vivir juntos hasta la muerte, (que -
el compromiso no sea siempre cumplido no cambia na--
da el sentido del acto inicial); del acuerdo de vo--
luntades surge un lazo durable, el lazo conyugal".(10)

Reuniendo el matrimonio los requisitos -
que anteceden cumpliendo los fines que se dejan in--
dicados, está desde luego conforme con la ley natu--
ral y debe ser reconocido y protegido por el Dere--
cho positivo. Estando la sociedad interesada en -
que los deberes, compromisos y responsabilidades de
la unión conyugal sean efectivos, debe el Derecho -
cobijarla bajo su manto, procurando que el matrimo--
nio sea realmente en la sociedad lo que debe de ser
según la ley natural.

El Derecho no puede crear una organiza---
ción del matrimonio distinta a su esencia ética o -
en oposición con ella.

Como escribe Windsheid, "el matrimonio, -
relación moral antes que jurídica, entra en el cam--
po del Derecho con una estructura ya definida y aca--
bada; la misión del ordenamiento jurídico no puede--
ser otra que la de llevar, en cuanto sea posible, a
expresión exterior la figura de la relación matrimo--
nial impuesta por las leyes morales". (11)

(10) JEAN CARBONNIER, Droit Civil, Thémis, 1979, Vol II, --
págs. 27, 28, 72, 73.

(11) WINDSHEID, Diritto delle Pandette, trad. italiana de -
Fadda y Bensa, Turin, 1904, Vol. II, Prt. II, pág. 205.

ELEMENTOS DEL MATRIMONIO: Son personales, reales y formales. Los elementos personales están-constituidos por un hombre y una mujer que tengan -capacidad para celebrarlo. Elementos reales, son -aquellos que la sociedad conyugal precisa como me-dio para la realización de sus fines propios y espe-cíficos. Los elementos formales se dan el acto de-la constitución del matrimonio y consisten en la ob-servancia de los requisitos formales y solemnes que la ley exige, siendo el más importante de ellos, la presencia de un funcionario dotado de fe pública an-te el cual se lleva a cabo el matrimonio.

"Los ritos aquí tienen un doble objeto: -
manifiestar la participación de la sociedad en la -
fundación del nuevo hogar y más utilitariamente --
brindar a los esposos mismos una prueba del aconte-
cimiento. Los ritos del matrimonio constituyen a -
la vez una forma y una prueba". (12)

Para cumplir los fines reales matrimonia-
les necesitan los contrayentes disponer de medios -
económicos con que subsistir ellos, criar y educar-
a los hijos y auxiliarse mutuamente. Para los que
no dispongan de bienes adquiridos ya en la fecha de
la constitución del matrimonio o que no los reciban
al contituírlo, no queda otra fuente de recursos -
que el trabajo, de aquí la importancia que tiene -
con relación al matrimonio la cuestión de la propie-
dad y de los salarios. Aún en el caso de que a la
constitución del matrimonio existan bienes o traba-
jo en cantidad suficiente para cumplir los fines de
aquél, es preciso proteger esos medios económicos -
contra posibles dilapidaciones y futuras desgracias

(12) JEAN CARGONNIER, *Obra cit.* págs. 86, 87.

a lo que obedecen las instituciones de ahorro y de patrimonio familiar. Otro de los problemas más interesantes en este orden es el del trabajo de la mujer en el hogar y fuera de él, especialmente este último, que guarda íntima conexión con los fines de la procreación y educación de los hijos y mutuo-auxilio de los cónyuges.

Nosotros abundaremos más adelante sobre este elemento real del matrimonio ya que en él se encuentra la justificación de este trabajo. Considerémoslo ahora sólo a título enunciativo.

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO. Es para nosotros de medular importancia aclarar esta cuestión respecto a la cual se han sostenido fundamentalmente dos posiciones: la que lo considera meramente un contrato civil, semejante a cualquier otro contrato (compra-venta, etc.) y la que considera que por todas sus implicaciones sociales, religiosas y generadoras de la especie humana, el matrimonio es mucho más que un contrato. Es una institución.

Los autores que consideran que el matrimonio es un contrato se basan fundamentalmente en que para su celebración se requiere del consentimiento de los contrayentes. Ellos aducen que el consentimiento es un elemento esencial de todo contrato, de tal modo que cuando median todas las condiciones de aptitud y potencialidad para realizar el fin matrimonial, el solo consentimiento basta para crear el vínculo. No basta, sin embargo, el simple consentimiento, puesto que hay infinidad de situaciones de convivencia sexual, perfectamente consensuales y que no constituyen matrimonio.

Hoy se exige acertadamente el consentimiento expreso, libre y reflexivo de los contrayentes y así debe ser, porque nadie más que ellos toman sobre sí las cargas y deberes que el matrimonio impone, acto, por otra parte, trascendentalísimo del

cual depende la suerte de toda la vida.

Pero de que el matrimonio suponga consentimiento, no se deduce que sea un contrato, ni siquiera una convención.

En efecto, la idea de considerar el matrimonio como contrato nació en el siglo XVII, siendo Kant uno de sus iniciadores. Pero ni en Grecia, en donde no era preciso el consentimiento de la mujer, ni en Roma, en donde se define como *conjunctio*; ni en el cristianismo, para el que es un sacramento, aparece idea semejante, que nació cuando para justificar la intervención del Estado en el matrimonio, se imaginó la teoría de que implicando éste el consentimiento de los esposos, constituía un contrato que debía estar, como todos los demás, sometido a la potestad secular.

Para evitar el que, como todo contrato, pudiera el matrimonio subordinarse a condición, plazo y modo, con lo cual quedaría destruida su esencia, se acudió a hacer de él un contrato especial; así Kant dijo que era: "un contrato necesario por ley de la humanidad". (13)

Perrone, en sus *Praelectiones Theológicas*, sostiene que es un contrato natural en su fin, distinto de otro contrato cualquiera y Cepeda dice que es: "un contrato natural, especial y distinto de los demás". (14)

(13) EMANUEL KANT, Principios Metafísicos del Derecho, trad. Lizárraga, Madrid, 1873, pág. 113

(14) CEPEDA, Derecho natural, 3a. Ed. Valencia, 1893, pág. 327.

Cimbali dice que es: "un contrato personal y social, *suígeneris*, de naturaleza eminentemente compleja" (15), pero aún con todas estas distinciones no se suelta la dificultad. Todos los contratos son especiales, pues además de su naturaleza genérica, tienen otra específica, por virtud de la cual están sometidos a reglas distintas.

El matrimonio, como el contrato, es un acto jurídico y requiere para su existencia del consentimiento o acuerdo de voluntades de quienes lo celebran, pero no por esto es un contrato, nisi quie ra un contrato especial.

Clemente de Diego lo expresa así: "TODO-CONTRATO ES ESENCIALMENTE UN ACTO CREADOR DE OBLIGACIONES PATRIMONIALES, MIENTRAS EL MATRIMONIO NO TIENE POR OBJETO ESENCIAL CREAR OBLIGACIONES DE ESTA CLASE, SINO RECONOCER Y PROMETER EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES QUE NACEN NATURALMENTE DE LA UNION SEXUAL, DEBERES QUE SON DE CARACTER MORAL, IRREDUCIBLES A METALICO E INTIMAMENTE UNIDOS CON LOS MAS SAGRADOS INTERESES DE LOS HIJOS Y DE LA SOCIEDAD. POR OTRA PARTE FALTAN EN EL MATRIMONIO LA MAYOR PARTE DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES EN TODO CONTRATO, PUES NO EXISTEN EN EL, NI EL OBJETO NI LA CAUSA, YA QUE EL PRIMERO ES SIEMPRE EN LOS CONTRATOS UNA PRESTACION QUE RECAE SOBRE COSAS MATERIALES O SERVICIOS PERO NUNCA SOBRE LA PERSONA, Y EN EL MATRIMONIO SE ENTREGAN DOS PERSONAS UNA A OTRA RECIPROCAMENTE Y EN TODA UNA INTEGRIDAD; Y EN CUANTO A LA CAUSA, ESTA ES EN LOS CONTRATOS DE LIBERALIDAD O DE INTERES- MIENTRAS QUE EN EL MATRIMONIO NO PUEDE ADMITIRSE EN EL TERRENO DE LOS PRINCIPIOS OTRA CAUSA QUE EL AMOR". (16) Ya Savigny diferenci6 esencialmente los

(15) CIMBALI, La nueva fase del Derecho Civil, versión de Esteban García, Madrid, 1893, págs. 62 a 70.

(16) CLEMENTE DE DIEGO, Instituciones de Derecho Civil Español, Madrid 1909, Tomo II, págs. 246, 247.

contratos y las relaciones de familia, diciendo que los primeros tienen por objeto un acto individual, materia arbitraria por naturaleza, pues un acto cualquiera del hombre puede dar lugar a la obligación, son ordinariamente temporales y caen exclusivamente bajo la esfera del derecho positivo, mientras que "LAS RELACIONES DE FAMILIA ABRAZAN LA PERSONA ENTERA DEL INDIVIDUO, SIENDO SU MATERIA DADA POR LA NATURALEZA ORGANICA DEL HOMBRE, TIENEN CARACTER DE NECESIDAD, SON PERSISTENTES Y SOLO EN PARTE ENTRAN EN EL IMPERIO DEL DERECHO POSITIVO". (17)

En la época moderna, los mejores jurisconsultos han reconocido la naturaleza extracontractual del matrimonio, que ha sido defendida en la misma Francia por civilistas tan reconocidos como Emile Acollas.

Bonnecase: "En resumen, no es exagerado afirmar que desde el punto de vista de su formación, el matrimonio nada tiene en común con el contrato.- La misma observación ha de hacerse en lo que se refiere a su objeto. EL MATRIMONIO NO TIENDE A APROPIARSE DE LAS RIQUEZAS NI AL APROVECHAMIENTO DE LOS SERVICIOS SUSCEPTIBLES DE VALORIZACIÓN PECUNIARIA".(18)

En opinión de Sánchez Román, aunque el matrimonio ofrece "una inicial apariencia contractual, por consecuencia de la necesidad del consentimiento o voluntad acorde y manifestada por quienes lo celebran, y aún de la incorporación de órdenes verdaderamente contractuales, que se le agregan", hay que considerar que: "lo primero o sea la intervención de voluntades concordantes no es suficiente para hacer

(17) F. VON SAVIGNY, *Traité de Droit romain*, trad. francesa de Genoux, París, 1840, tomo I, pág. 337.

(18) BONNECASE, *La Filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia*, traduc. del Lic. José M. Cajica Jr. Puebla 1945, pág. 182.

lo entrar de lleno en la categoría de contrato; y - segundo, que las llamadas usualmente capitulaciones matrimoniales o contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio, representan un ACCIDENTE, un aspecto secundario que no afecta a la esencia misma de la unión matrimonial, y puede existir o no y estar de una u otra forma o manera establecido".

Sánchez Román entiende, por tanto, que: - "la concepción del matrimonio es más elevada y compleja que la del contrato; la LEY civil al regular el matrimonio como institución social y jurídica, - unión igual e invariable en todos los casos, como - tipo predeterminado que la voluntad de los contrayentes no puede establecer ni modificar en nada a su arbitrio, como en los contratos, no es otra cosa que un régimen positivo subordinado a la ley natural y moral, mucho más incompleto y menos comprensivo que el de ésta, respecto del matrimonio mismo, - en tanto que éste y la sociedad conyugal que origina con todas sus consecuencias, es, según se ha dicho, "UNA ESENCIA NATURAL, UNA RELACIÓN MORAL, UNA INSTITUCION ETICA Y UN ORDEN SUPERIOR DE LA VIDA, - QUE TOMA DEL DERECHO TAN SOLO LAS FORMAS Y CONDICIONES QUE EN LO JURIDICO SON NECESARIAS PARA SU EXISTENCIA Y GARANTIA EN EL ORDEN SOCIAL". (19)

"El matrimonio no se limita a establecer entre los esposos, derechos y obligaciones que recuerdan la relación de acreedor y deudor; crea un estado de esposos, funda una familia y es la base de la legitimidad de los hijos. Es este aspecto del matrimonio el que se quiere acentuar al recurrir a la noción de institución. Quiere decirse -

(19) SANCHEZ ROMAN FELIPE, Estudios de Derecho Civil, Madrid 1887, T. V, Vol I, págs. 379, 381.

con ésto que el matrimonio es una especie de cuerpo social que sobrepasa las voluntades de los esposos". (20)

Por lo que se refiere a autores mexicanos, encontramos en Rafael de Pina la siguiente opinión: "El matrimonio ... es una realidad del mundo jurídico que, en términos generales, puede definirse como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes". ... "Sin embargo, la concepción del matrimonio como contrato no responde ni a la verdadera naturaleza ni a la finalidad auténtica de esta institución y, por lo tanto, no puede contribuir a explicarla satisfactoriamente. Es una fórmula fallida como justificación de una actitud política".(21)

Rojina Villegas nos dice: El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas".

"Así se explica que el artículo 147 del Código prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir, a la perpetuación de la especie y a la ayuda mutua recíproca que se impone a los consortes. Por la misma razón el artículo 182 declara: "Son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las leyes o los naturales fines del ma-

(20) ALEX WEILL Y FRANÇOIS TERRE, Dalloz, 1987, págs. 167, 168,

(21) RAFAEL DE PINA, Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa, Tomo I, págs. 314 y 315.

rimonio". De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina, el sistema contractual. Es decir, no sólo no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que afecten a este régimen que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el artículo 6º del propio Código, conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente el interés público, y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, sí afectaría gravemente al interés público. En cuanto a la forma de disolución del matrimonio, la ley dispone que el divorcio sólo procederá por las causas que señala o por mutuo consentimiento de los consortes. Ahora bien, podría pensarse que en esta forma de divorcio se aplica el régimen contractual ya que se equipara al mutuo disenso, pero la diferencia es evidente si se reflexiona que no puede haber divorcio sin la intervención de un juez o del oficial del Registro Civil en el caso de que no haya habido hijos y los consortes no tengan bienes o hubieren liquidado la situación respecto a los mismos. Por tanto, no basta el mutuo consentimiento, de los consortes por sí solo para disolver el matrimonio, se requiere siempre la intervención de un funcionario del Estado".(22)

Por lo que respecta a Sánchez Meda, en su libro "De los Contratos Civiles", ni siquiera -

(22) ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, Edit. - Porrúa, 1980, Tomo II, págs. 210, 221, 222.

menciona al matrimonio. En relación a esta institución sólo habla de la sociedad conyugal que ciertamente es un contrato.

FORMA. El matrimonio requiere, como todo acto jurídico, una forma de manifestación del consentimiento, forma que llena una finalidad, no sólo *ad probationem*, sino también *ad solemnitatem*, y tiene inmensa importancia. "Si en el matrimonio, - escribe Sánchez de Toca, no intervinieran solemnidades religiosas y jurídicas, los compromisos contraídos por los cónyuges serían puramente morales, y los poderes sociales de la tierra nunca podrían hacerlos exigibles". Esta forma debe ser predeterminada y no libre, tanto para impedir que el acto más importante de la vida sea concluido sin reflexión y precipitadamente, como para dejar huella en la conciencia de los contrayentes dificultando la infidelidad y la ruptura del vínculo, pues como dice Starcks, "cuanto más pomposas son las ceremonias, - mayor es su acción sobre las conciencias y más difícil el divorcio". (23)

Históricamente las nupcias han ido siempre acompañadas de ciertas solemnidades, aún cuando durante algunas épocas no las impusiera el Derecho.

La importancia de la forma del matrimonio obliga a considerar aquí, desde un punto de vista general, los diferentes sistemas que se han propuesto y adoptado en las legislaciones para la misma, los cuales pueden reducirse a:

(23) STARCKS, La Familia Primitiva, Paris, 1891, pág. 256.

Sistema exclusivamente religioso, según el cual la ley - del Estado sólo atribuye carácter y efectos civiles al matrimonio celebrado conforme a las reglas establecidas por una sola religión.

Sistema exclusivamente civil, en oposición con el anterior, hace obligatorio para todos los ciudadanos el matrimonio civil, celebrado ante un funcionario civil que represente al Estado, no reconociendo efectos legales a ningún otro, descartando por completo todo elemento religioso. Fue iniciado por la Revolución Francesa para secularizar el matrimonio, pero no lo privó de toda forma legal, pues lo consideró como un contrato solemne, sujeto, en vista del interés público, a rigurosas formalidades taxativas.

Sistema mixto, ofrece variantes, siendo las principales: estar integrada la celebración del matrimonio por las leyes religiosa y civil conjuntamente, de modo que se precise la celebración en ambas formas. Sistema intermedio que declara válido y otorga por completo efectos civiles al matrimonio celebrado con arreglo a la religión oficial y establece el matrimonio civil para los que no profesen dicha religión, sistema que es el seguido en España. Admitir los efectos civiles del matrimonio celebrado según los ritos de las religiones que estén reconocidas por el Estado, estableciendo la necesidad del matrimonio civil para los que no profesen ninguna - de estas religiones (Rusia y Suecia).

Sistema libre de contratación, considera este sistema el matrimonio como un simple contrato consensual y de derecho de gentes, para celebrar el cual no se precisan solemnidades religiosas ni civiles de ninguna especie, bastando la expresión de este consentimiento ante un magistrado o ante testigos, y aún la simple confesión y reconocimiento posterior, llegando a formar una presunción, si bien *juris tantum*, en favor del matrimonio, la simple cohabitación --

constante del hombre y de la mujer, aceptándose mutuamente el uno al otro por cónyuges. Este sistema se halla establecido en Escocia, en los matrimonios llamados *gretta green*, y en los Estados Unidos, en algunos de éstos, como Maine, Massachussets, New Hampshire y Connecticut, produce cierta responsabilidad la falta de algunos requisitos, tales como la presencia de un magistrado o sacerdote y el consentimiento paterno o de los tutores.

El matrimonio no es un contrato en el fondo, teniendo la figura de tal que le prestan los elementos de validez y existencia de todo contrato (consentimiento, capacidad, licitud), pero va más allá.

Si decimos que el matrimonio es una institución es porque la palabra que, viene del latín *institutio* o *institutio*, formada del prefijo *in* y de *statuo*, pasivo de *sto* (estar fijos, permanecer de pie) significa etimológicamente fundamento o cimiento de algo, establecimiento primordial de alguna cosa y por traslación, núcleo o centro fundamental de vida, de enseñanza o de doctrina.

Recasens, "Todos los grupos sociales, entanto que humanos, nunca son puro efecto de la naturaleza, sino que aun en aquéllos en que intervienen factores naturales (por ejemplo biológicos) se presenta además, la reelaboración humana de esos factores, es decir, no se da la mera naturaleza, sino la modificación de la naturaleza por la cultura. En todo lo social, en tanto que humano, hay siempre cultura.

Son grupos predominantemente naturales el matrimonio, la familia, la gens, etcétera. (24)

(24) RECASENS LUIS, Sociología, Edit. Porrúa, 1980, pág. 433.

Se entiende por institución política, jurídica y económica, una ordenación parcial de la vida social, apta para determinados cometidos y llegada a un desarrollo autónomo, que constituye, como la imagen en que toma forma, la actividad de las generaciones al cabo de los siglos y de milenios; ejemplo: la propiedad, la esclavitud, la servidumbre, el matrimonio, la tutela, el mercado, la moneda y la libertad de trabajo.

Trátase en cada institución de una suma de *hábitos* y reglas de la moral, de la costumbre y del Derecho, que tienen un centro y una finalidad común, y al radicarlas sólidamente en la vida de la comunidad, atraen continuamente, como formas típicas, las fuerzas vivas en su esfera de acción.

Maurice Haurion define la institución: - "como idea de obra que se realiza y dura en un medio social. En virtud de la realización de esta idea, se organiza un poder que crea órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones de comunidad, dirigidas por los órganos de poder y reguladas por determinados procedimientos".

"La institución es un pensamiento de empresa, de un quehacer activo, que ha encarnado positivamente en una determinada realidad social, estructurándola y además encauzando efectivamente su acción de modo unitario". (25)

(25) HAURIOU MAURICE, La Théorie de l'institution et de la -
fondation, Paris, 1925,

Nosotros nos adherimos a aquellos autores que consideran el matrimonio como institución y así lo vamos a tratar de ahora en adelante.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO: Unión conyugal.- El fundamental efecto del matrimonio es el de producir entre los casados un género de vida que constituye la llamada unión conyugal, que da lugar a relaciones entre ellos. Esta unión entre los cónyuges tiene los mismos caracteres, fines y elementos que el matrimonio respecto de la sociedad, y produce efectos, tanto con relación a las personas de los cónyuges como a los bienes de éstos. Efectos con relación a la persona de los cónyuges, son comunes a ambos y especiales para cada uno.

Efectos personales, son los relativos a la cópula, la vida en común, fidelidad, mutuo auxilio y educación de los hijos. "Los efectos personales del matrimonio pueden considerarse como efectos de Derecho, como restricciones que cada uno de los esposos impone voluntariamente a su libertad personal. Estas restricciones a la libertad se explican por dos ideas generales: una surge del derecho -- de las obligaciones, ya que el matrimonio crea entre los esposos deberes recíprocos; la otra viene del derecho del grupo: el matrimonio crea con los esposos una unidad, la familia. El conjunto del sistema es de orden público: los esposos no pueden derogar ni cambiar la estructura jurídica que forman. Hablando más de deberes que de obligaciones, se sugiere que la moral, en este punto, importa más que la técnica a secas, y colocando los deberes antes que los derechos, parece invitar a cada esposo a mostrarse exigente de sí mismo antes que del otro. Es por los deberes, no por los derechos, que el matrimonio se define mejor". (26)

(26) JEAN CARBONNIER, Droit Civil. Thémis 1979, Vol. II.págs. 87 y 88.

EL MUTUO AUXILIO, ES UNO DE LOS FINES -
PRINCIPALES DEL MATRIMONIO E INCLUYE DESDE LUEGO EL -
DERECHO QUE RECIPROCAMENTE TIENEN AMBOS CONYUGES DE -
SER SUSTENTADOS CON LOS BIENES DEL OTRO, CUANDO UNO -
DE ELLOS NO LOS TUVIESE PROPIOS O NO LOS PUDIESE AD -
QUIRIR CON SU TRABAJO; PERO NO SE LIMITA A ESTO, SÍ -
NO QUE REPRESENTA LA IDEA DE UNA ASISTENCIA MUTUA O -
PERFECTA, DE UN SOCORRO RECIPROCO Y COMPLETO, EN TO -
DAS LAS ESFERAS DE LA VIDA, PUES SI TODOS POR SER -
INDIVIDUOS DE LA GRAN FAMILIA HUMANA NOS DEBEMOS -
UNOS A OTROS COOPERACION PARA EL CUMPLIMIENTO DE -
NUESTROS FINES, CON MAYOR RAZON Y DE UN MODO MUCHO -
MAS INTENSO SE LA DEBEN MARIDO Y MUJER, SIENDO EL -
MATRIMONIO "CONSORTIUM OMNIS VITAE" Y FORMANDO LOS -
CONTRAYENTES UNA SOLA PERSONA, TANTO PARA AYUDARSE -
Y SOSTENERSE EN LOS AZARES DE LA VIDA, COMO PARA -
DISFRUTAR DE LOS LEGITIMOS GOCES QUE ESTA OFRECE, -
TAN IMPORTANTE ES LA MISION DEL MUTUO AUXILIO, QUE -
EN ELLA PUEDEN CONSIDERARSE COMPRENDIDAS LAS OTRAS -
TRES.

Marido y mujer son, pues, cuantitativa y -
específicamente iguales, no siendo posible en el es -
tado actual establecer superioridad de un sexo so -
bre otro. La mujer es tan necesaria como el hombre -
para realizar los fines de la unión conyugal, ya -
que para la procreación son necesarios ambos sexos. -
La formación del corazón del niño es más bien obra -
de la madre que del padre; la instrucción de la hi -
ja nadie como la mujer misma puede darla (a lo cual -
van unidos no despreciables motivos de orden moral), -
y EN CUANTO AL MUTUO AUXILIO, APARTE DE QUE LA MUJER NO DEJA -
DE PRESTARLO MUY GRANDE AL HOMBRE EN EL HOGAR, ABUN -
DAN LOS EJEMPLOS EN QUE LA ESPOSA ES EL SOSTEN DE -
ESTE, PROVEYENDO CON SU TRABAJO A LAS MULTIPLES NE -
CESIDADES DE LA FAMILIA, INCLUSO EN MUCHOS CASOS A -
LAS FACTICIAS DEL MARIDO.

Más siendo verdad todo lo que antecede, -
también lo es que cualitativamente el hombre y la -
mujer son distintos, dándose entre ellos diversidad -
de actitudes y funciones, dentro de la igualdad -

esencial de la condición humana.

"Apenas llegan las mujeres a ser madres, se determina naturalmente entre los cónyuges la división del trabajo". (27)

Según Virchow, la mujer no es mujer, sino por los ovarios, (lo que ya el médico holandés Van-Hellmont enunció con la gráfica frase: *tote muller in utero*. Los autores modernos como Brooks, Rolph, Sabatier, Geddes y Thomson, fundándose en la fijeza del óvulo y en la movilidad del espermatozoo, asignan a la mujer el carácter de sexo pasivo y al hombre el carácter de sexo activo. "El cargo más grande que puede hacerse al feminismo es" -como escribe Castán- "el de imponer a la función maternal duros sacrificios, ya que al igualarse al hombre perdería la mujer su feminidad, y todos los rasgos más salientes de su fisonomía psíquico-física, viniendo a constituir, en frase de Ferrero, una especie de tercer sexo, innecesario o ridículo".

Efectos en relación a los bienes. En opinión de Tedeschi "la definición del concepto de convenciones matrimoniales no es fácil. Más que intentar dar una definición de él, puede ser oportuno examinar qué grupos de convenciones considera como tales el legislador. Entre tanto, es indudable que son convenciones matrimoniales las que no se pueden concebir, sin presupuesto de un matrimonio, como la constitución del patrimonio familiar, la constitución de la dote, la estipulación de la comunidad de los bienes, la determinación de la participación de

(27) VIAZZI, *Psicología dei sessi*, Turín, 1904.

los cónyuges de las cargas del matrimonio, así como los pactos accesorios, como el pacto de alienabilidad de la dote, del nuevo empleo del capital dotal, la reducción de la hipoteca legal a determinados bienes, el reparto desigual de la comunidad, etc. - Aunque esté en vigor el principio de que las convenciones matrimoniales deben en general concluirse antes del matrimonio, tendrían, sin embargo, dichas convenciones siempre la naturaleza de matrimoniales aunque se las concluyese después de él; y hasta se puede decir que la prohibición de concluir las después no tendría en general sentido si por su esencia misma no pudieran contemplar más que un matrimonio futuro. De manera que son convenciones matrimoniales, excepcionalmente admitidas en constancia de matrimonio, la constitución del patrimonio familiar, la constitución o aumento de dote por parte de ex-~~traños~~ o por parte de la esposa y la constitución de la comunidad de bienes". (28)

El primer problema que se presenta es el de si la organización económica del matrimonio debe establecerse por la ley (sistema predeterminado) o por voluntad de los contrayentes (sistema de libertad de contratación).

Aunque ambas opiniones tienen partidarios, compréndese que, dada la importancia social del matrimonio, no puede el legislador dejar de establecer ciertos principios generales que sean base de la organización económica de la familia y que la libertad de los cónyuges ha de tener un límite girando entre ciertos sistemas que se consideren adecua-

(28) GUIDO TEDESCHI, El régimen patrimonial de la Familia, Buenos Aires, 1954, págs. 41, 42.

dos para la finalidad que se persigue. Los que, ante todo, consideran éste como *consortium omnis vitae*, proclaman la comunidad absoluta de bienes entre marido y mujer; aquellos que sólo ven en él una conjunción *mariset foeminae*, defienden la absoluta separación de bienes entre uno y otro, y los que, más en lo cierto, consideran que el matrimonio es uno y otro, no siendo posible la separación de ambos términos, ni prescindir de ninguno, preconizan un sistema mixto o armónico que, sin confundir ni borrar la propiedad de cada uno de los contrayentes, origine, por la influencia de la unión conyugal, un nuevo patrimonio que constituya la propiedad de la entidad colectiva.

Sistema de la comunidad absoluta de bienes: consiste en hacer comunes los bienes de ambos cónyuges aportados al matrimonio y los que después adquirirán por cualquier título, dividiéndose por mitad entre ambos o sus herederos, en caso de separación legal o disolución del matrimonio por divorcio o muerte. Fúndase, como hemos indicado, en la unidad de la sociedad conyugal, olvidando que ésta no es una unidad absorbente que haga desaparecer la individualidad de los cónyuges.

Sistema de la separación absoluta de bienes. en él cada uno de los cónyuges conserva la propiedad exclusiva de los bienes que tenga al contraer matrimonio y de los que adquiriera con posterioridad. Se funda en el respecto a la personalidad individual de cada contrayente. Ofrece la ventaja de alejar el temor de matrimonios celebrados por conveniencia económica y de que no pone en peligro los bienes de uno de los cónyuges por la gestión del otro.

Sistema mixto: es el que hace coexistir la propiedad individual de cada cónyuge con una propiedad colectiva del orden conyugal. Admite diversas combinaciones, que giran sobre la base de que lo que aporte la mujer al matrimonio será exclusivamente suyo y lo que el marido lleve será exclusivamen-

te de él; pero los frutos y el aumento de esos bienes, así como las adquisiciones posteriores al matrimonio, formarán una propiedad colectiva de la sociedad conyugal. Actualmente, y fundándose en que el matrimonio no debe de tener, salvo en algunos casos, efecto retroactivo, ha propuesto Dalmacio Iglesias que, "respecto a los bienes propios de cada cónyuge con anterioridad al matrimonio y que no se hayan comprometido en la celebración de éste, deben de quedar marido y mujer en completa libertad, siempre que no estipulen lo contrario; pero aquéllos que posteriormente se adquieran, así como los afectos al matrimonio (dote y donación *propter nuptias*, deben de formar una masa, propiedad, no del marido ni de la mujer, sino de la sociedad conyugal, y como estos bienes sirven para satisfacer las necesidades de la familia, tanto en la esfera interna como en la externa de la misma, la mujer tendrá la dirección y manejo de dichos bienes en la esfera que le es propia y determinada, y el marido la tendrá en la suya; y cuando se trate de actos que afecten a la vez a ambas esferas (tales como la enajenación o adquisición) será precisamente el común acuerdo, y caso de no existir éste, el recurso al consejo doméstico o al arbitraje o al criterio del tribunal. En todo caso, reconocida a la mujer independencia sobre los bienes propios que no aporta al matrimonio (parafernales) hasta el punto de tener la administración de los mismos, es un contrasentido exigirle, como hacen algunas legislaciones, que cuente con previa licencia del marido para enajenarlos, gravarlos y hasta para defender en juicio sus derechos sobre los mismos, pues tal cosa es concederle, por un lado una personalidad que se le niega por otro, so color de protección". (29)

(29) DALMACIO IGLESIAS, Obra citada.

Hasta aquí nuestro primer acercamiento a los regímenes matrimoniales en relación a los bienes, puesto que de alguna manera los tres mencionados tienen orígenes históricos distintos y es fundamental delimitarlos.

Nos corresponde ahora investigar las tres instituciones que han sido fuentes patrimoniales - del matrimonio para poder después, siguiendo la trayectoria histórica, ubicar bien nuestro tema conociendo sus antecedentes.

Kant en su imperativo categórico ya lo decía: los motivos son los importantes. Nosotros pensamos que mal podría impugnarse una antigua práctica o impulsar una nueva teoría sin conocer pormenorizadamente los motivos que las respaldan.

Así, a través de la donación, que es el género, y sus especies dote y arras, veremos donde ha ubicado nuestra cultura occidental a los bienes dentro del matrimonio, la importancia que les ha dado, a qué propósitos ha querido que sirvan y qué tipo de resultados ha obtenido.

D O N A C I O N

La palabra *donación*, según la etimología corriente, es un compuesto de las latinas *doni datio* y significa: un acto unilateral por virtud del cual una persona se desprende gratuita e irrevocablemente de todos o parte de sus bienes, en provecho de otra.

Voz de origen latino (*dono, otorgo, donum, don*), que expresa la libre voluntad con que uno transmite a otro el derecho sobre alguna cosa. Implica: a) la renuncia de un derecho con todos los requisitos morales que ésta exige; b) que sea en favor exclusivamente de una persona física o moral-determinada; c) que no es de hecho eficaz hasta tanto que tiene lugar la aceptación.

Es un contrato principal, traslativo de dominio, unilateral, generalmente gratuito y formal, por el que una persona cede parte de sus bienes a otra que los acepta.

Donación entre vivos. La que se hace irrevocablemente a favor de una persona, que la acepta, en la cantidad y con las condiciones que exigen las leyes.

Donación esponsálica. Presente o regalo-que, antes de celebrarse el matrimonio, hace uno de los futuros cónyuges al otro.

Donación inoficiosa. La que es superior a la cantidad o porción de bienes de que uno puede disponer a favor de extraños o de sus herederos legítimos, ya entre vivos, ya por causa de muerte.

Donación por causa de muerte. La que se hace para después del fallecimiento del donador y es revocable mientras viva.

Donación propter nuptias. La que hacen los padres a sus hijos varones por consideración al matrimonio que van a contraer, para que puedan llevar sus cargas con mayor comodidad y decoro.

NATURALEZA JURIDICA.- Es una de las instituciones jurídicas más discutidas por los juriscóntos. Algunos autores la consideran como un contrato; otros, como resultado de un pacto o convención; quien ha visto en ella solamente un título de adquirir; quien un modo y quien ambas cosas; y, últimamente, parece inclinarse la opinión a considerarla como un contrato perfecto por la necesidad de la aceptación.

La discusión se empeña principalmente entre los que ven en la donación un modo de adquirir y los que la consideran como un contrato. Los primeros se fijan solo en sus requisitos internos, es decir, en la causa y el efecto; los segundos, por el contrario, en los requisitos externos, en la forma de manifestarse jurídicamente, en la necesidad de su aceptación para que produzca efectos de Derecho. En pro de la primera opinión se alegan las analogías que la donación tiene con las sucesiones *mortis causa* y las diferencias que la separan de los contratos; y así se dice que, en cuanto a la forma, también en la herencia y en el legado es precisa la aceptación; que las causas de revocación de las donaciones guardan mucha semejanza con las causas de indignidad; y que tanto en la sucesión como en la donación encuéntrase trasmisión de dominio; y por lo que a las diferencias con los contratos respecta, se sostiene que la causa de la donación se diferencia de la de ellos mucho más que de la de las sucesiones; que con el contrato se exige capacidad en el aceptante de la oferta, cosa que no pasa en la donación, como no sea ésta condicional, y, por último que tampoco se halla en ella reciprocidad de prestaciones. Los sostenedores de la segunda opinión dicen, en primer término, que la donación produce un vínculo de Derecho en cuya virtud el do-

nante está obligado a desapoderarse de la cosa y entregarla al donatario, y que, como no hay donación sin causa y ésta aquí no puede ser otra que la convención celebrada entre donante y donatario, se infiere que la donación es un contrato. Añádase que las donaciones *inter-vivos* no precisan para perfeccionarse y ser eficaces, que fallezca el donante, - como ocurre en la sucesión; que la donación es irrevocable, al contrario de lo que en la sucesión ocurre, en la que la voluntad es revocable por su naturaleza, abrogando el testamento posterior al anterior y, por último, que se necesita en la donación el concierto de voluntades, lo mismo que en un contrato, puesto que es preciso que el donante proponga y el donatario acepte.

Igual divergencia que entre los tratadistas, se observa entre los Códigos. El Derecho romano, apreciando en la donación no un título, sino un medio de transmitir los hombres sus cosas, la comprendió como veremos, entre los modos de adquirir, - aunque los emperadores Diocleciano y Maximiano la consideraron como contrato en la Ley 7 del Códex. Título *De his quae vi, metusve*, ley a propósito de la cual dice Godofredo; *Huius colligitur donationem esse contractum*. Las Partidas le hicieron lugar entre los contratos, por la razón que alega el proemio del título IV de la Partida V: "*Don es una manera de gracia o de amor que usan los omes entre sí, que es más cumplida é mejor que las que dijimos en el título antes deste*". Los Códigos modernos tratan bajo la misma serie las donaciones y testamentos. Tal ocurre en el Código Civil francés (30) y, ciertamente por iniciativa del primer Cónsul.

(30) Código Civil Francés, Tit. II del Libro II de las donaciones entre vivos y de los testamentos.

Cuando este Código se redactaba, los juriconsultos encargados de ello hallaron difícil de terminar el verdadero carácter de la donación. Napoleón I, que asistía personalmente a las reuniones, con aquella penetración en él habitual, solucionó la cuestión diciendo no ser contrato en su sentir por la falta de prestaciones recíprocas. El Código español copió su plan del francés.

Fundamento racional.- El deseo de manifestar nuestro afecto a una persona de manera útil y ostensible para ella, es el móvil principal de las donaciones los sentimientos de sociabilidad, exteriorizados en los de caridad, cariño o gratitud, son su base. Su fundamento jurídico la facultad que tenemos de transmitir los bienes que nos son propios, con los mismos límites morales y jurídicos que el Derecho de propiedad.

Así, jurídicamente, no serán válidas las donaciones hechas en perjuicio de tercero, y moralmente no son lícitas cuando con ellas se desprende el que las hace de los medios que le son indispensables para atender a sus necesidades y las de su familia, porque el cumplimiento de algunas de ellas reviste el carácter de un deber, y de aquí la justificación de las medidas adoptadas por las leyes positivas para impedir donaciones de tal índole.

DERECHO ROMANO

El Derecho romano reguló minuciosamente la materia como puede verse por el *Códex* y el *Digesto*, dándole las *Instituciones* la sistematización que por largo tiempo conservó.

Concepto. No lo formularon las leyes ni los juriconsultos; pero agrupando los caracteres que le asignan los textos esparcidos en las *Compilaciones*, puede decirse que para el Derecho romano la

donación era: un acto de liberalidad por el cual - una persona se despojaba de todo o parte de su patrimonio en favor de otra persona que se enriquecía con ello.

La distinción que dominó la doctrina fue la de donaciones *inter vivos* y *mortis causa*.

La donación *inter vivos* fue considerada - por Justiniano como un modo. Era causa justa de adquisición, no sólo de la propiedad, sino también de derechos y cosas incorporales. En un principio y durante largo tiempo fue una institución de Derecho civil, por las solemnidades exigidas por éste para ella; pero desde Justiniano figura en el número de los pactos legítimos. También en un principio tuvo carácter real, pues, al menos para la donación de cosas materiales, se exigía la entrega de la cosa; pero después se reconoció eficacia a las promesas de donación, considerando Justiniano a ésta, perfecta e irrevocable una vez aceptada, por lo que adquirió carácter consensual.

Requisitos. En cuanto a la donación en sí misma, que se hiciera sin necesidad jurídica (*nu- llo iure cogente*) y sólo por causa lucrativa para el que la recibía, es decir, que el que la hiciera se propusiera enriquecer al donatario (*ánimus donan- di*) empobreciéndose él.

En cuanto a las personas, el donante pre- cisaba tener capacidad para enajenar, (excepto para la donación *propter nuptias* y ser mayor de veinti- cinco años. El donatario necesitaba tener capaci- dad para adquirir lo donado. Los casados no podían recibir donaciones *inter vivos* de su cónyuge (*don- ationes inter vivos et uxorem*), salvo que se tratase del Emperador y la Emperatriz o la donación no hi- ciera simultáneamente más pobre el donante y más ri- co al donatario.

En cuanto a las cosas, podían donarse tanto las corporales como las incorporales (derechos).

Hasta mediados del siglo VI de la República, se dejó en completa libertad a los donantes en cuanto a la cuantía de las donaciones; pero los abusos, especialmente en las donaciones a funcionarios públicos y oradores, hicieron necesaria su reglamentación.

La Ley Cincia de *donis et muneribus* (plebiscito del tribuno M. Cincius Alimentus hacia el año 204 A.C., cuyo texto no ha llegado a nosotros), establecía se fijase un máximo del cual no podían exceder las donaciones.

Sin embargo, existían excepciones importantes a las disposiciones de la Ley Cincia. No había límite cuando estas medidas mediaban entre parientes libertos para con sus patronos, pupilos, etc. (*personae exceptae*) o tenían un fin legal reconocido (verbigracia: la constitución de la dote). Esta ley cayó en desuso y se hizo innecesaria a causa de las disposiciones posteriores sobre insinuación de las donaciones.

El cuanto a la forma, podía hacerse la donación de tres maneras:

- 1) Dando, si se transfería en el acto, lo cual se realizaba.
- 2) Liberando, si la donación tenía lugar renunciando un derecho que se tuviera contra el donatario.
- 3) *Promittendo*, si el donante solo se comprometía a donar de presente, lo que se verificaba por la *stipulatio*.

Con el tiempo, estas formas fueron desapareciendo. Antonino Pío declaró válidas las donaciou

nes entre ascendientes y descendientes, cualquiera que fuese la manera en que se hiciesen, y Justiniano generalizó esta disposición para toda clase de donaciones, con tal que constase la voluntad del donante y la aceptación del donatario.

Pero, a medida que decaía el formulismo - en las donaciones, se fue introduciendo el uso de - (para darles mayor autenticidad) redactarlas por escrito o inscribirlas en los registros públicos. *Testificatio auctorum insinuatío.*

Constancio Cloro elevó este uso a ley.

Constantino exigió redacción por escrito y entrega de la cosa ante testigos y registro; Teodosio dispensó de la necesidad de la escritura y suprimió la insinuación para la donación *ante nuptias* que no excediese de 200 sólidos; Zenón declaró innecesarios los testigos, y Justiniano, además de la disposición que se deja indicada, suprimió la necesidad de la insinuación en las donaciones siguientes:

- 1) Las hechas por los emperadores a los particulares o por éstos a aquéllos.
- 2) Las otorgadas por los jefes del ejército a los soldados.
- 3) Las que tenían por objeto redimir prisioneros de guerra.
- 4) Las que se usaran para reparar un edificio incendiado o arruinado.
- 5) Las que constituían dote.
- 6) *Las sponsalicia langitates y propter nuptias.*
- 7) Las que consistían en perdonar al deudor los intereses no vencidos todavía.

Cualquiera otras que no excediesen de 500 sólidos. Si excedían y no se insinuaban eran nulas en cuanto al exceso, por lo que el donante podía no cumplirlas; y si ya la había cumplido podía re--clamar el objeto en cuanto excediese, si admitía di--visión; si no la admitía, se hacía con dueño con el donatario y el mayor partícipe podía obligar al --otro a que le cediese su parte por el justo precio, derecho que pasaba al menor partícipe si el mayor -no lo ejecutaba. Para computar el valor de la dona--ción no se tomaban en cuenta los frutos de la cosa, y se rebajaban los cargos; las donaciones hechas a una misma persona en diferentes épocas no se acumu--laban; y la que confería el derecho de cobrar una -pensión anual inferior a 500 sólidos, no precisaba--insinuación, sino en el caso de que sus efectos pa--sasen a los herederos o se fijase el número de pen--siones.

Efectos.- Efecto común para donante y do--natario era el de que la donación, una vez perfecta por la voluntad del primero y la aceptación del se--gundo, era irrevocable; pero este principio general recibió algunas excepciones que obligan a tratar de la revocación de donaciones. Antiguamente todas -las donaciones hechas a los manumitidos por sus pa--trones eran revocables por éstos; pero tal revocabi--lidad se restringió más adelante a sólo los casos -de ingratitude por parte del liberto y de que poste--riormente a la donación le naciesen hijos al patro--no. De estas dos causas de revocación, la primera--se fue extendiendo por la jurisprudencia de tal mo--do que en tiempo de Papiniano se aplicaba en las do--naciones hechas por los padres a sus hijos. Justi--niano, por una Constitución del año 530 (31) la hi--zo general para toda clase de donaciones. Y como -éstas no podían ser válidas en perjuicio de tercero,

(31) JUSTINIANO, Ley 10, tít. 56, Libro 8 del Cód.

he ahí por qué en el último estado del Derecho romano tenía lugar la revocación de las donaciones por las causas siguientes:

- 1) Por tener sucesión el patrono que carecía de ella al donar en favor de su liberto.
- 2) Por ingratitud del donatario para con el donante en toda clase de donaciones.

La restitución debía hacerse de lo donado, con los frutos, desde la interposición de la demanda, o de aquello en que el donatario se hubiese enriquecido, si no conservaba los objetos donados.

Reglas especiales para algunas donaciones. Queda indicado que de las donaciones *causa matrimonio* se tratará en la sección correspondiente a dote y arras. Pero existían ciertas donaciones que, por su naturaleza, producían efectos especiales y eran:

- 1) Donación de todos los bienes en general (*donatio omnium bonorum*). En el antiguo Derecho esta donación era imposible, pues las cosas habían de transmitirse desingándolas individualmente; pero no cuando se pudo donar por medio del convenio. Sólo comprende los bienes presentes (pues los pactos sucesorios están prohibidos deducidas las deudas (*ya que bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*)). Esta donación no se consideraba como caso de sucesión universal y, en su consecuencia, no producía los efectos de ésta.
- 2) Donación remuneratoria. Ofrecía la particularidad de no ser revocable, según se desprende de un texto de Paulo, conservado con alguna alteración en el Digesto (32) y de otro de Pamp

(32) DIGESTO, Ley 34, § 1o, tít, lib. 39

niano que destruye la opinión de Savigny, de que sólo eran irrevocables las donaciones hechas al que había salvado la vida del donante.

- 3) Donación modal (*donatio submodo*). Es aquella en que se impone al donatario la obligación de dar o hacer algo en beneficio del donante o de un tercero. Era preciso que la obligación fuera estimable y de inferior valor a lo donado, pues de lo contrario no habría donación. Consumada la donación por el donante, podía éste exigir que el donatario cumpliera lo referente a aquel; y si la obligación impuesta era la de alimentos y el donatario no la cumplía, podía el donante revocar la donación reivindicando el objeto de manos del donatario o de cualquier poseedor. Si la obligación impuesta era a favor de un tercero, era éste quien podía reclamar su cumplimiento por medio de una acción útil.

Donaciones Mortis-causa. Son aquellas cuyo éxito se subordina a la muerte (como condición, no sólo como causa, pues de lo contrario sería una donación *inter-vivos*) del donante -no de otra persona-, pues si no serían donaciones *inter-vivos* condicionales. Las donaciones *mortis-causa* no eran, pues, perfectas, hasta que el donante moría, siendo en consecuencia esencialmente revocables y quedando sin efecto: 1) Cuando el donante las revocaba (lo que podía hacer libremente y en todo tiempo); 2) Muriendo el donatario antes que el donante; 3) Cuando pasaba el peligro en cuya consideración se donó, en cuyo caso debía devolverse lo entregado con sus frutos y acciones aunque deduciendo las impensas necesarias y las útiles; 4) Por excepción, eran irrevocables las donaciones *mortis-causa*; cuando el donante disponía que no fuesen revocables en caso alguno, con lo que degeneraban en donaciones *inter-vivos*; 5) Cuando morían, al mismo tiempo, el donatario y el donante.

Comparación de las donaciones mortis causa con los legados. Se asemejaban a éstos: 1) En la no perfección hasta la muerte del donante; 2) En que se atiende al momento de ésta para calificar la capacidad del donatario; 3) En que sólo se paga - después de satisfechos los acreedores hereditarios; 4) En la rescisión por fraude de acreedores; 5) En la detracción de la Cuarta falcidia; 6) En la prestación de la caución Muciana; la fructuaria y la juratoria (ésta si el donatario ha de recibir lo que su cónyuge le donó a condición de no contraer nuevo matrimonio); 7) En la posibilidad de gravamen confideicomisos; 8) En el derecho de acrecer entre - los condonatarios; y 9) En que para transigir sobre alimentos donados se precise autorización del - magistrado.

Se diferenciaban por su naturaleza: 1) En cuanto las donaciones exigen el concurso de voluntades de ambas partes y el legado es un acto unilateral; 2) Por el modo de constituirse, en cuanto el legado se constituye por testamento o codicilio, dependiendo de la subsistencia de éstos, mientras que la donación se constituye por un acto diferente que ninguna relación tiene con aquéllos, de lo que se deducen importantes consecuencias.

Si el Derecho romano se ocupó de regular minuciosamente esta materia, no quiere ésto decir - de ninguna manera que la viera con buenos ojos. Al contrario, se reglamentó con esmero aquello que no parecía ir de acuerdo con el temperamento romano y la desconfianza ante tales liberalidades creó las - reglas precisas que recién hemos apuntado.

DERECHO FRANCES

De la donación en Francia hablaremos someramente. No por restarle importancia a esta valiosa fuente de nuestro Derecho, sino por considerar -

que la tradición francesa nos llega a través de la legislación española que tuvo aplicación en la Nueva España aún después de la Independencia hasta la promulgación de los primeros Códigos Civiles.

La donación en la época francesa. No se conserva ningún dato sobre la práctica de las donaciones en los germanos. Parece cierto, de todos modos, que una institución tan evolucionada como la romana, fue desconocida en los usos germánicos.

Si las formas conservadas por el Breviario de Alarico, se mantienen por algún tiempo en la Edad Media, la noción de pacto legítimo cae en el olvido, siendo lo esencial en la conclusión de la donación, la tradición de la cosa donada.

Los actos conservan la fórmula romana de la insinuación, aunque resulta imposible llevarla a cabo por la desaparición de los registros municipales.

La donación tiene el carácter de ser temporal y revocable. Basta para convencerse ver la cantidad de cláusulas que enfatizan que la liberalidad debe aprovechar al donatario y después de él a sus herederos, pero sobre todo la insistencia con que la Iglesia afirma la irrevocabilidad de las numerosas donaciones de que ha sido objeto y que trata de imponer por los medios más diversos.

Antiguo Derecho Francés. En el conflicto entre la tradición romana y la práctica de los bárbaros, la Iglesia, beneficiaria de numerosas donaciones, estimula la vuelta de la irrevocabilidad. El derecho de donaciones se unificó en Francia a través de la ordenanza de Daguesseau en 1731, bastante antes del Código Civil (Napoleón).

Forma.- Desde la Edad Media, las partes-redactan un escrito que la desconfianza tradicional en relación con las donaciones conduce a darle un carácter de contrato solemne. El escrito no se exige sólomente por su valor probatorio sino que es elemento de existencia de la donación. Se trataba, generalmente, de un acto notarial. Esta forma proporcionaba mejor que cualquier otra su carácter definitivo e irrevocable. La intervención del notario fue exigencia formal de la ordenanza de 1731.

El énfasis en el linaje, condiciona las donaciones y las restringe. Así, en la actualidad, la doctrina sigue mostrando desconfianza a estos actos de liberalidad. El legislador ha estado opuesto, por principio, a que los patrimonios se empobrezcan al transmitirse. La donación es un medio por el cual una persona que posee un bien, se empobrece, sin contrapartida.

Las donaciones podrían (dicen los franceses) ser el origen de la transferencia del patrimonio de una familia a otra, si el legislador no hubiera cuidado el buen orden de las cosas.

En efecto, el legislador no ha sido nunca favorable a las donaciones. Las ha rodeado de condiciones de forma extremadamente severas y no ha favorecido más que algunas muy raras. Además, el Estado ha intervenido a través del fisco para hacer muy onerosas las donaciones. Los derechos sobre estas operaciones son particularmente altos.

Siempre fiel a su preferencia por la familia, el legislador ha hecho difíciles aquellas donaciones que hacen salir bienes de la familia, pero ha sido benigno con las que transmiten bienes entre los miembros de la misma.

Este punto de vista no es, desde luego, nuevo. Sigue la más pura tradición romana matizada por la fortaleza de la familia medieval.

DERECHO ESPAÑOL

Dice Tácito que los germanos amaban los presentes, pero ni el que los daba pretendía obtener en cambio cosa alguna, ni el que los recibía creía contraer una obligación.

La donación como contrato surgió entre ellos acaso como derivación o imitación del préstamo que se concertaba sin fijar tiempo determinado, dando lugar a una donación parecida al precario romano. Ya en el Fuero Juzgo hay siete leyes del título II del libro V, que se ocupan de las donaciones en la misma sección que habla de lo que "*dan los omes a los que los ayudan*", es decir, del contrato de servicios.

Entre las fórmulas visigóticas, la quinta se refiere a una escritura de donaciones; el donante condena al que se oponga a la firmeza de su carta, a pagar al donatario (una iglesia) otro tanto y declara que no sabe escribir, pero firma un testigo a ruego, invocando la Ley Aquiliana sobre la fuerza de tales clases de escrituras; la treinta, es el encabezado de una escritura, en la que el donante consigna lo que ha ofrecido para que nunca pueda romperse o anularse la donación. De la época foral no se conservan leyes acerca de las donaciones, pero sí testimonios frecuentes del uso de éstas.

Algunas escrituras, entre las muchas puestas por apéndice a la historia de San Juan de Sahagún, pertenecen a este género.

En la colección de documentos de Nuestra Señora de la Vid, hay varias cartas de donación de fines del siglo XI con la cláusula de que se dan las cosas para que los donatarios las posean perpetuamente, sin que ninguno sea osado en disputárselas, so pena de incurrir en la maldición de Dios, -

de pagar *in coto* al rey 800 áureos y el daño doblado al Monasterio.

Al silencio de los fueros reemplaza con ventaja al Libro de las Leyes, que desenvuelve esta materia en el tít. XII del Libro III, colocándola detrás de las ventas y permutas. Las Partidas la generalizan y complementan, siguiendo las huellas de los Códigos romanos, en el título IV de la Partida V., diciendo que: "*Donación es bien fecho que nasce de nobleza e de bondad de corazón, cuando es fecha sin ninguna premia*", y la incluyeron entre los contratos, puesto que la estudian entre las obligaciones, después del préstamo, comodato y depósito y antes de los contratos de venta y permuta o cambio. Las Leyes del título VII, libro X de la Novísima Recopilación, se ocupan también de la materia.

Código Civil.- Derecho común. Se contiene en el título II del libro III (de los diferentes modos de adquirir la propiedad), artículos 618 a 656 inclusive, del Código Civil.

Concepto.- La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta. (Art. 618).

Si se tiene en cuenta el que, según esta definición, la donación es sólo un acto de liberalidad, y el lugar en que se trata de ella, después de la ocupación y antes de las sucesiones, parece que para el Código la donación es un modo de adquirir; pero si se considera que se exige la aceptación para su validez, se creará que es un contrato.

El Código adopta un criterio ecléctico, lo que se comprueba observando que, según él, las donaciones *mortis-causa* se regirán por las reglas que establece para la sucesión testamentaria y las *inter-vivos* por las disposiciones generales de los contratos.

De las donaciones especiales o por *causa matrimonii* (*propter nuptias, dote, etc*), se ocupa el Código en el título III del libro V., al tratar del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio. Las donaciones por razón del matrimonio se rigen por las reglas generales de las donaciones en lo que no esté especialmente previsto. (Art. 1328)

Acepta también el Código civil la distinción entre donaciones universales y singulares o particulares. El derecho Romano ya hemos visto que permitió las donaciones universales por completo, doctrina que Las Partidas copiaron, pues si bien exigieron la insinuación cuando el valor de lo donado excediese de 500 maravedises de oro (cantidad equivalente a 25,600 reales, según Febrero y la Serena, y a 7,353 reales escasos, según otros), salvo las excepciones que también el Derecho Romano reconoció, la Ley 8a. declaró válida y permitida la donación de todos los bienes (de todo lo suyo). Más previsora la Ley 7a., título XII, libro III del Fuero Real, prohibió tal cosa en su Art. 2º (*otrosí, si alguno ficiere donación de todo lo que hubiere, aunque que no haya fijos no vala*).

De estas dos versiones, los legisladores de Toro consideraron la última la mejor, disponiendo la Ley 69 de Toro (2a., Tít. VII, Libro X de la Novísima Recopilación), que: "Ninguno pueda hacer donación de todos sus bienes aunque la haga solamente de los presentes". La razón de la prohibición la da Palacios Rubios, diciendo que es tan inmensa esta donación que hace presumir el fraude, a lo cual agrega Gómez que en ello está interesado el bien de los súbditos y el del Estado, con lo cual se conforman Gutiérrez y Goyena.

Sin embargo, la opinión general era la contraria (Molina, Sancho Llamas, Gómez, etc.) y conformándose con ella dispuso el artículo 953 del Proyecto y ratificó el 634 del Código Civil, que

"la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante o parte de ellos, con tal que éste se reserve en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias".

Código Civil, art. 635: "La donación no podrá comprender bienes futuros". Los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes; y respecto a los futuros, sólo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones del Código.

Aceptación.- La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario; entre tanto, no obliga al donante ni produce efecto alguno (arts. 623 y 629). El donatario debe, *so pena de nulidad*, aceptar la donación por sí o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso o con poder general y bastante. La aceptación puede hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Causas de revocación de las donaciones.- Son: Superveniencia de hijos. El artículo 644 del Código Civil dispone que: "Toda donación entre vivos hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, queda revocada por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: Que el donante tenga, después de la donación, hijos legítimos o naturales, reconocidos aunque sean póstumos.- Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación"; la revocación tiene lugar *ipso facto*, por el nacimiento de los hijos.

La revocación de la donación por superveniencia de hijos tuvo su origen en la Ley 8a. Título LVI, Libro VIII del Códex aplicada *conjectura*

pietatis a todos los donantes sin excepción, pero esta ley habla sólo a los legítimos y esta es la interpretación que le dio la ley 8a. del título IV de la Partida V., en que se trata la materia (si no teniendo hijos ni esperanza de haberlos, hubiese después de hecha la donación (*hijo o hija de su mujer legítima con que casase después*)).

La donación hecha por razón de matrimonio no es revocable sino en los casos siguientes: 1o.- Si fuere condicional y la condición no se cumpliera; 2o. Si el matrimonio no llegase a celebrarse, pues todas se suponen hechas bajo la condición *si nuptias fuerint secutae*; 3o. Si se casaren sin haber obtenido el consentimiento, conforme a la regla 2a. del artículo 50 o, anulado el matrimonio, hubiere mala fe por parte de uno de los cónyuges conforme al número 3o. del artículo 73.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante y se anotará esta diligencia en ambas escrituras. - Arts. 630 y 633).

Forma.- La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hāce por escrito y consta en la misma forma la aceptación.

Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de los cargos que deberá satisfacer el donatario. (Arts. 632 y párrafo 1o. del 633).

Efectos.- El efecto general es la transmisión del dominio de la cosa donada del donante al donatario.

En materia foral sólo mencionaremos un caso de excepción como es el de Aragón, en el cual la donación de todos los bienes está permitida. En opinión de Molina, Asso y Manuel, que confirma el Fuero 4o. y la observación 19 de *donationibus*, es válida la donación de todos los bienes habidos y por haber, aunque si no lleva esta cláusula, no debe confundir los que se adquirieran con posterioridad a la donación, según opinión de dichos jurisconsultos. Por esto se comprende que las donaciones apenas tienen límite; sin embargo, la donación general de los bienes en favor de un extraño, en daño de los hijos habidos o por haber, es inoficiosa, más válida la que se hace a un hijo, con tal que se señale algo a los demás. La cantidad que debe dejarse a éstos, según Sesse, Asso y de Manuel, es la porción necesaria para alimentos y dotes. Tampoco la donación de todos los bienes presentes y futuros hecha por el varón antes de contraer matrimonio puede perjudicar a la mujer con quien casare ni extenderse a la parte de los bienes que a ésta corresponda. (Observancia 19, de donaciones).

DERECHO MEXICANO

No parece haber discrepancias en la doctrina mexicana en cuanto a la definición de la donación. Se la acepta unánimemente como un contrato principal, traslativo de dominio, unilateral, pero por excepción bilateral, gratuito, generalmente instantáneo y formal y así la define el Código, Art. 2332: "Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes".

"Para que haya donación conforme a nuestro Código Civil, se requiere la existencia de un contrato y que mediante él se lleve a cabo la transmisión gratuita de un derecho real (propiedad, usu-

fructo, uso y habitación, co-propiedad, servidumbre) o de un derecho de crédito, como la cesión gratuita de un crédito (2050). En toda donación se requiere el *enriquecimiento* de un sujeto con el consiguiente *empobrecimiento* de otro". (33)

Aunque el Art. 2338 establece que las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos y no pueden revocarse, sino en los casos declarados por la ley, tenemos los legados que según el Art. 2339- equivalen a las donaciones *mortis causa*, que Ulpiano definía como "*donatio quasedam a defuncto relicta*".

El artículo 2347 establece, siguiendo la más pura tradición romana, francesa y española (salvo el caso de Fuero de Aragón), que es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante si éste no se reserva en propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir según sus circunstancias.

"Sin embargo, cabe a este respecto la observación de que el legado en un testamento y la oferta del donante en el contrato de donación producen sus efectos hasta que el beneficiario acepta la liberalidad, siempre que en el primer caso haya muerto el testador sin revocar el testamento y que en el segundo caso esté vigente todavía la pollicitación de donación".

"Además, la donación puede ser pura "cuando se otorga en términos absolutos" (Art. 2334 y 2335); condicional cuando "depende de algún acontecimiento incierto" (Arts. 2334 y 2335); onerosa, "sub-modo" o con carga, cuando el donatario se obliga a pagar un gravámen o alguna deuda o deudas a favor de tercero o a realizar una determinada prestación (Arts. 2334, 2336, 2354 y 2368); remuneratoria,

(33) RAMON SANCHEZ MEDAL, De los Contratos Civiles, Edit. Porrúa, 1980, pág. 163.

que se hace en atención a servicios prestados por el donatario al donante y que éste no tenga obligación de pagar, como haberle salvado la vida en un naufragio o en un incendio, etc. (Arts. 2336 y 2361-IV); así como antenupcial, que equivale a los llamados "regalos de boda (Arts. 2361-II y 219) y entre consortes (Arts. 2361-III y 232)."

"Según la Ley Federal del Trabajo (arts. 346, 347 y 350-II), en las relaciones del cliente al trabajador y no del patrón para con éste, la propina puede ser considerada como una donación remuneratoria, por no ser obligatorio todavía su pago y porque quien la entrega es un tercero a la relación de trabajo. En cambio, en Francia ha llegado a rehusársele el carácter de donación por estimar que se trata de un suplemento del salario, que está regulado por las costumbres del lugar (Planiol). Sin embargo, la naturaleza jurídica de la propina continúa siendo un tema muy debatido en la doctrina".

"Finalmente, considerada la donación en un sentido amplio, existen también las llamadas "donaciones indirectas", que se hacen incluyéndolas o involucrándolas en otro acto jurídico que le sirve de soporte, sea éste a título gratuito o a título oneroso, como en una compraventa en la que el que realiza la adquisición y paga el precio, hace constar como compradora a otra persona a la que aquél quiere favorecer. En este expediente o artificio no hay propiamente una simulación, sino una donación indirecta. (Planiol, Tratado, T. 5, Núm. 410 y 415). También se reputa como donación indirecta la remisión de la deuda y el hecho de tomar un seguro a favor de un tercero (Mazeaud), así como el pago de una deuda ajena y la renta vitalicia a favor de un tercero". (34)

(34) SANCHEZ MEDAL, Obra Citada, págs. 166 y 167.

Si bien el donante necesita tener capacidad de ejercicio y la facultad de poder disponer de la cosa que va a donar, el donatario puede no tener capacidad ni de ejercicio ni de goce, pues un no nacido puede ser objeto de una donación. (Art. 2357).

Por lo que respecta a la irrevocabilidad de las donaciones, el mismo Sánchez Medal nos da dos argumentos apoyando la extrema formalidad de este Contrato. El primero de antecedentes romanos: "impedir las donaciones impremeditadas, induciendo a quien pretenda hacer una donación a que reflexione que el acto que va a realizar es irreversible". El segundo de claro sabor francés: "defender y proteger de esa manera indirecta los bienes de la familia del propio donante".

Y realmente es la donación un contrato bien exigente en la forma. El Art. 2344 nos dice: "Si el valor de los muebles excede de doscientos pesos, pero no de cinco mil, la donación debe hacerse por escrito. Si excede de cinco mil pesos, la donación se reducirá a escritura pública".

Parece, por tanto, que nuestros legisladores tampoco son partidarios de las donaciones, ya que éstas representan el único caso de contrato traslativo de dominio en que, tratándose de un bien mueble, debe constar la transacción en escritura pública.

Pasemos ahora a la dote que, junto con las arras, constituyen formas de donaciones entre contrayentes no sujetas a revocabilidad, por lo que siguen la regla general de las donaciones. Es preciso tratarlas por separado, ya que la primera es de origen romano y la aporta la mujer al matrimonio para sufragar sus cargas y las segundas son de origen germano y las otorga el marido con el fin de crear un patrimonio para la mujer.

D O T E

DOTE. Del latín dos, dotis, derivado de dare, dar. Caudal que lleva la mujer cuando toma estado.

DOTE ADVENTICIA. La que procede de los bienes propios de la mujer, de los deudos de parte de madre o de un extraño,

DOTE CONFESADA. La que el marido afirma haber recibido sin que existan más pruebas de donación.

DOTE ESTIMADA. La que se estima al hacer una venta, en cuyo caso el marido sólo está obligado a restituir el precio de la venta.

DOTE INESTIMADA. La que no ha sido evaluada y que el marido ha de entregar por completo.

DOTE INOFICIOSA. La más crecida que la que en derecho corresponde a la hija.

DOTE NECESARIA. La que el marido puede reclamar por habersele prometido antes de la celebración del matrimonio.

DOTE PROPECTICIA. La que procede de los bienes heredados del padre, la madre y otros ascendientes.

DOTE VOLUNTARIA. La que los padres ofrecen de buena voluntad.

DERECHO ROMANO

Fue costumbre casi general entre los pueblos antiguos que los varones diesen a las mujeres con quienes contraían matrimonio una cantidad en bienes o dinero, y así sucedió también entre los

germanos, entre los cuales el marido donaba las *arras* a la mujer por razón del matrimonio. (De esto hablaremos después al referirnos a las arras). Más en Roma, si bien se conocieron las *sponsaliciae largitates*, donaciones que recíprocamente se hacían los esposos con motivo del matrimonio, lejos de existir en todos los casos una donación impuesta con carácter legal, del marido a la mujer, sucedía lo contrario, pues era la mujer (por sí o por otros) la que hacía una donación (dote) al marido para sostener las cargas del matrimonio. Esta diferencia entre el sistema romano y el germano fue lo que hizo decir a Tácito que en el segundo *non uxor marito, sed uxori maritus dotem offert*, confundiendo así la dote con las arras, que tenían finalidad diferente. Si algo puede considerarse como dote aportada por el marido, es la donación *propter nuptias*, que constituían a su favor sus padres.

La dote como aportación que la mujer entrega al marido para sostener las cargas matrimoniales tuvo, pues, su origen en el Derecho Romano, fundándose, como veremos, en la necesidad de que las hijas recibiesen anticipadamente la herencia paterna, ya que no tenían derecho a ella desde que entraban en la familia del marido; pero aún después de que esto no tuvo lugar, se mantuvo la institución de la dote, atendiendo a la alteza de su finalidad (levantamiento de las cargas del matrimonio) y a que realzaba la dignidad de la mujer.

La dote no tiene en los textos legales romanos una definición precisa; sin embargo, suele decirse que la constituyen los bienes que la mujer u otra persona da o promete dar al marido para que sostenga las cargas del matrimonio y los devuelva en los casos establecidos por la ley o por el convenio.

La dote empieza con el matrimonio, le acompaña y concluye con él, pero no es de esencia el que los bienes dotales rindan producto, pues pueden

darse en dote cosas no productivas como la nula propiedad de un fundo y prendas de mero ornato. En cuanto al origen de la dote, es opinión corriente entre los romanistas modernos la de que fue peculiar, no sólo del matrimonio *cum manus*, sino también del *sine manus*, y si tuvo su origen en el primero, halló su desenvolvimiento en el segundo. En el matrimonio *cum manus* todos los bienes de la mujer *sui juris*, se hacían del marido anticipaban con nombre de dote; y si la mujer era *alieni juris*, los padres anticipaban en este caso a la hija, la legítima que le correspondía, ya que la mujer que se casaba *in manus*, se separaba de su familia para entrar en la del marido y dejaba de ser agnada de su padre, no pudiendo por tanto heredar a éste.

En el matrimonio *sine manus*, la que se casaba conservaba la plena propiedad sobre lo suyo, y como este matrimonio no rompía los lazos de agnación que la unían con su padre, éste sería el verdadero poseedor de sus bienes. Sin embargo, existían dos poderosas razones para que la mujer entregase dote al marido: 1) que siendo las cargas del matrimonio comunes a los dos cónyuges, era equitativo que contribuyesen los dos a levantarlas, a cuyo fin la mujer transfería al marido, por ser éste el encargado de su aplicación, los bienes que aportaba con tal objeto; 2) en el matrimonio *sine manus*, la mujer no estaba unida al esposo por agnación, en consecuencia si no había transmisión de patrimonio, no la podían heredar sus hijos, sólo sus ascendientes.

En el antiguo Derecho no hacía falta para la constitución de la dote acto jurídico alguno; pero sí en tiempo de Justiniano.

Las personas que podían constituir la dote eran aquéllas que tenían la libre disposición de sus bienes, es decir, que tuviesen el derecho de propiedad y la facultad de enajenar, para lo que se precisaba ser dueño y mayor de edad.

Personas que tienen la obligación de constituir la dote. Están obligadas absolutamente:

- 1) El ascendiente, el tutor o el curador, pues - siendo muy poco decoroso en Roma casarse sin dote, la Ley Julia impuso a los padres la obligación de dar la dote o, en su defecto, al tutor o curador, siempre que la hija estuviese - bajo la potestad paterna, lo que en tiempo de Justiniano se extendió también con respecto a la hija emancipada. Antes de Caracalla esta obligación no era sino de *piedad*; pero después de él es *civil* y, por consiguiente, exigible - en juicio, de tal modo que los pretores y gobernadores de las provincias podían obligar a ello.
- 2) Todo el que hubiese adquirido un compromiso anterior o a quien se hubiera impuesto el deber - en última voluntad.

Tiene obligación relativa:

- 1) La madre, que no está obligada a dotar, de manera que ni aun el padre podía constituir dote con los bienes de su mujer si ésta se oponía.
- 2) La mujer no tenía obligación legal de constituir dote, pero sí moral o de decoro; por esto, - cuando creyéndose obligada constituía dote, no podía repetirla. Consecuencia de este principio era, que si después de divorciados volvía a reunirse con su marido sin haberle reclamado la dote, se presumía que la constituía de nuevo.

Sobre qué cosas podía constituirse la dote: La dote podía constituirse sobre todas las cosas corporales e incorporales, susceptibles de formar el patrimonio del individuo, incluso los derechos de obligación y de crédito, tanto haciendo al-

marido dueño de un débito de la mujer (acreedor de los deudores de ella), como librándole de una deuda o libertándole de un derecho real que pesase sobre él.

La dote era profecticia cuando, dice Ulpiano, es la que procede del padre o ascendientes paternos, de sus bienes o algún hecho suyo, no siendo preciso sino la simple posesión de los bienes para constituirla. En todos los demás casos, la dote era adventicia (verbigracia, la constituida por la madre, por un hermano u otro ascendiente no paterno o por una persona extraña).

Cuando se realiza el matrimonio, los cónyuges tienen el derecho de exigir la entrega de la dote constituida; y transcurridos los dos primeros años después de haber contraído matrimonio sin entregarse la dote, hay obligación de pagar intereses. Los bienes del que promete dotar quedan afectados en hipoteca, por ministerio de la ley, al cumplimiento de la promesa.

El principio general era el de que la dote está donde están las cargas matrimoniales, y así lo dice Paulo.

Por el matrimonio, el marido *sui juris*, o el *pater familiae* si era aquel *alieni juris*, se hacían dueños absolutos de los bienes que aportaba la mujer, pero con ello, cuando los divorcios se hicieron frecuentes y quedaron dependientes de la voluntad del marido, resultaba empobrecida la mujer e impedida para volver a casarse, así como expuesta a prostituirse. Para evitar tales consecuencias, se fueron imponiendo al marido varias restricciones: en primer término, se le obliga a devolver la dote en caso de divorcio, después, la *Ley Julia de Adulteriis*, en su capítulo 12, de *fundo dotali*, restringió los derechos dominicales del marido sobre la dote, prohibiéndose la enajenación directa o indirecta, total o parcial del fundo o predio dotal itálico.

co sin el consentimiento de la mujer.

En los textos más puros del Derecho Romano, como las sentencias de Paulo y las constituciones de Gayo, sólo se dice que se prohíbe la venta y no la hipoteca. Nació el error de que la ley prohibió toda enajenación y por tanto tácitamente toda hipoteca, pues, en realidad, finca hipotecada la práctica dice que es finca perdida.

Augusto y Claudio prohibieron que las mujeres se obligasen por los maridos y S. C. Veyeliã no prohibió se afianzaran por deudas de ellos.

Legislación de Justiniano.- Dos modificaciones importantes hizo el emperador: la. Considerando que la protección a la mujer y a sus derechos era independiente de la posición del suelo en que se encontrasen los bienes, extendió la prohibición de enajenar el fundo al caso de que no fuera *itálico*, sino provincial, tanto más cuando que elevada la posición jurídica de las personas desde Caracalla, se niveló también, por consiguiente, la de ambos suelos.

Existe una tercera supuesta modificación que implica una cuestión muy discutida, la de si en tiempo de Justiniano el marido era propietario de la dote o si sólo usufructuario, correspondiendo el dominio a la mujer.

La mujer, durante el matrimonio, no tiene ningún derecho efectivo sobre la dote; pero lo tiene eventual para reclamarla cuando aquél se disuelva, por lo que las leyes consideran la dote cual si perteneciese a la mujer.

Disuelto el matrimonio tiene lugar la devolución de la dote.

Personas a quienes se devuelve. - Ante todo, se observará lo convenido claramente. En defecto de convenio, hay que distinguir:

- a) Cuando el matrimonio se disolvía por muerte de la mujer, la dote profecticia volvía al ascendiente que la constituía, pero si éste hubiera muerto antes que la mujer, correspondía a los herederos, si bien el marido retenía un sexto por cada hijo que tuviera. La dote adventicia pasaba desde luego a los herederos de la mujer. Si la mujer había cometido adulterio, el marido, como testigo, retenía una parte de la dote. (35)
- b) Cuando el matrimonio se disolvía por muerte del marido o divorcio, la dote, bien fuera profecticia o adventicia, se restituía a la mujer o a sus herederos si ésta era *sui juris* o su padre se hallaba ausente, sufriendo una condena, furioso o cautivo; más si estaba en potestad, a su jefe doméstico, el cual la adquiría para sí y para su hija; de manera que como peculio adventicio, pasaba íntegra a la hija -- cuando el padre moría. Vemos, pues, que en este caso tenía la hija preferencia para heredar y existía la particularidad de que, si contraía nuevas nupcias, se constituía la dote nuevamente.

(35) GUILLERMO MARGADANT, Derecho Romano, Edit. Esfinge, S.A., pág. 216.

DERECHO FRANCES

En el Derecho francés observamos dos tendencias muy marcadas en relación a los regímenes matrimoniales; una representa la tradición germana de comunidad de bienes y se encuentra en las regiones del Derecho consuetudinario; la otra sigue al antiguo Derecho Romano, representa el régimen dotal y se encuentra en las regiones de Derecho escrito.

Sin embargo, las regiones de Derecho escrito, conservaron durante la Edad Media, un régimen matrimonial inspirado en el Derecho romano, pero tan influido por las prácticas comunitarias, que es, en definitiva, bastante cercano al sistema costumbrista.

"Es hasta después del renacimiento del Derecho Romano, en el siglo XII, que la doctrina y, sobre todo la jurisprudencia, se propusieron regresar progresivamente al modelo romano". (36)

El carácter individualista que caracteriza el Derecho romano de fin del Imperio no es el mejor ingrediente para fortalecer la institución matrimonial. El sistema dotal que evita que los esposos se unan en sus intereses pecuniarios, desde luego es un régimen separatista.

La desaparición de la autoridad pública en la Edad Media, impulsa un refuerzo de la solidaridad familiar, pero el acento está en el linaje más que en el menaje. La cohesión del linaje se funda so-

(36) J. HILAIRE, Le régime des biens entre époux dans la région de Montpellier, Thèse Montpellier, 1951, pág. 61.

bre el sentimiento de pertenencia a un mismo grupo, que toma cuerpo especialmente en caso de venganza o guerra privada. Desde el punto de vista de los bienes, este sistema no puede apoyarse más que sobre los inmuebles o heredades, cuya perpetuidad corresponde a su propia duración. Se distinguen dos tipos de bienes: los propios que estaban afectados al linaje y se transmiten de generación en generación por el primogénito, dando lugar a los mayorazgos; y las conquistas que llegan a mano de su propietario por un acto cualquiera entre vivos y sobre los cuales el linaje no ha impuesto todavía su sello.

Es esencialmente medieval esta noción de bienes propios afectados al linaje que se convirtió en característica de las regiones de derecho consuetudinario, ya que el renacimiento del Derecho romano restauró, como hemos dicho, en forma progresiva en las regiones del Derecho escrito, las nociones romanas de patrimonio y, sobre todo, de sucesión.

Bajo la influencia del Derecho romano, el régimen matrimonial de los bienes de las regiones de derecho escrito, fue radicalmente diferente de aquellas de derecho consuetudinario. Como su modelo, pretende no tanto hacer a la mujer partícipe de las conquistas del marido, como salvaguardar su patrimonio personal.

"Las regiones de derecho escrito conservaron lo esencial del régimen dotal romano. Por el contrario, algunas regiones del norte (Artois, Flandre, y Picardie), conocen la comunidad universal; entre las unas y las otras el Derecho común de la Francia costumbrista está representado por la comunidad de bienes y conquistas; en fin, en Normandía, la comunidad de bienes no es sólo ignorada por las costumbres, sino prohibida, y la pieza maestra del Derecho normando es la inalienabilidad dotal romana. Se entiende que la obra de unificación consumada por el Derecho del período intermedio, fue, en esta

materia, delicada de llevar a cabo. (37)

Derecho Francés vigente.- Existe gran número de regímenes matrimoniales que pueden clasificarse en dos grandes grupos: 1) Los regímenes comunitarios y 2) Los regímenes separatistas. Ambas clases pueden combinarse entre sí dando lugar al gran número de tipos recién mencionados.

El Código Civil había previsto todavía otro régimen separatista: el régimen dotal. La ley del 13 de julio de 1965 lo abrogó. Esta ley también abrogó el régimen sin comunidad, régimen separatista en cuanto que no comprendía masa común de bienes, pero sí comunitario en cuanto a la administración, ya que el marido manejaba los bienes de la mujer, lo que correspondía a las reglas de comunidad de bienes de la época.

"Actualmente, los regímenes separatistas y los comunitarios se pueden combinar. Así, la separación de bienes puede incluir una sociedad de conquistas, lo que atenúa el carácter separatista del régimen. Los nuevos artículos 1569 a 1581 (Ley del 13 de julio de 1965) reglamentan el régimen de participación en las conquistas, inspirado en el nuevo régimen legal alemán del 10. de julio de 1958: mientras dura el matrimonio funciona como un régimen de separación de bienes. Cada esposo conserva la administración, goce y disposición de sus bienes personales, sin distinguir entre aquéllos que le pertenecían antes del matrimonio y los que adquirió durante el matrimonio a título gratuito u oneroso (Art. 1569 al 1571); a la disolución del matrimonio, cada

(37) P.C. TIMBAL, Droit romain et ancien droit français, - Dalloz, 1975, pág. 31'

esposo está asociado a las adquisiciones realizadas por el otro y el mismo derecho corresponde a sus herederos (art. 1569 párrafo 2)", (38)

DERECHO ESPAÑOL

En orden a las relaciones patrimoniales del matrimonio, es probable que entre los celtas españoles rigiera el mismo sistema que entre los galos, sistema que no consistía en la comunidad de bienes, como equivocadamente han supuesto algunos autores, sino que se inspiraba en una tendencia a la igualdad entre los cónyuges y a favorecer la situación del superviviente, caso que el matrimonio se disolviera por la muerte de uno de ellos; y así el marido aportaba una dote igual a la que aportaba la esposa y juntas las dos, con sus rentas y productos, se conservaban constituyendo una especie de haber conyugal que pasaba a poder de uno de los esposos muerto el otro, constante matrimonio (lo que los franceses llaman *gain de survie*).

El matrimonio legítimo se tenía en tanta estima entre los cordobeses que, según Séneca (Fragmentos en libro de matrimonio, Edic. de Haase, Vol. III, pág. 434) se privaba al derecho a la herencia a los que se unían sin celebrarlo. De este mismo texto parece deducirse la necesidad de los esposales y la significación del ósculo como la señal de la consumación del matrimonio, así como que si dicho ósculo intervenía sin estar presentes ocho testigos, parientes o vecinos, podría el padre privar a la hija de la tercera parte de la herencia, -

(38) ALEX WEILL, FRANCOIS TERRE, Droit Civil, Précis, Dalloz 1978, pág. 285.

costumbre en la que se quiere encontrar el antecedente de la famosa Ley del Osculo, dada por Constantino en el año 336. Entre los cántabros era el marido el que constituía la dote a favor de la esposa cual parece ser la norma general entre las tribus celtibéricas, y constituir un vestigio de la antigua compra de la mujer, existiendo así una analogía entre la dote celtibérica y la germánica, que sólo puede explicarse por una procedencia común del tronco ario. Finalmente, don Joaquín Costa consideraba como de procedencia ibero-celta muchas instituciones relacionadas con el matrimonio que aparecen en el Derecho medioeval y moderno, como son, además de la citada Ley del Osculo y de la dote a la mujer, el derecho de viudedad y la sombra de comunidad doméstica que se halla en Galicia y Portugal.

Epoca de variedad.- Comprende desde los visigodos hasta el año de 1564 en que fue admitido en España como ley del Reino, el Concilio de Trento. En esta época pueden distinguirse los siguientes períodos: 1) de dualidad de legislación; 2) de unidad; 3) de multiplicidad de fueros hasta las Leyes de Toro y 4) desde las Leyes de Toro hasta 1564.

En el primer período se aplica el sistema de las leyes personales, por virtud del cual el matrimonio aparece regulado por el Derecho romano -- (Breviario de Alarico) entre los españoles y por -- las costumbres visigodas (recopiladas por Eurico).

Se discute si entre los primitivos germanos existió la comunidad de bienes entre los esposos; aunque Lafferriere lo niega, no se ve imposibilidad en ello, dada la tendencia a la propiedad colectiva. Lo que parece fuera de duda es que conocieron el régimen de los gananciales formados por los productos de los bienes y las adquisiciones -- constante matrimonio, viniendo, por lo tanto, la mujer a tener, como dice el señor Sánchez Román, un -- derecho eventual de ganancias para el caso de premo

rencia del marido, pero de carácter personal, puesto que si moría ella antes no lo transmitía a sus herederos; y andando el tiempo se le concedió como garantía de su patrimonio contra el marido dilapidador, el derecho de obtener la separación de bienes. La familia tenía su propiedad: la casa y el terreno contiguo a ella considerábanse como propios de la comunidad familiar, *siendo necesaria la intervención de todos los miembros mayores de edad para llevar a cabo su enajenación.*

En orden a los bienes, el Código visigodo trató de organizar la sociedad conyugal conforme a las costumbres germánicas, estableciéndose la dote del marido en favor de la mujer (leyes 3a. Tít. 1o. y 2a. Tít. 4o. del libro III), la sociedad de gananciales que se distribuyen en proporción de los capitales aportados cuando éstos son notoriamente desiguales y no hay pacto en contrario (ley 16, tít. 2o. libro IV) y la permisión de las donaciones entre cónyuges con tal que se hagan por escrito, concurren dos o tres testigos y no intervenga la fuerza o el fraude (ley 7. Tít. 20, Lib. V).

La Fórmula XX de los Oventenses prueba la existencia de la morgengabe que pasa en silencio la colección visigótica. En el texto romanceado de esta se ha incluido la Ley del Osculo (ley 5a. tít. 1o. Lib. III) que no se halla en el original latino.

El período de la multiplicidad de fueros se inaugura con la reconquista y llega hasta las Leyes del Toro que establecen la unidad de legislación en muchas cuestiones matrimoniales. En este período, al lado del elemento cristiano, representado por las leyes de la Iglesia, los Fueros municipales y las Partidas, representantes también los segundos del elemento germano y las terceras del romano hay que tener en cuenta el elemento hebreo y árabe por haberse planteado en los tiempos modernos la cuestión relativa a la influencia que estos dos últimos han podido tener en la legislación matrimonial

española de la Edad Media.

La influencia musulmana se siente en la doctrina referente a la adopción del sistema de separación de bienes entre cónyuges (que arraigó en Mallorca y que sostuvo en Córdoba por costumbre llamada *holganzana* hasta que fue derogada por la ley 13, título 4o. libro X de la Novísima Recopilación, dada en 1801, que concedió a la esposa cordobesa participación en las ganancias del marido) y en el no señalamiento de un máximo para la cuantía de la dote. (Fuero de Cáceres).

En el Fuero Juzgo (leyes del título LI, libro III) sólo se conoce la llamada dote germánica, ésto es, las arras. Las Partidas fueron las que introdujeron en España la dote propiamente dicha, que regularon conforme a las disposiciones del Derecho romano en las leyes del título XI de la Partida IV. La primera de estas leyes define la dote como: *El algo que da la mujer al marido por razón de casamiento*, añadiendo que *"es como manera de donación hecha con entendimiento de se mantener e ayuntar el matrimonio con ella... e es como propio patrimonio de la mujer"*.

A las Leyes de Partida deben añadirse las Leyes del Toro números 29, 53 y 82, reproducidas en la Novísima Recopilación (leyes 4a. y 5a. tít. 3o. libro 10 y 5a. tít. 28, libro 12, respectivamente). La primera puso limitación a las dotes, determinando que no pueden exceder de la legítima y creando, por tanto, las dotes inoficiosas; y fue modificada por la Pragmática de Madrid de 1584 (ley 6a. tít. y lib. citados en la Nov. Recop.) La segunda determina de qué bienes habían de pagarse las dotes y la tercera dispuso que el marido que por su propia autoridad matase al adúltero y a la adúltera, aún *in fraganti*, no ganase la dote, pero sí cuando los hiciese condenar judicialmente,

Por cuanto a los fueros, al proceder a -

los esponsales, (desposorios), para cuyo valor debían otorgarse instrumentos dotales o escritura ante testigos de la dote que ofrecía el esposo a la esposa, continuando así con la costumbre germánica de dotar el marido a la mujer, la que rigió en todas partes hasta la publicación de las Partidas y aún hasta el siglo XIV en aquellos pueblos donde conservó su autoridad el Fuero Juzgo. En el orden económico ya se ha indicado que continuaba vigente el sistema dotal germánico y también continuó el sistema de gananciales con la única variación de que para calcular y tasar las ganancias no se atendía a la desigualdad de los bienes aportados sino que se repartían siempre por partes iguales (Fueros de Alcalá, Fuentes y Cáceres, Viejo de Castilla, Fuero Real y Espéculo), e igualmente se permitió que el marido y mujer pudiesen hacerse mutuamente, pasando el primer año de su matrimonio, alguna donación y la mujer llevaba también por su parte a la unión, bienes que generalmente consistieron en muebles, alhajas, vestidos, lechos u otros de la misma naturaleza (Ajuar).

En Cataluña (y exceptuando el campo de Tarragona, una parte de Lérida y ciertas especialidades del Valle de Arán y del territorio de Tortosa) se sigue el sistema dotal romano.

En Aragón se discute por los tratadistas si la dote tiene la consideración de voluntaria o de obligatoria respecto a los padres. La opinión corriente es que los padres están obligados a dotar a los hijos siempre que contraigan matrimonio con su consejo y voluntad, bajo las siguientes reglas;

- 1a. El padre no tiene obligación de dotar a los hijos ingratos y desobedientes ni a la hija que posea bienes propios suficientes para constituirse por sí misma.
- 2a. Debe dote el hermano rico a la hermana aunque viva con la madre, siempre que ésta sea pobre,

pero el hermano que dote a su hermana con bienes de su propiedad, puede estipular que muerta ésta sin hijos, la dote pase nuevamente a poder del que la constituyó.

LEYES DE UNIDAD Y VIUDEDAD

Por la primera de éstas podían los cónyuges hacer un tratado perpetuo de comunicación de bienes en favor del superviviente que permaneciese en viudedad, sin que los herederos pudiesen inquietarle en la posesión de los bienes del difunto, hasta que falleciese o pasase a segundas nupcias. (Fueros de Cuenca, Plasencia y Cáceres),

Por la ley de viudedad se adjudicaba a la viuda, a fin de que pudiera mantenerse en su estado, cierta porción de bienes muebles o raíces, si bien para gozar de este beneficio era necesario que permaneciese en viudedad llevando vida casta. (Fueros de Salamanca, Cáceres y Cuenca),

Estos principios de los fueros municipales se conservaron en el Fuero Viejo para los hijosdalgos y en el Real. El primero el título I del libro V a tratar "de las arras" "e del donadio que da el marido a la mujer e fidurias que hacen". Como particularidades curiosas, están la de que el marido que vendía algún heredamiento de su mujer, si con él compraba otro u otras cosas, lo comprado debía pertenecer a la misma mujer (ley 7a.) y la de que el donadio de los hijosdalgos a sus mujeres debía consistir en "una piel de abortones, muy grande y muy larga, con tres cenefas de oro, debiendo ser tan grande, que una vez hecha, pudiera un caballero armado entrar por una manga y salir por la otra, piel que recibía el nombre de *abes*; en una mula ensillada y enfrenada, un vaso de plata y una mora (ley 2a.). La Ley 4a. prueba la existencia de la costumbre del ósculo.

El Fuero Real dedicó a los casamientos el título I, a las arras el título II y a los gananciales el título III del libro III.

Además de copiar del Derecho canónico, copiaron también el romano en todo lo que no era opuesto a éste, dedicándose toda la cuarta Partida a los desposorios de los casamientos. Las Partidas, a favor de esta legislación, puesta en vigor como supletoria por el Ordenamiento de Alcalá, introdujeron nuevamente en España la dote romana, la prohibición de donaciones entre cónyuges y alguna otra disposición no conforme con la legislación foral.

El conflicto entre las legislaciones forales y las leyes de Partida fue intentado resolver por las Leyes de Toro, haciendo prevalecer las primeras. Los principales puntos resueltos fueron los relativos a dote y donación *propter nuptias*, declarándolas exentas de deducción por razón de mejora, sometiénolas a reducción en caso de inoficiosidad y determinando de dónde debía pagarse (leyes 25, 29 y 53); a las arras, cuya limitación a la décima parte de los bienes del donante se declara irrenunciable y cuyo destino, faltando hijos, se regula (leyes 50 y 51); a las donaciones esponsalicias a las que se aplica la ley del ósculo, otorgando a la mujer, si éste había intervenido, la mitad de lo donado (ley 52); a los gananciales, que se distribuyen por mitad de lo donado (ley 52); a los gananciales, que se distribuyen por mitad entre ambos cónyuges (sin que pueda computarse en la parte de la mujer la donación que le hiciera *mortis causa* el marido), pero que la mujer pueda renunciar, en cuyo caso no vendrá obligada por las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio.

Epoca Canónica. - Comprende desde la publicación de la Real Pragmática de Felipe II, declarando ley del Reino lo dispuesto por el Concilio de Trento hasta el 18 de junio de 1870, en que tuvo lugar en España la Publicación de la ley del Matrimo-

nio civil.

Código Civil.- La dote se encuentra reglamentada en el capítulo 3o. del título 3o. del libro IV (artículo 1336 y 1380 inclusive) del Código Civil, a cuyas disposiciones deben añadirse algunas del Código de Comercio.

Constitución de la dote.- Siendo la dote un acto de liberalidad, pueden constituirla cuantos puedan donar, sean o no parientes, pero:

- a) El padre o la madre o el que de ellos viviese están obligados a dotar a sus hijas legítimas, salvo que éstas se casen sin su consentimiento, precisándolo legalmente (art. 1340). La dote obligatoria equivale a la mitad de la legítima rigurosa presunta.
- b) Pueden constituir dote, aunque sin obligación para ellos, los parientes, el marido de la desposada y los extraños; pero la constituida por el marido no puede exceder de la décima parte de sus bienes presentes. (Arts. 1338 y 1339).

En cuanto al tiempo hay que distinguir: -

- a) El marido sólo puede constituirla antes del matrimonio (art. 1338 - 2o.), ya que después de éste existiría una donación entre cónyuges, que está prohibida. (Art. 1334).
- b) Las otras personas pueden constituirla antes o después de contraer matrimonio (Art. 1338 - 1o.), pero la naturaleza de la dote varía de uno a otro caso. La constitución antes o al tiempo de celebrarse el matrimonio, es la dote propiamente dicha.

La constituida después del matrimonio tiene el carácter de una donación común, rigiéndose en absoluto por las disposiciones relativas a estas donaciones y, siendo preciso, por tanto, la aceptación, pudiendo revocarse la donación por la ingratitud o la supervivencia de hijos. (Art. 1339).

Forma de Constitución de la dote:

- 1) Con documento público, a saber: en capitulaciones matrimoniales, en escritura de donación (si consiste en inmuebles) y en testamento.
- 2) En documento privado, pero en este caso sólo - surte efectos entre cónyuges o los contratantes y sus herederos.

Reclamación de la dote.- Celebrado el matrimonio, el marido tiene derecho de exigir al donante la entrega de los bienes dotales y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios y los intereses.

DERECHO MEXICANO

Los códigos mexicanos de 1870 y 1884 siguieron la tradición romanista en materia dotal.

Sin embargo, si bien es cierto que la institución de la dote nos llega a través de las Siete Partidas y del Código Napoleón, no es menos cierto que la influencia autóctona ibera y germana se dejan sentir por igual a través del Derecho foral que nos ofrece la comunidad de bienes.

El Código de 1870 recibe directamente la influencia del proyecto de Código de García Goyena a través del proyecto de Justo Sierra y del Código del Imperio.

La comisión redactora de este Código dice:

"El contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. En los casos mencionados puede tener lugar la constitución de dote, que en ambos

se regirá por lo dispuesto en los capítulos 10, 11, 12 y 13 de este título, cuyos capítulos tratan de la dote, de la administración de ella, de las acciones dotales y de la restitución de la dote. Las innovaciones contenidas en el título 10, libro 3 del Código Civil vigente, cuyo título trata del contrato de matrimonio, son verdaderamente radicales; porque mejorada la condición de la mujer conforme al espíritu de la sociedad moderna, debía naturalmente modificarse la legislación relativa a los derechos y obligaciones de los consortes, tanto respecto de la propiedad, como de la administración de sus bienes; y por lo mismo, le parecía conveniente adoptar algunos principios de los códigos extranjeros estableciendo un sistema que, si bien es cierto, no llena todas las exigencias de la vida doméstica, también lo es, que da a éstos nuevos elementos y puede con las reformas que indique la experiencia producir algún día el inestimable beneficio de cerrar la puerta a las desagradables y perniciosas cuestiones de familia".

Agrega la comisión: "que conforme al capítulo I citado en esta nota, el contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes y que al disponerlo así lo hizo porque de esta manera los esposos quedan en plena libertad para arreglar su situación particular en el matrimonio, sin que en ninguno de estos casos se impida la constitución de la dote".

De acuerdo con el mismo ordenamiento, dote es cualquier cosa o cantidad que la mujer u otro en su nombre, da al marido con objeto expreso de ayudarlo a sostener las cargas del matrimonio. -La dote puede constituirse antes de la celebración del matrimonio o durante él. - La dote puede ser aumentada durante el matrimonio; pero el aumento no tendrá carácter dotal, sino desde la fecha de su registro (Arts. 2251 a 2253, tit. 10, lib. 3, cap. 10, Cod. Civ. 1870).

La comisión dice que son varias las opiniones acerca de la conveniencia de la dote y, por lo mismo, convencida de que los inconvenientes y aun males que se le imputan, nacen casi en su totalidad de los privilegios que las leyes le han concedido, creyó que puesto que está suprimida la hipoteca tácita, la dote no puede ser ya ocasión de perjuicio a los acreedores, los cuales no temerán verse postergados a un crédito oculto y que muchas veces sirve para disfrazar el fraude. Dice además, la citada comisión que siendo un sistema la franqueza y claridad, le pareció que con el registro, no sólo de las hipotecas, sino de los demás actos y contratos, se rasga el velo con que suelen encubrirse y quita de una vez todo pretexto a la mala fe proporcionando todas las garantías que las leyes pueden otorgar; porque desnuda la dote del privilegio secreto que la hacía odiosa, debe ser considerada como elemento para el bienestar de la familia; y como si no está garantizada con hipoteca, no tiene preferencia, queda igualada a cualquier otro crédito y limitada además con otras muchas restricciones que, al mismo tiempo que la hacen inofensiva respecto de los acreedores, aseguran los justos intereses de la mujer.

Dice además la comisión, que varían también las opiniones sobre la conveniencia de que el marido pueda dotar, diciéndose algunas en favor de esa facultad siempre que se ejerza antes del matrimonio, a fin de cerrar la puerta al abuso que la influencia de la mujer pueda ocasionar y que, por lo mismo, se decidió en contra por dos razones: la primera porque la influencia que se teme durante el matrimonio, es acaso mayor antes de su celebración, y la segunda porque pudiendo otorgar el esposo donación ante-nupcial, que debe garantía con hipoteca, no hay necesidad de complicar la sociedad conyugal, bastando la donación para procurar el beneficio de la mujer.

Agrega la misma comisión que, habiendo sido objeto de discusión la época en que debe constituirse la dote, le pareció conveniente prevenir en

los artículos 2252 y 2253, que ella podía constituirse antes de la celebración del matrimonio o durante él y puede ser aumentada durante el matrimonio siempre que el aumento no tenga carácter dotal, sino desde la fecha de su registro; porque lo contrario sería poner un límite innecesario a la libertad del donante y porque no hay ya temor de que la dote venga de improviso a gravar los bienes del marido en perjuicio de los demás acreedores supuesto que la hipoteca que la garantice sólo deberá tener preferencia desde la fecha de registro.

Finalmente, nuestros tratadistas contemporáneos no hacen mención de la dote.

El Código Civil de 1928, actualmente en vigor, sólo la menciona en el Art. 8 transitorio, párrafo 2, que a la letra dice: "La dote ya constituida será regida por las disposiciones de la ley bajo la que se constituyó y por las estipulaciones del contrato relativo."

Esta omisión de la dote resulta tanto más curiosa cuanto que los regímenes matrimoniales de separación de bienes la presuponen.

A R R A S

ARRAS. Del latín arrha, de arrhabo-nis, prenda o señal.

Las arras como donación tienen un sentido preponderantemente histórico, más no por ello ha perdido importancia la institución porque presenta caracteres que la distinguen de las demás donaciones que pueden hacerse por razón de matrimonio.

Concepto, naturaleza y fin de las arras. -

Ya se ha dicho que son una donación que el esposo hace a la esposa por razón de matrimonio, pero no se han de confundir con las donaciones esponsalicias, porque éstas se las hacen recíprocamente ambos novios antes de contraer matrimonio, ni con las donaciones *propter nuptias*, pues éstas se hacen por los padres a sus hijos varones, constituyendo como la dote del marido.

En cuanto a su naturaleza, tienen las arras la de toda donación; pero mientras unos creen que constituyen una donación simple, otros les asignan un carácter remuneratorio, diciendo que son el precio de la virginidad de la mujer, el de la "fermosadoncella". Lo primero es más aceptable. El marido no compró nunca la hermosura de la mujer por las arras ni pagó sus virtudes con ellas; aunque así fuera de hecho, el Derecho no puede admitir semejante cosa ni deducir de ella consecuencias. Por último, son (aunque como se verá pudieron en la práctica constituirse después del matrimonio, por lo que este carácter será sólo aplicable a las anteriores al mismo) una donación condicional, cuyos efectos se subordinan a la condición de *si nuptiae fuerint secutae*.

"Su fin fue el de premiar (no pagar) la integridad virginal; dando así valor y estima al dinero; hacer respetable el casamiento; acarrearle lustre y esplendor y, proporcionar a las casadas subsistencia segura después de la muerte de su marido y posibilidad de cumplir los deberes domésticos". (39)

(39) MARTINEZ MARINA, Ensayo No. 249.

Origen e historia.- Tienen un origen germano, constituyendo la antigua Morgengabe (donación de la mañana) y viniendo a ser como la dote de los godos. Rescesvinto fue el primero que las reguló en varias leyes del título I, libro III, del Fuero Juzgo, leyes que los cuerpos legales posteriores no hicieron más que desenvolver; en ellas se estableció un límite prudente a las arras y se determinaron sus efectos. Los Fueros Municipales conservaron la costumbre goda, pero con dos variaciones: la de substituir la palabra dote a la de arras como puede observarse en los instrumentos públicos y cartas dotaes de la época; y la de variar de su límite la cuota.

El Fuero Real examina esta institución en las leyes 1a. y subsiguientes del título II, libro III, reproduciendo la doctrina del *Forum Judicum*; las Leyes de Toro (50 y 51) confirmaron y completaron la materia constituyendo, en unión de las del Fuero Real, la doctrina vigente con anterioridad al Código civil, amén de alguna disposición particular. Las Partidas no aceptaron esta institución, lo que nada tiene de extraño, dado que no tiene genealogía ni fue regulada en el Derecho de Roma; pero cometieron el error de dar el nombre de arras a las donaciones *propter nuptias* (tít. II de la Partida 4a.), inexactitud que dio origen a multitud de cuestiones por el empeño de los jurisconsultos en hallar analogía entre unas y otras.

Bienes en que podían constituirse. Límites por razón de su cuantía. Podían constituirse sobre los bienes presentes y sobre los futuros del marido, según se desprende de la Ley 2a., libro y título citados, del Fuero Real.

El temor a excesivas prodigalidades por parte de los esposos, hizo que las leyes establecieran una tasa o límite a las arras. La Ley 6a. título y libro citados del Fuero Juzgo, la fijó en la décima parte de los bienes del marido, cuota confir-

mada por la Ley 1a., título II, libro III del Fuero Real, así como por la segunda, según la que, tratándose de bienes futuros, se atenderá al valor de éstos en el tiempo en que las arras prometidas fuesen pedidas por la mujer, y también por la 30a. de Toro (1a., tít. 3o., libro 1o. Novísima Recopilación), - que prohibió la renuncia de aquella, castigando al escribano que autorizase contrato en que esta renuncia se hiciese, con la pena de perdimiento perpetuo de oficio (inhabilitación especial perpetua), si bien es de advertirse que no incurría en ella *ipso facto*, sino mediante declaración del juez.

Perfección y constitución.- Puede darse la regla general de que estando subordinadas a la celebración del matrimonio, se perfeccionan por esta celebración y sólo pueden constituirse antes del mismo.

Hay, sin embargo, algunos jurisconsultos que admiten que pueden constituirse después del matrimonio, fundándose para ello o en una falsa analogía con la donación *propter nuptias* o en un abuso de concepto expresando que es permitido constituir las arras después del matrimonio, porque son remuneratorias, y tales clases de donaciones no están prohibidas a los cónyuges como lo están las simples.

Pero entre las arras y las donaciones *propter nuptiae*, existen marcadas diferencias, no siendo la menor la de que las primeras quedan absolutamente como propiedad de la mujer, disuelto el matrimonio, al paso que las segundas vuelven al marido o a sus herederos; en cuanto al carácter remuneratorio, parece más aceptable la opinión contraria en el sentido de que no pueden constituirse ni aumentarse las arras después del matrimonio porque vendrían a ser una donación simple de marido a mujer, que no es válida con arreglo a Derecho. (Desde luego estamos hablando del Derecho español, pues el Derecho mexicano no las contempla).

Forma.- Las arras se otorgaban en escritura autorizada por escribano, disponiendo que el escribano ante quien se otorgaren las escrituras de arras, tuviera la obligación de dar cuenta de tales contratos a las justicias del lugar donde se celebraren, y que el escribano del Ayuntamiento llevase un libro en donde se tomara razón de dichos contratos, y de la cantidad de arras, debiendo la justicia hacer averiguaciones para ver si excedían de la tasa legal, con objeto de que el exceso se aplicase a la Cámara. (40)

Efectos.- Constituidas las arras bajo la condición de que se celebrase el matrimonio, si éste tenía lugar pasaba definitivamente a la mujer y sus herederos; en caso contrario hay que distinguir: si el matrimonio no llegaba a celebrarse por culpa de la mujer, quedaban las arras sin efecto; si era por culpa del marido, las adquiría la mujer; si era sin culpa de ambos, se tenía en cuenta si había o no mediado *ósculo*, pues en el caso de *ósculo interviniente*, la mitad de las arras eran para la mujer, a tenor de la Ley 52 de Toro de remotos precedentes en el Derecho Español y aún en el romano.

La Ley Hipotecaria primitiva y la reformada desde el 10. de enero de 1871, manteniendo el Derecho antiguo, estableció hipoteca legal a favor de las arras en el caso de que hubiesen sido ofrecidas por el marido como *aumento de dote*. Antes de la Ley Hipotecaria, la mujer tenía en todo caso una hipoteca tácita sobre los bienes del marido para reclamar las arras, pero sólo disfrutaba del derecho de prelación en el caso de que éstas se hubiesen dado como aumento de dote.

(40) La Pragmática de Madrid de Felipe IV, o sea la Ley 7a., tít. III, libro X de la Novísima Recopilación, en su capítulo II.

Pérdida de las arras.- Perdía la mujer las arras en el caso de que hubiese adulterio, abandonase a su marido o huyese voluntariamente de la casa conyugal con miras deshonestas aun cuando no realizase éstas; y también, según parece, las perdía en beneficio de los herederos de su marido, cuando, después de la muerte de éste, hiciera una vida relajada y disoluta (leyes 6a., tit. II y 9a., tit XII del libro II del Fuero Real). El fin de las arras, que era el de alentar la virtud y el cumplimiento de los deberes conyugales, justifica estas disposiciones. Sin embargo, no podemos dejar de advertir que en este sentido parecen donaciones susceptibles de ser revocadas.

El Código civil mexicano vigente, recoge el espíritu de esta disposición en el artículo 228 que a la letra dice: "Las donaciones antenupticiales son revocables y se entienden revocadas por el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario, cuando el donante fuere el otro cónyuge". Este artículo constituye la excepción, ya que la regla es que las donaciones antenupticiales son irrevocables aun en caso de ingratitude.

Llegamos así al final de este primer capítulo. El él hemos pretendido esclarecer y distinguir los conceptos con que habremos de trabajar en adelante.

Por lo pronto, declaramos primero nuestra convicción de que el matrimonio es una institución. No desconocemos que el artículo 130 constitucional lo define como contrato, pero entendemos que se le da esta denominación por querer separarlo, tajantemente, de cualquier semejanza con el acto religioso por medio del cual cada persona tiene derecho a celebrar su unión. Todos los actos que se registraban en las iglesias, pasaron a ser asunto civil, primero a través de la Ley del 23 de junio de 1859, promulgada por Juárez, en que quedaron secularizados todos los-

actos relativos al estado civil de las personas y, definitivamente, en los códigos de 1870 y 1884 que establecieron muy precisamente las formas en que deberían llevarse a cabo los actos civiles de registro de nacimientos y defunciones, así como la celebración del matrimonio.

La razón de que la Constitución lo defina como contrato, no es otra que la de alejar cualquier connotación religiosa de este acto. No debe entenderse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación del mismo, en su celebración, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para este acto.

En segundo lugar también manifestamos que, como creemos haber dejado bien sentado, las donaciones antenuptiales, la dote y las arras han sido formas de iniciar, cada una en su estilo, un patrimonio familiar y una protección a la mujer. Desgraciadamente o afortunadamente, son formas que han caído en desuso y, por lo tanto, las normas que reglamentan la situación de los bienes en el matrimonio, presuponiéndolas, deberán derogarse y crear normas nuevas que se adecúen a nuestra realidad social e histórica actual.

No incluimos en el presente capítulo a las donaciones entre consortes, tema principal de este estudio, pues en nuestra opinión no pertenecen a la misma intención que anima las donaciones antenuptiales, la dote y las arras. Estas tres representan activos del patrimonio de la familia que se va a formar. Representan también las diferentes formas que diferentes pueblos han encontrado de garantizar los medios económicos que el matrimonio a celebrarse necesitará para mejor cumplir sus fines. Son instituciones que tienen por objeto brindar seguridad.

Las donaciones entre consortes, por el contrario, han resultado ser confusas y complicadas ya se prohiban definitivamente, ya se autoricen con la reserva de la revocabilidad.

Tanto que la sociedad contemporánea desonore por regla general sus alcances y efectos, tanto más estupor y desagrado producen cuando unos y otros son finalmente descubiertos.

Hace falta un alto grado de civilidad para entender el alcance de todas estas instituciones y una educación que desgraciadamente no existe, desde el punto de vista general, en nuestros medios sociales. Así pues, hablaremos exclusivamente de las donaciones entre consortes en el siguiente capítulo.

CAPITULO II

DONACIONES ENTRE CONSORTES

Si parece que dedicamos demasiado espacio al Derecho romano, es cierto. Más no diríamos demasiado, sino mucho. Es sin embargo indispensable si queremos llegar a la raíz última de donde arrancan nuestras leyes. Sólo así podremos decidir si los fundamentos que alentaron a los romanos nos resultan válidos; si incorporamos a nuestras modernas legislaciones sus preceptos por admiración a su estructura o si sólo las incluimos y normamos nuestras vidas con ellas, producto de una pereza mental que, en su caso, nos parecería injustificable.

"El Derecho romano es el Derecho elaborado por el pueblo de Roma en las varias épocas de su historia. Tal Derecho hay que estudiarlo en su propio asiento histórico, esto es, en el sentir entero de la vida romana. El Derecho romano está integrado por una serie variada de instituciones y hemos de averiguar qué suerte de fuerzas verdaderas -auténticas- apoyan y dan vida a cada una de ellas. Debajo del ropaje con que se aparecen a nosotros éstas o las otras instituciones, hay un fondo silencioso y hondo en que se asienta su vida original. Tras el diseño jurídico vibra siempre la creencia social de donde todo arranca. Debemos sorprender el espíritu de todo un pueblo ocupado en la labor de crear Derecho. Ello implica la tarea de conocer las fuerzas, los impulsos, las acciones y reacciones de ese mismo espíritu. Sólo cuando seamos capaces de sumergirnos en el ambiente totalitario de Roma, podremos dar razón y explicación a la historia natural del Derecho romano. Es esa historia natural, la que hay que reconstruir, con subsidio de refinados instrumentos técni-

cos, pero también y, sobre todo, con arte de suprema *visión*". (41)

Estas magníficas recomendaciones de Juan Iglesias para acercarnos al estudio del Derecho Romano, son las mismas que debiéramos seguir al estudiar nuestro Derecho. Tanto más que representa una necesidad palpitante, que exige nuestras mejores luces - para ayudar a forjar una nación feliz.

Conozcamos sí, el Derecho Romano, pilar - del nuestro, pero vayamos más allá y apliquemos las reglas de estudio a nuestras realidades espaciales y temporales.

Por ejemplo, acendrados en el espíritu romano, encontramos las siguientes convicciones:

Aquel que se despoja de lo que posee durante su vida, no puede actuar, se pensaba, más que por error o bajo el imperio de la pasión, aunque no haya sido impelido por la presión directa ejercida sobre él por el donatario. Parece, por lo tanto, necesario defender al donador contra él mismo, limitando - las donaciones que no se pueden prohibir.

"Las tendencias restrictivas del Derecho Romano en relación a las donaciones entre vivos, no son sino el reflejo de la mentalidad del pueblo que favorecía el testamento, en el cual se veía la última manifestación de poder del jefe de la familia.

(41) JUAN IGLESIAS, Derecho Romano, Ariel, 1979, págs. 38 y 39.

A los romanos no les gustaban las donaciones, pues su temperamento no los incitaba a despojarse durante su vida y porque a sus ojos no constituían éstas un verdadero contrato. A mayor abundamiento, en un dominio donde el pacto *intuitu personae* es esencial, el hecho de que la donación no aprovecha realmente al donatario más que si es *sui juris*, no anima las liberalidades y menos todavía cuando el estatuto familiar conserva su rigor tradicional. Es sorprendente que el Derecho romano no se ocupó de las donaciones más que para prohibir aquéllas que juzgó excesivas."

"Durante el Derecho antiguo y el Derecho clásico, no se conocen formas especiales para la donación. El Bajo Imperio se caracteriza por la reglamentación que tiende a proteger a la familia contra liberalidades excesivas y a dar un estatuto particular a las donaciones entre esposos." (42)

Las donaciones entre consortes están siempre sujetas a una reglamentación particular, más o menos favorable, según predomine cualquiera de las tendencias opuestas que se manifiestan en su rededor: 1) el cuidado general de respetar la voluntad del donante y el deseo de animar este testimonio de afecto entre los esposos; y 2) la desconfianza de una manifestación de voluntad que no es tal vez enteramente libre, aunada al miedo de ver sacrificados los intereses de los hijos y de la familia del otro.

Resulta realmente inútil establecer una reglamentación especial para las donaciones entre con-

(42) P.C. TIMBAL, Obra citada. pág. 28.

sortes durante el período del Derecho antiguo. Estas eran técnicamente imposibles en el caso del matrimonio *cum manus*, porque la mujer no poseía patrimonio propio y todo lo que recibía pasaba inmediatamente a poder de su marido si éste era *sui juris* o a *su pater*, si era *alieni juris*. La mujer casada *sine manus* podía recibir donaciones del marido, pero ella no podía, a su vez, donar si era *alieni juris* y, en el caso contrario, la intervención obligatoria del tutor la preservaba de toda magnanimidad irreflexiva.

La situación cambia al final de la República con el incremento de matrimonios *sine manus* y la decadencia de la tutela sobre las mujeres.

El aumento en el índice de divorcios crea también el miedo a que un esposo repudie a su consorte una vez a que la ha arruinado por las liberalidades que le pudo arrancar.

La prohibición de donaciones entre esposos aparece desde antiguo en costumbre, sin fundamento legal, justificada por la ausencia presumida de consentimiento serio. Todas están afectadas de nulidad, aún aquéllas disfrazadas, y las liberalidades acordadas al donatario siempre se encontraban bajo el poder del cónyuge.

La nulidad constituyó, sin embargo, una sanción excesiva y por lo tanto se instituyó el uso de hacer válida la donación por testamento.

L'Oratio Antonini, senado-consulta votado en 205 D.J., inspirado por Caracalla, establece que sólo el esposo donante puede anular la donación, evitando así la injerencia de terceros en solicitar la nulidad de la donación después de la muerte del donante. Desde entonces, las donaciones entre consortes son válidas, pero revocables y esta resolución pasará al Derecho moderno.

Nada de lo que pudieramos decir ilustraría mejor nuestro propósito que el texto original:

DIGESTO. LIBRO XXIV, TITULO I, SOBRE LAS DONACIONES
ENTRE CONYUGES

- 1.- Se encuentra recibido en nuestras costumbres que no valgan las donaciones entre cónyuges. Esto se introdujo para que no se espoliaran recíprocamente con donaciones sin medida, movidos por el mutuo amor conyugal, y por la facilidad para hacerse tales donaciones, [ULP. 32 Sab.]
- 2.- Y para que no cese en los cónyuges la dedicación preferente de educar a los hijos. Sexto Cecilio [Africano] agregaba todavía otra causa: que a menudo discutirían los cónyuges si el que de ellos podía ser generoso no lo era en sus regalos, y de esa manera llegarían a mercantilizarse los matrimonios. [Paul 7 Sab.]
- 3.- Esta última razón es la que elige también el discurso [del senado-consulto] de nuestro emperador Augusto Antonino [Caracalla], cuando dice: "Nuestros antepasados prohibieron las donaciones entre cónyuges, estimando que el amor conyugal debe consistir sólo en las voluntades, defendiendo incluso la fama de los mismos cónyuges, para que no parezca que se compran la paz conyugal con dinero ni venga a caer en pobreza el mejor de los dos y se enriquezca el peor". - (1) Hay que preguntarse (ahora) entre quienes están prohibidas las donaciones. Ciertamente si el matrimonio es válido conforme a nuestras costumbres y leyes, la donación no será válida, pero si interviene algún impedimento para que haya matrimonio, la donación será válida; la donación será válida porque no hay matrimonio. (2) Los que están bajo la misma potestad (que uno de

los cónyuges) no pueden hacerse donaciones; por ejemplo, el hermano del marido, que se halla bajo potestad del suegro (de la mujer a quien quiere donar algo). (3) Entendemos por "potestad", no sólo la que hay sobre los hijos, sino también sobre los esclavos, pues es más cierto que tampoco pueden donar los que están sujetos a cualquier clase de potestad del marido. (4) - Conforme a esto, si una madre dona algo a un hijo que está bajo la potestad de su padre, la donación es nula, pues la adquiere su padre, (marido de la donante. ... (9) Los cónyuges y demás personas (mencionadas) no pueden (hacerse donaciones), no sólo directamente, sino tampoco por persona interpuesta. (10) Ha de saberse que la donación entre cónyuges está prohibida con el efecto de que el acto sea inválido de propio derecho; por lo cual si se dona un objeto, la entrega del mismo nada vale, y si se prometió en estipulación o se canceló (la obligación que tenía de darlo) por acetilación, no vale, pues es nulo de propio derecho todo lo que los cónyuges hagan entre sí a causa de donación. (11) Así - si el marido hubiera dado unas monedas a su mujer, resulta que no se hacen de ella, porque es evidente que ningún objeto (que él le done) puede hacerse de ella. (12) Es consecuente con esta opinión lo que (escribe) Juliano (de que si yo, queriendo donarlo a mi mujer hubiera autorizado a quien quería donarme algo para que se lo diera a mi mujer, el acto es nulo, lo mismo que si yo hubiera dado a mi mujer una cosa recibida por mí y que ya se había hecho mía; cuya opinión es cierta. [Ulp. 32 Sáb.]

- 5.- ... (1) Si el marido tiene como dudores solidarios a Ticio y a su mujer, y hubiere cancelado por acetilación la deuda de su mujer, a causa de donación, ninguno de los dos queda liberado, pues la acetilación es nula; así lo escribe Juliano, 17 dig. Claro que si me pones el caso -

de que la aceptación se hubiere hecho a Ticio, él sí que queda liberado, pero la mujer seguirá obligada. (2) Hay que mantener, como principio general, que no vale lo que se haga a causa de donación entre los mismos cónyuges o los de su misma potestad o mediante personas interpuestas por ellos, y que si interviene algún elemento real o personal extraño, y no se puede separar de los cónyuges, tampoco se impide la donación, pero si puede separarse, valdrá lo demás, - pero no la donación. ... (5) Acerca de la venta que se hace por precio menor, dice también - Juliano que es nula; pero (dice) Neracio y Pomponio no desapruueba su opinión, que la venta hecha entre cónyuges a causa de donación es nula - si el marido hizo la venta sin tener intención de vender y sólo aparentó vender con el fin de donar; pero que si, teniendo intención de vender, tan sólo rebajó el precio, la venta es válida pero no la rebaja en la medida en que produce un enriquecimiento de la mujer; así, si vendió en cinco lo que valía quince y ahora vale diez, tan sólo deberá pagar cinco, pues en esto parece haberse enriquecido. (6) Si el marido o su mujer dejan de usar una servidumbre a causa de donación (a favor del otro), creo que la servidumbre se extingue, pero que después del divorcio se puede reclamar por medio de la condición. ... (8) Se admite la donación (entre cónyuges) con el fin de sepultura, pues consta que la mujer puede donar al marido y viceversa, un terreno para sepultura, y si allí le hubieren enterrado, convierte el terreno en religioso. Esto proviene de que suele decirse que sólo se prohíbe aquella donación que empobrece al donante y enriquece al donatario; en efecto, en este caso no parece hacerse más rico el donatario con una cosa que se destinó a un fin religioso, y no puede mover a nadie la razón de que, si no lo hubiese recibido de su cónyuge, lo hubiera tenido que comprar, pues, aunque se hubiese empobrecido si el cónyuge no se lo hubiese -

dado, no se enriqueció por el simple hecho de no haber gastado. [9] Esto mismo induce a pensar que, si el marido hubiese donado a su mujer [un terreno] para sepultura, se entiende que tan sólo se hace de la mujer cuando se entierra el cadáver, y sigue perteneciendo al donante antes de hacerse religioso; por ello, si la mujer vendiera aquel terreno, sigue perteneciendo al donante. [10] Conforme a esto, si el marido hubiere donado a su mujer un monumento sepulcral de gran valor, será válida la donación, pero tan sólo desde el momento en que se convierta en religioso (por el enterramiento). .. [18] En las donaciones prohibidas por el derecho civillo donado se puede revocar por el donante o la donante de modo que, si la cosa subsiste, se reivindique, y si se consumió se pueda reclamar por la condición en la medida en que el donatario se haya enriquecido. [Ulp. 32 Sáb].

7.- ... [2] Si los cónyuges se hubieran donado recíprocamente cinco mil sestercios y él los hubiera conservado pero ella los hubiera consumido, se admitió justamente que se compensaban, y así lo establece una constitución de Adriano, de consagrada memoria. .. [4] Se presentará elegantemente el caso de una mujer que ha comprado unos predios en quince mil sestercios y cuyo marido no ha pagado el precio entero sino tan solo dos (terceras) partes, esto es, diez mil, y ella los otros cinco mil, de lo suyo; si estos predios valen ahora diez mil ¿Cuánto debe conseguir el marido? Y es lo más cierto que debe conseguir dos (terceras) partes de diez, de modo que la merma de valor sea para ambos, marido y mujer. [5] .. No se anula la venta entre cónyuges hecha de buena fe.

9.- .. [2] Se admiten las donaciones entre cónyuges a causa de muerte, [Ulp. 32 Sáb.].

- 10.- ... porque la donación se realiza cuando dejan de ser marido y mujer. (Gai 11 ed. prov).
- 11.- Pero las cosas (así donadas) no se hacen entre tanto del donatario, sino tan sólo cuando sobreviene la muerte (del donante); en el tiempo intermedio siguen siendo del donante. (1) Pero es lo que se dice, de que valen las donaciones entre cónyuges a causa de muerte es verdad en el sentido de que, como dice Juliano, no sólo valga la donación que se hace con la intención de que la cosa se haga del otro cónyuge cuando sobrevenga la muerte, sino toda donación a causa de muerte. ..(10) Si el marido hubiera donado a causa de muerte a su mujer, y ella se hubiere divorciado ¿se anulará la donación? Ha escrito Juliano que la donación queda anulada y no en pendencia. (11) Dice el mismo [Juliano] que, si la donación se hizo a causa del divorcio, es válida, (Ulp. 32 Sáb).
- 12.- Si se hace al tiempo del divorcio, no cuando se hace en previsión de un eventual divorcio futuro, (Paul 7 Sáb.).
- 13.- Pero si sobreviene la muerte, las cosas donadas no parece que se hayan hecho de la mujer, porque la donación se hizo para un evento distinto. ..(2) Cuando uno de los cónyuges hubiese aceptado que el otro edificase en su propio terreno, lo edificado no se le puede reclamar por la condición, porque es más propio pensar que le fue donado. Esta era también la opinión de Neracio, pues dice que lo que se da para construir una casa rústica o para sembrar un campo, algo que no iba a hacer el que lo recibió, constituye un caso de donación, por tanto, quedan prohibidas tales donaciones entre cónyuges. (Ulp. 32 Sáb)
- 14.- Si el marido hubiera donado una cantidad a su mujer con el fin de refaccionar una casa incendiada de ella, vale la donación en la medida en que se necesita para la construcción del edifi-

cio. (Paul 71 ed.)

- 18.- Si un cónyuge hubiese usado los esclavos o vestidos del otro, o hubiese habitado gratuitamente en la casa del otro, vale la donación. (Pomp. 4 var. lect.)
- 21.- Si un marido hubiese pagado peaje por su mujer, ¿acaso podrá reclamarlo el marido como si ella se hubiera enriquecido con ello, o es nula la donación? No creo que se prohíba esta donación, con más motivo si ella salió de viaje a causa de su marido. Papiniano, 4 resp., ha escrito - que lo que se paga por el transporte de la mujer y sus criados no puede repetirlo el marido cuando se pagó por un viaje que se hizo por su propia causa; también se entiende que la mujer ha viajado a causa de su marido cuando va a reunirse con él; y no hay que distinguir si se ha convenido algo, al casarse, acerca del precio de los viajes, pues no dona el que sufraga las cargas necesarias; por lo tanto, incluso cuando la mujer sale de viaje con el consentimiento de su marido a causa de su propia necesidad, si el marido le hubiese dado algo para los gastos (de viaje), no puede revocarse la donación.
- 25.- Si el marido, durante el matrimonio, hubiera donado a su mujer una cosa ajena, debe decirse - que su mujer empieza a usucapir desde el primer momento, pues, aunque la donación no hubiere sido a causa de muerte, no se le impedirá la usucapión, ya que la prohibición que establece el derecho se refiere a las donaciones por las que la mujer aumenta su patrimonio y el marido disminuye el suyo; así, pues, aunque la donación - (no) sea a causa de muerte, debe entenderse que se hace como entre personas extrañas entre sí - cuando la cosa se puede usucapir por ser ajena. (Terent. 5 ad leg. Tul. et Pap.).

- 26.- .. [1] Dice Neracio que se admiten las donaciones entre el suegro y el yerno o la nuera en los mismos casos en que se admiten entre cónyuges; por tanto, el suegro puede donar a su yerno a causa de muerte o de divorcio, y el yerno al suegro, también a causa de muerte o de divorcio. (Paul 7 Sáb.)
- 28.- Si lo donado (entre cónyuges) hubiera perecido o se hubiese consumido, sufre la pérdida el donante, y con razón, pues la cosa que dió sigue siendo suya y la perdió como suya. .. [2] Si los esclavos del marido hubieran prestado unos servicios a la mujer de aquél, o al revés, se admitió que es mejor no tenerlo en cuenta, pues no debe interpretarse el derecho de la donación-prohibida de manera tan estricta, ni como si se tratase de enemigos, sino como relativo a personas unidas por el mayor cariño y que sólo temen el quedar arruinadas.
- 31.- Si el marido hubiera hecho con lana suya un vestido para su mujer, aunque se hubiera hecho para la mujer y a cuidados de ella, el vestido pertenece al marido y no es impedimento para ello el que la mujer hubiera actuado en ese caso como vendedora de lana que llevaba el negocio de su marido. [1] Si la mujer hizo con lana suya y los servicios de esclavas de su marido unos vestidos femeninos para ella, no sólo le pertenecen tales vestidos, sino que nada debe entregar a su marido por los servicios de las esclavas; más los vestidos masculinos hechos para el marido son suyos, aunque debe pagar a su mujer el precio de la lana, y si la mujer hizo para ella unos vestidos no masculinos y los donó a su marido, no vale la donación, siendo así que sí vale la de los que hizo para su marido; y nunca se deben estimar los servicios de las esclavas de su marido. .. [7] Si yo te he rogado que dejes a mi mujer lo que quieres legarme o dejarme en concepto de herencia, puedes

dejárselo y no parece que haya donación (mía), - pues en nada resulta disminuido mi patrimonio, - que es lo que principalmente nuestros antepasados querían evitar al donante, como dice Próculo; que no quedara uno de los cónyuges espoliado por el amor hacia el otro, no como si se tratase de malas personas que no quieren que el otro se enriquezca. [8] Si el marido hubiese hecho a su mujer un regalo exagerado, el día de las calendas de marzo o en el de su cumpleaños, hay donación; pero si fue (para pagar) los gastos que la mujer había hecho en su atuendo, no hay donación. [9] No parece haberse enriquecido la mujer que gastó la cantidad donada (por su marido) en viandas o perfumes, o en alimentos de sus esclavos. [10] Las vituallas que el marido hubiese entregado para los esclavos o caballeras de su mujer que usaban conjuntamente, no pueden reclamarse por la condición, pero -- creo que debe observarse lo contrario si alimentó a la servidumbre doméstica de su mujer o a los esclavos que ella tenía para vender. (Pomp. 14 Sáb).

- 32.- Siendo este que acabamos de referir el régimen de las donaciones entre cónyuges, nuestro emperador Augusto Antonio (Caracalla) antes de fallecer su padre (Septimio) Severo, de consagrada memoria, en su discurso leído en el Senado, - propuso un senado-consulta, siendo Cónsules - Fulvio Emiliano y Numio Albino (el año 206) para mitigar el rigor del derecho (en esta materia). [1] La propuesta de nuestro emperador al senado acerca de la confirmación de las donaciones, no sólo se refiere a las que hace el marido a su mujer, sino a todas las donaciones entre cónyuges, con el fin de que (al morir el donante) las cosas donadas se hagan del donatario por el propio derecho y la obligación de cumplir tales donaciones sea de derecho civil y se aplique en su caso (la reducción de) la (ley) - Falcidia, la cual creo yo que ha de tener lugar

como si la donación se hubiese confirmado en el testamento. [2] Dice así esa propuesta al senado: "Es lícito que el donante se arrepienta [de haber donado], pero es duro y mezquino que su heredero lo arrebatase, quizá contra la última voluntad del donante". [10] Si los cónyuges llegaron a divorciarse después de la donación o hubiera muerto antes el donatario, se observa el derecho antiguo, es decir, que si el marido quiere mantener la donación hecha a la mujer, vale la donación, y si no, se extingue, pues muchos se divorcian de buen acuerdo, pero muchos también con odio en el alma y resentimiento. .. [13] Si los cónyuges hubieran vivido separados mucho tiempo, pero se mantenían el recíproco respeto matrimonial, lo que sabemos ha ocurrido a veces, incluso entre personas de rango consular, creo que las donaciones no son válidas, como si el matrimonio no se hubiese interrumpido, pues no es la unión de hecho lo que hace el matrimonio, sino la afectión matrimonial; pero si muriera antes el donante, entonces sí valdrá la donación.

- 35.- Si el divorcio no se hizo con los requisitos legales, las donaciones que se hagan después de tal divorcio, son nulas, pues no parece que se haya disuelto el matrimonio. (Ulp. 34 ed.)
- 40.- Lo que la mujer da a su marido con el fin que consiga cierto rango, es válido en la medida en que es necesario para alcanzar tal rango. (Ulp. 2 resp.)
- 41.- Pues el emperador Antonino (Pío) decidió que la mujer puede hacer donaciones a su marido para la promoción de su carrera. (Lic. Ruf. 6 reg.)
- 42.- Hace poco se ha admitido otra causa de donación gracias a la indulgencia del príncipe Antonino (Pío), que llamamos causa honorífica; por ejemplo, cuando una mujer dona algo a su marido pa

na que pueda aspirar al rango senatorial, para hacerse del orden equestre o para poder dar las fiestas (que deben dar los que obtienen ciertos cargos públicos). (Gai. 11 ed. prov.)

- 43.- Puede hacerse una donación entre cónyuges cuando es a causa del destierro. (Paul. neg.)
- 46.- Entre cónyuges no cabe la donación ni de tan sólo posesión. (Ulp. 72 ed.)
- 48.- Lo que el marido donó a la que ya era su mujer sigue perteneciendo al marido y puede éste reivindicarlo; y no hace al caso que la mujer le haya dejado generosos legados. (Cels. 9 dig.)
- 51.- Dice Quinto Mucio (Escévola) que cuando se discute de donde procede la adquisición hecha por una mujer, es más ajustado a la verdad y a la buena fama estimar que adquirió de su marido o del que estaba bajo su potestad, todo aquello cuya distinta procedencia no puede probarse. Parece ser que Quinto Mucio aprobó esto para evitar (averiguaciones sobre) ganancias inconfesables de la mujer. (Pomp. 5 ad Q. Muc.)
- 57.- Una mujer que había recibido una cantidad de su marido a causa de donación, le envió una carta en que le decía "querido señor mío: como tu indulgencia ha accedido a mi petición de veinte mil sestercios para ciertos gastos míos, y esta suma me fue entregada con la condición de que, si acaso impidiera yo o mis malas costumbres que nuestro matrimonio permanezca hasta el fin de nuestra vida, o me marchara yo de tu casa contra tu voluntad o te notificara mi repudio sin tener queja de ti y se pruebe que el divorcio se hizo por mi causa, te dé y restituya sin dilación alguna los veinte mil sestercios que has querido darme a causa de donación en el día de hoy, prometo (hacerlo así)." Pregunto si, en

el supuesto de que la mujer hubiera notificado el repudio a su marido Ticio, debe ella restituir la cantidad. Respondió Paulo que puede pedirse en virtud de la estipulación del caso, si se cumple la condición, la cantidad que el marido donó a su mujer, porque se convirtió de donación en crédito, y si no se probara que se había incurrido en la estipulación, entonces tan sólo se podría pedir el enriquecimiento que se prueba haber obtenido de la donación que se le hizo. [Paul 7 resp.]

- 59.- Si uno donó algo a su mujer con la condición de que reciba en dote lo que le donó, se convalida la donación por la muerte del donante. [Paul 2-sent.]
- 60.- .. (1) Se admiten las donaciones entre cónyuges a causa de divorcio, pues ocurre muchas veces que por un cargo sacerdotal o por esterilidad [de la mujer]. Hermog. 2 iur. epit.]
- 61.- Por vejez, enfermedad o milicia, no resulta fácil perseverar en el matrimonio. [Gai. 11 ed. - prov.]
- 62.- Y por eso se disuelve el matrimonio de común acuerdo.
- 64.- Un marido había dado algo a su mujer, que se había divorciado de él, con el fin de que volviera a casa y ella volvió, pero luego se divorció [de él] otra vez. Trebacio, en el caso de Terencia y Mecenas, respondió que si el (primer) divorcio fue de verdad, la donación es válida, pero si fue un simulacro de divorcio, pero es (más) cierto lo que piensan Próculo y Cecilio [Africano] de que el divorcio es de verdad y vale la donación hecha a causa del mismo cuando hubo nuevas nupcias o ella permaneció sin casarse tanto tiempo que no hubiera duda de que el nuevo era distinto del primer matrimonio; si no,

*también la donación habría de ser nula. (Iav.-
6 post. Lab.)*

65.- *Lo que un hombre donó a la que todavía no tenía edad para ser su mujer creo que debe tenerse por válida". (Iav. 6 post. Lab.)*

Cierto es que los romanos no gustaban de las donaciones en general, pero el rigor con que se reglamentaron las donaciones entre cónyuges, tiene un tinte personalísimo que no está por demás precisar. Parece ser que Cayo Cilnio (Mecenas), confidente del Emperador Augusto y protector de los poetas Virgilio y Horacio, tuvo una mujer, Terencia, que llevó una conducta por demás desordenada. A tanto se atrevió, que se contaron entre sus amantes al mismo Emperador. Veinte veces repudió Mecenas a su mujer y volvió a reconciliarse con la misma, lo que hizo decir de él que no sabía guardar a Terencia ni prescindir de ella.(43)

Finalmente, el Emperador, tal vez impulsado por sentimientos de culpa en relación a aquél que siempre le sirvió y aconsejó con devoción, prohibió terminantemente las donaciones entre consortes, sin duda para evitar el empobrecimiento de su amigo y evitarle el mal papel que representaba en sociedad.

No pretendemos decir con ésto que la legislación romana obedeciere siempre a hechos tan caprichosos, pero desde luego tampoco podemos negar el papel que la pasión de un solo hombre puede jugar en el ordenamiento de la vida de un pueblo.

(43) GIRARD, Horace et Mécène, Revue Politique et Littéraire, - 1893.

LOS GERMANOS

El matrimonio era considerado por los germanos como un vínculo sagrado, fundamento natural y moral de toda la organización jurídica y política, merced a cuyo concepto las doctrinas matrimoniales del cristianismo arraigaron fácilmente entre ellos y, por medio de ellos, se extendieron por toda Europa.

El matrimonio era entre ellos monógamo, sólo por excepción los príncipes y magnates tenían más de una mujer y esto, como dice Tácito, no por lasciva, sino por honor.

No se precisaba el consentimiento de la mujer, pero sí el del padre o en su defecto, de sus más próximos parientes. Existían dos formas de matrimonio: la *coemptio* y el rapto. Sostienen algunos autores que en la primera el padre vendía al futuro esposo su poder (*munt*, *mundium*) cuya señal era la *framea*, especie de azagaya o machete estrecho, arma nacional del germano, sobre la hija, pero esta idea no se aviene con el concepto que los germanos le daban al poder paterno y marital que lo consideraban como poder de protección.

Parece, por tanto, más racional la opinión según la cual se trata de una compra-venta imaginaria, verdadero símbolo del paso de la mujer de la familia del padre a la del marido.

En cuanto al matrimonio por rapto, si tenía lugar entre individuos de la misma sociedad política, no producía todos sus efectos a no ser que la familia de la mujer reconociese la legitimidad del vínculo.

En orden a las relaciones económicas, tendíase a constituir un patrimonio a favor de la mujer, a la que acabó por entregarse el precio (*meta*) de la simbólica venta del *mundium* que el marido pagaba y

consistía en bueyes, un caballo domado, un escudo, --
framea y espada, lo que constituía la dote de la mu-
jer y representaba el vínculo contraído. Esta es la
verdadera *dote germana* (donación del marido) a la que
se refiere Tácito cuando dice: *dotem non usor marito-
sed uxori maritus offert.*

Además, el marido hacía a la esposa, des-
pués de la primera noche, una donación llamada *morgengabe* (donación de la mañana) propiamente donación en-
tre cónyuges, pues se producía después de consumado --
el matrimonio, que no era precio, como algunos han --
creído, sino premio o recompensa de la virginidad, y
antes de las nupcias solía también hacer otra consis-
tente, por lo general, en campos o siervos (*meflo*). --
Los autores también hablan del *donarium*, creyendo La-
boulaye que es una transformación del antiguo precio-
de la compra; Nita y Laferriere, que lo es de la *mor-
gengabe*, y Gionulbiac, que es una fusión de estas dos
instituciones, siendo lo más probable que viniera a --
ser una misma cosa con el *meflo*. (44) Con el tiempo-
se limitó la cuantía de estas donaciones, el *mundio* --
llegaba algunas veces hasta 20 sueldos, pero Luitpran-
do lo redujo a tres como redujo también el *meflo* a --
400 dineros para los jueces y otros magnates, 300 pa-
ra los nobles y para los demás, la cantidad menor que
quisiesen. El mismo legislador, para evitar el que --
algunos maridos donasen todos sus bienes, prohibió --
que se diera como *morgengabe* más de la cuarta parte --
de la hacienda y que se hicieran otros regalos además
de los antedichos. Entre los francos, la dote (dona-
ción del marido) no tenía límite, pero entre los go--
dos no podía exceder de la décima parte y entre los --
sículos, del tercio de los bienes.

(44) GIONULBIAC, Histoire du Régime Dotal, págs. 207, 213, 235
237.

PARDESSUS, Loi Salique, nota 2 de la pág. 673 y 684.

La situación de la mujer con respecto a estas donaciones variaba según las tribus; y así, mientras las leyes de los longobardos, escandinavos y anglonormandos autorizaban al marido, no sólo para administrarlos, sino para enajenarlos aún con la oposición de la mujer, las españolas, francesas e italianas sólo le otorgaban la administración y el empleo de los productos, reservando a la mujer la enajenación, si bien precisaba para ella licencia del marido y la garantía de que interviniera alguno de los parientes de la misma mujer para evitar toda coacción o fraude por parte del esposo o del comprador. Muerto el marido, adquiría la mujer el pleno dominio de la dote, salvo el caso de que se hubiera constituido en provecho, no sólo de ella, sino también de los hijos, pues entonces sólo adquiría el usufructo.

ANTIGUO DERECHO FRANCES

Encontramos las mismas tendencias contradictorias en relación a este tema que dentro de la organización de los regímenes matrimoniales de que hablamos al final de nuestra exposición sobre la dote.

Por un lado, las donaciones inspiradas por el afecto mutuo parecían tanto más dignas de ser estimuladas, cuando que la indisolubilidad del matrimonio brindaba garantías que el Derecho romano ignoraba.

Por otro, el miedo al abuso de autoridad o simplemente de ceguera pasional incita a limitarlas para proteger a la familia de los excesos individuales.

El Derecho escrito retoma las reglas romanas a partir del siglo XII, admite las donaciones entre consortes y las proclama revocables. Es necesario precisar, sin embargo, que es difícil en la Edad Media revocar una donación registrada y que en los últimos siglos la práctica del don mutuo, venido de los

países costumbristas, hace fracasar el principio de revocabilidad.

La comunidad que practica el derecho consuetudinario no parece poderse acomodar a tales liberalidades. Además del miedo general de ver despojado por causa del matrimonio a un linaje, en beneficio de otro, repugna la concepción misma del régimen matrimonial.

Como el marido detenta todos los bienes, un esposo puede gratificar a su cónyuge con legados o donaciones mortis-causa, pero la donación ordinaria entre esposos era tan difícil de concebir en la Edad-Media como lo era en el matrimonio *cum manu* del antiguo Derecho romano, lo que explica el silencio de los costumbristas.

Si algunas costumbres adoptan después el sistema del Derecho romano reciente o admiten la donación irrevocable entre esposos, el derecho consuetudinario se fijó, en general, en el sentido de prohibición de donaciones entre consortes. Es para prevenir las que reglamenta la nulidad de contratos entre consortes y que organizará más tarde, el sistema de recompensas.

DERECHO ESPAÑOL

Transcribimos aquí los artículos 1259, 1260 y 1262 del Código civil y concordancias de don Florencio García Goyena, antecedente inmediato de nuestros Códigos de 1870 y 1884:

Artículo 1259.- Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio, será nula. No se comprenden en esta regla los regalos módicos que los cónyuges acostumbran hacerse en ocasiones de regocijo para la familia.

El artículo 1096 Francés sólo dice: "Serán siem

pre revocables, aunque se calificquen de donaciones entre vivos; la mujer podrá revocarlas sin la autorización de su marido ni del juez; no se revocarán por sobrevenir hijos"; 1051 Napolitano, 1742 de la Luisiana; el 1186 Sardo dispone lo que el primer párrafo del nuestro, exceptuando los actos de última voluntad; en el nuestro no se ha expresado esta excepción por no estimarse necesario.

Por Derecho Romano estaban prohibidas las donaciones entre marido y mujer; pero valían muriendo el donador sin haberlas revocado, ley 32, párrafos 2 y 16, título 1, libro 24 del Digesto, aunque en la ley 3, párrafo 10 se diga que son nulas ipso jure: viene, pues, a haber identidad sobre este punto entre aquel Derecho y el artículo 1096 francés; había además otras excepciones que debilitaban no poco la prohibición y puede verse en las leyes del libro y título mencionados.

La ley 4, título 11, Partida 4 y las que la preceden, copiaron la prohibición con todas las excepciones de las leyes romanas.

Sin embargo, algunos autores nuestros muy respetables sostienen que el marido puede constituir arras a su mujer durante el matrimonio; su opinión pugna con este artículo y con el 1266: la prohibición sería eludida.

Es muy curiosa y notable en este particular la ley 6, título 1, libro 3 del Fuero Juzgo, con la 7, título 2, libro 5, pues sólo prohibió estas donaciones dentro del primer año del matrimonio, por ser más temibles entonces los extravíos del cariño; la 9, título 6, libro 3 del Fuero Real, requería también el transcurso del primer año para que marido y mujer pudieran hacer testamento de hermandad; el artículo 482 Prusiano permite a marido y mujer este testamento.

Era también curiosa a la vez que moral y delicada, la ley 51, título I, libro 24 del Digesto, - cum in controversiam venit unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quo non demonstratur, unde habeat, existimari a viro: ad eam pervenisse, evitandi turpis quaestus gratia - circa usorem; invenit, [45] o lo queó a su marido, aut stupro invenit, según la maligna expresión de Plauto, in Casina aucto 2, scena 2.

Los motivos de la prohibición expresados en las leyes 3 y 32 Romanas y copiadas en la ley 4 de Partida, son estos ne concordia pretio conciliare videretur, ne melior in paupertatem incidere, deterior, vitior fieret; estos mismos motivos hacen hoy y harán siempre necesaria la prohibición fuera de que no puede haber obligación contractual entre la mujer y el marido según lo dispuesto en la sección 1, capítulo 3, título 3 libro I.

Sin embargo, en Aragón podía el marido vender o donar a su mujer los bienes raíces y dotarla en todos. La mujer podía también vender y donar los bienes a su marido; para transferirle la dote y el axobar o aumento de ella, era necesaria la intervención de los dos parientes más próximos.

No se comprenden los regalos módicos, etc. Conforme con la ley 31, párrafo 8, título 1, libro 21 del Digesto. Si vir uxoris sude munus in modicum Martius, aut natali die dedisset; donatio est. La 28, párrafo 2, del mismo título dice - con mucha discreción: non amare nec tanquam inter infestos jus prohibita donationes tractandum est; sed ut inter coauctos maximo affecti, et solamminopiam tumentes; habia grosería y has

(45) Caución muciana, ver pág. 97 (51)

ta barbarie en prohibir a los esposos estas inocentes finezas y muestras de cariño. Excuso decir que los regalos pasan en este caso a ser propiedad del que los reciba.

Artículo 1260.- Lo dispuesto en el artículo 1254 es aplicable a las donaciones de un esposo a otro. (Art. 1254 .- Estas donaciones subsistirán aún en el caso de que el donador sobreviva al donatario, siempre que este dejare descendientes del matrimonio en cuya consideración hubieren sido otorgadas; pero si no los hubiere dejado podrá el donador revocarlas, aunque sea por testamento. Lo dispuesto en este artículo se entiende para el caso de que no se hubiere estipulado lo contrario.

Es la segunda parte del 1082 Francés, y de los demás equivalentes al mismo, citados en el artículo anterior.

El matrimonio se contrae sobolis procreandae causa: presúmese, pues, y no puede menos de presumirse, que el donador ha querido ser también liberal con los hijos o descendientes del donatario, muriendo éste antes que el donador, y de consiguiente, sin haber entrado en la propiedad y goce de los bienes.

Si los descendientes del donatario mueren también viviendo el donador, podrá éste usar igualmente de la facultad de revocar la donación que se le da en el artículo, porque no tienen mejor derecho ni deben ser de mejor condición que el mismo donatario, y ubi eadem est ratio, ibi et eadem esse debet legisdispositio. Así lo hallamos establecido en la legislación foral tan atendible en esta materia: ley 9, título 7, libro 3, Recopilación Navarra.

Pero obsérvese que nuestro artículo sólo habla de la donación expresada en el anterior, y la legislación foral habla de todas las matrimoniales;

algo parecido a esto hay en las leyes 6, título 2, libro 4, 4 y 15, título 2 libro 5 del Fuero Juzgo, y 10, título 6; libro 3 del Fuero Real, - así como en el artículo 747 francés.

Más no se infiere de este artículo que el donatario que sobrevive al donar, no pueda disponer libremente de los bienes donados, y los haya de reservar para sus hijos, pues ni aun puestos expresamente en condición, se entendieron antes puestos en disposición; y ahora obsta además la -- prohibición del artículo 635.

Podrá revocarlas, etc. Según el artículo francés y demás, antes citados, la donación se desvanece en este caso, y el donador queda tan dueño de sus bienes como antes de donarlos.

Nuestro artículo adopta un temperamento o término medio que en nada perjudica al donador: *dicat, el écrit lex*; a su voluntad será la ley con tal que la exprese; no expresándola, se presume que quiere hacer extensivos los efectos de la donación a los herederos del que, bajo la fe de ella, contrajo obligaciones y sobrellevó cargas.

Téngase también presente, que no siendo posible el inventario en estas donaciones, tampoco puede tener lugar respecto de ellas el artículo 1252.

"Si el donatario no ha tenido hijos del matrimonio para el que fue hecha la donación, pero sí de otro posterior, ¿subsistirá la donación y regirá la disposición de este artículo?"

Cancer y Fontanella, citados por Vive, tomo 2, - pág. 294, opinan que sí hablando de todas las donaciones matrimoniales; y yo no veo razón para que no haya de decirse lo mismo en las del presente artículo; vive el donatario que fue la persona agraciada, existen hijos de esta persona -

agraciada, están cumplidos los deseos y satisfecha la intención del donador".

El artículo 1092 francés, habla de donaciones de bienes presentes entre esposos y aunque el donatario muera sin hijos sobreviviendo el donador, no vuelven a éste a menos de haberse estipulado.

El 1093 habla de donaciones de bienes futuros o presentes y futuros entre esposos si el donador sobrevive al donatario y no quedan hijos, la donación caduca; si quedan, subsiste a favor de ellos, pero no se les transmiten los bienes mientras viva el esposo donador y padre de tales hijos; omito en gracia de la brevedad la reseña de los otros Códigos.

Por la ley 5, título 3, libro 5 del Fuero Juzgo, la mujer que moría sin dejar hijos y sobreviviéndole el marido, podía disponer libremente de todo lo que éste la había donado; si moría intestada volvía lo donado al marido o a sus herederos; esta ley pasó a la 9, título 12, libro 3 del Fuero Real.

Según las recopiladas 3 y 4, título 3, libro 10- (51 y 54 de Toro), muriendo la mujer sin hijos y con testamento o sin él, habrán las arras sus herederos y no el marido ni los suyos; si hubieren mediado arras y regalos en joyas, vestidos, etc., los herederos de la mujer podrán optar entre -- aquéllos y éstos dentro de veinte días desde que para ello fueren requeridos.

Claro que estas leyes hablan de donaciones de bienes presentes, arras y regalos de boda.

Nuestro artículo se refiere al 1254 que habla, no de donaciones de bienes presentes, sino de los que el donador dejare a su muerte, caso que, según tengo observado, será, atendidas nuestras costumbres, rarísimo.

¿Cuál es el objeto de la referencia? Que en las donaciones matrimoniales entre esposos, si son de los bienes que el donador dejare al morir, se guarde lo allí dispuesto.

Difículto que fuese ésta nuestra intención; pero si no lo fue, y realmente quisimos que en toda donación aún de bienes presentes entre esposos, rigiera lo allí dispuesto, habríamos destruido en poco más de una línea la legislación nacional vigente desde el Fuero Juzgo; faltando a la base adoptada por la Comisión general de no innovar sino por evidente utilidad; habríamos destruido el derecho común, apartándonos de todos los Códigos modernos y hecho estas donaciones de peor condición, no sólo que las matrimoniales de bienes presentes hechas por un extraño; sino que las comunes o generales, pues en todas ellas se hace desde luego irrevocablemente dueño el donatario, que puede disponer de lo donado, y en caso de no disponer va a sus herederos y en ningún caso vuelve a donador; ésto me parece chocante y contradictorio; deberá, pues, entenderse la referencia en el sentido riguroso y literal del artículo 1254: "estas donaciones", a saber, la de los bienes que el esposo donador dejara al morir.

Artículo 1262.- Se presume simulada, y, por consiguiente nula la donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quienes éste sea heredero presuntivo en el tiempo de la donación.

Es el 110 francés, 239 holandés, 1054 napolitano. Por Derecho Romano podían las cónyuges celebrar entre sí contratos onerosos, haciéndolo de buena fe, ley 7 párrafo 6, título 1, libro 24 del Digesto, con otras muchas; pero eran nulos cuando los simulaban o suponían tales contratos onerosos para eludir la prohibición de donarse; la misma ley 7, la 32, párrafo 21 y la 49 del mismo tít

tulo, si inter virum et uxorem societas donationis causa contracto sit, jure vulgato nulla est.

De la simulación y nulidad por donarse a personas interpuestas, pueden verse las leyes 2, párrafos 5 y 6, 5, párrafo 2, y la 32, párrafos 16 hasta el 21 del mismo libro y título, así como las 3 y 4, título 16, libro 5 del Código: en resumen, *si color, vel titulus donationi quæstius est, nihil valebit traditio*, como se dice en la citada ley 49.

La simulación es vicio que anula los contratos, artículo 998, *acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt: non quod scriptum, sed quod gestura est, inspicitur*; leyes 2 y 3, título 22, libro 4 del Código; ¿cómo podría aprovecharse nadie de su fraude o mentira?

Respecto de donación entre marido y mujer, puede haber simulación en cuanto al contrato mismo, fingiendo oneroso al que realmente es donación; puede haberla también en cuanto a la persona del donatario, aparentando que se dona a uno, cuando verdaderamente se quiere donar a otro; el donatario aparente no es, en este caso, más que una persona interpuesta, - un maniquí o cómplice para burlar la ley.

El artículo determina las personas que deben reputarse interpuestas en este sentido por una presunción *juris et de jure*, que no admite prueba en contrario, artículo 1226: habrá casos en que se interpongan otras para disfrazar la simulación; pero el que alegue este vicio o fraude (que al fin es un hecho), tendrá que probarlo: *quæstio ita que facti per judicem examinabitur*, dice la citada ley 2 del Código, título 22.

Código Civil.- Con anterioridad al Código Civil se distinguían y consideraban como donaciones - por razón de matrimonio, las arras, las donaciones esponsalicias y las donaciones *propter nuptias*; pero el Código Civil ha referido todas estas donaciones en una sola doctrina con el epígrafe genérico de Donaciones por razón de matrimonio, [Cap. 2o., título 3o., lib. IV, arts. 1327 a 1335, inclusive], tratando de ellas al hablar de las obligaciones y contratos e incurriendo en el defecto de incluir en tal epígrafe - las donaciones entre cónyuges, que no son propiamente donaciones por razón de matrimonio, sino donaciones - entre marido y mujer, por lo cual nosotros las distinguimos de aquéllas.

Donaciones entre cónyuges. Confirmando el código el sentido prohibitivo de las mismas que como regla general inspiraba la legislación anterior, dice - que será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio; pero no se incluyen en esta regla - los regalos módicos que los cónyuges se hagan con motivo de fiesta o regocijo para la familia (Art. 1334). La determinación de la modicidad de estos, se dejó, - caso de ser impugnada, al arbitrio judicial. Como se ve, el Código, de las varias excepciones que el principio general de la prohibición establecía en el Derecho anterior, inspirado en el romano, sólo admite una, precisamente la que no mencionan las leyes españolas - y menos falta hacía consignar.

Con objeto de que no se burle la prohibición general establecida, añade el Código que será nula toda donación hecha durante el matrimonio por uno de los - cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o a las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación. (Art. 1335).

En el Derecho Foral y siempre en Aragón, encontramos excepciones a las normas generales, diferencias que desde luego marcan gran deferencia a la mujer casada. En Aragón puede la mujer contratar con su marido y éste con ella. Así, las capitulaciones -

matrimoniales pueden celebrarse después del matrimo--
nio y la costumbre del país autoriza a la mujer para--
transferir al marido, como a cualquier extraño, sus -
bienes mueble o inmuebles, (excepto la dote y el axo--
bar) y hacer al marido donaciones *inter vivos* y *mortis*
causa.

DERECHO MEXICANO

Tres artículos:

Artículo 232.- Los consortes pueden hacer se donaciones; pero sólo se confirman con la muerte - del donante, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos.

Artículo 233.- Las donaciones entre con--sortes pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes.

Artículo 234.- Estas donaciones no se anu--larán por la supervivencia de hijos; pero se reduci--rán cuando sean inoficiosas, en los mismos términos - que las comunes.

De esta manera escueta despacha el Código--civil vigente el asunto de las donaciones entre con--sortes.

Pero nosotros no podemos conformarnos con--tan poco. Hay ciertas preguntas que debemos hacernos; hay que evaluar las respuestas y decidir después si - es válido que estos tres artículos permanezcan ins--critos en nuestro Código civil.

Primera pregunta: ¿Cómo es que han llega--do a nosotros estos tres artículos? La contestación--

ya la conocemos. Reglamentadas en esta forma por el Derecho Romano, las donaciones entre consortes pasaron a los pueblos conquistados o dominados por Roma, naturalmente. Sólo los pueblos de derecho consuetudinario escaparon a una influencia definitiva en su legislación, pero aquéllos pueblos de derecho escrito, fueron incorporando poco a poco los conceptos de Derecho romano a sus Códigos. Así, observamos que en tanto el Derecho Foral en España se mantiene fiel a la tradición celtíbera, gótica y germana, Las Partidas y las Leyes de Toro adoptan los principios romanos.

El México Colonial vivió bajo la égida de Las Partidas (1256) las Leyes de Toro (1502), la Nueva Recopilación (1567) y después la Novísima Recopilación (1805); y el México independiente redacta sus primeros Códigos tomando como base el proyecto del Código Español de Don Florencio García Goyena (que a su vez se inspira en el Código Napoleón). En efecto, el proyecto de Código de Justo Sierra que cristalizaría en el Código de 1870, tuvo como fuente el recién mencionado proyecto de García Goyena.

Vemos pues, que hay apenas nada original, propio, auténtico, nacional, en la elaboración de nuestros Códigos.

Los Códigos del siglo XIX obedecen a la tendencia y dominación imperantes en Europa a la sazón, básicamente plasmándose en ellos los logros de la Revolución Francesa, de fundamentos individualistas.

El Código de 1928 obedece a cambios en las estructuras e instituciones tanto en Europa como en América y se caracteriza por tendencias básicamente sociales.

Pero nosotros nos preguntamos: ¿Entre tanta tendencia, entre tanto pensamiento, entre tantos estilos, dónde está nuestro yo como nación? ¿Se iden

tifica el yo nacional con el espíritu romano? ¿Se -- equipara en sus conceptos a aquéllos de linaje y la -- estirpe de la edad Media? ¿Podemos compararlo acaso -- a los móviles que impulsaron la Revolución rusa? -- ¿Coinciden con aquéllos propósitos de nuestro vecino -- país del norte? ¿Somos distintos pero inimaginativos y aún cuando no nos encontramos con una legislación -- adecuada, no sabemos como alterarla y adolecemos tam -- bién de tal dosis de apatía que nos impide siquiera -- intentarlo?

Segunda pregunta: ¿Cómo sabremos lo que -- somos para poder después, en su caso, modificar nues -- tras normas para que correspondan a nuestras aspira -- ciones como nación?

La única solución no la dará un cuidadoso estudio de la realidad.

Parece ser que dentro de los nuevos descu -- brimientos de la psicología se encuentra lo que estos expertos denominan "conductismo". Es decir, sin ne -- gar los avances logrados por Freud, Adler, Joung y Fromm, creen estos especialistas que finalmente la -- clave que resolverá el enigma de los trastornos psi -- cofísicos, se encuentra en la conducta, en el diario -- quehacer del hombre. No nos manifestamos en pro ni -- en contra de esta teoría que, como todas, tendrá sus sustentadores y sus detractores. Sólo queremos ser -- virnos de ella para establecer un paralelismo con -- el Derecho. Es decir, las normas que reglamentan -- nuestra sociedad pueden ser el resultado de pasadas -- instituciones o el intento de encauzar la vida na -- cional por distintos derroteros como las modificacio -- nes al código civil en materia familiar de 1975, pero sólo serán positivas en la medida que respondan a lo que somos en tanto que nación.

Ejemplifiquemos un poco para intentar esclare -- cer nuestra posición:

Hay pueblos fieles seguidores de sus leyes. Poseen, en alto grado una gran conciencia cívica. No se rebelan ante alguna norma que les pueda resultar injusta personalmente, pues saben que ésta será aplicada por igual y en esta aplicación indiscriminada encuentran consuelo y fuerza para acatarla. ¿Somos nosotros así? Siguiendo siempre en nuestro tema del matrimonio, veamos la evidencia que nos proporciona la realidad. En México se estableció el divorcio vincular en 1917 a través de la Ley sobre Relaciones Familiares. Las estadísticas nos dicen que en 1940 la incidencia de divorcios fue de 2.7 en relación a los matrimonios celebrados en ese mismo año. En 1966 esta proporción alcanza 9.7, pero en 1971 disminuye curiosamente a 3.9 y Sánchez Medal lo explica así:

"Las estadísticas de los divorcios, como caso insólito en el mundo, descendieron en México en el año de 1971 a sólo 3.29 divorcios por cada 100 matrimonios a consecuencia de la reforma, en ese año, a los artículos 35 y 39 de la Ley de Nacionalización y Naturalización, que puso fin a los llamados "divorcios fronterizos", porque, de acuerdo con tal reforma, por una parte se declaró improrrogable la competencia por razón de territorio en los juicios de divorcio y de nulidad de matrimonio de extranjeros y, por otra parte, se exigió que para que éstos puedan promover en México esa clase de juicios, deben por fuerza tener su domicilio en el territorio nacional conforme a las reglas al respecto del Código Civil del Distrito Federal, aplicable en esta materia federal a todo el país y se requiere, además una certificación previa de la Secretaría de Gobernación que acredite su legal estancia en el país y su calidad migratoria apta para promover el juicio en cuestión". (46)

(46) RAMON SANCHEZ MEDAL, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, Porrúa, S. A., 1979, pág. 30.

Lo que nosotros queremos demostrar es que las cifras anteriores a 1971 no corresponden a los divorcios llevados a cabo por mexicanos, sino en gran medida por extranjeros, que al abrigo de nuestra legislación, veían la forma de disolver su vínculo matrimonial de manera sencilla y expedita. O sea que aunque desde 1917 fue posible obtener el divorcio vincular en México, pocos mexicanos se acogieron a la nueva disposición. Muchos argumentarán que esta reacción se debe a los fuertes lazos familiares existentes, a las buenas costumbres imperantes y a un alto sentido moral de la sociedad toda. A nosotros estos argumentos no nos convencen. Más bien pensamos que el pequeño número de divorcios que siguió a la promulgación y entrada en vigor de la ley, se debió a:

- 1) A la ignorancia y desconocimiento de la misma.
- 2) Desde el punto de vista de la mujer, al hecho de que la situación de ésta, aunque legalmente mejorada, distaba mucho en la realidad de adecuarse a la intención del legislador. La mujer se encontraba impreparada para bastarse por sí misma, sin contar con que el rechazo social era tan absoluto que un divorcio prácticamente equivalía al suicidio.
- 3) Desde el punto de vista del hombre, el divorcio era totalmente innecesario, toda vez que dentro de las estructuras sociales de la época, éste podía tener esposa y, además, una serie de relaciones trascendentes o intrascendentes, según el caso, con toda comodidad. No fácilmente renunciaría el hombre a esta situación de privilegio.

Claro que estas actitudes se disfrazan con consideraciones de tipo religioso y moral, pero, desde luego, suenan a falso.

Si es verdad que la Iglesia proclama la indisolubilidad del vínculo matrimonial, también lo es que rechaza y sanciona el adulterio. ¿Cómo pues invocar una norma para justificar una postura y contravenir otra, sólo para satisfacer un impulso hedonista?

Aquí es donde podemos apreciar la persona-

lidad típica del mexicano. Pretende siempre y a cada paso interpretar la ley o practicarla según su conveniencia.

Otro ejemplo: El Código de 1884 introdujo como única innovación importante el principio de la libre testamentificación que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las "legítimas". Hoy, un siglo después, observamos que lo normal es que el patrimonio del *de cujus* quede en la familia. La idea de donar a instituciones públicas o privadas no ha tomado forma en la conciencia del mexicano que, además, casi no se toma el trabajo de hacer testamento, pues considera que no tiene nada nuevo que expresar en él. Que lo que la ley prevé para estos casos está bien. - Esto, amén de pensar que el hecho de hacer testamento es de mala suerte o que está bien para los viejos, - etc. Cuando la redacción del testamento se produce, - es más bien un acto reflexivo y prácticamente impuesto por las circunstancias, pero no por los sentimientos.

Un último ejemplo: La Ley de Relaciones Familiares de 1917 sustituyó el régimen legal de gananciales por el régimen de separación de bienes.

El Código de 1928 obligó a los contrayentes a que en el acto mismo de celebrar su matrimonio, eligieran expresamente o la sociedad conyugal o la separación de bienes. Decimos que obligó, pues es condición indispensable para la celebración del matrimonio, que se llegue a un acuerdo sobre el régimen a que quedarán sometidos los cónyuges. El Oficial del Registro Civil tiene prohibido llevar a cabo el acto si este requisito no ha sido satisfecho.

Resultado: En las oficialías del Registro Civil, donde comparecen los contrayentes y sus testigos, se encuentran "machotes" de régimen de sociedad conyugal que son llenados a toda prisa y firmados por innumerables incautos que no saben siquiera a lo que se están comprometiendo. Se podrá aducir que es obli

gación de los contrayentes informarse. Sí, deberían informarse, pero nos parece peor la actuación del Oficial del Registro Civil que es licenciado en Derecho y tiene la obligación de ilustrar a los contrayentes sobre tan delicado asunto. Creemos, sin embargo, que no es mera pereza esta actitud, sino que responde al profundo convencimiento de estos funcionarios de que la sociedad conyugal es una mejor fórmula.

Hemos visto a través de estos tres ejemplos cómo de las leyes vigentes no se sirven ni los ciudadanos comunes ni aquéllos que, dentro de sus funciones, está el aplicarlas.

Al hablar de las donaciones entre consortes en Roma, mencionamos el caso célebre de Mecenas y Terencia.

Pues bien, las tres modificaciones de que hemos hablado en los ejemplos anteriores, obedecen a tres momentos pasionales de quien en ese instante tenía las riendas de los destinos del país. Por ahora no queremos sustentar ni rechazar ninguna de ellas, sino asentar el hecho.

En efecto, sobre la reforma al Código de 1884 que introdujo la libertad absoluta de testar, -- nos dice Jacinto Pallares: "En cuanto al nuevo Código Civil no tiene más novedad importante que haber establecido el principio o sistema de libre testamentificación, obedeciendo más bien al deseo de favorecer a un altísimo funcionario, cuyas desaveniencias de familia exigían esa reforma, que a un sentimiento de interés general". (47)

(47) JACINTO PALLARES, Curso Completo de Derecho Mexicano, tomo II, pág. 568.

Por otro lado, "Esta versión tenía, además, su apoyo en el hecho de que la Comisión de 1882 para-revisión del Código Civil de 1870 presentó un primer-proyecto de reformas cuyo texto conservaba el sistema de herencia forzosa, pero al ser sometido por el Mi--nistro de Justicia, Lic. Joaquín Baranda a un acuerdo especial con el Presidente de la República, Gral. Manuel González, se adoptó el principio de la libre tes-tamentificación en el proyecto definitivo que se pre-sentó como iniciativa del Ejecutivo ante la Cámara de Diputados en el año de 1883" (48)

"Fundó también la versión de referencia, - el sonadísimo juicio de divorcio o de separación personal promovido en 1885 por doña Laura Mantecón de - González en contra de su esposo, el Gral. Manuel Gon-zález, quien fuera Presidente de la República durante el período comprendido de 1880 a 1884, de cuyos autos aparece que dicha señora estuvo separada durante todo ese tiempo de su marido, quien tenía interés personal en hacer partícipes de su fortuna a varios hijos natu- rales habidos fuera de su matrimonio, para lo cual ne- cesitaba de la libre testamentificación que se esta- bleció durante su gobierno en el Código Civil de -- 1884". (49)

(48) MIGUEL S. MACEDO, Datos para el estudio del nuevo Código- Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja Cali-- fornia, México 1884, pág. 3.

(49) Información producida por la señora Laura Mantecón de - González ante la Tercera Sala del Tribunal Superior en- el juicio de divorcio que sigue contra su esposo, el se- ñor Gral. don Manuel González, México, 1886, Tipografía de J. Reyes Velasco.

En referencia al establecimiento del divorcio vincular, encontramos los siguientes datos: "Cuando era todavía sólo jefe de uno de los diversos bandos en plena guerra civil, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz dos intempestivos Decretos, uno de 29 de diciembre de 1914 y otro de 29 de enero de 1915, para introducir de improviso el divorcio vincular, ya que por el primero modificó la mencionada Ley Orgánica de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución que reconocía la indisolubilidad del matrimonio, y por segundo decreto reformó a distancia también, - desde Veracruz, el Código Civil del Distrito Federal para "Establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima." (50)

En la exposición de motivos de tales decretos, se esgrimieron razones como éstas: "El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinos, y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas; da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza, fueron al matrimonio a pagar su falta con la esclavitud por toda su vida". - (51)

(50) RAMON SANCHEZ MEDAL, Obra citada, pág. 17

(51) EL CONSTITUCIONALISTA, periódico oficial de la Federación, Veracruz, Ver., 2 de enero de 1915.

En cuanto a la sustitución del régimen legal de gananciales por el régimen de separación de bienes, parece que obedeció al propósito personalísimo de Venustiano Carranza de impedir que el General Cándido Aguilar, que se había casado con una hija de aquél, llegara a participar un día de la fortuna de ésta a través de dicho régimen legal de gananciales.

Por eso cuando oímos que el Derecho es una ciencia, no dejamos de tomar dicha aseveración con cierta reserva.

Volvamos, sin embargo, a las donaciones entre consortes. Si no hubiéramos hecho un poco de historia del Derecho, podríamos estimar que los tres artículos sobre las donaciones entre consortes, objeto de nuestro comentario, no tienen más propósito que el de acentuar los rasgos machistas del mexicano y respaldar su bravuconería. ¿Qué otra cosa podría pensarse de unas normas que tutelan el dar y quitar? Pero como nosotros sabemos que no han sido invención mexicana, sino que constituyen una herencia milenaria, podemos muy bien preguntarnos si debemos conservarlas. Nosotros nos pronunciamos por su supresión. Dentro de la organización económica actual del matrimonio, no tienen cabida.

El régimen dotal romano era un régimen separatista, pero tenía gran cuidado en procurar a cada cónyuge un patrimonio que en caso de disolución del vínculo por divorcio o muerte, proveyese al sustento y decoro del superviviente o del divorciado.

El régimen de comunidad germano favorecía igualmente a ambos cónyuges en las mismas circunstancias.

En México, hoy, el régimen de separación de bienes resulta hueco, toda vez que las donaciones *propter nuptias* y la dote han desaparecido. La pareja que contrae matrimonio hoy, es totalmente distinta a aquélla que se unía hace uno o dos o veinte siglos,

Hoy no existe el clan familiar.

Hoy se rechaza la dependencia de los mayores.

Hoy existe la libertad más absoluta para elegir compañero.

Hoy los jóvenes se establecen donde mejor conviene a sus proyectos.

Hoy se elige el número de hijos que se va a procrear.

Hoy se exige el derecho de educar a esos hijos sin intromisiones familiares.

Hoy la familia ha quedado reducida a su mínima expresión; al núcleo. Padre, madre e hijos en el mejor de los casos. Sucede también que a veces uno de los progenitores falta por razón de divorcio o por decisión unilateral en el caso de mujer que decide ser madre soltera.

Pero hoy, la pareja que se une en matrimonio para iniciar la gran aventura que es formar una familia, no cuenta con más bienes que aquéllos que puedan allegarse por su propio esfuerzo, es decir, a través de su trabajo. Su único equipaje al emprender este decisivo viaje, lo constituyen: anhelos, esperanzas, ilusiones compartidas y fe en cada uno y de los dos en el futuro.

Si esta unión de la que estamos hablando se llevó a cabo bajo el régimen de separación de bienes y la mujer, por atender al hogar, al marido y a los hijos, no se allegó personalmente ninguno, ¿cómo va a ser justo que hasta las donaciones de que fue objeto por su marido le puedan ser arrebatadas caprichosamente y en cualquier momento por el donante?

Decían los romanos que prohibían tales donaciones para que los cónyuges no se espoliaran recíprocamente, pero toda moneda tiene dos caras y la revocabilidad de las donaciones entre consortes ampara también los propósitos más mezquinos: otorgar una li-

beralidad, jugar con la alegría y el agradecimiento - del donatario y retirarla después, en el momento que convenga al donante.

Así se puede ser muy *generoso* sin dar nada. Estas actitudes sí menoscaban y corroen el cariño de la pareja y estimulan una actuación poco digna en los donantes. Quien es objeto de una donación, supo inspirarla. La memoria humana, sin embargo, es frágil - en cuanto se refiere a expresar agradecimiento y generosidad. Por eso el legislador debe ser cuidadoso de tutelar sólo las actitudes positivas y cálidas que reconcilien al hombre con lo mejor de su naturaleza y - no aquéllas que lo deshumanizan y lo hacen descender en la escala zoológica.

Por eso, como primera proposición en este trabajo, nosotros abogamos por la irrevocabilidad de las donaciones entre consortes. Creemos que ayudaría enormemente a la salud mental de la pareja el saber - que las liberalidades que cada uno otorgue serán definitivas.

Pueden ser muy cuidadosos y ponderar la - bondad de realizarlas, pero una vez hechas y aceptadas, sus efectos deberán ser irreversibles. Sólo así podremos hablar de generosidad y de agradecimiento, - que, indudablemente, son dos virtudes a cultivar.

En México es común que se oiga este comentario: "Fulanito ya le dio su casa a Menganita. ¡Qué bueno! Ya no le faltará techo".

En otros países se barajan diferentes valores. Tal vez el énfasis está en las joyas, los viajes, acciones, bonos o cualquier otro tipo de satisfactor. Aquí parece ser que el problema del campo y la repartición de la tierra se proyecta hasta en la - ciudad, pues "la casa" es la ambición primera. Tener un terrenito y construir "el techo". Generalmente se considera adecuado poner la casa a nombre de la mujer. Esta ante este gesto queda muy agradecida y conmovida,

aunque si bien lo vemos no es un gesto magnánimo, pues habitación debe por fuerza tener la familia. La liberalidad, por tanto, es una liberalidad a medias.- En efecto, la mujer ni sueña en disponer de la casa.- Sabe bien que es la morada familiar y acepta gustosa el tener como única prerrogativa la de ejercer sus derechos de titular del bien, sólo en caso de muerte del marido o disolución del vínculo por divorcio. La alegría y agradecimiento que proporciona esta donación no tiene que ver con la disponibilidad del bien, sino con la *intención* del donante de proteger en el futuro a su consorte, cuando él no esté o cuando ya no vivan juntos.

El donante conoce bien la situación, pero disfruta plenamente de las manifestaciones de reconocimiento del donatario, sabiendo que poco hay que agradecer en la donación de una casa habitación, pues el uso y goce es común a todos los que en ella habitan y no exclusivo de la donataria (como puede suceder en el caso de bienes muebles como joyas, dinero, etc.), amén de que ni siquiera le pasa por la mente el que la consorte pueda enajenar dicho bien.

La situación es clara. El marido hace objeto de una donación (la casa) a la esposa. Esta la acepta, no por lo que al presente se refiere sino por su implicación futura de protección y seguridad.

El marido cosecha las expresiones de reconocimiento de su esposa. ¿Cómo reconciliar, entonces, esta postura con la posibilidad de revocación?

Sobre todo se desvirtúa absolutamente la intención y la razón de la donación. Si el animus consistió en proteger el futuro, la revocabilidad lo neutraliza.

El pueblo mexicano es sumamente individualista. No creemos que el desacato a las leyes se deba exclusivamente al grado de corrupción alcanzado. -

Más bien pensamos que ante cualquier norma, éste siente que puede encontrar un camino diferente porque es muy inteligente, muy "vivo".

Acendrados en el espíritu mexicano encontramos dos actitudes antagónicas:

- 1) El conformismo y pasividad ante leyes o reglamentos que le disgustan. De algún modo emprender una campaña que llegase a interesar a la sociedad toda no va muy bien con su temperamento.

En este sentido se asemeja a la predilección romana por los pactos *intuito personae*.

Otra razón podría ser la de que los altos personajes de la política le parecen inalcanzables y ni intenta siquiera promover un cambio en estas condiciones. Que los altos jerarcas sean deshonestos, es aceptado, que hagan alarde de guardaespaldas y poder, también. Casi se piensa que es natural y no son pocos los que comentan, presumiendo, lo que los dirigentes mexicanos hacen. Pero a la postre el pueblo se venga. Siempre se venga. En el "Cuauhtémoc" de Héctor Pérez Martínez, hay un pasaje del que nos hemos acordado frecuentemente en estos últimos tiempos: -- "...Pero en otras ocasiones era al dios al que correspondía morir. Ya Frazer hacía notar esta misteriosa ceremonia: "Ningún pueblo -asegura- parece haber observado la costumbre de sacrificar a un representante humano de la divinidad, tan corrientemente y con tanta solemnidad como los aztecas". Ellos seleccionaban con anticipación a un joven cautivo a quien sometían, por todo un año, a la rígida educación que correspondía a la nobleza; trasladaban a él, además, la reverencia debida a Tezcatlipoca y le hacían gustar la vida paseándolo con flores en las manos, adorándolo, acatándolo. Pero al llegar al mes llamado Toxcatl, ese representante humano del dios era llevado al templo de su propia divinidad y allí sacrificado. De este modo el pueblo azteca daba la libertad --

de la muerte a la deidad elegida, para alhajar de inmediato a otro cautivo con los atributos de la divinidad y prepararlo a la vida mágica y perentoria del dios y a su antiquilamiento.

"Este misterio se explica por el más extraño retorcimiento de lo sagrado en la mentalidad azteca: la muerte de un representante del dios o la divinidad no tenía otro objeto que asegurar su propio vigor en la plenitud de su potencia: la muerte era un renacer; y, también, como explica Freud, una manera de congraciarse con el enemigo, exaltarlo y hacerle de su muerte un triunfo de la solidaridad y de la vida". (52)

Nos parece que esta actitud persiste en el ánimo del pueblo pues los dirigentes efectivamente, van y vienen, hacen gala de derroche, de poder, de irresponsabilidad, de inconsciencia, pero al final de su período, inexorablemente sobreviene la muerte a través del olvido y la pérdida de todos sus privilegios. Realmente no es un destino a envidiar.

2) La otra fuerza es la que socava ese mismo poder. Aquí es donde el espíritu individualista se manifiesta en forma excelsa.

Tomando un ejemplo cualquiera, la evasión de impuestos, para no ir muy lejos. En México no se observa sólo la reticencia natural a pagar impuestos, común a todos los países del orbe. No, aquí cada quien paga lo que cree que es justo, pero lo que le parece que no debe ser, pues lo evade a través de los mil subterfugios que los tribunales administrativos confrontan todos los días. Esto sin ningún malestar interno que le quite el sueño. No faltaba más. Ape-

[52] HECTOR PEREZ MARTINES, Cuauhtémoc, Edit. La Prensa, págs. 17 y 18.

nas si hace lo debido.

Sin embargo, dentro de nuestro tema de las donaciones entre consortes observamos un fenómeno un tanto extraño. Mientras los tres artículos de marras eran prácticamente desconocidos del gran público hasta hace muy poco tiempo, naturalmente no se invocaban. Ahora que han recibido cierta publicidad, han proliferado los juicios de revocación de donaciones entre consortes. Ahora sí se acogen a lo que la ley dispone. Desgraciadamente, no porque sea justa, sino porque satisface su egoísmo. En efecto, a través de estos tres artículos se despoja al que sólo eso tiene (las donaciones) y se alientan las actitudes indeseables: lastimar, desposeer, burlar al otro. Generalmente a la mujer que a su vez ha sido objeto de adoración. No podemos dejar de observar una cierta crueldad en este proceder, tal vez atávica.

A ejemplificar, con tres casos que constan en nuestros archivos judiciales, esta actuación, dedicaremos nuestro siguiente capítulo, donde también expresamos nuestras conclusiones sobre las donaciones entre consortes.

CAPITULO III

TRES CASOS

PRIMER CASO.

Ante el Juzgado Quinto de lo Civil de Tlalnepantla, con residencia en Naucalpan, Estado de México, el señor ALFREDO SOTELO PEREZ demandó a su esposa, la señora MARIA EUGENIA VIDAL FORTUNI DE SOTELO, las siguientes prestaciones:

- a) La declaración por sentencia ejecutoriada en el sentido de que los lotes de terreno y la casa sobre ella construida, que en seguida paso a mencionar, fueron adquiridos en propiedad por el suscrito, Alfredo Sotelo Pérez. Dichos lotes son los números dos y tres de la manzana tres del Fraccionamiento Izcalli del Bosque, Municipio de Naucalpan de Juárez, Estado de México, que actualmente forman un solo lote en virtud de que la fusión se hizo de ambos terrenos con una superficie total de cuatrocientos diecinueve metros, noventa y un decímetros cuadrados y las medidas y linderos que se indican en el cuerpo del presente escrito. Las construcciones sobre ellas erigidas por mí con dinero de mi propio peculio, actualmente constituyen en conjunto, en unión de los terrenos, la casa marcada con el número cinco de las calles de Abedules en el Fraccionamiento Izcalli del Bosque, Naucalpan de Juárez, Estado de México, escrituradas en propiedad a favor de la demandada con motivo de la donación entre consortes que yo le hice a mi mencionada esposa. la señora María Eugenia Vidal Fortuni de Sotelo.

- b) La declaración por sentencia ejecutoriada en el sentido de que el suscrito, Alfredo Sotelo Pérez donó a su esposa la señora María Eugenia Vidal - Fortuni de Sotelo, los lotes de terreno y la casa sobre ellos erigida que se indican en el apartado que antecede, al dar instrucciones a la sociedad vendedora a quién él compró, para que la escritura correspondiente fuera otorgada, no a su favor, sino directamente a nombre de su mencionada esposa.
- c) La declaración por sentencia ejecutoriada en el sentido de que el que suscribe, Alfredo Sotelo - Pérez, ha revocado la donación hecha a su esposa, la señora María Eugenia Vidal Fortuni de Sotelo, respecto de los lotes dos y tres de la manzana - tres y la casa sobre ellos edificada a que se refiere el apartado marcado con la letra a) que antecede.
- d) Como consecuencia de todo lo anterior, la declaración por sentencia ejecutoriada en el sentido de que se ha transmitido a favor del suscrito Alfredo Sotelo Pérez el derecho de propiedad de los terrenos y casa mencionados en los puntos que preceden.
- e) La escrituración a favor del actor Alfredo Sotelo Pérez de los terrenos y casa que se indican - por ser la materia de la donación que ha sido revocada.
- f) Como consecuencia también de todo lo anterior, - la desocupación y entrega al que suscribe, Alfredo Sotelo Pérez, por parte de la demandada, de los terrenos y casa a que hago referencia en esta demanda después de que haya transcurrido un término de treinta días contados a partir de la fecha en que la demanda sea emplazada a juicio - con entrega de copia del presente escrito, sirviendo tal emplazamiento como formal requerimiento al respecto.

- g) El pago de los daños y perjuicios que en lo futuro se causen al actor por la ocupación contra todo derecho que realice en lo futuro la demandada del inmueble mencionado durante el período comprendido entre los treinta días posteriores a la fecha en que se le notifique la presente demanda, por servir tal emplazamiento como formal requerimiento para la desocupación y entrega del bien, y el día en que la parte reo desocupe y le sea entregado el inmueble al propio actor. Estos daños y perjuicios se hacen consistir en la renta que la indicada casa le deje de producir al suscrito durante el período mencionado, cuyo importe deberá ser fijado por los señores peritos que designen las partes en este juicio.
- h) Los gastos y costas que se causen por la tramitación del presente procedimiento.

Fundó su acción en que el día 8 de junio de 1976 contrajo matrimonio civil con la señora MARIA EUGENIA VIDAL FORTUNI y que al momento de celebrarse el matrimonio el actor de este juicio tenía setenta y tres años y la contrayente veintinueve años y que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes y que posteriormente adquirió dos lotes de terreno en el Fraccionamiento Izcalli del Bosque y que su esposa ha carecido de dinero para comprar esos inmuebles, pues aunque está capacitada para trabajar, nunca ha querido hacerlo y que los lotes de terreno más la construcción de una casa que ordenó importó la cantidad de \$1,500,000.00 (UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS 00/100) Moneda Nacional. Agrega el actor que posteriormente comentó con su esposa que era su intención que sus hijos, ya mayores de edad, incluso más grandes que ella, no la fueran a molestar el día de mañana con relación a la casa, por lo que deseaba donarle los terrenos y la propia casa que sobre ellos se estaba terminando, para lo cual las escrituras que le debía otorgar la vendedora se harían a su nombre.-

Continúa manifestando el actor que una vez que su esposa se supo dueña del inmueble, empezó a cambiar su actitud hacia él, al grado de hacerle la vida imposible a su lado, llegando, incluso, a sacarle sus objetos y cosas personales al jardín de la casa, pidiéndole, además, que se fuera puesto que ya no quería vivir más a su lado, y concluye manifestando el actor - textualmente lo siguiente: "En virtud de lo anterior y haciendo uso del derecho que tengo para revocar dicha donación que por liberalidad hice a mi esposa, la señora MARIA EUGENIA VIDAL FORTUNI DE SOTELO, de los terrenos y la casa mencionada, con todas sus consecuencias legales".

Este juicio no se concluyó en virtud de que posteriormente el actor se desistió de la acción intentada.

SEGUNDO CASO.

Ante el Juzgado Quinto de lo Civil de Tlalnepantla, con residencia en la ciudad de Naucalpan, Estado de México, el señor MIGUEL DESENTIS LINARES demandó a su esposa, la señora ELENA VIA FERNANDEZ DE DESENTIS, las siguientes prestaciones:

- a) Sobre declaración judicial de que el suscrito, - Lic. Miguel Desentis Linares adquirió por compra que hizo al señor Santiago Colado Serna la propiedad del inmueble que se describe a continuación: casa marcada con el número 21 de la calle Fuente de Pisa...
- b) Sobre declaración judicial de que el suscrito, - Lic. Miguel Desentis Linares donó el inmueble -- que se describe en el punto anterior a su esposa la señora Elena Vía Fernández de Desentis.
- c) Sobre declaración judicial de haber sido revocada la donación que hice a mi consorte, la señora

Elena Vía Fernández de este proemio, para todos los efectos legales a que hubiere lugar y con todas las consecuencias jurídicas que tal revocación produce en derecho.

- d) Sobre restitución al suscrito de la propiedad y posesión del inmueble especificando en el punto a) de este proemio con todos sus efectos y consecuencias legales.
- e) Sobre otorgamiento y firma de escritura notarial a virtud de la cual se titule a nombre exclusivo del suscrito el inmueble especificado en el punto a) de este proemio.
- f) Sobre cancelación en el Registro Público de la propiedad del Distrito de Tlalnepantla, Estado de México, de la inscripción correspondiente al inmueble relatado en el punto A de este proemio que pudiere haberse hecho o que se haga a nombre de la demandada señora Elena Vía Fernández de Desentis, sobre entrega al suscrito de los frutos y accesiones al bien inmueble que se dejó descrito en el apartado a) de este proemio.
- g) Sobre pago de gastos y costas de este juicio hasta su total terminación.

Manifestó el actor, como hechos fundatorios de su acción, que con fecha de 8 de abril de 1972 contrajo matrimonio bajo el régimen de separación de bienes con Elena Vía Fernández y que en el mes de abril de 1975 sostuvo pláticas con el señor Santiago Colado Serna en relación a la compra-venta de la casa ubicada en el número 21 de las calles de Fuente Pisa, Lomas de Tecamachalco, Estado de México, y como resultado de dichas pláticas, finalmente se celebró la operación, habiendo adquirido el inmueble y habiendo pagado como contraprestación, la cantidad de \$962,000.00 (NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL PESOS-00/100) Moneda Nacional. Agrega el actor en el hecho octavo de su demanda, *que en virtud del respeto-*

y amor conyugal que siempre ha profesado a su esposa, a continuación donó a su citada cónyuge el inmueble de referencia, y a continuación agrega que para tal efecto dio instrucciones al vendedor para que se escriturara dicho bien a su esposa; y sigue manifestando que habiéndole comunicado a su esposa la intención de donarle el inmueble citado, ésta manifestó su aceptación, por lo que concurrió a la Notaría 127 del Distrito Federal, a cargo del Lic. Luis Farías Angulo a firmar la escritura número 41,052 de fecha 27 de junio, a virtud de la cual el señor Santiago Colado Serna le tituló directamente a su esposa el inmueble antes mencionado. Finalmente manifiesta el actor que de acuerdo con la Ley, las donaciones entre consortes pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por el donante y sólo se confirman por la muerte del donante, por lo que con anterioridad a esta demanda, por causas que sólo incumben al actor relacionadas con la preservación y cuidado del patrimonio familiar para sus menores hijas, revocó la donación que le hizo a su esposa, ratificando y reiterando en su demanda que revoca la citada donación con todas las consecuencias jurídicas que tal revocación produce en derecho.

La anterior demanda fue admitida por el C. Juez Quinto de lo Civil en Naucalpan, habiéndose formado el expediente número 1905/80 y habiéndose seguido el juicio en rebeldía de la demandada con fecha 3 de abril de 1981 se dictó sentencia definitiva en la cual se declaró procedente la acción y se condenó a la demandada al pago de las prestaciones reclamadas. A continuación se transcribe la parte considerativa de la sentencia en cuestión:

- - - - - C O N S I D E R A N D O - - - - -

- I. Que analizadas las constancias de autos y valoradas las pruebas ofrecidas por la parte actora, en opinión del suscrito es procedente la acción deducida en este Juicio, por los siguientes motivos: Básicamente la actora demandada la de--

claración Judicial respecto de la donación que hizo a su cónyuge y la revocación de la misma - con sus consecuencias legales. Al respecto el artículo 218 del Código Civil para el Estado de México, establece que los consortes pueden hacerse donaciones, pero que las mismas sólo se - confirman con la muerte del donante y el artículo 219 del citado ordenamiento legal, agrega - que estas donaciones pueden ser revocadas libremente en todo tiempo por el donante. En consecuencia, en opinión del suscrito para la procedencia de la acción será necesario acreditar - los siguientes elementos: a) La existencia - del matrimonio; b) La donación que haya hecho uno de los consortes y c) La revocación de la misma. En la especie estos elementos se encuentran en autos plena y legalmente acreditados. - Efectivamente, y por lo que se refiere al primero de ellos, consta en autos testimonio del acta de matrimonio expedida por el Registro Civil el cual por ser Público tiene valor probatorio pleno de acuerdo con el artículo 391 del Código de Procedimientos Civiles, documento con el - cual se acredita el matrimonio civil bajo el Régimen de Separación de Bienes, que celebraron - JOSE MIGUEL DESENTIS LINARES y ELENA VIA FERNANDEZ. El segundo elemento consistente en la donación que hiciera el señor Lic. MIGUEL DESENTIS LINARES a su cónyuge ELENA VIA FERNANDEZ, - igualmente está suficientemente probado con los elementos de convicción que a continuación se - indican: Con la confesión ficta de la demandada, tanto de los hechos básicos de la demanda, - en virtud de no haberle dado contestación a la misma, no obstante haber sido emplazada en forma personal y directa cuando por no comparecer a absolver posiciones, habiendo sido citada para ello. Dicha confesional tiene valor probatorio pleno en término de lo dispuesto por los artículos 390 y 414 en virtud, se dice, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, en virtud de no haber pruebas que la -

contradigan. Asimismo, se encuentra acreditado plenamente que fue el ahora actor quien celebró el contrato de compra-venta y el que pagó el precio de la operación y que, por tanto, fue el que adquirió la propiedad y quien ordenó que la misma se pusiera a nombre de su cónyuge. Al respecto obra en autos copia certificada de los cheques librados por el actor a cargo de su cuenta personal en el Banco de Comercio; el recibo expedido por el vendedor, señor SANTIAGO COLADO de fecha veintiocho de abril de mil novecientos setenta y cinco y en el que hace constar que recibió los cheques que le giró el licenciado Miguel Desentis. Estas pruebas se administran además con las testimoniales de los señores EDUARDO AGUILAR NIETO y FRANCISCO CARDIA PIZARRRO SUAREZ, quienes declararon en forma congruente y uniforme básicamente que saben y les consta que fue el señor MIGUEL DESENTIS LINARES quien adquirió la casa ubicada en el número 21 de la calle de Fuente de Pisa, en el Fraccionamiento Lomas de Tecamachalco, Sección Fuentes, que él fue quien pagó el precio y la donó a su cónyuge y, asimismo, que revocó la donación. En opinión del suscrito estas testimoniales administradas con la confesión ficta y las pruebas documentales que obran en autos, y en uso de las facultades discrecionales del suscrito para valorar las pruebas como lo establecen los artículos 386 y 410 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México, tienen valor probatorio pleno. Finalmente y por lo que hace a la revocación de la donación, ésta es procedente, pues como ya se dijo, estas donaciones sólo se confirman con la muerte del donante. En efecto, como ya ha quedado precisado, es indudable que fue el licenciado Miguel Desentis Linares quien celebró la operación de compra-venta respecto del inmueble a que se ha hecho referencia en esta resolución y que fue esta persona quien pagó el precio de la venta como contraprestación a la adquisición de la propie-

dad y por tanto debe concluirse que quien adquirió la propiedad fue el comprador que pagó el precio, o sea el actor en este Juicio, quien además solicitó al Notario que el inmueble se pusiera a nombre de su esposa, lo que jurídicamente debe interpretarse como una donación entre consortes, siendo procedente entonces su revocación, la que hizo el donante según demuestra con la confesión ficta de la demandada y la prueba testimonial, revocación que, en todo caso, reafirma al formular su demanda por lo que en estas condiciones debe declararse procedente la acción y condenar a la demandada al pago o cumplimiento de las prestaciones.

TERCER CASO

Ante el Juzgado Décimo de lo Civil de la ciudad de México, el señor CARLOS URRUTIA MALAGON de mandó de su esposa, la señora MARCELINA G. DE URRUTIA, las siguientes prestaciones:

- A) La declaración de que fueron adquiridos por el actor los inmuebles: Lote 1-A de la Manzana 25 con superficie de 3,000 m², ubicado en la esquina de Lava y Paseo del Pedregal y lote 2, Manzana 8 con número oficial 450 de las calles de Lluvia, ambos del Pedregal de San Ángel, inscritos en propiedad a favor de la demandada con motivo de la donación entre consortes que hizo el actor a favor de la señora MARIA MARCELINA G. DE URRUTIA.
- B) La revocación que en forma expresa hace el actor de la donación de los predios descritos en inciso anterior, por convenir así a sus intereses.
- C) Como consecuencia, se condene a la demandada a escriturar a favor del actor los predios motivo

de la donación que se revoca. y

D) El pago de gastos y costas que el juicio origine.

El actor fundó su demanda en que contrajo matrimonio con la demandada bajo el régimen de separación de bienes y que él adquirió y pagó dos inmuebles ubicados en el Pedregal de San Angel e inclusive construyó una casa habitación y autorizó que dichos bienes quedaran escriturados en favor de su cónyuge por vía de donación y que "Atento a lo previsto por el artículo 232 del Código Civil vigente en esta capital, las donaciones que se realicen entre consortes sólo se confirman con la muerte del donante y atendiendo, igualmente, a lo preceptuado en el artículo 233 del mismo ordenamiento jurídico que las donaciones entre consortes pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes, de ahí el uso de los derechos y acciones que confieren los preceptos legales invocados por la parte actora, se solicita se decrete la revocación de la donación entre consortes, respecto de los bienes inmuebles antes mencionados, solicitando se dicte resolución declarativa en tal sentido y se condene a la parte demandada a escriturar los mencionados predios en favor del donante, señor CARLOS URRUTIA MALAGON".

TERCERO.- La demandada, María Marcelina - González de Urrutia contestó de la manera siguiente: en principio negó la demanda en todas sus partes y refiriéndose a cada uno de los puntos de hechos, expuso: 1.- Ser cierto el primer apartado. 2.- Es cierto que se formularon los contratos de compraventa de los lotes a que se alude en el punto correlativo de la demanda aclarando sus colindancias y añadiendo que el predio lo adquirió la contestante en compraventa del Fraccionamiento Jardines del Pedregal de San Angel, S.A., con pago de su precio en escritura 6087 de fecha doce de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, pasada ante la fe de Nota

rio Eduardo del Valle e inscrita debidamente en el Registro Público de la Propiedad; y el segundo predio, lote número 1-A de la Manzana 25 de la Sección Segunda del citado Fraccionamiento, con superficie de tres mil metros cuadrados, lo adquirió en propiedad de Jardines del Pedregal de San Angel, S.A. por compra y con pago de su precio a ese fraccionamiento en escritura número 8879 pasada ante la fe del Notario Eduardo del Valle e inscrita en el Registro Público de la Propiedad. Averiguó que las promesas de venta que concertó el señor Urrutia no son de la fecha que él pretende, por lo que su afirmación es falsa; no llegaron esas promesas a realizarse por lo que carecen de valor en cuanto respecta a ella. En lo expuesto se refirió a los lotes de su propiedad número 2 de la Manzana 8 de la Sección Segunda del Fraccionamiento mencionado y el lote número 1-A de la Manzana 25 de la Sección Segunda del mismo Fraccionamiento, en defensa de los derechos de propiedad que tiene sobre ellos, refutando la revocación de la supuesta donación que adujo la contraria, a efecto de que ninguna sentencia pueda afectarlos. Agregó que el lote F-N1 de la Manzana 25 tampoco le fue donado, acto que negó porque ni siquiera lo conoce ni sabe cuales eran sus linderos y superficie, por lo que la revocación que se pretende de este lote, que probablemente no esté ubicado en el mismo Fraccionamiento, sólo lo esté en la imaginación del reclamante. 3.- Negó que su cónyuge la hubiera donado los predios mencionados dando instrucciones al Fraccionamiento que los vendió para que se escrituraran a su favor, si bien declaró que es cierto que le fueron escriturados en los instrumentos a que aludió en el párrafo anterior. Su cónyuge no ha sido ni fue nunca propietario de ninguno de los dos lotes de terreno y en esas condiciones es evidente que no pudo haberlos donado, porque no teniendo la propiedad de ellos no podría transmitirla por ese medio ni por otro alguno; y, de manera formal, porque las donaciones de bienes raíces no se hacen ni verbalmente ni por medio de instrucciones dadas a quien sí son propietarios. Esta afirmación del actor está contradi-

cha por documentos que hacen fe y prueba plena y son: la escritura 6087 de doce de febrero de mil nove---cientos cincuenta y cinco por medio de la cual adquirió por compraventa el lote 2 de la Manzana 8 de la Sección Segunda, en cuyas cláusulas primera, segunda y tercera aparece que ella compró ese lote de Jardines del Pedregal de San Angel, S.A. en precio de --cuarenta y ocho mil ciento cuarenta pesos, entregados en el acto de la firma al vendedor, quien le --traspasó el predio como compradora, libre de todo --gravamen y al corriente en sus contribuciones; y la escritura 8879 del doce de marzo de mil novecientos--cincuenta y ocho de la que aparece en las cláusulas--primera, segunda y tercera, que la misma Fraccionado--ra le vendió el lote de terreno número 1-A de la Man--zana 25 de la Segunda Sección con superficie de tres mil metros cuadrados, en principio, en ciento treinta y nueve mil quinientos ochenta y siete pesos, que --ella, la compradora, entregó con anterioridad a di--cho acto a la vendedora, como se justificó ante el --Notario autorizante, con los comprobantes que tuvo a la vista y le devolvió. De lo anterior aparece, por una parte, que su esposo no era propietario de ningun--no de esos lotes de terreno, sino el Fraccionamiento Jardines del Pedregal de San Angle, S.A., y en cam--bio ella los adquirió por compra que hizo al mencio--nado Fraccionamiento, de lo que se deduce que si el señor Urrutia Malagón no fue propietario de dichos --inmuebles no pudo haberlos donado y si ella los ad--quirió por compra a persona diversa de su esposo, es la verdadera propietaria. 4.- Negó que el actor hu--biera adquirido los dos lotes que ella compró al mul--ticitado Fraccionamiento, con el recibo que aquel --exhibió de cuatrocientos mil pesos, importe de la --"mencionada operación de compraventa convenida entre--ambas partes contratantes", si es que se pretende --que esto deba ser entendido como referente a las com--pras de los terrenos que ella hizo al mismo Fraccio--namiento, según lo explicó. Alude la actora a una --operación de compraventa, pero lo que a ella se re--fiere no hubo una operación de compraventa, sino dos--diversas, efectuadas, la una del doce de febrero de

mil novecientos cincuenta y cinco y la otra el doce de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, y el recibo exhibido por la parte actora no puede relacionarse con sus operaciones de compraventa atendiendo sólo a su fecha, además, la suma de los principales pagos hechos por ella, según las escrituras de adquisición, importaron ciento ochenta y siete mil setecientos veinte pesos y no cuatrocientos cincuenta mil pesos que refiere el recibo mencionado. Es más concluyente la circunstancia de que el recibo exhibido por el apoderado de su esposo se refiera a una entrega a cuenta del valor del lote 2, Manzana 4, Sección Primera y fracción norte de cinco mil metros cuadrados del lote 1 de la Manzana 25, cuando los lotes adquiridos por la contestante son otros enteramente diversos, esto es, el lote número 2 de la Manzana 8 de la Sección segunda y una fracción de tres mil metros cuadrados del lote número 1-A de la Manzana 25. 5.- La compañía que le vendió los lotes en cuestión expidió a un bufete la constancia de veintuno de enero de mil novecientos sesenta y seis haciendo constar que su esposo suscribió dos contratos de promesa de venta, otorgándose las propiedades a favor de ella a instancias del señor Urrutia Malagón y de acuerdo con sus instrucciones, documento que carece de valor y no puede perjudicar de manera alguna el valor y fuerza de las escrituras de propiedad de las que aparece que adquirió los lotes que se le reclaman, por medio de compraventa a la misma compañía que otorgó tan rara constancia, cuyo precio fue pagado ante la fe del Notario otorgante, en cuanto a uno; y con anterioridad según recibos que exhibió, de lo que dio fe el Notario y que le fueron devueltos. 6.- Negó que su cónyuge hubiese construido la casa habitación levantada en el lote 2 de la Manzana 8, pues siendo propiedad de la contestante no podría hacerlo a menos de que hubiera adquirido de ella el lote de terreno o hubiera dado su consentimiento para ello. Insistió en que su esposo la representó en muchas operaciones, por lo que con ese carácter pudo entregar al arquitecto constructor las cantidades que menciona el actor en el párrafo sexto de la demanda,

cantidades evidentemente propiedad de ella, depositadas en el National City Bank para ser manejadas por su cónyuge; lo que no afecta su propiedad ni justifica donación ninguna. 7.- Negó que con los documentos a que aludió la actora en el párrafo séptimo de la demanda, compruebe que los lotes que adquirió del Fraccionamiento multicitado a título de compra y la edificación que se levanta en el número 450 de las calles de Lluvia, se hayan costeado por el señor -- Urrutia Malagón y hubiesen quedado escrituradas a su favor por donación, pues la donación de bienes inmuebles no puede hacerse como si se tratara de objetos, sin las formalidades que la ley previene. 8.- Negó que tuviera aplicación en el caso lo dispuesto en el Artículo 232 del Código Civil ni el 233 del mismo ordenamiento en cuanto a que puedan ser revocadas supuestas donaciones, pues como lo expresa su esposo no le hizo donación de los predios que son de su propiedad por compraventa que hizo de ellos de su anterior propietario Fraccionamiento Jardines del Pedregal de San Angel, S.A.

Opuso la excepción de prescripción alegando -- que "Independientemente de la improcedencia de la acción a la que me he referido ya de manera extensa, -- opongo la excepción de prescripción adquisitiva en mi favor de tales bienes. Esta excepción la funda -- en los artículos 1151 y 1152 del Código Civil por poseer: 1o. En concepto de propietario; 2o. Pacífica. 3o. Continua y 4o. Pública. Y, el segundo, que los bienes inmuebles se prescriben en cinco años cuando se poseen en concepto de propietario con buena fe, -- pacífica, continua y públicamente. Los lotes a que se refiere la demanda, los poseo en concepto de propietaria, como lo acreditan las escrituras por medio de las cuales los adquirí; pacíficamente, como lo reconoce la misma demanda de cuya posesión no he sido -- jamás perturbada; continuamente, pues desde que los adquirí hasta la fecha los poseo sin interrupción; y de manera pública uno de los lotes y el otro la misma contraria los reconoce al tratar de despojarme y desposeerme de tales lotes. En estas condiciones, --

independientemente de la validez que tienen las dos-
escrituras de adquisición de dichos lotes, no puede-
ser ya discutida su propiedad sobre ellos, pues está
amparada por la disposición del citado artículo 1152
del Código Civil, que previene que por el sólo trans-
curso de cinco años, contados a partir de las fechas
de las escrituras, en las cuales entró en posesión -
de dichos lotes, se ha convertido en propietaria sin
discusión con relación a toda clase de terceros.

QUINTO.- Seguido el juicio por sus trámi-
tes, el Juez del conocimiento dictó sentencia cuyos-
puntos resolutivos son como sigue: PRIMERO.- El ac-
tor probó su acción y la demanda no justificó sus de-
fensas. SEGUNDO.- Se declara revocada la donación-
hecha por el señor Carlos Urrutia Malagón a su espo-
sa la señora María Marcelina G. de Urrutia hecha en-
escrituras número seis mil ochenta y siete y ocho -
mil ochocientos setenta y nueve de fechas de doce de
febrero de mil novecientos cincuenta y cinco y doce
de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, otorga-
das ambas ante el Notario número sesenta y uno del -
Distrito Federal, licenciado Eduardo del Valle, res-
pecto de los lotes números dos de la manzana octava-
de la Sección Segunda del Fraccionamiento Jardines -
del Pedregal de San Angel, con superficie de seis -
mil seiscientos cincuenta metros cuadrados y lote nú-
mero uno "A" de la manzana veinticinco de la Sección
Segunda del propio Fraccionamiento con superficie de
tres mil metros cuadrados. TERCERO.- Se condena a
la señora María Marcelina G. de Urrutia a escriturar
a favor del donante Carlos Urrutia Malagón los pre-
dios que se precisan en el resolutivo que antecede,
dentro del término de cinco días contados a partir -
del siguiente al que esta sentencia cause ejecutoria.
CUARTO.- No se hace especial condenación en costas.
QUINTO.- Notifíquese."

SEXTO.- La parte demandada interpuso con-
tra ese fallo el recurso de apelación que se resol-
vió por medio de la sentencia que se reclama en am-
paro, dictada el once de septiembre de mil novecien-
tos setenta. Esta sentencia confirmó la recurrida-

de conformidad con los siguientes puntos decisorios: PRIMERO.- Se confirma la sentencia definitiva pronunciada por el C. Juez Décimoprimer de lo Civil, - el trece de febrero de mil novecientos setenta, en - el juicio ordinario civil que Carlos Urrutia Malagón promovió en contra de María Marcelina González de -- Urrutia. SEGUNDO.- Se condena a la apelante el pago de las costas causadas en ambas instancias. TERCERO.- Notifíquese".

Inconforme con la resolución dictada por - el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Fede-- ral que como se ha visto confirmó la sentencia pro-- nunciada en primera instancia, la señora MARIA MARCE LINA G. DE URRUTIA solicitó el amparo y protección - de la Justicia Federal.

En relación con los agravios que expresó - la quejosa, algunos de ellos carecen de interés respecto de este trabajo, en virtud de que se refieren a aspectos procesales como son: inexacta valoración de las pruebas o inaplicabilidad de determinados preceptos legales, por lo que resulta innecesario referirse a ellos. Desde el punto de vista de la problemática que se plantea en este asunto, relativa a la *revocación de la donación*, la quejosa reclamó fundamentalmente que el señor CARLOS URRUTIA MALAGON, su esposo, no adquirió por compraventa los predios motivo de la litis, puesto que no cubrió el precio, ni - el acto fue celebrado bajo la forma que la ley establece y, en consecuencia, si no adquirió esos predios no pudo transmitirlos a la demandada en donación, toda vez que para donar se requiere, ante todo, ser propietario del bien motivo de la donación.

Fundamentalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación desestimó estos argumentos por - considerar que en primer término se probó suficiente mente en autos que fue el actor quien celebró los - contratos informales de compraventa, los cuales si - bien no se otorgaron con las formalidades que la ley establece, dicha nulidad es relativa y no impide que

el acto produzca sus efectos, y, además, se probó - que fue el propio actor quien pagó el precio de la - operación y ordenó que se escriturara a nombre de su esposa, lo que debe interpretarse como una liberalidad a favor de ésta, la cual evidentemente la aceptó al firmar las escrituras correspondientes; considerando, además, la Sala, que en este caso resulta de trascendental importancia el que la demandada hubiera demostrado tener recursos económicos que la hubieran permitido adquirir esos inmuebles, por lo que es tando debidamente probado que fue el actor quien los compró y los pagó y ordenó que se escrituraran a nombre de su esposa y ésta los aceptó, hay indudablemente una donación entre consortes que, conforme a la ley, puede ser revocada libremente. En consecuencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió - que la sentenciada reclamada es legal y ajustada a lo dispuesto en los artículos 14 y 16 Constitucionales y debe negarse el amparo.

COMENTARIOS

PRIMER CASO.

Un hombre de setenta y tres años. Una mujer de veintinueve. Con estos dos datos podríamos - escribir una tragedia si fuésemos griegos, un drama - si españoles y probablemente una novela si franceses.

Como somos mexicanos y en camino a estructurar una tesis que quisiéramos se tomara en cuenta para modificar algunos criterios que han campeado de masiado tiempo en nuestro Derecho familiar, sólo nos limitaremos a glosar algunos aspectos que nos parecen de interés con relación a nuestro trabajo.

1) ¿Por qué se casa un hombre de setenta y tres años con una joven de veintinueve?

La constestación más obvia es que este hombre quiere alegrarse las mañanas al contemplar un rostro fresco a la hora del desayuno, que quiere disfrutar de la energía y vivacidad de un ser joven a lo largo de la jornada y que, tal vez, espere dormir al contacto de una piel suave y elástica, por la noche. Las recién enumeradas son indudables ventajas de que disfrutará el hombre. Más, ¿qué da a cambio? En principio nada, pues como hemos visto se casa bajo el régimen de separación de bienes. Después, hace objeto a su esposa de una donación con el fin de que sus mayores hijos no la perturben en el futuro con miras a desposeerla.

Sin embargo, posteriormente, inicia el donante una acción de revocación de donaciones, aduciendo despego y desamor por parte de la donataria.

Este caso me recuerda el cuento de aquella pareja elegante que llega un viernes por la tarde a una tienda de pieles. Tras las indispensables pruebas y muestras de las diferentes prendas y la exposición, por parte del dependiente, de las ventajas de cada una, se llega a una decisión. El hombre quiere lo que ella quiera. Así, dispuesto a cumplirle el gusto echa mano de su chequera para liquidar la compra. El empleado de la tienda le explica que no es desconfianza, pero que es contrario a la política de la compañía aceptar cheques. Que si hubiesen llegado más temprano podría haberlo mandado cambiar, pero que las circunstancias del momento le hacen imposible efectuar la venta.

"Pero", dice, "si no es urgente, me pueden dejar el cheque, lo cobro el lunes temprano y pueden ustedes recoger el abrigo en el curso de la mañana a la hora que más les convenga". La mujer inmediatamente dice que no hay problema alguno, pues precisamente van a pasar el fin de semana en una playa tropical, por lo que no necesita la prenda en cuestión. El hombre está de acuerdo, por lo que resuelven volver en el plazo convenido. El lunes por la mañana -

vuelve el hombre solo y se encuentra con un empleado cariacontecido. Se deshace en disculpas y manifiesta que está seguro de que se trata de un error, pero que el banco no le hizo efectivo el cheque. El hombre le da una cariñosa palmada en la espalda y le dice: "No se disculpe usted, de todos modos me hizo pasar el mejor fin de semana de mi vida", y rompiendo el cheque se fue.

El caso que nos ocupa es todavía peor, -- pues en el cuento recién expuesto, aun partiendo de la mala fe del hombre, se desprende que ambos disfrutaron efectivamente el fin de semana, pero en nuestro caso ¿qué goce puede derivar una joven de una relación así? La pregunta nos lleva a otra: ¿Por qué se casó ella con él? Aquí también la respuesta es obvia. Por protección y por seguridad económica. Podrían aducirse otras causas (que la joven tenía problemas psíquicos como un Edipo no resuelto, o que la inmensa admiración que siente por el hombre le hace olvidar la edad), pero no se sostendrían sino en casos de excepción. Sin saberlo, podemos suponer también un cierto desnivel social en la pareja de que hablamos, pues ella aceptó casarse bajo el régimen de separación de bienes.

Es sólo tiempo después de celebrado el matrimonio que lo convence para que le otorgue algo.

Creemos, pues, que se trata de valores entendidos. El la asegura y la pone al abrigo de sus necesidades económicas y ella comparte su vida con él.

Podrá decirse que nada de moral hay en esta relación y estamos de acuerdo, pero ¿cuál es el papel del Derecho? ¿Prohibir los matrimonios cuando la pareja contrayente sea de edad muy disimil? -- ¿Cuál sería entonces el límite de diferencia que la ley aprobaría? Pensamos que no es función del Derecho intervenir en estas cuestiones. La moral individual es ontológicamente autónoma. Sólo cuando ésta

trasciende al individuo y afecta al grupo debe el Derecho ocuparse de ella. Aunque tampoco en este caso el Derecho se inmiscuye en la conciencia o esfera de la moral individual, sino que reglamenta la ética social que es lo que propiamente le corresponde.

Así, a nosotros nos parece absolutamente indebido que se permita revocar las donaciones entre consortes.

En el caso que nos ocupa vemos claramente que de las dos partes, una saldrá lesionada y no es justo, si por justicia entendemos dar a cada quien lo suyo.

SEGUNDO CASO.

Un marido demanda la revocación de la donación de la casa-habitación familiar. La esposa no contesta la demanda ni se hace presente en ningún otro momento procesal. Resultado: pierde el juicio y es condenada a entregar el inmueble.

Este es un caso muy triste, porque corresponde a aquellos en que la verdad formal no corresponde a la verdad real. Es decir, los hechos no fueron como el actor los presentó, sino que supuestamente, según manifestó la esposa en una demanda de amparo, por un error en el emplazamiento, no tuvo la oportunidad de defenderse ni la de oponer sus excepciones.

Parece ser que la demandada no sólo era la titular del bien, sino que también lo sufragó con bienes de capital que le allegaron sus padres. En otros países, el procedimiento seguido en este caso parecería extraño, pero en el nuestro es común. La situación es la siguiente: los padres de la esposa deciden obsequiarle una casa. Ella, naturalmente, se lo comunica a su marido y juntos buscan la que

responda a sus gustos y necesidades.

El marido trata con el vendedor, ultima los detalles. La esposa deposita el dinero que para tal efecto recibió de sus padres en la cuenta personal del marido para que sea él quien lo ostente. El vendedor recibe siempre cheques personales del marido y honestamente lo declara así. A sus ojos éste adquirió la propiedad y la puso a nombre de la esposa.

La pregunta inquietante es: ¿Por qué actuaría así la esposa? ¿Es esta actitud común? Desgraciadamente más de lo que quisiéramos aceptar. Producto de la educación recibida de los padres, sin duda de buena fe, se incurre en este tipo de error de dramáticas consecuencias.

Es un proceso delicado, ideado para no herir la susceptibilidad del marido, permitirle que se luzca y proporcionarle una fachada estupenda. Infortunadamente, por medio de este "delicado" proceso, muchas mujeres son despojadas de bienes que dentro de la más estricta justicia les pertenece. La mayoría de las veces legalmente no hay nada que hacer.

En el caso que nos ocupa, en estricto derecho no se trata en realidad de una verdadera donación, sino tan sólo de una donación aparente. En efecto, para que fuera una verdadera donación, el marido en este caso debió haber sido dueño del dinero con el cual se pagó la propiedad y sólo así, al haber ordenado que la misma se pusiera a nombre de su esposa se hubiera tratado de una auténtica donación. En el supuesto de que como aparentemente parece que sucedió, la casa se compró con dinero de los padres de ella, en realidad no hubo donación por parte del marido. Este sistema que permite la revocación de las donaciones entre consortes, da lugar a que se cometan fraudes a la ley, pues 1) en primer lugar, hubo una aparente donación al supuestamente pagar el marido con dinero propio el bien y 2) se propició -

una deficiente notificación de la demanda a efecto de que la esposa no tuviese la oportunidad de comparecer al juicio oportunamente y demostrar que en realidad fueron sus padres quienes pagaron la compra de la casa. Esta situación es desgraciadamente fácil - que se da en la realidad, pues la ley procesal no exige que la persona se identifique al momento de ser emplazada, siendo suficiente con que el notificador se cerciore de que en el domicilio señalado en la demanda viva el demandado, lo que generalmente hace el notificador con el sólo dicho de la persona que encuentra en el domicilio indicado, asentando en su cédula que atendió la diligencia "con quien dijo ser ..." sin exigirle, como se ha dicho, ningún medio de identificación.

Este sistema es especialmente peligroso en juicio de divorcio o del orden familiar, que son los que nos ocupan, en virtud de que sencillamente puede suplantarse al demandado o poner de acuerdo a un tercero para que no informe al demandado de la demanda. Por ejemplo: se han dado casos en que la esposa o el marido le dicen a la sirvienta, al chofer, al jardinero o a cualquier empleado de la casa que van a llevar unos papeles del juzgado para el señor o la señora y que no diga nada y que se los entregue al que da la orden. También se da el caso de que si, por ejemplo, la mujer trabaja, se lleve a la casa a la hora en que ésta se encuentra trabajando, a una hermana o amiga y se le diga que cuando lleguen del juzgado y pregunten por la persona a notificar diga que ella es y que reciba los papeles. De esta forma resulta evidentemente muy fácil ocultar a una persona un juicio con las consecuencias obvias de esta situación. Esta situación es aún más grave si se parte de la base de que el notificador tiene fe pública en sus funciones y por tanto si da fe de que atendió la diligencia con el demandado aunque éste en realidad haya sido suplantado, no resulta fácil anular esta notificación o dejarla sin efecto a través de un amparo.

Independientemente de que al respecto podría pensarse en una reforma legal que exigiera que el notificador se cerciorara de alguna manera de la identidad indubitable del demandado, es evidente que en el caso que nos ocupa este problema no se presentaría si las donaciones entre consortes no fueran susceptibles de revocación.

Si las donaciones entre consortes fuesen irrevocables, este caso no hubiera acontecido. La esposa hubiera conservado el bien a su nombre, sus padres hubieran estado felices de ver cristalizado su deseo de darle una casa a su hija y el marido no hubiera tenido la oportunidad de demostrar su vileza.

TERCER CASO.

Parece ser que este caso responde a varias de las situaciones descritas en el Digesto y a algunos de los preceptos del Derecho español. Así vemos que la pareja protagonista de este asunto contrajo matrimonio el 26 de agosto de 1954. El 12 de febrero de 1955, a escasos seis meses de celebrado el mismo, se produce la primera donación. Recordemos que la ley 6, título I libro 3 del Fuero Juzgo no permitía las donaciones entre consortes hasta transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

El 13 de marzo de 1958 se produce la segunda donación, a los tres años y medio de consumada la unión.

Pues bien, a los trece años de casados, el 14 de diciembre de 1967 inicia el marido la acción de revocación de ambas donaciones.

Sin mucho esfuerzo, podemos conceder que este matrimonio fue feliz por lo menos durante los cuatro primeros años. ¿Qué pasó después? Aquí sí podríamos entrar en el terreno de las adivinanzas

que desde luego no nos llevaría a ninguna parte interesante para los propósitos que nos animan y por -- otro lado no es nuestro papel inmiscuirnos en la vida íntima de los cónyuges, que debe ser sagrada y ante cuyo umbral deberemos detenernos, los hombres y el Derecho.

Hay, sin embargo, algunas consideraciones-objetivas que sí podemos desprender de los hechos.

La pareja se casó bajo el régimen de separación de bienes, no teniendo la esposa patrimonio alguno. Esta aseveración nuestra la estableció la Suprema Corte de manera absoluta, al considerar que la donataria no pudo demostrar el haber adquirido las propiedades con recursos propios. (recordemos que la primera se compró a escasos seis meses de casados).

Por lo tanto, es el marido quien a lo largo de trece años de matrimonio dona generosa y graciosamente dos propiedades a la mujer y nueve años después de haber otorgado la segunda de ellas, le demanda la revocación de las mismas.

¿Cómo va a ser justa esta norma?

Podemos aceptar que la primera donación se hubiese producido al calor de una primera experiencia pasional.

La segunda, sin embargo, se produce tres años y medio después. El *animus donandi* persistía y persistió durante 9 años.

Transcurrido este tiempo el donante se arrepiente. Se podría aducir que las circunstancias cambiaron. Indudablemente así fue, pero lo que nos parece injusto y lesivo hacia la donataria es el despojo que sufre de bienes otorgados de todo corazón y recibidos con agradecimiento.

Además, esta mujer se va a encontrar probablemente divorciada, pues los tres años que duró el juicio, aparte de los problemas existentes con anterioridad a él, que llevaron a la revocación de las donaciones no son los ingredientes más a propósito para reunir a dos cónyuges desavenidos.

Así que se va a encontrar divorciada, pobre y vieja. ¿Cómo no impugnar los tres artículos de nuestro Código Civil que propician un desaguisado tal?

Nosotros nos pronunciamos absolutamente por su derogación. Dan lugar a situaciones como las recién descritas y a su vez estimulan conductas indeseables que la ley no tolera en otro tipo de relaciones jurídicas. ¿Cómo permitir las en el matrimonio, donde más cuidado se debiera tener en proveer lo necesario para evitar fricciones?

En el diccionario de sinónimos encontramos que donar es: dar, regalar, agasajar, conceder, obsequiar, albriciar, presentar, legar, ofrendar, conferir, dispensar, dedicar, contribuir, transmitir, traspasar.

La mayoría de estas voces lleva en sí misma implícita, una connotación alegre, positiva, casi festiva. Y en verdad donar es un acto que se deriva de la buena voluntad y disposición del donante y produce gran alborozo en el donatario aunque haya sido éste último quien inspiró la donación. La confirmación de su deseo con el hecho es siempre causa de celebración. Al producirse la donación ambas partes quedan gozosas.

Bien que estemos de acuerdo en que las donaciones de todos los bienes presentes y futuros deben prohibirse; otro tipo de donaciones debieran propiciarse pues la generosidad practicada como forma constante de vida ensancha el alma.

Ahora bien, en el caso de las donaciones entre consortes creemos que resulta sumamente nocivo el que se mantenga la posibilidad de revocación, -- pues mancha desde su inicio un acto que debiera ser limpio, claro y feliz. Dentro de nuestro sistema -- quien da sabe que tiene la prerrogativa de recuperar lo dado, así que su generosidad se ve menguada. --- Quien recibe sabe que lo otorgado sólo será suyo si el donante no se arrepiente y no lo revoca antes de su muerte. En este sentido más se asemeja el acto a un depósito que a una liberalidad.

Si a esto añadimos que, como venimos a corroborar con los tres casos expuestos, las donaciones de referencia constituían una protección a futuro de los cónyuges (tratándose de bienes inmuebles -- que servirían a solucionar problemas por venir o a -- brindar una mayor seguridad), la donación resulta como algo totalmente hueco y desprovisto de significado. La donataria nunca tuvo el bien, nunca lo disfrutó, ni lo usó, ni dispuso del mismo. ¿A qué equivale entonces esta donación? A bien poco. Estrictamente es una manifestación de lo que podría ser la -- última voluntad del donante, si las circunstancias -- no cambian.

A nosotros esto nos parece inadmisibile. -- Todo cambia. La vida es cambio. ¿Cómo pretender -- suspender el perfeccionamiento de una donación entre consortes a la inalterabilidad de una relación que -- por humana es básicamente dinámica? No está ahí la clave. El secreto se encuentra en la calidad de la relación. Los consortes deberían ser personas maduras, responsables, conscientes, unidos por un afecto profundo y una comunidad de intereses y metas a -- alcanzar.

Si las conductas de ambos discurren por niveles generosos, desinteresados, sin detenerse a pensar en la importancia del papel de cada uno, los dos van a seguir aportando todos los granos posibles al acervo común, como laboriosas hormiguitas. Este es

el ejemplo a imitar.

Si esta plenitud de comunicación se destruyese por algún imponderable que ninguno previó, ¿cómo entonces anular los efectos de una donación hecha en un momento que colmadamente la justificaba?

Algunos sostendrán un criterio distinto: - Podrán argumentar que el panorama social no es tan color de rosa; que los romanos no andaban muy descañados al prohibir las donaciones entre consortes, - pues son causa de que éstos se espolien mutuamente.

Nosotros contestaríamos que no desconocemos que la maldad, la perversión, la ruindad existen en este mundo. Sin embargo, estamos convencidos que la proporción que hay entre el bien y el mal arroja un balance inmensamente positivo a favor del primero.

Prueba de que el bien abunda y se impone a pesar de los malos deseos y las malas intenciones de algunos, es que estamos aquí y ahora.

Al Derecho le corresponde vigilar y alentar la práctica de lo bueno. A esto y a la protección de las mayorías debe encaminar sus esfuerzos no ignorando que ciertas normas buenas podrán tal vez - ser utilizadas por unos cuantos para servir a fines distintos de aquéllos para las que fueron concebidas.

Sin embargo, en relación a nuestro tema, - profesamos firmemente que los tres artículos que venimos atacando en este capítulo deben ser abolidos - absolutamente.

Las donaciones de los cónyuges suelen ser los únicos bienes que se allega el donatario a lo largo de su vida.

Imposible aceptar que ni sobre estos puede tener seguridad. Claramente se ve una desigualdad en el trato. El económicamente poderoso, amedrenta, -

acorrarla y detenta un poder sobre el económicamente-desvalido que molesta en esta época en que se pregona la igualdad.

Esto no es lo peor. Lo más grave es que - ante la incertidumbre en el porvenir, ante la angustia de vivir una situación indefinida, el énfasis de la relación se centra en el problema económico cuando debiera éste ser sólo un apéndice de la misma. - Esto sí es para ponernos a meditar.

No tutelemos actitudes inmaduras.

No tutelemos actuaciones "machistas".

No permitamos que el dinero o su falta sea el poder regidor de las relaciones entre cónyuges.

Pongamos por el contrario el acento en -- aquéllas cualidades maravillosamente humanas que engrandecen a quien las practica. Una de ellas es dar. Démos. Démos alegremente y, sobre todo, démos irreversiblemente.

CAPITULO IV

SEGUNDA PROPOSICION

Cuenta la Historia que cuando Carlos V vió se obligado a abandonar su amado Flandes para hacerse cargo de los reinos de Castilla y Aragón, tuvo a bien incluir en su equipaje una buena cantidad de raíces y tallos verdes de aquéllos que producían el vino del Rhin, su preferido, pues consideraba que bastante sacrificio se le imponía con tener que abandonar su tierra bienamada para tener también que prescindir de los vinos que deleitaban su paladar. Llegados que hubieron a España, ordenó que se plantaran los tallos traídos con tantos cuidados. Se escogió la región de Andalucía y a la tarea se dieron los mejores expertos en el cuidado de las plantas y en el abono de la tierra. Tras larga espera, un día por fin, estuvo listo el vino tan impacientemente esperado. Se organizó una pequeña ceremonia en la que el monarca procedería a la degustación y aprobación del producto.

Más he aquí que para sorpresa de todos, el zumo tan cuidadosamente elaborado no resultó en vino del Rhin. Habían asistido los presentes, en ese momento, al nacimiento del jerez.

El sol y el suelo arenoso andaluz crearon, con una materia prima excelente, un producto también excelente, pero distinto al de origen.

Tomemos este ejemplo tan claro que nos -- brinda la madre naturaleza y veamos de aplicarlo a las necesidades de este trabajo.

En efecto, nacen las reglas jurídicas en la conciencia social, como reflejo del sentimiento y

de la idea de lo justo existente en el hombre, y se concretan en costumbres, que al ser recogidas por los órganos adecuados más o menos rudimentarios, dan origen a las leyes. La diversidad de éstas trae consigo la necesidad de reunir las o compilarlas, según un orden determinado, más como la serie de leyes continúa sucediéndose y las costumbres produciéndose, resultan a veces antinomias entre las leyes y las costumbres, por lo cual se hace preciso resolverlas, armonizando las unas con las otras para lo que la mayoría de los países occidentales han recurrido a la codificación.

Se acepta generalmente que el proceso moderno de codificación se inició en Alemania, correspondiendo a Leibnitz la prioridad de haber pensado en un plan uniforme de legislación. Pronto, sin embargo, apareció la diversidad de pareceres cuestionándose largamente las ventajas y los inconvenientes de la codificación. Los primeros y más grandes campeones en esta discusión fueron Thibaut y Savigny, sosteniendo el primero la conveniencia de sustituir el derecho romano (vigente en Alemania en 1814) por un Código General, reflexivamente elaborado por los jurisconsultos con arreglo a principios ideológicos.

Savigny contestó a Thibaut, oponiendo la doctrina (que vino a formar la escuela histórica) del desarrollo orgánico y continuo del derecho, en relación con los otros elementos que integran la vida de los pueblos. Aducía que la codificación interrumpiría este desarrollo, debiendo renunciarse a ella, al menos por entonces. Savigny triunfó en Alemania que no entró de lleno a la corriente codificadora hasta fines del siglo XIX, pero los códigos franceses llevados por las armas victoriosas de Napoleón a diversos países mantuvieron la obra codificadora que no dejó de realizarse.

Hoy parece generalizada la tendencia harmónica de aceptar la codificación, pero teniendo en cuenta al formar los códigos el elemento tradicional

o histórico del derecho de cada pueblo.

Y aquí es donde viene a cuento la anécdota de Carlos V con que iniciamos este capítulo. Tomemos lo excelso de la producción de los jurisconsultos. De todos. De los romanos, de los germanos, de los franceses, de los españoles, etc., pero tengamos en cuenta el elemento propio o autóctono antes de decidir si adoptar, modificar o simplemente descartar cualquier herencia que, valiosa en su momento y lugar, nos resulte obsoleta. Ihering decía: "Hay que ir por el derecho romano, pero más allá del derecho romano hasta lo nacional".

Dentro siempre y sin apartarnos de nuestro tema, hemos visto que el régimen romano en relación a los bienes en el matrimonio fue un régimen separatista. A nosotros nos produce escalofríos el repasar las páginas del Digesto y comprobar la frialdad y el rigor con que se manejaban estos asuntos. - Fortísima influencia tuvo, sin embargo, en todos los sistemas occidentales, algunos de los cuales todavía lo instituyen. Uno de estos sistemas es el nuestro que como opción lo contempla.

Por otro lado también nuestro Código vigente contempla la sociedad conyugal de claro origen celtíbero y germano.

Don Florencio García Goyena en sus Concordancias nos ofrece estos sabrosos comentarios al artículo 1235 que habla de los bienes en el matrimonio:

"La sociedad legal de ganancias entre marido y mujer es indudablemente de origen germánico, - así como el usufructo foral de las viudas, las arras y otras disposiciones favorables al bello sexo.

Hallamos pues la sociedad de ganancias en la ley 16, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, I, título 8, libro 3 del Fuero Real, que es la I recopilada, título 4, libro 10, en proporción a los bienes - de cada cónyuge. Pero de la misma ley 16 se despreñ

de que esto daba lugar a disputas y pleitos; la I del Fuero Real los cortó adjudicando las ganancias por mitad".

"Nuestro Fuero excepcional del Baylío, por el que se comunicaban y partían como gananciales todos los bienes que los casados llevaban al matrimonio y los que durante él adquirían por cualquier razón, era el derecho común o estatuario en Holanda y en otros países. La sociedad (según fuero de Baylío) aunque a primera vista parezca esorbitante, guarda cierta, por no decir perfecta, armonía con la naturaleza del matrimonio que envuelve la comunión de cuerpos y almas.

"El artículo 174 del nuevo Código civil de Holanda conserva la antigua comunión de bienes, pues dice así: "Desde el instante de la celebración del matrimonio, existe de pleno derecho entera comunión de bienes entre los esposos, a menos que no se hayan hecho otras disposiciones sobre este particular, por pactos matrimoniales".

Sobre las ventajas y preferencias del régimen puramente dotal romano o el de Comunión y Conquistas, sobre cual de ellos deba formar el derecho común en falta de capitulaciones matrimoniales o habiéndolas, pero sin pacto especial acerca de esto, pueden leerse los filosóficos discursos franceses 65 y 69: el régimen dotal es en verdad más sencillito, pero da compañeras más frías e indiferentes; el otro es más justo y da compañeras más afecuosas, que por su propio interés trabajarán con mayor actividad para el buen éxito de los negocios del matrimonio.

"La derogación de la costumbre contraria a las mujeres cordobesas, por la ley recopilada 13, título 4, libro 10 y su nota I, se fundó en estas mismas consideraciones: que "De todos modos sería (la costumbre) injusta y perjudicial al matrimonio: injusta, por que deja sin premio el mérito de las mujeres virtuosas que han cumplido con la obligación de-

acrecentar el patrimonio de la familia, de que son un agente principal; y perjudicial porque funda y fomenta la iniciación y el aborrecimiento de los cuidados domésticos, de la economía y prosperidad de las casas que necesariamente gobierna".

Esta cuestión fue debatida con mucho calor y era de grande interés en Francia, dividida casi por mitad entre los dos sistemas opuestos: en la una prevalecía como derecho común el sistema dotal romano; en la otra el de la comunión.

Entre nosotros el caso era muy diverso; la sociedad legal era el derecho común en toda España; conservamos, pues, la legislación y costumbres que remontan hasta el Fuero Juzgo". (53)

Pero tal vez ha llegado el momento de decirse. Sabemos que los romanos tutelaban sobre todas las cosas la propiedad, siendo probablemente su obra maestra el contrato. La Edad Media tuteló los linajes, los mayorazgos, creando las heredades y sacrificando a este principio a todos los miembros de la familia, pues sólo uno era el continuador de la estirpe. La edad moderna so pretexto de la libertad, tutela el egoísmo humano permitiendo la libre contratación en relación a los bienes dentro del matrimonio.

Si es esencia del matrimonio la comunidad de vida, debe serlo también la comunidad de bienes. Es decir, al existir la opción de regímenes, los contrayentes no pueden menos que reflexionar de esta suerte: "Nosotros creíamos que nos casábamos para -

(53) FLORENCIO GARCIA GOYENA, Obra citada, págs. 195, 196, - 197.

bien o para mal, en la riqueza o en la pobreza, en la salud o en la enfermedad, más si la ley ofrece esta opción, tal vez no debe ser tan completa la comunidad. Debería quizás reservarme bienes y productos. A lo mejor es prudente que yo ponga a mi nombre lo que vaya adquiriendo..." Finalmente se podría concluir el soliloquio de esta manera: "Además es justo que lo que yo pueda adquirir me pertenezca absolutamente".

Y de esta manera quedan sembradas en la mente de los contrayentes las primeras suspicacias que pueden transformarse, al soplar los primeros vientos de fronda, en grandes dudas, celos, temores y escepticismos, en una relación que debería ser ajena a estos problemas.

De todas maneras parece haber dos distintos criterios aplicados en nuestro Código. El primero que establece muy precisamente los requisitos y los impedimentos para contraer matrimonio así como las obligaciones alimentarias y los derechos y obligaciones para con los hijos; y el segundo que deja a la omnímoda voluntad de las partes, la decisión del régimen al que someterán su unión.

Pero la familia es una institución de orden público y su régimen en cuanto a los bienes no debe, por tanto, resultar indiferente al legislador.

Concluimos el Capítulo anterior proponiendo se derogasen los tres artículos referentes a las donaciones entre consortes.

Es cuestión medular de este Capítulo propugnar por la supresión del régimen de separación de bienes.

No somos ajenos a las modas contemporáneas que parecen inclinarse preferentemente al sistema contractual. Pero los razonamientos que sostienen:— que siendo el matrimonio el acto más importante de —

la vida privada, debe tener en la ley la elasticidad suficiente para que los cónyuges puedan adoptar aquellas organizaciones más favorables a sus aspiraciones y a sus particulares circunstancias, no nos convencen.

"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". (54)

"... la naturaleza de la sociedad conyugal, en la que hay una fusión material y espiritual de dos cuerpos y dos almas, perfecta traslación de dominio, precisamente sobre lo que no puede ser objeto de él, comunicación de dos vidas para formar una tercera a impulsos del amor; que cada una de las esferas se encuentre limitada por la otra, debiendo la mujer respetar las iniciativas del marido, mientras no se opongan a sus intereses propios; y el marido debe tomar en cuenta las iniciativas de la mujer, la cual muchas veces llega con el corazón allí donde el hombre no alcanza con su mente, y que la sociedad conyugal es a manera de una confederación formada por dos Estados que se unen sin perder sus personalidades características". (55)

A las opiniones de estos prestigiados autores se podrá oponer, como crítica, la de resultar anacrónicas pues pertenecen a fines del siglo pasado.

(54) TEDESCHI, El régimen Patrimonial de la Familia, págs. 356 357.

(55) DALMACIO IGLESIAS, Capacidad Jurídica de la Mujer casada ante el Derecho Natural, Barcelona, 1906, págs. 28 y 31.

Nosotros pretendemos apoyarnos en ellas para esgrimir una tesis que sea muy apegada a nuestro momento, 1983, sin olvidar que en favor del régimen de comunidad de bienes puede argumentarse que lejos de ser monopolio de una parte de Europa occidental, el régimen de comunidad se encuentra en numerosos pueblos no cristianos, desde Madagascar hasta los países de Asia situados entre la India y China. El estudio de las civilizaciones que lo han visto florecer, revela las condiciones que permiten su establecimiento. Hace falta que la familia, en sentido estricto: marido, mujer e hijos, se encuentren muy unidos para que la cohesión interna de sus miembros les permita llevar una vida independiente de los parientes unidos por el matrimonio. El régimen de comunidad corresponde, por lo tanto, a una cierta concepción del matrimonio.

Es a esta cierta concepción del matrimonio a la que queremos referirnos precisamente.

La familia patriarcal, en sus dos estilos, monogámica y poligámica, se instituye por un acto de soberbia del hombre. Surge cuando se descubre la relación que existe entre la cópula y la fecundación. Representa la ambición de perpetuarse, de no morir y de participar de lo eterno. Toda vez que la inmortalidad ha sido desde tiempos inmemoriales asociada a los dioses, el hombre, al sentirse prolongado en su hijo, pretende participar de ella y por lo tanto de la divinidad.

Pero el problema no es tan simple. Al hombre no le basta con *sentirse prolongado*; debe *saberse prolongado*. La necesidad de esta certidumbre es la que condiciona la sujeción de la mujer. Era inevitable. Todas las sociedades primitivas establecen, entonces, la familia patriarcal y crean fuertes castigos a quienes transgreden sus límites.

Cuando decimos que la familia patriarcal surge de un acto de soberbia del hombre, nos referi-

mos al hombre varón y no al hombre como representante de la especie humana. Esto es evidente pues la mujer supo siempre quienes eran sus hijos y no por eso desarrolló pretensiones de diosa.

Este cambio de estructura, sin embargo, trajo como consecuencia una revolución de la ética social de la época. La familia patriarcal se sustentaba sobre una condición *sine qua non*; la virtud de la mujer. ¿De qué forma si no se puede estar seguro de la paternidad? Como parece que la fidelidad no es una cualidad innata al ser humano, es necesario reforzar su implantación y práctica por los medios más rigurosos. Los castigos más atroces se aplican, entonces, a las mujeres adúlteras. Toda clase de tormentos y hasta la pena de muerte se imponen como medidas ejemplares para desalentar el adulterio.

Pero, si bien la esposa infiel era duramente castigada, el marido no era castigado en modo alguno por sostener otras relaciones sexuales. Sólo se le castigaba cuando el adulterio se cometía con mujer casada, pues entonces estaba irrumpiendo en la propiedad de otro hombre.

De aquí se desprende la diferencia fundamental entre la esposa y la amante. La esposa debe ser virtuosa y fiel, pues a través de sus hijos se va a continuar la estirpe del marido.

En cambio la amante representa sólo la atracción sexual, caprichosa y generalmente pasajera.

Si al hombre le costaba tanto trabajo y preocupación el tener a su mujer sujeta, justo era que también tuviera todos los derechos sobre ella. Si los hijos representaban su posibilidad de perpetuación, debía poder también disponer de ellos y decidir quienes eran dignos de tomar su estafeta y quienes no. Esposa e hijos son convertidos en objetos, en propiedades sobre los que se tiene derecho de vida y muerte. Por eso en las sociedades primi-

tivas de esta segunda etapa, mujer e hijos eran inventariados junto con animales, tierras y cualquier otra propiedad.

El advenimiento del cristianismo introduce algunas variantes a este esquema, sin apartarse medularmente del mismo. Recordemos que la religión cristiana se sustenta en tres pilares fundamentales: Dios Padre, Dios Hijo y Dios Espíritu Santo. Es una religión típicamente antropocéntrica, si bien Dios - Hijo, aunque nacido de vientre de mujer, la Virgen-María, está libre del "pecado" del sexo pues es concebido por obra y gracia del Dios Espíritu Santo.

Las innovaciones más importantes de esta época consistieron en:

1. La glorificación del hijo.
2. La santificación de la madre.
3. La represión del sexo, que se impuso con tal rigor que se negó la posibilidad de todo acto sexual a hombres y mujeres fuera del matrimonio. Aún, según San Pablo, debía evitarse dentro del matrimonio cuando no fuese con objeto de procrear.
4. El estímulo al ascetismo, que se reforzó con la promesa de una vida eterna después de la muerte.
5. La fidelidad conyugal que cobró nueva fuerza con la institución del sacramento del matrimonio y su indisolubilidad.

Con el correr de los siglos, se observó que algunos de estos principios no eran observados por los cristianos, no porque fuesen irrespetuosos de su Iglesia, sino porque estos principios son contrarios a la naturaleza humana.

Sobrevino el gran cisma. Con la implantación del protestantismo se dio un paso adelante. Se

consideró que el celibato entre los sacerdotes no era sano, como tampoco lo era que el matrimonio fuese indisoluble, pues ambas situaciones propiciaban relaciones sexuales que la Iglesia sancionaba. Se estableció entonces la facultad de contraer matrimonio para los curas y el divorcio como recurso para deshacer una unión indeseable.

Tomemos estas dos grandes ramas en que se dividió el cristianismo: la católica o tradicional u original y la protestante o reformista.

Los mexicanos se adhieren a la primera; nuestros vecinos del norte a la segunda.

Aquí tenermos ya una gran diferencia en el planteamiento de la familia.

La Iglesia Católica, al no permitir la disolución del vínculo matrimonial, propicia las relaciones sexuales extrametrimoniales que mencionábamos al tratar de la familia celular.

Bien es cierto que el Estado mexicano implantó desde 1917 el divorcio vincular pero, por un lado la Iglesia no lo aprueba y, por otro, la costumbre ampara y solapa a aquellos que, siguiendo la tradición machista, se encuentran muy a gusto con el sistema anterior.

La Iglesia protestante sí permite el divorcio que ha proliferado de una manera alarmante. Se nos ocurren dos causas como responsables de esta situación en nuestro vecino país del norte. Una, que la familia americana fue, prácticamente desde sus inicios, nuclear. Por esto queremos decir que constaba estrictamente de padre, madre e hijos. Su sistema de colonización así lo indica. Conservaba de la familia celular la división del trabajo entre los padres y ésto hacía que, aunque escasa en miembros, esta familia resultase fuerte en lazos afectivos. Sus integrantes dependían mucho unos de otros. Con-

el desarrollo industrial y la incorporación de la mujer a la fuerza de trabajo, esta familia sufrió un fuerte descalabro.

La segunda causa es la influencia puritana que está omnipresente en la vida del pueblo americano. En el plano sexual podemos decir que está tan mal visto el adulterio, que las personas se sienten obligadas a legalizar cualquier relación sexual con tal de no ser tomados como libertinos. Esto produce una interminable cadena de matrimonios que no tienen razón de ser.

Nosotros, representantes de la familia celular, tendremos que incorporar el progreso a su espíritu, depurando su estructura. Debemos insistir en fortalecer los lazos afectivos con el mayor número de parientes y amigos ya que hemos visto lo indispensable que esto resulta para la positiva conformación del ser humano. En este sentido, debemos conservar nuestras raíces, pero darle un nuevo enfoque a estas relaciones que evite la dependencia que obstaculiza y retrasa el correcto desarrollo. Hacer un uso positivo de la libertad alcanzada que nos permita producirnos con honestidad, lo que significa no tolerar tanto adulterio. Entre nosotros, la idea de infidelidad original evolucionó y adquirió características propias y muy negativas. En vez de la brevedad e intrascendencia a que aludíamos antes, en nuestro país es más común de lo que quisiéramos aceptar, que se tengan dos o tres familias; que se mantengan amantes "de planta" por muchos años y que, paralelamente a estas dos posibilidades, existan livianos escarceos ocasionales. Así que bien podemos decir que somos una sociedad de costumbres relajadas.

La reacción de los jóvenes a este relajamiento de costumbres que advierten en sus mayores, ha sido la realización de estos matrimonios de corta duración. Influidos por estilos extranjeros que aparentemente reflejan mayor limpieza interior, están -

apostando sus vidas irreflexivamente a una proposición que también es inadecuada. No se han dado cuenta, en su atropello por manifestar su inconformidad, que el modelo por ellos adoptado no representa, en último análisis, más que el residuo de aquella exigencia cristiana de cubrir con el manto del sacramento del matrimonio toda relación sexual, ya que la fornicación simple lleva directamente a la condena eterna.

El matrimonio no es eso. Ni el divorcio tampoco.

Por lo que respecta al divorcio podríamos decir que tiene una doble función social: liberar a la pareja desdichada de una unión que ya no desea y disminuir el relajamiento de las costumbres.

Si una persona quiere formar otra familia, no tiene que recurrir a la clandestinidad, puede hacerlo abiertamente. Es de esperarse que cuando las mujeres tomen conciencia clara de esta posibilidad, se prestarán menos a formar familias con hombres casados. Una mujer vale tanto como otra y si un hombre quiere tener una relación permanente con una mujer, debe proponérsela limpiamente. La mujer, también, debe salir de su pasividad y exigir un trato digno en vez de someterse blándamente a un destino que piensa manifiesto.

Por otro lado no sólo son elementos anteriores a nosotros los que amenazan la institución del matrimonio. Hay otros de muy reciente cuño que resultan igualmente corrosivos. El más importante es la modificación del Código civil de 1975 en materia familiar.

El Código Civil de 1928 dispuso:

1) Equiparar la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciéndose que ésta no quedaba sometida, por razón de su sexo, a restricción legal-

alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos. Como consecuencia de esta equiparación, se dio a la mujer domicilio propio; se dispuso que tuviera en el matrimonio autoridad y consideraciones iguales al marido y que, por lo mismo, de común acuerdo arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes de éstos.

Se estableció que la mujer pudiera sin necesidad de autorización marital, servir un empleo, ejercer una profesión, industria o dedicarse al comercio, con tal que no descuidara la dirección y trabajos del hogar.

Los autores del proyecto lo expresaron así: "La mujer casada puede administrar libremente sus bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, si así lo hubiera convenido con su esposo".

"La mujer casada tiene derecho de pedir que se de por concluida la sociedad conyugal cuando, teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente."

Cuatro años más tarde, los mismos autores del proyecto, al dar cuenta de la revisión hecha por la opinión pública, expresaron:

"La equiparación de la capacidad del hombre y de la mujer se hacía necesaria en vista de la fuerza arrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente, la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abiertas las puertas para que se dedique a todas las actividades sociales, y en muchos países, toma parte activa en la vida política. En tales condiciones era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil sustentada por el Código actualmente en vigor".

He aquí las disposiciones legales sobre la capacidad civil de la mujer:

"La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia la mujer no queda sometida, por razón de su ser, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles."

"La patria potestad se ejerce por el padre y la madre".

"El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales."

"El marido y la mujer mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta la autorización de aquél; salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre la administración de los bienes".

"El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos para el sostenimiento del hogar."

"Estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar."

La igualdad del hombre y la mujer en materia laboral ya había quedado plasmada desde mucho antes en nuestra Constitución:

"Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad." (Art. 123, II, V y VII).

Así las cosas, vienen las reformas de diciembre de 1975 y so pretexto vanguardista de impre-

sionar a propios y extraños provoca un revés de incalculables consecuencias para la unidad familiar.-- La exposición de motivos de la iniciativa explica: -- "es fundamental la reforma ya que a través de ella -- quedará afianzada la igualdad entre el hombre y la -- mujer por lo que toca al sostenimiento del hogar, a -- la alimentación y a la educación de los hijos", a -- fin de que "el vínculo matrimonial, libremente con-- traído apareje con elevado sentido de responsabili-- dad y de solidaridad, obligaciones recíprocas y com-- partidas y toda vez que "el trabajo efectivo de to-- dos, hombres y mujeres, es, en efecto, la garantía -- más segura de que el desarrollo nacional había de -- ser una tarea de esfuerzos y de frutos compartidos y no sólo un falso espejismo de progreso."

La verdad de las cosas es que la reforma -- aludida es tan separatista en esencia, como el régi-- men romano. Hoy, la mujer debe saber que de acuerdo con el Art. 164, la responsabilidad económica recae-- sobre ambos consortes.

Debe saber que casada o divorciada no tie-- ne derecho a pensión alimenticia a menos que aporte-- la doble prueba de estar incapacitada para trabajar y carecer de bienes.

Debe saber que en caso de viudez tampoco -- tiene derecho a pensión alimenticia si no produce es-- ta doble prueba. (Art. 1368, fracción III).

Debe saber que puede ser desposeída de -- cualquier donación de que haya sido objeto por su ma-- rido o exmarido. (Art. 233).

Debe saber que aunque ofrezca sus mejores-- años en el intento de lograr un hogar, y se empeñe -- hasta el límite de sus capacidades, al surgir un di-- vorcio por mutuo consentimiento (que es el medio de-- seable de divorciarse) no está amparada económicamen-- te. (Art. 288, último párrafo).

Debe saber, entonces, que debe trabajar ab solutamente para solucionar su problema de supervi--
vencia personal, pues no hay nada que legalmente la proteja. Está a merced de su capacidad productiva.

Si tomamos en cuenta las cifras del censo--
llevado a cabo en 1970 en el sentido de que de las -
mujeres casadas, sólo trabajaban el 15%, menos nos -
explicamos las drásticas reformas de 1975.

Por otro lado no consideramos el problema--
del trabajo de la mujer fuera del hogar como un pro-
blema de capacidad sino de conveniencia.

Si la mujer sabe que debe ser económicamen-
te suficiente, lo será, pero ¿conviene situar la --
cuestión sobre esta base? ¿Qué va a pasar cuando pa-
ra cada mujer, antes que otra cosa, se presente co-
mo condición existencial ineludible su independencia
económica? ¿Qué pasará con esos hijos abandonados -
bajo el pretexto de que cada uno de los padres debe-
realizarse económicamente? ¿Qué pasará con la fami-
lia, como núcleo social, con dos cabezas iguales, im-
portantes ambas en sus distintas actividades económicas
y con la misma necesidad de realización y éxito?

Qué, ¿si se lograra idealmente esta situa-
ción de autosuficiencia económica, como sin duda es
posible, y la mujer ganara igual o más que el hombre,
no habríamos cambiado lo más por lo menos?

A lo anterior deberemos aunar la agravante
del régimen de separación de bienes, pues en este ca-
so la mujer no tiene derecho a nada que compense su
dedicación al hogar.

Paralela a esta dramática situación de la
esposa, encontramos los beneficios que brinda el con-
cubinato. Los concubinarios sí pueden contratar en-
tre sí y desde luego las donaciones que se hicieren-
son perfectas desde el principio.

¿Para qué casarse entonces?

Podría pensarse que el concubinato ofrece ventajas de las cuales carece el matrimonio. La misma situación ambigua puede llegar a contemplarse como ventaja, pues al saber ambas partes que ninguna tiene obligación de "aguantar", al no haberse observado los ritos que mencionábamos en el primer capítulo, la terminación de la relación es mucho más simple aunque esta misma sencillez obre en el ánimo de ambos y respeten más sus respectivas posiciones pues saben que están muy precariamente sostenidas.

Pero a nosotros nos parece que el concubinato es siempre un estadio inferior al matrimonio. - La falta de decisión consciente de comprometerse permanentemente lo evidencia.

Amar, como dice Fromm, es conceder a ciertos valores gran importancia y apostar su vida a ellos. Esta intención absoluta es la que distingue y presta calidad al matrimonio.

Por eso es importantísimo que decidamos - cuales son los valores que hay que tutelar en el matrimonio y que a ellos nos apostemos.

Para nosotros, el matrimonio no será jamás la reunión de dos ingresos. Debemos remontarnos mucho más alto. El matrimonio podía ser la reunión de dos emociones, de dos sensibilidades, de dos posibilidades, de dos valoraciones, de dos ansias de comunión, Por eso es indispensable que la pareja que se encuentra en el umbral de una relación tan extraordinaria, se sepa libre y en igualdad de condiciones.

Esto es un punto crucial: la libertad. Deberíamos crear las condiciones óptimas en que esta libertad pueda manifestarse De ahí que nosotros propongamos como régimen patrimonial el de la comunidad. Si ésto se estableciese se crearían los primeros mecanismos sobre los que construir la seguridad de la-

la pareja. Libres de preocupaciones en cuanto a sus bienes, los cónyuges se abocarán a realizar los fines para los que se unieron dentro de un clima de tranquilidad económica.

Se trata, en fin, de rescatar la institución del matrimonio con los atributos positivos que le deben ser propios.

Soñar es precioso, pero no todos están preparados para afrontar la realidad que nos espera al despertar.

Desaparecidos los fuegos artificiales de las primeras y fogosas sensaciones; calmadas ya o tranquilizadas las efusiones sexuales, la vida normal y cotidiana se va abriendo paso acentuando y normando los actos de la pareja.

Como se estila tanto ahora, se casaron en régimen de separación de bienes: "lo tuyo es para ti y seguirá siendo tuyo y lo mío, obviamente es y será mío, en lo que tengo y lo que acrezca en el devenir del tiempo, gracias a mi trabajo que espero sea rentable".

El va a ser, en unos años, un profesional de éxito, hombre además respetado y respetable, jefe de un hogar en el que los niños son la alegría y el sueño de la pareja al pensar en lo porvenir para ellos.

Mientras él labora en la calle atendiendo su oficina, en la fábrica, en el laboratorio o en su mesa de trabajo, ella atiende, asistida o no, según el ingreso de su esposo, a todas las obligaciones domésticas: limpiar la casa, hacer el mercado, cocinar, vestir, bañar, educar a los hijos, administrar y estirar el gasto. En la enfermedad, vigilar con ternura y eficiencia el proceso de la crisis.

Ni qué decir tiene que ella colgó su título, si lo tenía, para dedicarse en cuerpo y alma a

su hogar: su esposo, sus hijos, su casa, en fin.

El se realiza profesionalmente y ella llega a la excelencia como madre, como esposa y dueña de la casa.

Mientras él se iba realizando día a día, - ella alumbraba nuevos hijos, los criaba, los educaba y atendía los menesteres propios del ama de casa --- brindándole a él un rincón amable y cálido con hijos sanos y bien portados que eran su orgullo y su vanidad.

Pero a la hora de la triste realidad, si - por algún motivo se dividen los caminos, resulta que lo de ella no entra en la balanza: "estamos casados en régimen de separación de bienes. Lo tuyo para tí y lo mío se mío."

"Yo no tengo nada", se dice ella "y según lo que me dice, todo cuanto hice como esposa y como madre no tiene ninguna valoración. Lo de él fue muy importante, pero lo mío fue algo así como "lo comido por lo servido". Fui menos que la última concubina - quien en el postrer instante siempre alcanzará una expresión de generosidad de él en el momento de decirse adiós".

Ella no tiene ningún derecho. Fue una fámula sin honorarios, abnegada y siempre contenta. Le - brindó todo a partir de su cuerpo, sus entrañas, su dedicación maternal, su espíritu administrativo, -- ¡todo! y ahora queda enfrentada a una realidad miserable porque en las leyes hay omisiones que lesionan los intereses respetables de la mujer y todos sus derechos.

Sí, el despertar es brutal y despiadado.

Las mujeres han tenido que reaccionar violentamente ante esta disposición de la ley y observamos hoy la gran preocupación de las mismas por prepara

rarse y trabajar.

Y como apuntábamos en párrafos anteriores, si es preciso que trabajen, lo harán y bien, pues, - repetimos, no es un problema de capacidad. Lo importante a dilucidar es la conveniencia a ultranza de - que esto así sea.

Nos parece que nuestro mundo contemporáneo se halla sumamente enrarecido a consecuencia del cúmulo de descubrimientos técnicos y científicos.

Estos han modificado al hombre de tal manera que lo han convertido en un ser extraño y radicalmente distinto al de hace apenas cincuenta años.

La pareja humana se siente frágil y como - fuera de lugar en este nuevo mundo revolucionado y - revolucionario.

La electrónica, las calculadoras y computadoras parecieran haberse concebido para deshumanizar al hombre.

Pero no es así. La máquina debe servir para redimir al hombre de sus actividades más penibles, jamás para suplantarlo. La máquina debe ser la ayuda y el apoyo que nos brinde la oportunidad de actuar y ser.

Sin embargo, esto no todos lo entienden. - Reina una gran confusión en la que encontramos mezcladas, una gran avidez de novedades unida a una ambición irreprimible de acumular "cosas" y, además, - una rebeldía constante contra los valores tradicionales: la autoridad de los padres, el poder del Estado y así al infinito. Todo es discutible, pero al mismo tiempo no es difícil imaginar que el individuo, - asustado ante tantas opciones, se retraiga y se conforme apenas con existir. El mundo aturde y la energía que se consume solamente en sobrevivir, agota.

Todos estos trastornos aplicados al concepto de familia han producido distintas manifestaciones conocidas por todos, pero que a nuestro parecer apuntan en una sola dirección: la falta de meditación adecuada para ponderar la bondad de adoptar cualquier cambio. Estos se implantan caprichosamente, por imitar a otros, sin que medie reflexión alguna, pues otra de las características de este momento, la constituye el rechazo a la meditación y pensamientos profundos. Realmente abunda la superficialidad.

Así, en estos momentos nos encontramos en México con una legislación tan extraña que nos obliga a convencer a la mujer para que sea madre pues producto de las disposiciones legales que reglamentan el matrimonio, su situación es tan precaria, que antes de ser madre, la mujer debe proveer a sus necesidades.

Las jóvenes de hoy no serán madres o no serán buenas madres a menos que el medio circundante y su compañero las convenzan que la maternidad es una meta valiosa. Hasta esto se ha llegado: a ir contra la naturaleza misma, a consecuencia del enrarecimiento ambiental y a la falta de conciencia.

Es comprensible, de alguna manera que así sea, pues con qué disposición mental va la mujer a dedicarse a los delicados cuidados y responsabilidades de los hijos, si ella misma está insegura y desprotegida.

Nosotros, dentro de la modestia de nuestro trabajo, quisieramos contribuir al reencuentro de la pareja en sus posibilidades humanas más sublimes.

"La mujer es moral y jurídicamente igual al hombre teniendo absolutamente las mismas facultades fundamentales e inteligencia; pero existe entre ellos una notable diferencia en cuanto a modo de manifestarse estas facultades, diferencias de donde re

sultan para cada uno funciones diferentes en el matrimonio". (56)

La unión matrimonial actual es mucho más exigente que la antigua.

Hoy son dos personas a convivir, pero también son sólo dos. Es decir, antes las parejas se encontraban rodeadas de gran grupo familiar que imponía a veces su voluntad, pero que también indudablemente ayudaba en múltiples ocasiones.

Hoy la pareja se encuentra sola para encauzar su vida y resolver los problemas que se presentan. Todo tiene un precio. El precio de la preciada independencia es la responsabilidad que impone. - El precio de la libertad alcanzada, la soledad. Por eso resulta indispensable que el Derecho se preocupe más que nunca de crear las normas que propicien el mejor desarrollo de la relación humana, pues ésta cuenta con muy pocos puntos de apoyo.

Liberarla de las inseguridades económicas podría representar un primer paso importante en su reforzamiento. Debemos ocuparnos, como el campesino, en limpiar la tierra y desbrozar los surcos para que la semilla que se deposite en ellos fructifique sana y fuerte para beneficio propio y común.

Enseguida transcribimos unos comentarios de Don Angel Osorio, abogado, parlamentario, ministro, embajador y gobernador de provincia, pero sobre todo, hombre de sensibilidad exquisita, que expresa

(56) AHRENS, Cours de Droit Naturel, 2a. Edición, Bruselas, 1844, págs. 436, 438.

desde el punto de vista masculino lo que hemos venido tratando en el presente Capítulo: la complementación de la pareja.

".. Por hermosas que sean, siempre hay algo más atractivo que examinar en ellas: el juicio. - ¿Es por superioridad de inteligencia o de cultura? - Ciertamente no. Será por intuición nativa, o por tendencia a la desconfianza, o por mayor esmero en la defensa de los intereses... Será por lo que sea, pero es lo cierto que, generalmente, las mujeres dan en todos los asuntos una asombrosa nota de clarividencia. Diríase que olfatean el peligro intuitivamente, o que tienen privilegio de adivinación .

Ellas no razonarán el por qué de su tendencia; pero cuando dicen que se vaya aquí o que no se vaya allá, hay que tomarlo en cuenta con gran esmero porque rara vez dejan de acertar."

"Hasta tal punto creo en la influencia, en la saludable influencia de la opinión femenina, que suelo inquirirla aún sin conocer a la mujer. Más de cuatro veces he sorprendido a un consultante que me confiaba un problema abstruso, preguntándole: "¿Es usted casado?". Y añadiendo, ante su respuesta --- afirmativa: "¿Qué piensa su mujer de usted?". Pasada la estupefacción del primer instante, el consultante reacciona, hurga en su memoria ¡Y casi siempre se encuentra materia aprovechable en el dictamen femenino! Una vez dice la esposa que no se asocie con Fulano, porque no es de fiar; otra, que liquide la industria, porque necesariamente irá de mal en peor; otra, que ceda ante la exigencia de A y no se rinda la de B; otra, que compre o venda tales o cuales valores. Casi nunca llega en sus argumentos más allá de: me lo da el corazón, ¡pero casi nunca se equivoca!"

".. Algún colega, con la experiencia de - que se suele alardear entre los veinte y los veinticinco años, guñará el ojo, entre malicioso y compa-

sivo, y preguntará:

- De modo que, a juicio de este señor, -
¿hay que creer en la mujer?

Y este señor le responde con un fervor desbordante:

- ¡Hay que creer! Porque el desventurado que no crea en la mujer, ¿a dónde irá a buscar el reposo del alma?" (57)

Si, hay que creer en la mujer. Y en el -
hombre. En la pareja. En su ser humano. En el --
amor. En la libertad de expresión y manifestación -
de este sentimiento. En su desarrollo hacia la emo-
ción madura, cálida y afectuosa, cuyo caudal se en--
sancha a lo largo de la vida integrando a él los de-
más seres y cosas. Creer en la alegría. Y en la ge-
nerosidad. Creer, en fin, en lo bueno y en lo justo.

(57) ANGEL OSORIO, El Alma de la Toga, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1981, págs. 325, 326, 327 y 328'

CAPITULO V

C O N C L U S I O N E S

Si fuésemos muy duchos en el oficio, no haría falta enunciar las conclusiones que se desprenden de nuestra investigación y nuestro sentir más + que para cumplir con el requisito que la forma de este trabajo impone.

En este caso, sin embargo, nuestra condición de aprendices ve con muy buenos ojos la oportunidad de expresar en unas cuantas cuartillas nuestra posición en relación al tema. Posición que en un principio nos hizo inclinarnos por él un tanto emocionalmente si se quiere, pero que ahora, después del estudio realizado se perfila como necesidad insoslayable para todos aquéllos de alguna manera vinculados a la elaboración de normas.

Extrema responsabilidad del jurista y la del hacedor de leyes, pues el bienestar de muchos depende de lo acertado y oportuno de su trabajo.

Nosotros, al umbral del inicio de nuestra carrera profesional, nos atrevemos, no timidamente, porque la convicción es profunda y fuerte, pero sí con todo respeto a proponer las siguientes conclusiones:

1.- EL MATRIMONIO ES UNA INSTITUCION.

Es el matrimonio una institución social, cuya influencia se muestra en la vida física, económica, moral, intelectual y política.

En la vida física influye el matrimonio, dando garantías para la vida del feto y el desarro--

llo del niño, y ejerciendo una acción benéfica en la salud de los cónyuges. Bertillón atribuye al matrimonio el efecto de hacer disminuir la mortalidad, los suicidios y las enajenaciones mentales.

La influencia del matrimonio en la vida económica se comprende considerando que aumente la población y, por lo tanto, el número de trabajadores y que, dado que la necesidad de atender a la subsistencia de la familia es un estímulo para la actividad económica individual, el matrimonio aumente también la fuerza productiva del trabajo.

Desde el punto de vista moral, tiene el matrimonio una grande y beneficiosa trascendencia, pues de un lado permite la normal educación de los niños y de otro moraliza a los cónyuges disminuyendo la prostitución, las uniones ilegítimas y hasta la delincuencia, constituyendo, en opinión de Legouvé, una escuela de perfeccionamiento mutuo.

En cuanto a la vida intelectual, el matrimonio, libertando al hombre de la fiebre genésica y del desorden en la satisfacción de la misma y proporcionando orden y regularidad de costumbres, favorece las labores intelectuales, pues como dice Ramón y Cajal, "las ideas son flores de virtud que no abren sus corolas o se marchitan rápidamente en el vaho de la orgía".

Influye el matrimonio de una manera poderosa en la vida política, tanto porque el que tiene familia es más amante de la paz y el orden público como porque el que sabe vivir sometido a la disciplina del hogar, sabe también someterse a la disciplina del Estado, pues como escribe Schomoller (Principios de Economía Política), "La cohabitación constante durante años, del hombre y la mujer, de los padres y los hijos, es condición previa para el desenvolvimiento de un fuerte sentimiento del deber, de la aptitud para los sacrificios heroicos, la condición y,

en general, de los sentimientos de simpatía fuertes de la tradición a las generaciones futuras de las conquistas morales realizadas por las que nos han precedido". ¿Cómo puede siquiera pensarse que todo ésto se contenga en un contrato?

2.- PROPONEMOS QUE LAS NORMAS PRESUPONIENDO LA DOTE, QUE POR OLVIDO O DESCUIDO PERMANECEN EN NUESTRO CODIGO CIVIL VIGENTE, SEAN DEROGADAS.

El sistema dotal romano fue un régimen separatista, pero fue también un régimen clasista y elitista. Para contraer justas nupcias, había que ser ciudadano romano, pues sólo éstos poseían el *conubium*, que era un privilegio privado de ciudadanía consistente en el derecho a casarse en justas nupcias con todas las consecuencias del *ius civile*. Antes de la *ley Canuleia* de 445 A.C., ambos cónyuges debían ser patricios. (58)

En estas condiciones se justifica la separación de bienes y la dote. En efecto, se casaban los patricios, es decir los aristócratas, los ricos. Ambos contrayentes poseían amplios bienes. Era preciso reglamentar el destino de esos bienes, pues su propiedad no sólo afectaba a los cónyuges sino a sus *domus*.

La dote se entiende como la contribución de la mujer patricia a las cargas del matrimonio. No hubiese sido decoroso que llegase la mujer con las manos vacías. Había un cierto orgullo de clase en contribuir y no pasar a ser sólo mantenida.

(58) MARGADANT GUILLERMO, Obra citada. pág. 208.

¡Qué lejos estamos nosotros de la situación recién descrita! Por fortuna, en México se casa indiscriminadamente cualquiera. Si bien algunos poseen cuantiosas fortunas, la mayoría, como ya hemos apuntado, se casa sin ningún bien, esperando que la fortuna los favorezca y puedan adquirirlos en lo futuro. También se observa que aun aquéllos que poseen grandes fortunas no se sienten en obligación de repartirlas con sus hijos o parientes en el momento del matrimonio. Aquí no existe ni la obligación legal de dotar ni tampoco la de *piédad*.

No obstante, la regla general es que la pareja inicie su nueva vida con sus propios recursos. Los regalos que reciben con ocasión del matrimonio (donaciones antenupciales), sirven para la instalación del nuevo hogar, pero no para soportar las cargas del matrimonio. En estas condiciones resulta paradójico conservar los residuos de una legislación que si nunca nos fue propia, hoy nos resulta obsoleta.

3.- LAS ARRAS O DOTE DEL MARIDO A LA MUJER, ESTARIA DE ACUERDO CON NUESTRA REALIDAD SI ESTA PUDIESE SER CONSTITUIDA CON NUESTRO MATRIMONIO. RESULTA, SIN EMBARGO, IMPOSIBLE OTORGARLA PUES NUESTRO DERECHO POSITIVO LA CONVERTIRIA AUTOMATICAMENTE EN DONACION ENTRE CONSORTES, SUJETA, POR TANTO, A SER REVOCADA EN CUALQUIER MOMENTO DESVIRTUANDOSE EL PROPOSITO DE CONSTITUIRLA. POR LO TANTO TAMPOCO TIENE CABIDA EN NUESTROS CODIGOS.

Es decir, partiendo del supuesto que la pareja contrayente no posee bienes al iniciar su unión y que el hombre es el económicamente productivo, se podría pensar en constituir un patrimonio en favor de la mujer que la amparase en caso de viudez o de disolución del vínculo.

4.- PROCLAMAMOS LA IRREVOCABILIDAD DE LAS DONACIONES ENTRE CONSORTES.

Después de haber abrevado en las fuentes de su reglamentación, no encontramos justificación para que escapen éstas a la regla general de los contratos, PACTA SUNT SERVANDA.

5.- PROPONEMOS LA SUPRESION DEL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES.

Este convierte al matrimonio en un concubinato legalizado sin las ventajas del concubinato simple, pues como ya hemos mencionado anteriormente, la concubina y el concubinario sí pueden contratar entre sí y las donaciones que se hicieren son perfectas desde su aceptación.

Siendo nosotros fervientes convencidos de la bondad de la institución del matrimonio, creemos que ha llegado el momento de emplearnos a fondo para restaurarle la dignidad e importancia que nunca debió perder. Un primer paso deberá necesariamente consistir en hacerla más atractiva a los posibles candidatos. En este sentido habrá que ser muy cuidadosos en reglamentarla de manera que sus ventajas resulten superiores al concubinato.

Si una de las características del concubinato es la inseguridad, ya que la relación sólo depende de la voluntad de las partes, siendo un típico arreglo consensual, volvamos al matrimonio muy seguro. No sólo porque haga falta la intervención de un funcionario público para disolverlo, sino porque sus miembros participen plena y completamente de los proyectos, intereses, afectos y logros económicos recíprocos.

6.- LA SUPRESION DEL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES DEBERA VOLVER INOPERANTES LAS NORMAS QUE REGULAMENTAN LAS DONACIONES ENTRE CONSORTES.

Al integrarse el patrimonio de cada uno a la masa común, poco importa quien es el titular del bien ya que a la liquidación de la sociedad conyugal, sus miembros estarán al 50%.

Este régimen de comunidad que proponemos no implica que la mujer vaya a permanecer económicamente pasiva siempre. No es deseable que esto acontezca, pues una seria ocupación es la más positiva garantía de una vida ordenada y próspera.

Sin embargo, mediante la comunidad de bienes se brindará seguridad en el momento más oportuno; cuando la mujer que va a ser madre se siente más frágil y vulnerable o cuando el hombre, enfermo o menguado en sus facultades siente que no contribuye a las cargas económicas en la medida que había convenido responsabilizarse.

Hoy es posible planear la familia.

Puede la pareja decidir no procrear. Pero si decide hacerlo, no hay razón para que uno de sus miembros resulte lesionado por el ejercicio del más bello de los trabajos: la maternidad. El trabajo de la mujer en el hogar debe equipararse al del hombre. No por graciosa concesión, sino por un elemental deber de justicia.

Imposible entrar en este terreno en regateos innobles. ¿Cuánto vale la dedicación de la mujer en el hogar? ¿Cuánto valen los desvelos y angustias ante las enfermedades? ¿Cuánto vale su sola presencia, cálida y humana en el seno del hogar, receptora y filtro de emociones y acontecimientos? Imposible cuantificarlo. Tampoco es necesario. Ella da lo que tiene que dar. Sin condiciones. Una parte -

de la participación del hombre en el hogar sí puede ser cuantificada, pero debe ser indiferente a la relación el reducir a unos cuantos numerales su vida. Por esos, nos parece la mejor solución una comunidad de bienes en que no se esté contando constantemente lo que cada uno tiene, sino que se acrezca una masa común que sólo sea repartida en caso de disolución del vínculo o de muerte.

En este sentido, en el de la muerte, también nos parece impropia la reglamentación del Código en relación a la viuda que estuvo casada en separación de bienes. En primer lugar, si hay testamento, puede el marido negarle absolutamente todo. Si no lo hay y concurre con los herederos legítimos, le corresponderá la parte de un hijo si no posee ningún bien.

No es posible contemplar peor situación. Aunque el legislador expresa que al considerarlo así le reconoció a la viuda el máximo grado de parentesco, que es el del hijo, no salda esta cuestión.

La esposa o el esposo son más que un hijo. Son los padres, la cabeza, los que educan, dirigen, encauzan, deciden ¿Cómo, al morir uno, desciende el otro al nivel de los hijos? Ni como higiene mental es buena esta postura.

Definitivamente nosotros nos pronunciamos por la supresión del régimen de separación de bienes y por la derogación de los artículos que lo reglamentan y todos aquéllos que se relacionen con él.

Esto de la comunidad de bienes debería -- constituirse en hábito (reiteración de una práctica que se inserta en el individuo hasta llegar a un extremo de automatización, produciendo como consecuencia una economía de energía) de modo que no enturbiasse la paz y tranquilidad hogareños el tener que tomar estas decisiones.

E P I L O G O

Si aceptamos que el Derecho es el principal ordenador social, pues a ordenarlo todo bien y -harmónicamente, deberemos supeditar nuestros esfuerzos.

Nosotros estamos por el progreso. Por el verdadero. Por aquél que es el resultado del aprovechamiento de las enseñanzas del pasado, el conocimiento del presente y la adecuada proyección al futuro. Quisiéramos un Derecho familiar correcto, seguro y justo.

No encontramos mejor rúbrica a nuestra exposición que estas admirables líneas de Rilke que expresan lo que nosotros quisimos, pero tal vez no pudimos plasmar: "Este progreso transformará (al principio muy contra la voluntad de los hombres superados) la vida amorosa, hoy colmada de errores; la cambiará fundamentalmente; la convertirá en una relación valedera de ser a ser, no ya de varón a mujer.- Y este amor más humano, que se realizará infinitamente delicado y cuidadoso, y bueno y claro en el atar y el desatar, se asemejará al que penosamente preparamos luchando: al amor que consiste en que dos soledades mutuamente se protejan, se limiten y se reverrencien. (59)

(59) RAINIER MARIA RILKE, Cartas a un joven poeta, Edit. Siglo XX, Buenos Aires, págs. 95 y 96.

B I B L I O G R A F I A

BIBLIOGRAFIA BASICA

- BENTHAM Jeremy, "Oeuvres", Bruselas, Bélgica, 1840.
- BONNECASE, "La Filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia", 1954, Puebla, Pue.
- CARBONNIER, Jean, "Droit Civil, Edit. Thémis, 1979,- Paris, Francia.
- CIMBALI EDOARDO, "La nueva fase del Derecho Civil" - versión de Esteban García, 1893, Madrid, - España.
- DE DIEGO Clemente, "Insituciones de Derecho Civil Es pañol", 1957, Madrid, España.
- DE IBARROLA Antonio, "Derecho de Familia", Edit. Porrúa, S.A. 1981, México, D.F.
- DE PINA Rafael, "Elementos del Derecho Civil Mexicano", Edit. Porrúa, S.A. 1981, México, D.F.
- GALINDO GAREIAS Ignacio, "Derecho Civil" Editorial - Porrúa, S.A. 1980, México, D.F.
- GARCIA TRINIDAD, "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho" Editorial Porrúa, S.A. 1978, México, D.F.
- GARCIA GOYENA Florencio, "Concordancias, Motivos y - comentarios del Código Civil Español", Biblioteca de Jurisprudencia, 1879, México, - D. F.
- GONZALEZ María del Refugio, "Introducción al Derecho Mexicano" Historia del Derecho Mexicano, - Universidad Nacional Autónoma de México, - 1981, México.

GREGORIO IX, "Decretales"

KANT Emanuel, "Principios metafísicos del Derecho, -
1873, Madrid, España.

MARGADANT S. Guillermo F., "Derecho Romano" Ed. Es--
finge, S.A., México, 1979.

ORTIZ-URQUIDI Raúl, "Derecho Civil, Edit. Porrúa, -
S.A. 1977, México, D.F.

PALLARES Eduardo, "El Divorcio en México", Editorial
Porrúa, S.A. 1979, México, D.F.

RECASENS Luis, "Sociología", Edit. Porrúa, 1980, Mé-
xico, D.F.

RUGGIERO ETTORE, "Instituciones de Derecho Civil", -
Milán, 1963.

ROGINA Y VILLEGAS Rafael, "Derecho Civil Mexicano", -
Edit. Porrúa, 1980, México, D.F.

SANCHEZ MEDAL Ramón, "La Reforma de 1975 al Derecho-
de Familia con ocasión del año internacio-
nal de la mujer". 1975, México, D.F.

"Los Grandes Cambios en el Derecho de Fami-
lia de México", Edit. Porrúa, 1979, México
D. F.

"De los Contratos Civiles", Editorial Po--
rrúa, 1980, México, D. F.

TEDESCHI Guido, "El Régimen Patrimonial de la Fami-
lia, 1954, Buenos Aires, Argentina.

TIMBAL P. C. "Droit Tomain et ancien Droit Francais"
Edit. Dalloz, 1975, Paris, Francia.

WEILL Alex y TERRE Francois, "Droit Civil", Edit. -
Dalloz, 1978, Paris, Francia.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ACOLLAS, "Le mariage, son passé, son présent, son avenir", Paris, 1880.
- ALDENONDO SALVATIERRA Maria Isabel, "Mentalidad Divorcista y Consentimiento Matrimonial", 1982, Salamanca, España.
- ANCEL MARC, "Le juge du Divorce" 1977.
- ARZA ANTONIO, "Remedios Jurídicos de los matrimonios rotos" (Nulidad, separación, divorcio) - Universidad de Deusto, 1982, Bilbao, España.
- BENABENT Alain, "Droit Civil - La Famille", Librairies Techniques, Paris, Francia.
- DE VALDEAVELLANO Luis G., "Estudios Medievales de Derecho Privado" Universidad de Sevilla, 1977 Sevilla, España.
- FELIPE León, "Antología Rota", Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1957.
- GUERRERO L. Euquerio, "Algunas Consideraciones de Ética Profesional para Abogados", Edit. Porrúa, S.A., 1979, México, D.F.
- HILAIRE J., "Le Régime des biens entre époux dans la région de Montpellier", 1951, Montpellier, Francia.
- IGLESIAS Dalmacio, "Capacidad jurídica de la mujer casada ante el Derecho natural", Barcelona 1906.
- ISSELE Lucien, "Le conseiller juridique pour tous", Edit. Sociale Mercure, 1980.

- THOMAS John L, "Catholic View Point on Marriage and Family", 1918, Nueva York.
- LACOENTRE Yves, "Tout sour les Testaments, Succesions -Donations", Edit. de Vecchi, 1977, Paris, Francia.
- LACROIX M., "Code du mariage d' apres l'ancien et le nouveau testament", Paris, 1887.
- LACRUZ BERDEJO José Luis, "El Nuevo régimen de la Familia, Editorial Civitas, S.A. 1982, Madrid, España.
- LEGOUVE, La cuestión des femmes, Paris, 1881.
- MINISTERERE DE LA JUSTICE, Collection, "Le Divorce en Europe Occidentale, Edit. La documentation française, 1975.
- MENDIETA Y NUÑEZ Lucio, "El Derecho Precolonial", - Edit. Porrúa, 1981, México, D.F.
- ORTEGA Y GASSET José, "El Hombre y la Gente", Edit. Espasa Calpe, S.A., 1972, Madrid, España.
- OSORIO Angel, "El Alma de la Toga", Buenos Aires, Argentina, 1978.
- PICARD Jean, "Technique des Succesions et Libéralités", Librairies Techniques, Paris, Francia. 1980.
- PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, "Droit Civil Français, Tomo V, Donations et Testaments, Ed. Librairie General de Droit et Jurisprudence", 1957, Paris.
Tomo IX "Régimes matrimoniaux.
- RODRIGUEZ PANIAGUA José María, "Derecho y Etica" - Editorial Tecnos, 1977, Madrid, España.

- RAISON ANDRE, "Les Donations entre Epoux", Edit. Librairie du Journal des Notaires et des Avocats". 1981.
- SAVATIER René, "La séparation des biens en droit français", Ed. Dalloz, 1973, Paris, Francia.
- SANCHEZ DE TOCA, "El matrimonio: Su ley natural, su historia, su importancia social, Madrid, 1875.
- SANTO TOMAS, "Suma Teológica", Edic. española, 1883, Madrid, España.
- SAVIGNY VON Federico Carlos, "De la vocación de nuestro siglo para la legislación de la ciencia del Derecho", Ed. Haliasta, S.R.L., Argentina, 1977.
- VIAZZI Pio, "Psicología dei Sessi", 1904, Turín. Italia.
- VALLET DE GOYTISOLO Juan B. "Estudios sobre Donaciones", Edit. Montecorvo, S.A., 1974, Madrid España.
- VALTER Fernando, "Derecho Eclesiástico Universal", - 1871, Madrid, España.
- WESTERMARCK Eduard, "Origine du mariage dans l'espece humaine traducción del inglés por Henri de Varigny, Paris. 1875.
- WINDSHEID, "Diritto delle Pandette", trad. italiana de Fadda y Bensa, 1904, Turín, Italia.

CUERPOS LEGALES DE REFERENCIA

CODIGO DE EURICO	465 - 485
CODIGO DE ALARICO	506
DIGESTO	533
CODIGO DE LEVIGILDO	568 - 586
FUERO JUZGO	554
ORDENAMIENTO DE ALCALA Y FUERO VIEJO DE CASTILLA	1212
FUERO REAL	1264
EL ESPECULO Y LAS PARTIDAS	1256 - 1263
ORDENAMIENTO DE ALCALA	1348
LEYES DE TORO	1502
NUEVA RECOPIACION	1567
RECOPIACION DE LAS LEYES DE INDIAS	1570
NOVISIMA RECOPIACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA	1805
CODIGO CIVIL FRANCES	1804
CODIGO CIVIL ESPAÑOL	1851
CODIGO CIVIL MEXICANO	1870
CODIGO CIVIL MEXICANO	1884
CODIGO CIVIL ESPAÑOL	1889

LEY DE RELACIONES FAMILIARES	1914
CODIGO CIVIL MEXICANO VIGENTE	1928
MODIFICACION AL CODIGO CIVIL MEXICANO VIGENTE EN MATERIA FAMILIAR	1975