

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO  
EN EL DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO



FELIPE A. ZENDEJAS NUÑEZ

MEXICO

1969



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.

**Con cariño para:**

***Mi esposa,  
Mis hijos,  
Mis padres y  
hermanos.***

**Abril de 1969.**

*Con afecto y respeto  
a mis maestros.*

# REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## PROLOGO

### CAPITULO I.

#### REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

- 1) Definición y Contenido.

### CAPITULO II.

#### REFERENCIAS HISTORICAS.

- 1) Epoca Prehistórica.
- 2) Roma.
- 3) Código de Napoleón.
- 4) Antigua Legislación Española.
- 5) Legislación Mexicana.
  - a) Epoca Precortesiana.
  - b) Epoca Colonial.
  - c) Epoca Independiente.
  - d) Código Civil. de 1870.
  - e) Código Civil de 1884.
  - f) Ley Sobre Relaciones Familiares.
  - g) Código Civil de 1928.

### CAPITULO III.

#### DIVERSAS CLASIFICACIONES DEL REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO.

- 1) Clasificación atendiendo a diversos criterios.
- 2) Clasificación atendiendo a la estructura y funcionamiento de los diversos regímenes:
  - a) Régimen de Absorción.
  - b) Régimen de Unidad de Bienes.
  - c) Régimen de Reunión de Bienes.
  - d) Régimen de Separación de Bienes.
  - e) Régimen de Participación.
  - f) Régimen de Comunidad.
  - g) Régimen Dotal.

### CAPITULO IV.

#### EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

- 1) Problemas que se presentan.
- 2) Soluciones Clásicas Propuestas.
  - a) Régimen Extraterritorial.
  - b) Régimen Territorial.
  - c) Régimen Mixto.

### CAPITULO V.

#### REGIMEN EXTRATERRITORIAL.

- 1) El contrato tácito.
  - a) Apreciación de la teoría del contrato tácito.
  - b) Ley aplicable al régimen patrimonial.
- 2) El orden de la familia.
  - a) Ley aplicable al régimen patrimonial.
- 3) Inmutabilidad de la Ley aplicable.
  - a) Inmutabilidad de la Ley aplicable e inmutabilidad del régimen.
  - b) Protección recíproca de los cónyuges.
  - c) Protección de los terceros.

## **CAPITULO VI.**

### **REGIMEN TERRITORIAL.**

- 1) **Concordancia con el régimen de los bienes.**
  - a) **Interferencia con la lex rei sitae.**
  - b) **Soluciones propuestas.**
- 2) **Protección a los terceros.**
  - a) **Presunciones locales de propiedad.**
  - b) **Territorialidad del régimen con respecto a terceros.**
- 3) **Realidades Prácticas.**

## **CAPITULO VII.**

### **SOLUCIONES DE LA LEGISLACION POSITIVA MEXICANA.**

### **CONCLUSIONES.**

### **BIBLIOGRAFIA.**

## PROLOGO

*Los derechos positivos de cada país, estatuyen de modo diverso las relaciones juridico-económicas entre los esposos; esas leyes varían de un Estado a otro y tal diversidad, como lo señala el tratadista italiano Fiore (1), es un hecho natural y necesario. A juicio de este autor, es un hecho natural porque las leyes deben conformarse a las circunstancias peculiares de cada país, las cuales resultan de la situación topográfica, de las condiciones climáticas, de las tradiciones nacionales, de las costumbres de los habitantes, de la religión que éstos profesen y del grado de civilización y cultural que hubieren alcanzado. De ahí que una ley adecuada para un Estado, pueda ser inconveniente para otro; que una ley, cuyos efectos sean benéficos en cierto país, en otros los produzcan desastrosos. Es un hecho necesario, porque la diferencia de las legislaciones es la base del progreso del derecho. Sin ella, el derecho permanecería estacionario, inmutable, sin que fuera posible adaptarlo a las exigencias del desenvolvimiento de la vida social.*

*No se presentaría ningún problema en cuanto al régimen de los esposos si éstos fueren siempre de la misma nacionalidad, se casaren en su país, establecieren ahí su domicilio y nunca salieren al extranjero ni tuvieran bienes fuera del territorio de su patria. Tal supuesto es naturalmente imposible. En el mundo actual, estrechamente vinculado por intensa vida internacional, los cónyuges*

(1) Caicedo C. José J. "Derecho internacional privado". 5a. ed. Bogotá, Ed. Teenis, 1960. p. 2.

*se hallan en contacto directo con distintas legislaciones, por razón de su nacionalidad, de su domicilio, por el lugar de la celebración de su matrimonio o por la situación de sus bienes.*

*¿Cuál de estas legislaciones será la más adecuada para determinar su régimen de bienes? Establecida la ley competente, surgen otras cuestiones: ¿cuál es su campo de aplicación, cuáles son sus límites? La variación de esta ley ¿modificará el régimen de bienes de los esposos?*

*Son estos algunos de los problemas a los cuales se avoca el Derecho Internacional Privado y que pretendo abordar, estando consciente de que el trabajo que me ocupa no será más que un breve estudio, que al ser leído dará solamente una idea general de esta materia.*

## CAPITULO I

### REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO

#### 1.—*Definición y Contenido*

La palabra "patrimonio" es definida por el Diccionario de la Lengua Española como "hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes"; en sentido figurado nos proporciona la siguiente idea: "bienes propios adquiridos por cualquier título". Como se puede observar, las connotaciones anteriores han sido rebasadas por el uso diario, atreviéndonos a citar el significado que le es común: "lo que pertenece a una persona o cosa".

Ya en el campo de lo jurídico, por patrimonio debe entenderse la "suma de bienes y riquezas que pertenecen a una persona" o bien, "el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a un solo titular".

Expuesto lo anterior, podemos definir por régimen patrimonial del matrimonio cuanto se refiere al orden y pertenencia del mismo.

El régimen patrimonial del matrimonio hará exclusión de aquellas cuestiones que aún teniendo incidencia patrimonial no se refieren propiamente al régimen de bienes en el matrimonio, es decir, quedarán descartados los derechos nacidos de las relaciones conyugales plenamente independientes del régimen de bienes imperante en el matrimonio, como la obligación alimentaria entre los cónyuges,

la de proveer a los gastos del hogar, la prohibición o la posibilidad de que haya donaciones, ventas, sociedades entre los cónyuges, etc.

Concluyendo, el régimen patrimonial del matrimonio comprende cuanto se refiere al orden y pertenencia de los bienes del matrimonio, esto es, si dichos bienes pertenecen a uno o al otro de los cónyuges, o a ambos; si la disposición y administración son privativas de uno u otro, o las ejercerán conjuntamente; en cuanto a las deudas, decide quién responderá por ellas, o si a ambos deberán imputárseles.

El estatuto que regula el régimen patrimonial establece si por el hecho del matrimonio existe o no un régimen entre los cónyuges.

Decidirá si tal régimen es forzoso o pueden convenirlo. En este caso, determinará la oportunidad, el modo, limitaciones y efectos. En el evento de que los cónyuges nada hayan convenido, decide cuál será el régimen a que quedarán sujetos; puntualizará por último hasta cuándo habrá de perdurar el régimen, si se prolongará en el tiempo después de la disolución del matrimonio, si puede extinguirse con anticipación a ésta y, en su caso, cómo habrá de liquidarse.

## CAPITULO II

### REFERENCIAS HISTORICAS

#### 1.—*Epoca Prehistórica*

Con el objeto de obtener una visión más completa del objeto de nuestro trabajo, haremos una pequeña incursión en los albores de la prehistoria a fin de descubrir aún cuando sea en sus rasgos más primitivos, la unión conyugal y en su caso, la posible regulación económica de sus bienes.

Según los estudios de uno de los científicos más prestigiados con que ha contado la humanidad, en los principios de la misma prevealecía un estadio primitivo en el cual "imperaba en el seno de la tribu el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres. (2).

Esta absoluta promiscuidad que implicaba el trato sexual entre ascendientes, descendientes y toda clase de parientes colaterales, sin ninguna limitación, respondía plenamente al elemental concepto de lo moral que regía en aquellos tiempos.

En estas primeras épocas de la existencia del hombre, los medios de subsistencia eran de propiedad colectiva y se disfrutaban

(2) Engels, Federico. "El origen de la familia, la propiedad privada y el estado". Moscú, Ed. en Lenguas Extranjeras, p. 33.

en común, pues la adquisición de los mismos se realizaba en forma colectiva.

Mediante ciertos límites a las relaciones sexuales de los integrantes de esos grupos sociales, fue modificándose ese estadio primitivo, prohibiéndose las relaciones entre ascendientes y descendientes, y las habidas entre hermanos y hermanas uterinos, e inclusive se llegó, a través de una evolución constante, a la proscripción del trato carnal entre parientes más lejanos, como los que ahora conocemos con el nombre de primos.

De esta forma los individuos que integraban la tribu, estaban organizados en grupos llamados "gens". Los componentes de una "gens" se hallaban ligados por lazos familiares y ya dijimos que no podían unirse en matrimonio entre sí, sino que los varones debían buscar esposa en otra "gens". Al principio, el número de sus miembros era corto, pero aumentó pasado el tiempo y aún llegaron a ramificarse en "gens" hijas.

Así pues, las tribus no estaban constituidas por familias integradas por un hombre y una mujer, con sus correspondientes hijos, sino que las mujeres de una "gens" tenían relaciones con los hombres de otra; los hijos ignoraban a su padre, pues viviendo con su madre sólo a ésta podían identificar, naciendo así la "gens" matriarcal o forma familiar que se conoce como matriarcado y que vino a constituir la base del orden social de la época.

Hasta aquí es imposible encontrar algún vestigio de sistema que controlara el régimen matrimonial de bienes, precisamente por no existir el matrimonio monogámico.

Estas crecientes limitaciones relativas a la unión conyugal, traen como consecuencia que las mujeres con las cuales se puede contraer matrimonio sean cada vez más escasas, originándose así el rapto y la compra de las mujeres, hechos estos en los que prestigiosos autores ven dos posibles formas de matrimonio, y que en realidad no son sino simples síntomas de un cambio muy profundo, en virtud del cual se pasa del matrimonio de varios hombres con varias mujeres, al matrimonio entre un hombre y una mujer, aunque

en este último caso el vínculo que une a los cónyuges es aún demasiado frágil y como consecuencia de ello, en esta época continúa el predominio de la mujer en el hogar.

Fue hasta que la tribu abandonó al nomadismo por haber descubierto la agricultura y se detuvo en un sitio para cultivar el suelo, cuando los patriarcas o dirigentes de estos grupos, acompañados por sus allegados, dejaron de actuar con el desinterés de los primeros tiempos y se adueñaron primero, de los mejores productos, luego del ganado y más tarde de la tierra, cuando de esta suerte aparece la propiedad privada.

La propiedad privada pues, consecuencia de la división del trabajo, origina el acrecentamiento de las tribus.

Al aparecer la propiedad privada, los patriarcas de las tribus, dueños de la riqueza, empezaron a constituir familias monogámicas y los descendientes de estas familias heredaban lo que poseían sus progenitores.

Estos factores económicos, que no pueden aquí analizarse, vienen al cabo del transcurso de mucho tiempo, a dar lugar al derrumbamiento del matriarcado y al nacimiento del patriarcado y posteriormente, a la aparición de la monogamia definitiva.

Con la aparición del patriarcado se inicia ya la época de la historia escrita, donde ya es posible encontrar algún régimen patrimonial del matrimonio.

## 2) Roma

El Derecho Romano clasificaba a las personas en "sui juris" y "alieni juris".

Se llaman "alieni juris" las personas sometidas a la autoridad de otro (3). Las personas libres de toda autoridad, dependientes de ellas mismas se llaman "sui juris" (4). Una de las instituciones

(3) Petit, Eugene. "Tratado elemental de derecho romano". Tr. J. Fernández G. México, Ed. Nacional, 1961. p. 95.

(4) Loc. cit.

jurídicas por la que una persona quedaba sometida a la autoridad de otra, es decir, se convertía en "alieni juris", era la "manus"

La "manus" sólo podía establecerse dentro del matrimonio; la define Eugene Petit como "autoridad del marido, y a veces de un tercero, sobre la mujer casada" (5).

En virtud de la "manus" la mujer casada quedaba sometida a la autoridad del marido, en el caso de que él mismo fuera "sui juris", o bien a la autoridad del jefe de la familia del marido si éste era "alieni juris".

Como se ha dicho líneas arriba, en algunas ocasiones y sólo a título temporal, la "manus" podía establecerse a favor de un tercero a quien quedaba sometida la mujer.

Por lo que respecta a los bienes de los esposos, diremos que "el matrimonio en los primeros siglos estuvo casi siempre acompañado de la "manus"; este poder coloca a la mujer en la misma situación que una hija de familia en relación con el marido, que se hace entonces propietario de todos los bienes" (6), o sea que los bienes aportados por la mujer pasaban necesariamente a propiedad del marido, e igualmente lo que la mujer adquiriera durante el matrimonio por herencia, por donación o por cualquier otra operación, quedando a cambio el marido obligado a responder de las deudas contraídas por la mujer durante el matrimonio.

La mujer "in manu" tenía derechos hereditarios al fallecimiento del marido.

Si la mujer que contraía matrimonio con "manus" era una persona "sui juris" antes de contraerlo, como consecuencia de la "manus" pasaba a ser persona "alieni juris", e incorporábase por ello a la familia civil del marido; si se trataba de una mujer "alieni juris", como es de suponer necesitaba el consentimiento del jefe de familia para contraer matrimonio, saliendo con este acto de la

---

(5) Loc. cit.

(6) Petit, op. cit. p. 107.

potestad paterna, formando parte de la familia civil del marido; es innecesario decir que mantenía su carácter de "alieni juris".

En conclusión vemos que en el matrimonio con "manus", si la mujer tenía patrimonio propio, éste se absorbía por el del marido, no pudiendo la mujer poseer nada en propiedad.

En el matrimonio sin "manus", tanto la esposa como el marido conservaban la misma condición de personas "sui juris" o "alieni juris" que tenían antes de la celebración del matrimonio.

Si la mujer era "alieni juris", no salía de su familia civil para ingresar a la de su marido como sucedía en el matrimonio con "manus", y en lo que respecta al régimen legal de los bienes en el matrimonio, este sistema en nada afectaba las relaciones patrimoniales. Para el caso de que la mujer fuera "sui juris", los bienes que al matrimonio aportaba la misma, seguían siendo suyos, como eran a su cargo los gravámenes o deudas que sobre los mismos recayeran; igualmente pertenecían a la mujer los bienes que durante el matrimonio por su propio trabajo o por cualquier otro título adquiriera. Por último, conservaba libre disposición de sus bienes e igual capacidad que el marido para adquirir y obligarse.

En este régimen el derecho romano no reconoció facultad al marido sobre los bienes de su mujer y se le impuso a ésta la obligación de procurar los medios de subsistencia necesarios para contribuir a los gastos de la vida conyugal.

En este sistema se negaba a la mujer el derecho hereditario y no fue sino con Justiniano cuando se le concedió a la viuda el derecho sobre una pequeña parte de la herencia a título de derecho alimentario.

La institución comentada consideró justo que la mujer contribuyera a los gastos del matrimonio aún cuando el peso de estas obligaciones recayera principalmente sobre el marido.

De aquí surgió el régimen dotal. Al respecto podemos señalar, siguiendo para ello a Petit (7), el concepto de que de la dote se

---

(7) Petit, op. cit. p. 440.

tenía en el Derecho Clásico como el "conjunto de bienes que el marido recibe de la mujer, o de otra persona en su nombre, para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio" (8). La dote podía ser constituida con anterioridad a la celebración del matrimonio, siendo requisito indispensable por tanto, que éste se celebrara para que la misma tuviera validez.

Si la dote la constituía el padre de la mujer o alguno de sus ascendientes paternos se llamaba "profecticia", en otro caso se llamaba "adventicia".

En Roma la constitución de la dote sufrió una lenta pero constante evolución en lo que respecta a la protección de los incipientes derechos de la mujer; así vemos que en sus inicios los bienes que la constituían pasaban a ser propiedad del marido de manera definitiva; pero dicha costumbre y la "posibilidad de disolución del matrimonio, hicieron que éstos se celebraran sólo por interés pecuniario, dando por resultado que frecuentemente el marido se hacía dueño de la dote y sus frutos, repudiando a la mujer después de celebrado el matrimonio, sin que ésta tuviera en lo sucesivo ningún apoyo económico de su esposo" (9).

Lo anteriormente expuesto fue tan frecuente como inconveniente, pero trajo a la postre un beneficio enorme a la mujer, pues hizo que se crearan una serie de medidas tendientes a proteger sus bienes, y como consecuencia de esto, hacen acto de presencia una serie de disposiciones tendientes a proteger el patrimonio matrimonial en la legislación del pueblo romano" (10).

De esta forma se estableció la costumbre de estipular, en el momento de la constitución de la dote, la obligación para el marido y en algunos casos para sus herederos, de devolver al estipulante o a sus herederos, en caso de disolución del matrimonio, una parte o la totalidad de la dote.

---

(8) Loc. cit.

(9) Margadant, Floris. "apuntes de derecho romano". México, 1957. p. 9.

(10) Margadant, op. cit. p. 10.

Tiempo después se constituyó en favor de la mujer viuda o divorciada y en favor del padre de la esposa, en el caso de que el matrimonio se disolviera por la muerte de la hija y la dote fuera "profecticia", una acción especial llamada "rei uxoriae", en virtud de la cual el titular de la acción podía obtener la devolución total o parcial de la dote.

Esta acción fue suprimida por Justiniano, creando una amplia reglamentación al respecto que establecía que, en todos los casos en que la persona que estatuyera la dote no hubiera estipulado en forma expresa la restitución en su propio provecho, se debería presumir que el constituyente había hecho una estipulación a favor de la mujer, por la cual en todos los casos de disolución del matrimonio, la dote debía restituirse a ella o a sus herederos.

En cuanto a la disposición de los bienes que constituían la dote, podemos establecer que también observó una evolución progresiva a favor de los derechos de la mujer, y que de la época en que pasaban los bienes que la constituían a ser propiedad absoluta del marido, se llegó a la "ley julia de adulteris", que Justiniano complementó, y en la cual se establecían importantes restricciones al derecho del marido sobre la dote, tendientes a conservarla, protegiéndola de la disipación por parte de éste, habiéndose llegado a prohibir definitivamente al marido enajenar o hipotecar los bienes de carácter inmueble, excepción hecha de aquéllos que recibiera con estimación de su valor.

Por último, los bienes de la mujer que no formaban parte de la dote, constituían los llamados "parafernales", siendo la mujer su propietaria, sin que el marido tuviera sobre ellos más derechos o acciones que los que la mujer le concediera.

Concluyendo, podemos afirmar que en Roma el régimen de bienes por razón del matrimonio se agrupaba en torno a tres sistemas: el dotal, el de separación y el de absorción del patrimonio de la mujer al del marido.

### 3) Código Napoleón

El régimen patrimonial del matrimonio no estuvo exento de profundas modificaciones —como todas las instituciones políticas,

económicas, sociológicas— a consecuencia de los cambios de la organización jurídica de Francia, producidos por el movimiento revolucionario francés de 1789.

Se observa así, que el Código de 1804, mejor conocido como Código Napoleón, reglamenta el régimen patrimonial de bienes en el matrimonio dentro de diversos artículos.

Esta reglamentación lo establece en forma por demás diversa a como se había regulado con anterioridad por cualquiera otra legislación habida.

De aquí nace la necesidad de comentar este cuerpo legal, en virtud de su trascendencia, toda vez que constituye uno de los documentos jurídicos más significativos de los últimos tiempos, tanto por su contenido intrínseco, como por la enorme influencia que tuvo en la legislación civil de la mayoría de los países de origen latino.

Aún cuando este punto sea analizado más tarde, desde ahora y para efectos que pretenden ser ilustrativos debemos asentar que con anterioridad a la promulgación del ordenamiento comentado, había en Francia una división territorial perfectamente bien definida en cuanto al régimen matrimonial de bienes, aplicándose en las regiones del norte el régimen de comunidad y en las regiones del sur el régimen dotal. El Código Napoleón reconoció ambos sistemas e instituyó otros nuevos, pero fue más allá en su labor unificadora en la materia, y permitió la aplicación de cualesquiera de ellos en todas las regiones del país.

Congruente con la filosofía liberal-individualista de la Revolución, el Código Napoleón consagra dos principios fundamentales:

*Primero.*—Variedad de los regímenes económicos matrimoniales: el Código no impone a los futuros esposos un régimen patrimonial, sino que les ofrece la posibilidad de elegir entre cuatro, cuyo funcionamiento regula minuciosamente.

*Segundo.*—Principio de la libertad de capitulaciones matrimoniales: permite a los futuros esposos no sólo la opción entre aquellos regímenes que regula, sino "que pueden hacer modificaciones

y aún formular para su beneficio alguno que no está previsto, siempre y cuando ello no altere el orden público ni se vaya en contra de las buenas costumbres, o en fin, siempre que tales modificaciones no deroguen alguna ley dispositiva (11).

El ordenamiento jurídico que nos ocupa establece, como se lleva dicho, un sistema de "libertad para capitular con un régimen legal supletorio" (art. 1387).

El Código en cuestión reglamentó el régimen de comunidad, el régimen sin comunidad, el régimen de separación de bienes, el dotal y como régimen legal el de comunidad de muebles y gananciales (art. 1393).

El régimen legal es de carácter subsidiario o supletorio y sólo opera cuando los cónyuges no escogen régimen alguno o cuando habiéndolo hecho, éste es declarado nulo. Nada impide sin embargo que este régimen pueda ser adoptado por convenio expreso.

El Código sentó el principio de la inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio al establecer en su artículo 1394 que las convenciones matrimoniales deben redactarse con anterioridad a la celebración del matrimonio, y al prohibir en su artículo 1395 cualquier modificación de ellas después de contraído aquél, con lo que el régimen adoptado por los esposos queda formalmente establecido en el momento de la celebración del matrimonio y no puede variarse ni modificarse durante él, a no ser que se lleve a cabo una separación judicial de bienes en cuyo caso, según los maestros Planiol y Ripert, se sustituye la comunidad por el régimen de separación, y si dicho régimen fuera dotal, se restituye a la mujer la administración y el disfrute de su dote (12).

Analizaremos someramente cada uno de estos regímenes:

1.—*Régimen de comunidad.*—Este régimen al ser reglamentado amplía y minuciosamente, distingue entre comunidad legal, comunidad de gananciales y muebles y comunidad convencional:

(11) Planiol y Ripert. "Tratado práctico de derecho civil francés". Tr. Mario Díaz

Cruz. La Habana, Ed. Cultural, 1938. T. VIII, p. 3.

(12) Planiol, op. cit. p. 4.

A.—La comunidad legal comprende: (art. 1402).

a).—Los muebles adquiridos por cualquiera de los esposos antes o después del matrimonio.

b).—Los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, a menos que fueren adquiridos operando el reemplazo o la subrogación real.

c).—Los frutos, productos o intereses percibidos por cualquier bien propiedad de los esposos o del fondo común durante su vida conyugal.

B.—Comunidad de gananciales y muebles.—Se comprenden dentro de este régimen todos los bienes muebles de los esposos, sean llevados al matrimonio o adquiridos después a cualquier título, y los inmuebles del matrimonio a título oneroso, quedando fuera de la comunidad los inmuebles presentes y los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio.

C.—Comunidad Convencional.—Tratándose de este tipo de comunidad, el Código permite que los futuros esposos al otorgar las capitulaciones matrimoniales correspondientes, modifiquen la composición del activo establecido para la comunidad legal, bien sea aumentándolo o reduciéndolo, pero sin que esas modificaciones afecten la administración misma de la comunidad, que en todo caso queda sometida a las disposiciones legales.

El Código dispone que la administración de la comunidad, sea legal o convencional, debe quedar reglamentada por las disposiciones legales del caso; prohíbe así que la voluntad de los futuros esposos modifique, mediante las capitulaciones respectivas, las disposiciones del Código en este sentido. Cualquiera que sea el tipo de comunidad la administración corresponde en principio al marido, quien puede libremente enajenar e hipotecar los bienes de la comunidad sin el concurso de la mujer, (arts. 1528, 1421 y 1338).

La comunidad responde únicamente de las deudas comunes y no de las deudas propias de cada uno de los esposos. En el caso de la comunidad legal, ésta responde en principio, de las deudas mue-

bles adquiridas con anterioridad a lmatrimonio sea por el marido o por la mujer, así como de la totalidad de las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio y de las contraídas durante el mismo por la mujer con autorización del esposo.

Según lo preceptua el Código Civil francés, la comunidad puede disolverse por la muerte de uno o de ambos esposos, por el divorcio, por la anulación del matrimonio, por la muerte civil de alguno de los cónyuges, por la separación de bienes o de cuerpos y por la ausencia de alguno de los consortes.

2.—*Régimen sin comunidad.*—Este régimen es conocido en la teoría jurídica con el nombre de régimen de unión de bienes; surge como resultado de la cláusula de exclusión de comunidad en el contrato de matrimonio y sus efectos son:

A.—Cada uno de los esposos conserva la propiedad de sus bienes y soporta las deudas que sobre ellos pesan.

B.—El marido tiene la administración y disfrute de los bienes de la mujer, ya que los frutos se consideran aportados para sostener las cargas del matrimonio, "teniendo la mujer derecho a recibir solamente cierta porción de dichos frutos para sufragar sus gastos personales; tratándose de muebles o bienes consumibles, el caso es distinto, pues entonces la mujer tiene derecho a que el marido le entregue el precio de ellos" (13).

3.—*Régimen de separación de bienes.*—Según este régimen, "cada cónyuge conserva la propiedad y disfrute de todos sus bienes, quedando cada cual obligado a contribuir con sus rentas al sostenimiento de las cargas del matrimonio" (14).

Es conveniente mencionar que la separación puede establecerse por virtud de las capitulaciones matrimoniales correspondientes o por sentencia judicial que así lo disponga.

El Código en cuestión prohíbe a la mujer enajenar sus bienes inmuebles sin la autorización del marido, o la judicial para el caso

---

(13) Planiol, op. cit. p. 429.

(14) Ibidem, p. 436.

de oposición injustificada de aquél. En cuanto a los muebles la ley autoriza a disponer de ellos, pero le prohíbe donarlos.

4.—*Régimen dotal.*—Este sistema “permite a la mujer aportar ciertos bienes para contribuir con sus rentas a levantar las cargas del matrimonio y conservar otros, los parafernales, sobre los cuales tiene el derecho de administración” (15).

Preceptúa este ordenamiento la inalienabilidad de los bienes inmuebles dotales y establece la inmutabilidad de la dote una vez contraído el matrimonio.

En cuanto a los bienes “parafernales” la mujer tiene la necesidad de contar con la autorización marital o del juez cuando pretenda enajenarlos.

De este estudio podemos concluir que el Código Napoleón vino a reglamentar ampliamente el régimen patrimonial del matrimonio.

#### 4) *Antigua Legislación Española.*

El estudio de los sistemas que han estado en vigor en este país, tiene singular importancia para nosotros por ser el antecedente inmediato de nuestra legislación civil en esta materia, ya que muchos de sus ordenamientos estuvieron en vigor en la Nueva España y otros rigieron inclusive en el México Independiente, hasta que fue promulgado nuestro primer código civil.

Aclaremos que sólo analizaremos, en forma sumarisima, algunos de los principales cuerpos legales que estuvieron vigentes y que se considera han trascendido a nuestra legislación o en su caso rigieron en la Nueva España, ello por virtud de nuestra dependencia política con la Metrópoli.

Aclaremos que sólo analizaremos, en forma sumarisima, algunos de los principales cuerpos legales que estuvieron vigentes y que se considera han trascendido a nuestra legislación o en su caso

---

(15) Planiol, op. cit., p. 436.

rigieron en la Nueva España, ello por virtud de nuestra dependencia política con la Metrópoli.

Remontándonos a los primeros tiempos de la nación española, encontramos que el "Forum Indicum", en su parte relativa, reglamenta el régimen dotal de tipo germano. En este régimen, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano, el esposo era el que entregaba a la mujer determinados bienes que venían a constituir la dote. La intención del establecimiento de la dote era que la mujer tuviera la posibilidad de atender a sus necesidades por medio de los bienes que la constituían para el caso de que quedara viuda.

El ordenamiento comentado determinaba la cantidad de bienes que el esposo debía entregar, se establecía que el usufructo y la administración de los bienes dotales correspondía a los padres de la esposa, quedándole a la mujer sólo la "nuda" propiedad.

Con base en esta propiedad, la mujer podía disponer de dichos bienes a través de testamento, pero en el caso de que muriese intestada los bienes pasaban al marido o a los herederos de éste.

Cuando la celebración del matrimonio tenía lugar ante autoridad pública y se pactaba para matrimonio la dote, los esposos quedaban, por disposición de la ley, casados bajo el régimen de gananciales.

A la liquidación de la comunidad, los bienes se dividían entre los esposos en forma proporcional a la cuantía de los bienes propios de cada uno de ellos.

Durante los primeros tiempos de la época de la reconquista de España, los Fueros Municipales reglamentaron tanto el régimen dotal de tipo germano como el régimen de comunidad de gananciales.

Respecto al régimen dotal, determinaron la cuantía de los bienes que debían constituir la dote, y en relación al régimen de comunidad algunos fueros establecieron que a la liquidación de la sociedad, deberían repartirse los frutos en forma acorde con la cuantía

de los bienes de cada consorte, tal como se ha visto que sucedía en el "Forum Iudicum".

En otros cuerpos legales se estableció que las ganancias deberían dividirse en partes iguales llegado el momento de la liquidación de la comunidad.

El Fuero Juzgo consignó la regla de que las ganancias de los esposos deberían dividirse, a la liquidación de la comunidad, en forma proporcional al caudal de cada cónyuge, siempre y cuando el marido fuese noble (16).

El Fuero Real limita al cónyuge varón la posibilidad de disponer de sus bienes para darlos en arras (17).

También consigna una limitación a la mujer menor de veinte años que le dieran arras, al establecer que sus padres las guardarían para entregárselas cuando cumpliera veinte años.

Establece que todo lo que el marido adquiriese por herencia o por cualquiera otra forma parecida, será de su absoluta propiedad.

Estatuye por último que, los frutos deberán dividirse en partes iguales a la liquidación de la comunidad.

Las Leyes de Toro establecían que cuando la mujer hubiere renunciado a las ganancias, no estaría obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere contraído durante el matrimonio. Se prohibía igualmente que la mujer se constituyera fiadora del marido (18).

Consignó este estatuto que en el caso de que el marido privase de la vida a la mujer, perdería todo derecho a los gananciales de los bienes de ésta, aún en el caso de que tal acto lo realizara al sorprender a su mujer "in flagranti" cometiendo adulterio.

---

(16) Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Fuero Juzgo. Tomo I. Madrid, 1847. Ley XVII. Título 2o. Libro 4, p. 135.

(17) Ibidam, Ley I. Título 2o. p. 377.

(18) Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Tomo I. Ley LX, p. 565.

Las Partidas regresaron a la dote como era regulada en el derecho romano, definiéndola al efecto como "algo que da la mujer al marido por razón de casamiento" (19). Las Partidas contienen una amplia reglamentación de la dote, así vemos que establecen qué personas están obligadas a constituirla, determinan los derechos de los esposos sobre la misma, disponen que la administración y el usufructo de los bienes dotales corresponden al marido, pero que la propiedad de ellos es conservada por la mujer; reglamenta igualmente su restitución.

En cuanto al régimen de comunidad es reglamentado de la misma forma que en el Fuero Real.

Las leyes de Estilo reglamentan de manera amplia el régimen de comunidad; vemos así que establecen que los bienes que se encuentran en poder del marido y de la mujer se presumen comunes de ambos, salvo prueba en contrario. Consigna la obligación de la mujer de cubrir las deudas que contrajere el marido aún cuando no hubiere suscrito el documento en que la deuda se encontrare consignada; se autoriza al marido para que en determinados casos y bajo ciertas condiciones enajene los bienes gananciales; preceptúa igualmente que a la liquidación de la comunidad se repartirán en parte iguales los gananciales entre cada uno de los cónyuges.

La Nueva Recopilación contiene una reglamentación del régimen de comunidad de gananciales similar a la contenida en las Leyes de Estilo, y en lo que respecta al régimen dotal determina la cuantía de los bienes que lo constituyen, atendiendo para dicho efecto a la fortuna del constituyente.

La Novísima Recopilación conservó el régimen de gananciales de todos los bienes que adquiriesen los esposos durante su vida matrimonial, excepción hecha de los bienes que fueren donados o heredados individualmente a alguno de los cónyuges. El régimen de sociedad de gananciales existirá mientras no se pruebe la propiedad particular sobre algún bien de parte de alguno de los cónyuges.

---

(19) Las Siete Partidas, Barcelona, 184b. Tomo II. Título IX p. 993.

Por lo que toca al Proyecto de Código Civil de Florencio García Goyena, aún cuando nunca llegó a tener vigencia en España, y menos en nuestro país, dado que cuando se elaboró México ya era independiente de España, su estudio sin embargo, es de singular importancia pues fue una de las principales fuentes jurídicas del primer Código Civil mexicano.

El Proyecto que analizamos contiene, por lo que hace al pacto matrimonial de bienes, el régimen de libertad de contratación, previendo un régimen legal supletorio de gananciales; pudiendo coexistir el sistema de sociedad conyugal universal, el de sociedad conyugal parcial y el de separación de bienes, con el régimen dotal.

Por lo que hace a la capacidad de la mujer, ésta aún se ve lesionada, ya que el artículo 1276 establece que "al marido pertenece la administración y usufructo de la dote".

Además estatuye que el marido puede disponer libremente de estos bienes, sin embargo establece la obligación de constituir garantías que lo obliguen a su retitución.

En el régimen de separación de bienes también es el esposo quien debe de administrarlos, excepción hecha de cuando éste es declarado en estado de interdicción, ausencia, etc.

Del estudio de los diversos ordenamientos hasta aquí comentados, se desprende que la mayoría de los regímenes patrimoniales del matrimonio existentes a la fecha, se encontraban regulados por el derecho español.

### 5) *Legislación Mexicana.*

#### a) *Epoca Precortesiana.*

Cada uno de los grupos humanos que habitaban lo que actualmente constituye el territorio mexicano tenía, como es natural, gobiernos, costumbres y leyes diferentes.

Por ello sólo analizaremos aquí, en forma sucinta, las costumbres o leyes del régimen de bienes por razón del matrimonio en el

pueblo azteca o mexicano, dado que fue éste el que alcanzó un mayor desarrollo en el campo del derecho.

Entre los mexicanos era lícita y muy frecuente la poligamia, principalmente entre los reyes y señores, ello se debía a que el requisito lógico para tener varias esposas era la posibilidad de su manutención.

En relación con el régimen de bienes, Vaillant nos dice que antes de celebrar el matrimonio los indígenas mexicanos llevaban a cabo "discusiones que eran muy intrincadas, pues se trataba en ellas el monto de la dote de la novia que debía compensar a los obsequios del pretendiente" (20).

También tenemos conocimiento de que al celebrarse un matrimonio, la mujer tenía que aportar a éste una dote que estuviera de acuerdo con su fortuna.

Spencer consigna que "los esposos cuando se separaban, se dividían los bienes según lo que cada uno había llevado" (21).

Igualmente se afirma que los bienes de los esposos eran comunes; otros autores hay que aseguran que había la posibilidad de que se celebrasen matrimonios bajo el régimen de separación de bienes, con registro de lo que pertenecía a cada uno.

Entre los aztecas era reconocido el derecho, tanto del esposo como de la esposa, de pedir el divorcio y una vez realizada la separación, cada cónyuge podía recuperar los bienes que había aportado al matrimonio, previa pérdida de la mitad de los bienes del cónyuge culpable en favor del inocente.

De lo expuesto, aunque resulta breve y superficial, es posible colegir que los aztecas tuvieron una amplia visión del destino de los bienes del matrimonio; así fue como se reguló el régimen dotal, el de comunidad y posiblemente el de separación de bienes.

---

(20) Vaillant C., George. "La civilización azteca". Tr. S. Vasconcelos. México. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1944. p. 142.

(21) Spencer, Herbert. "Los antiguos mexicanos". Tr. Daniel y Genaro García. México, Ed. Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1898, p. 18.

## b) Epoca Colonial.

La conquista española trajo como consecuencia que el conquistador imprimiera su huella en todos los aspectos de la vida de los pueblos por él conquistados, sin que en el campo de lo jurídico se hubiera registrado la excepción a esta regla.

Iluso sería pues hablar de que se hubieran fusionado las instituciones jurídicas de los pueblos prehispánicos con las de los conquistadores. Sin embargo debemos decir que en los inicios de la conquista fue permitida, por conveniencia práctica, la aplicación de costumbres y leyes de los indígenas conquistados, pero pasado el tiempo rigió necesariamente en la Nueva España la legislación de la Metrópoli.

En la Nueva España no se crearon disposiciones relativas al régimen patrimonial de bienes en el matrimonio, por lo que se aplicaron en este aspecto las Leyes de Castilla.

Aunque se expidieron leyes especiales para las colonias americanas, tales como las Leyes de Indias, ciertas Ordenanzas y Cédulas Reales y algunos cuerpos legales de carácter más bien administrativo que civil, el matrimonio y las demás instituciones con él relacionadas, se rigieron por las leyes de la metrópoli.

Las diversas disposiciones del derecho castellano nos llevan a concluir que en términos generales el régimen que existía en la Nueva España era el de sociedad legal de ganaciales, pero existía la libertad de pactar sociedad voluntaria o separación de bienes y podía coexistir el régimen electo con el dotal así como con las arras.

Las donaciones entre esposos estaban prohibidas.

Por lo que hace a la administración de los bienes comunes, de los dotales e inclusive de los "parafernales", correspondía al marido; la capacidad jurídica de la mujer era restringida y la mayor parte de las facultades fueron absorbidas por el cónyuge varón.

Era el matrimonio el único medio que la mujer tenía para emanciparse de la autoridad paterna o tutela a que siempre estaba sometida, pero el mismo la hacía caer dentro de la órbita de una nueva autoridad, tan estrecha como la anterior, y sólo gozaba de su plena capacidad civil en estado de viudez.

Por lo anterior, se puede decir que la mujer prácticamente carecía de capacidad jurídica.

Concluyendo se puede establecer que, durante la Colonia los cónyuges tenían la posibilidad de escoger entre una variada gama de regímenes patrimoniales del matrimonio.

#### a) Epoca Independiente.

La Guerra de Independencia, como toda guerra, trajo el caos a la nación, por ello no puede hablarse en este periodo, de una legislación que rigiera en todo el territorio nacional.

Por otro lado, tres siglos de dominación española fueron un pesado fardo que impidió que México, al obtener su independencia política, lograra su emancipación en el aspecto jurídico.

Además es necesario recordar que nos hicimos independientes de España, cuando en ella se iniciaba una época de libertad nunca antes conocida. De aquí que las clases conservadoras de México, las mismas que habían vencido en años anteriores los esfuerzos insurgentes, consideraran que ya no era útil a sus intereses el vínculo con la metrópoli que había aceptado la vigencia de la Constitución liberal de 1812.

Como consecuencia se logra la independencia política, pero las estructuras se mantienen inalterables lo que origina una situación de confusión y anarquía, llena de asonadas, golpes de estado, guerras intestinas, etc.

De todo esto se origina que por un lado, al momento de iniciarse nuestra vida independiente, siga en vigor la legislación civil de la época colonial, y por otro que cuando se expida alguna ley, ésta, motivado por los constantes cambios de gobierno, tenga un li-

mitado periodo de vigencia, por lo cual pierde toda trascendencia su estudio. No es sino hasta la época de Juárez cuando se logra, con su gobierno y demás hombres ejemplares de esta etapa histórica, la consolidación de la República, siendo entonces cuando se elabora un código que regula en forma técnica y precisa, inigualable para su época, las relaciones civiles, y al cual a continuación nos vamos a referir.

#### d) Código Civil de 1870.

Se conoce en la historia de nuestros ordenamientos jurídicos como Código de 1870 el elaborado por un selecto grupo de abogados, compuesto por Mariano Yáñez, Diódoro Montiel, José María Lafragua y Rafael Dondé.

Como expusimos en líneas anteriores, este Código empezó a regir bajo la presidencia de Benito Juárez, el día primero de marzo de 1871.

Como también se ha asentado en otro lugar, este Código está inspirado en el Proyecto de Código Civil Español de Don Florencio García Goyena, ordenamiento que ya analizamos.

El Código de 1870, imbuido de la filosofía liberal, establece el principio de libertad de contratación con un régimen legal supletorio.

La capacidad de la mujer en este Código no es tan restringida como la encontramos en otros cuerpos legales de la misma época.

El legislador separó los efectos personales y patrimoniales que se derivan del matrimonio. En cuanto a los primeros, son ineludibles, pero en cuanto a los patrimoniales, estos tienen el alcance que los contrayentes les quieren dar, e inclusive una vez producidos los pueden modificar, cambiando totalmente el sistema escogido; dicho en otras palabras, establece la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, diferenciándose en ello del Código Civil español de Garría Goyena.

El principio de libertad de capitulaciones como es obvio, se encuentra restringido cuando las disposiciones de los cónyuges contengan preceptos que vayan en contra de lo establecido en las leyes imperativas, las buenas costumbres y otras limitaciones similares.

El Código que nos ocupa regulaba los siguientes regímenes matrimoniales: comunidad de bienes, separación de bienes y el dotal.

La comunidad de bienes, a la que también se le llama sociedad conyugal, se subdivide en voluntaria y legal.

El régimen dotal podía coexistir con cualquiera de los otros regímenes de bienes.

Si los esposos no elegían expresamente a través de las capitulaciones correspondientes un determinado régimen matrimonial, quedaban casados bajo el régimen de sociedad legal, que venía a constituir una sociedad de gananciales.

En relación con la sociedad conyugal se establece que ésta, en todo caso, nace en el momento de la celebración del matrimonio.

La administración de la sociedad conyugal compete al marido, salvo pacto o sentencia en contrario. De esta disposición se desprende que la mujer puede ser administradora de la sociedad conyugal, y con ello una vez más el Código comentado difiere del de García Goyena.

La sociedad voluntaria se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyen, y en todo lo no previsto, por las disposiciones de la sociedad legal; a ambas sociedades les serán aplicadas supletoriamente las disposiciones del contrato de sociedad común.

Las capitulaciones en las que se constituye sociedad voluntaria, podrán contener todos los pactos que los esposos crean convenientes, pero deberán ologatoriamente incluir el inventario y graváme-

nes en su caso, de los bienes que se aportaren, así como las deudas de cada cónyuge y la determinación de las facultades que a cada quien correspondan en la administración de los bienes; deberán fijar el carácter que tendrán los bienes adquiridos durante la sociedad y la manera de probar su adquisición; contendrán la exposición de si la sociedad es de gananciales y determinarán la participación que corresponderá a cada cónyuge; establecerán las deudas de cada uno y precisarán quién responderá por ellas.

Se establece que el menor que con arreglo a la ley pueda casarse, también podrá otorgar capitulaciones matrimoniales, siendo necesario únicamente que al otorgamiento concurren aquellas personas que necesiten dar su consentimiento para la celebración del matrimonio del menor.

Cuando se trata de sociedad voluntaria, el Código dispone que ésta puede terminar antes de la disolución del matrimonio, si así ha pactado en las capitulaciones correspondientes.

Cuando los cónyuges no celebren capitulaciones matrimoniales, se consideran casados bajo el régimen de sociedad legal, el cual es minuciosamente por el Código analizado.

El artículo 2131 del Código en cuestión contiene una norma de derecho internacional privado, al disponer que el matrimonio contraído fuera del estado por personas que vengan después a domiciliarse en él, se sujetará a las leyes del país donde se celebró, excepción hecha del régimen de los bienes inmuebles ubicados en el estado, los cuales quedarán sujetos a las disposiciones de la ley mexicana, aún en el caso de que los propietarios fueren extranjeros.

Como ya se ha dicho, el régimen legal era el de comunidad de gananciales, lo cual se desprende de los preceptos relativos que establecen como bienes propios de cada uno de los cónyuges entre otros, aquéllos que correspondían en propiedad a cada uno de ellos en el momento de la celebración del matrimonio, así como los que poseían con anterioridad a aquél; también son propiedad de cada uno de los cónyuges los bienes que uno sólo de ellos adquiriera a

título gratuito durante la sociedad; lo son también las cantidades cobradas durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en virtud de una prestación exigible a plazos y originada con anterioridad al matrimonio.

Forman parte en cambio del fondo común, los adquiridos por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de una profesión científica, mercantil o industrial o trabajo mecánico; los adquiridos por herencia, legado o donación a ambos cónyuges sin designación de partes que correspondieran a cada uno, el precio de la venta de los bienes comunes, etc.

El dominio y la posesión de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad.

La sociedad legal termina por las siguientes causas:

a).—Por disolución del matrimonio o por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente .

b).—Por pactar la separación de bienes durante el matrimonio.

c).—Por pacto que así lo establezca en el divorcio voluntario.

La disolución y la suspensión de la sociedad no podrá surtir efecto respecto de acreedores sino a partir de la fecha en que se les notifique el fallo judicial, lo que viene a ser una disposición en beneficio de terceros que hubieran contratado con alguno de los cónyuges.

Dispone en Código que para la división de los gananciales no se tomará en cuenta el importe de los bienes que cada uno de los esposos hubiere aportado al matrimonio, sino que éstos siempre se dividirán en partes iguales. Sin embargo este precepto no es aplicable cuando la sociedad se termina por división voluntaria o separación de bienes hecha durante el matrimonio, pues entonces la liquidación se practicará según los convenios que hayan elaborado los cónyuges con aprobación del juez.

En cuanto al régimen de separación de bienes, diremos que puede existir por capitulaciones matrimoniales celebradas antes o después del matrimonio o por sentencia judicial que así lo ordene.

Los cónyuges conservan en este régimen la propiedad y la administración de sus bienes y el goce de sus productos, debiendo cada uno de ellos contribuir a los gastos del hogar en proporción a sus rentas o al convenio que hubieren celebrado.

La capacidad de la mujer es restringida en este sistema, pues para que la mujer pueda enajenar sus bienes inmuebles o sus derechos rentales es necesario que cuente con el consentimiento expreso de su marido, o en su defecto, si la oposición es infundada, la autorización del juez, siendo nulo cualquier pacto que se haga sin observar este requisito.

Las deudas que hubieren sido contraídas durante el matrimonio, deberán ser pagadas por ambos consortes únicamente en el caso de que se hubieren obligado ambos; en otro caso cada uno pagará sus propias deudas.

El artículo 2111 al preceptuar que " la separación de bienes puede ser absoluta o parcial; en el segundo caso, los puntos que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, se regirán por los preceptos que arreglan la sociedad legal, a no ser que los esposos constituyan acerca de ellos sociedad voluntaria", originaba un régimen mixto.

En cuanto al régimen dotal podemos decir que el Código estudiado reproduce la definición romana, al establecer que la dote es cualquier cosa o cantidad que la mujer, u otro en su nombre, da al marido con el objeto expreso de ayudarle a sostener las cargas del matrimonio.

La dote se puede constituir antes o durante el matrimonio, pudiendo aumentarse durante este tiempo. Tanto su constitución como el aumento de la misma deben hacerse en escritura pública.

Las disposiciones de este Código establecen que la administración y el usufructo de la dote corresponden al marido.

Si peligrasen los bienes dotales por la mala administración del esposo o bien por su negligencia, o si no proveyera a la subsistencia de la familia, podrá la mujer pedir que los bienes se aseguren, bien limitando la facultad del marido, o bien privándolo de la administración.

Es obligación del marido constituir hipoteca en favor de su esposa sobre los inmuebles de ésta, a fin de garantizar cualquier daño que por su culpa o negligencia causara al patrimonio dotal.

En el Código de 1870 se establecen las acciones dotales que tienen la mujer, sus herederos, sus padres o sus hermanos para recuperar en su caso los bienes dotales.

Se consigna también que, una vez que haya sido disuelto el matrimonio o declarado la ausencia de uno de los esposos, el marido o sus herederos quedan obligados a restituir la dote a la esposa o a los herederos de ésta. excepción hecha de que se hubieren perdido por accidente que no sea imputable a los primeros.

Con esto podemos concluir el análisis del Código de 1870, que no ha sido visto en forma somera, pero que sin embargo nos permite apreciar que el régimen patrimonial del matrimonio fue regulado con toda precisión y puridad de técnica jurídica.

#### e) Código Civil de 1884.

Este Código fue puesto en vigor por el entonces Presidente de la República Manuel González y contiene en cuanto al tema que nos ocupa, similares principios a los del Código que le antecedía sin embargo algunos preceptos se apartaron de los respectivos del Código de 70, siendo algunos de éstos, los que consideramos de mayor trascendencia, a los que vamos a referirnos.

El ordenamiento civil que comentamos aumentaba a las causas de terminación de la sociedad conyugal, el abandono por parte de alguno de los consortes del domicilio matrimonial; señalaba como una causa más, de entre las excepcionales por las cuales pasaba la administración de la sociedad a la mujer, la relativa a que el marido abandonara injustamente el domicilio conyugal.

Se consiga el derecho de la mujer a disponer por testamento de su mitad de gananciales, lo cual estaba prohibido en el Código de 1870, ya que este efecto solamente le estaba autorizado al marido.

Se confirma asimismo el derecho ya otorgado en el cuerpo legal anterior, a que la mujer sea la administradora en ciertos casos de la sociedad conyugal.

Consideraros que éstas son las principales diferencias entre uno y otro ordenamiento con trascendencia notable, siendo el resto de sus disposiciones similares.

Resumiendo pues, podemos establecer que le Código de 1884 estatúa la libertad de capitulaciones, con un régimen legal supletorio, y prescribía para los bienes con motivo del matrimonio los mismos sistemas económicos que el Código de 1870.

#### f) Ley Sobre Relaciones Familiares.

Como último antecedente de carácter histórico que analizaremos antes de entrar en el campo de la legislación vigente, veremos la Ley Sobre Relaciones Familiares, la cual entró en vigor el 11 de mayo de 1917.

Esta ley derogó en forma expresa todo el título relativo al contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes reglamentado en el Código de 1884.

Tuvo singular importancia al reformar, en forma radical, los sistemas establecidos en el derecho de familia consignado en nuestros dos anteriores Códigos de 1870 y 1884. En ella se establece como único régimen legal obligatorio el de separación de bienes, prohibiéndose por tanto tácitamente el régimen llamado de sociedad legal establecido en el Código de 1884 y el de comunidad o sociedad conyugal.

De esta forma se dispone que cada uno de los esposos conservará, al contraer matrimonio, la propiedad y administración de sus bienes, tanto de los adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio, como de los obtenidos durante él.

Conservará también cada uno de los cónyuges la propiedad de los frutos y accesorios de sus bienes y de los sueldos, honorarios, salarios y ganancias que obtengan por la prestación de servicios personales, como retribución en su empleo, en el ejercicio de su profesión o en una industria.

No obstante lo citado anteriormente, el artículo 272 en forma permisiva estableció que los cónyuges pueden convenir que los productos de todos sus bienes o de alguno de ellos fueren comunes, con la obligación de especificar y precisar la fecha de efectuar la liquidación y rendir las cuentas.

Esta comunidad citada es más una copropiedad ordinaria que una sociedad conyugal.

En cuanto a la protección jurídica de la mujer, no hay duda que este cuerpo legal constituyó un sólido baluarte; sólo a guisa de ejemplo citaremos los siguientes preceptos:

El artículo 273 establecía que el hombre y la mujer, antes y después de celebrado el contrato de matrimonio, podían dividir el producto de su trabajo en la proporción que acordaren, siempre y cuando la mujer tuviera en los productos del esposo la misma representación que hubiera concedido a éste en los suyos, siendo válido el pacto por el cual el marido concediere a la mujer una representación mayor en sus productos, aún cuando ésta careciera de bienes y no desempeñare ningún trabajo. En artículo 277 establece que la mujer siempre tendrá derecho preferente sobre los productos del trabajo y bienes del marido para pagarse los alimentos que le corresponden a ella y a sus hijos menores.

Además, no sólo la protegió, sino que equiparó su capacidad jurídica a la del marido; así en el artículo 45 estatuye que ambos tendrán capacidad jurídica, siendo mayores de edad, para administrar sus bienes, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que competan a los mismos, sin que necesite un cónyuge para esos actos del consentimiento o licencia del otro.

Antes de concluir este superficial análisis del estatuto de 1917, diremos que contenía las mismas disposiciones de derecho inter-

Conservará también cada uno de los cónyuges la propiedad de los frutos y accesorios de sus bienes y de los sueldos, honorarios, salarios y ganancias que obtengan por la prestación de servicios personales, como retribución en su empleo, en el ejercicio de su profesión o en una industria.

No obstante lo citado anteriormente, el artículo 272 en forma permisiva estableció que los cónyuges pueden convenir que los productos de todos sus bienes o de alguno de ellos fueren comunes, con la obligación de especificar y precisar la fecha de efectuar la liquidación y rendir las cuentas.

Esta comunidad citada es más una copropiedad ordinaria que una sociedad conyugal.

En cuanto a la protección jurídica de la mujer, no hay duda que este cuerpo legal constituyó un sólido baluarte; sólo a guisa de ejemplo citaremos los siguientes preceptos:

El artículo 273 establecería que el hombre y la mujer, antes y después de celebrado el contrato de matrimonio, podían dividir el porproducto de su trabajo en la proporción que acordaren, siempre y cuando la mujer tuviera en los productos del esposo la misma representación que hubiera concedido a éste en los suyos, siendo válido el pacto por el cual el marido concediere a la mujer una representación mayor en sus productos, aún cuando ésta careciere de bienes y no desempeñare ningún trabajo. En artículo 277 establece que la mujer siempre tendrá derecho preferente sobre los productos del trabajo y bienes del marido para pagarse los alimentos que le corresponden a ella y a sus hijos menores.

Además, no sólo la protegió, sino que equiparó su capacidad jurídica a la del marido; así en el artículo 45 estatuye que ambos tendrán capacidad jurídica, siendo mayores de edad, para administrar sus bienes, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que competan a los mismos, sin que necesite un cónyuge para esos actos del consentimiento o licencia del otro.

Antes de concluir este superficial análisis del estatuto de 1917, diremos que contenía las mismas disposiciones de derecho inter-

nacional privado que los Códigos de 1870 y 1884 en lo relativo a matrimonios celebrados fuera de la nación entre un cónyuge mexicano y uno extranjero; no así por lo que hace a matrimonios de extranjeros que vinieren a radicar en la República Mexicana. A este respecto establecía que "los extranjeros casados residentes en el país, o que en lo sucesivo vinieren a radicar en él, o en él contrayesen matrimonio legítimo, quedan sujetos a las disposiciones de esta ley por lo que toca a los bienes que posean en la República y a los efectos que en ésta deben surtir su matrimonio".

Negó además toda posible aplicación de capitulaciones matrimoniales celebradas fuera de la República por extranjeros que vinieren a radicar en ella. Este principio como se puede observar, va en contra de la opinión de los autores que sostienen que el pacto matrimonial de bienes constituye una universalidad jurídica de carácter indivisible.

Con esto damos por terminado el estudio de los antecedentes históricos del sistema vigente en lo que se refiere al régimen patrimonial de bienes en el matrimonio.

#### g) Código Civil Vigente.

El Código Civil de 1928, que fue promulgado el 30 de agosto de ese mismo año y entró en vigor el primero de octubre de 1932, en lo que atañe al régimen patrimonial del matrimonio creó un sistema peculiar y único en el mundo, que es conocido como régimen opcional forzoso. Este sistema establece en forma ineludible la obligación de los contrayentes de celebrar el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes o de sociedad conyugal, pudiendo los cónyuges combinar estos tipos.

El sistema escogido deberá pactarse en las capitulaciones matrimoniales, a la que el artículo 179 del Código en vigor define como "los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno u en otro caso".

El artículo 185 estipula que las capitulaciones matrimoniales "deberán constar en escritura pública cuando los esposos pacten

hacerse coparticipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito, para que la traslación sea válida”.

La omisión de capitulaciones matrimoniales implica la nulidad del matrimonio de conformidad con lo establecido en el artículo 235, fracción III, relacionándolo con los artículos 98, fracción V, y 103, fracción VII. Sin embargo esta nulidad no procederá si se ha dado la posesión de estado matrimonial, al tenor del artículo 250 del Código de la materia.

En tal evento surge el problema de precisar qué régimen de bienes le ha de corresponder a un matrimonio que no celebró capitulaciones matrimoniales y toda vez que la ley vigente no prevé ninguno expresamente como supletorio. Ante tal situación nos inclinamos por la solución propuesta por el maestro Flores Barroeta, quien dice que “la sociedad conyugal es un régimen que implica la transmisión de bienes que los cónyuges llevan a efecto de adquirir el común dominio sobre ellos. Ahora bien, no siendo posible transmisión alguna de dominio sin la voluntad del titular, a falta de pacto expreso en las capitulaciones que la ley determina deben hacerse, no podrá tener lugar la transmisión del común dominio de la sociedad, y en consecuencia, cada esposo conservará la plena propiedad de los bienes que le pertenezcan, y de sus productos y accesiones. Pudiendo decirse lo mismo del producto del trabajo, profesional, industrial o comercial que cada consorte obtenga para sí”. (22).

Los cónyuges pueden, al celebrar sus capitulaciones matrimoniales, establecer toda clase de pactos, excepción hecha de los que otorgaren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio conforme al artículo 182.

El sistema establecido por nuestro Código, no solamente señala como obligación de los cónyuges el escoger el sistema que regirá su vida económica matrimonial, el cual deberá quedar enmarcado como hemos dicho antes bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, sino que exige el artículo 98,

---

(22) Flores Barroeta, Benjamín. “Lecciones de primer curso de derecho civil”. México. Ed. Cía. Impresora Saber, 1960. p. 334.

fracción V, y el 189, su reglamentación detallada, y prevé el caso de que los contrayentes, por falta de conocimientos, no puedan redactar el convenio relacionado, estando obligado a hacerlo en este caso el Oficial del Registro Civil, con los datos que le sean suministrados por los contrayentes.

El requisito de escoger y reglamentar cualquiera de los dos sistemas previstos por la ley, suprime toda presunción de régimen legal supletorio.

La capacidad que se requiere para celebrar capitaluciones matrimoniales se rige por las reglas generales de capacidad para contratar y disponer de bienes y derechos así como para contraer obligaciones, con las excepciones principales que a continuación se citan:

a).—Solamente podrán celebrar este contrato los prometidos, en atención a su próximo matrimonio, o los esposos durante el mismo, según lo dispone el artículo 179.

b).—Cuando el contrato se celebre entre esposos es necesario que la mujer obtenga previamente la autorización judicial, en atención a lo preceptuado por el artículo 174.

c).—Como regla de excepción a la capacidad del menor, la ley permite en su artículo 181, que celebre el contrato de matrimonio con relación a sus bienes, siempre y cuando concurren al mismo las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.

El convenio que los pretendientes deben celebrar con relación a sus bienes y a los que adquieran durante el matrimonio, deberá constar por escrito, de acuerdo con el artículo 98, fracción V, lo mismo que las modificaciones que a él se hagan, siguiendo esta norma aún en el caso de que se pacte separación absoluta de bienes (artículo 210).

En cuanto a la mutabilidad del régimen de bienes del matrimonio, el Código en vigor ofrece la posibilidad de que se reali-

ce, ya sea en forma total o parcial, antes del matrimonio o durante éste, (artículo 180). Se dijo en líneas anteriores que para que los cónyuges puedan modificar el régimen escogido es necesario que previamente la mujer obtenga autorización judicial, atento lo dispuesto por el artículo 174, acompañando a su solicitud dirigida al juez, las bases del convenio que desean celebrar.

Por lo que hace a las capitulaciones matrimoniales, cuando éstas preveen el régimen de sociedad conyugal, no serán válidas cuando establezcan que uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades, al igual que las que estipule que alguno de ellos sea responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades, de acuerdo con el artículo 190.

La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o bien durante él, (artículo 184); la primera parte de esta disposición no significa que el contrato no tenga validez desde el acto mismo de su celebración, sino que carece de eficacia en tanto no se satisfaga el presupuesto necesario especial, o sea que se celebre el matrimonio.

En caso de que existieran lagunas en las capitulaciones matrimoniales, la situación jurídica que se presenta se resolverá de conformidad con lo establecido por las disposiciones de la sociedad civil.

En líneas anteriores hemos visto que, debido al sistema adoptado por nuestro Código queda excluida la idea de la existencia de un régimen legal supletorio, pues no solamente se establece, de manera imperativa, la obligación de los cónyuges de elegir el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, según el artículo 178, sino que en la misma forma los obliga a otorgar con todo detalle el convenio con relación a los bienes de que ya eran propietarios y de los que adquirieran posteriormente, (artículo 98, fracción V), al que deberán acompañar lista de los bienes y deudas que cada uno tenga, y expresar en caso de que optaren por sociedad conyugal si se aportan los primeros y si responderá el fondo social de los segundos. (artículos 189 y 211).

De acuerdo con lo que prescribe el artículo 189 del Código Civil, las capitulaciones matrimoniales en las que se establezca la sociedad conyugal deben contener entre otros requisitos, la lista de los inmuebles que cada consorte lleva a la sociedad, la declaración expresa de si la sociedad ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuales son los bienes que van a entrar a la sociedad, así como la declaración de si los bienes que adquirieren los cónyuges durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción; lo dispuesto en este precepto respecto de la obligación de determinar cuáles son los bienes que deben formar parte de la sociedad, en concordancia con los preceptos anteriormente examinados, conduce a concluir que de acuerdo con nuestro Código, la sociedad conyugal debe ser contractual y sólo se constituye por medio de capitulaciones convencionales.

El artículo 189, fracción III, establece que los cónyuges deberán señalar, al constituir la sociedad conyugal, la nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al momento de celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas o únicamente de las que contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos.

El precepto últimamente mencionado crea dos situaciones diferentes; la primera de ellas consiste en que se deberá expresar el pasivo que cada cónyuge tenga al momento de contraer matrimonio, y la segunda en precisar de qué clase de deudas deberá responder el fondo común durante la vida económica conyugal.

Entre los requisitos que señala el artículo 189 se encuentra el relativo a la delimitación del activo de la sociedad conyugal, de lo que se desprende que la extensión de la sociedad conyugal no tiene un carácter legal forzoso, ni tampoco supletorio, sino estrictamente convencional; es decir, que los cónyuges al celebrar sus capitulaciones matrimoniales por medio de las cuales constituyen sociedad conyugal, deben señalar la extensión de la misma, la cual puede ser universal o parcial pudiendo abarcar toda clase de bienes

y ganancias, o bien únicamente estas últimas, o convenir que solamente formarán parte de ella determinada categoría de bienes, señalando al respecto si se comprenderán bienes presentes y futuros o nadamás algunos de ellos.

En cuanto a la administración de la sociedad conyugal, el marido y la esposa tendrán iguales derechos, en virtud de la equiparación jurídica que nuestro Código consigna respecto del hombre y de la mujer, atento a lo dispuesto en los artículos 2o. y 167; de acuerdo con lo establecido por el artículo 189, fracción VII, se debe precisar en las capitulaciones quién debe ser el administrador de la sociedad, así como las facultades con que contará dentro de la misma.

Por lo que toca a las deudas a cargo de la sociedad conyugal, estarán constituidas por aquéllas cuya naturaleza concuerde con las especificadas en las capitulaciones matrimoniales, como las que tiendan a lograr el sostenimiento normal de la familia; las que nazcan para responder de los daños y perjuicios causados por actos ilícitos de los hijos; las contraídas por la mujer en la dirección y cuidado de los trabajos del hogar; las adquiridas conjuntamente por ambos cónyuges; las contraídas por uno solo de ellos y ratificadas por el otro y todas aquéllas contraídas por el administrador dentro del ámbito de sus facultades.

Por lo que hace a la disolución de la sociedad conyugal, el artículo 197 establece con toda claridad que la misma termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes y también por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente, comprendiéndose también como causa de terminación de la sociedad los casos previstos en el artículo 188 del Código Civil, o sea cuando el socio administrador amenaza arruinar a su consocio o disminuir los bienes, así como cuando hace cesión de bienes a sus acreedores o es declarado en quiebra.

En cuanto a las causas de suspensión de la conyugal son en síntesis las siguientes:

a).—La declaración de ausencia de uno de los cónyuges, según lo establece el artículo 195, aún cuando el 698 establece que en las capitulaciones matrimoniales se puede pactar que continúe la sociedad conyugal no obstante la declaración de ausencia de alguno de los cónyuges.

b).—El abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses por parte de uno de los cónyuges, lo cual hace cesar para él, desde la fecha del abandono, los efectos de la sociedad en cuanto le favorezcan.

Refiriéndose a la liquidación de la sociedad conyugal el artículo 203 de nuestro ordenamiento civil establece que disuelta la sociedad se procederá a formular un inventario, excluyendo del mismo el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes, que seguirán perteneciendo a éstos, o en caso de muerte, a sus herederos. A este respecto regirán todos los pactos que los esposos hubieren celebrado en sus capitulaciones matrimoniales, y en caso de que no hubieren reglamentado este aspecto del contrato matrimonial debemos atender a las reglas contenidas en el contrato de sociedad.

Cuando por medio de las capitulaciones matrimoniales los cónyuges se hagan copartícipes de bienes inmuebles, se hace necesaria su inscripción, con el objeto de que sean oponibles a terceros.

Por lo que hace al régimen de separación de bienes, Lozano Noriega, nos dice: "Este sistema es el más sencillo; en él cada uno de los cónyuges conserva la propiedad y administración de los bienes y de sus frutos y accesiones. La separación de bienes importa además, la separación del pasivo de los esposos. Es tan extremadamente simple, que no necesitamos más reglamentación que la relativa a la contribución que la mujer debe dar para sostener las cargas del matrimonio" (23).

---

(23) Lozano Noriega, Francisco. "Tópicos sobre regímenes matrimoniales". México. En *Revista Jurídica Notarial*, año III, vol. II, núm. 3, sept. 1952, p. 324.

En estos mismos términos el autor francés Mazeaud, afirma: "Este régimen es teóricamente muy sencillo, puesto que cada uno de los esposos conserva como antes del matrimonio, la propiedad, el goce, la administración y la disposición de todos sus bienes" (24).

Se ha sostenido igualmente por connotados autores, que la separación de bienes es la negación del régimen patrimonial del matrimonio; Calixto Valverde y Valverde en su Tratado de Derecho Civil, citando a Huber, nos dice que la separación de bienes, en el fondo, no es un régimen matrimonial, sino solamente la negación de los efectos del matrimonio con relación a los bienes. Esto llevado al campo de la legislación nuestra no es exacto, ya que al implantar el principio opcional forzoso y exigir la reglamentación del régimen electo, se concluye que en nuestro derecho la separación de bienes es un régimen y no la ausencia del mismo.

Avocándonos al tema concreto en cuanto a su reglamentación en el Código Civil, diremos que el régimen de separación de bienes está regulado por los artículos 207 a 218; por virtud de dicho régimen, cada uno de los cónyuges conserva el pleno dominio y administración tanto de los bienes que haya adquirido con anterioridad al matrimonio, como de los que adquiriera durante el mismo. El artículo 207 establece que puede haber separación de bienes:

a).—Por capitulaciones otorgadas con anterioridad al matrimonio.

b).—Por convenio hecho por los consortes durante el matrimonio. En esta parte el Código se refiere a la hipótesis de que existiendo el régimen de sociedad conyugal, los consortes decidan de común acuerdo cambiarlo por el de separación de bienes.

c).—Por sentencia judicial dictada durante la vigencia del matrimonio.

(24) Mazeaud, Jean y Henry León. "Lecciones de derecho civil" Tr. Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europeas-Americanas, 1959. Parte 1a. Vol. IV, p. 53.

Establece el mismo precepto legal que el régimen de separación puede comprender tanto los bienes de que sean dueños los esposos al momento de la celebración del matrimonio, como de los que adquieran posteriormente.

El artículo 208 dispone que el régimen de separación de bienes puede ser absoluto o parcial, y que en este último caso aquellos bienes que no queden comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos. Es decir, que de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, los esposos pueden casarse bajo los dos regímenes matrimoniales reglamentados por el Código, quedando una parte de sus bienes bajo el régimen de separación y otra bajo el de sociedad conyugal.

El artículo 209 en combinación con el 181 dispone que el régimen de separación puede terminar durante la vigencia del matrimonio, para ser substituído por el de sociedad conyugal; pero en caso de que los esposos sean menores de edad, se necesita la concurrencia de las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio de los menores. Se refiere aquí el Código al supuesto de que los esposos deseen cambiar su régimen matrimonial de común acuerdo. La concurrencia de las personas citadas se requerirá también cuando siendo los consortes menores de edad modifiquen las capitulaciones constitutivas del régimen de separación.

Por lo que se refiere a la formalidad de las capitulaciones de separación de bienes, el artículo 210 dispone: "No es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes antes de la celebración del matrimonio. Si se pacta durante el matrimonio, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate".

Sin embargo, si las capitulaciones de separación se pactaron con posterioridad a la celebración del matrimonio, es de suponerse que existió sociedad conyugal, y por tanto sí requieren escritura

pública, debiendo observarse las formalidades exigidas para la transmisión de bienes de que se trata, es decir, que en este caso si los bienes que se transmiten son inmuebles cuyo valor excede de cinco mil pesos, las capitulaciones otorgadas al efecto deberán constar en escritura pública y, en su caso, deberán hacerse las respectivas anotaciones en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad, a fin de que la transmisión surta efectos contra terceros.

El artículo 211 dispone que las capitulaciones constitutivas del régimen que ocupa, deberán contener forzosamente: a).—Un inventario de los bienes que sean propiedad de cada uno de los esposos al momento de celebrarse el matrimonio, y b).—Nota específica de las deudas que al casarse tenga cada uno de ellos.

En los artículos subsiguientes se establece que en el régimen que analizamos, los esposos conservarán la propiedad y la administración de los bienes que respectivamente les pertenezcan, y que los frutos y accesiones de los bienes citados serán del dominio exclusivo de cada uno de ellos. Los sueldos, salarios, emolumentos y ganancias obtenidos por los cónyuges, serán propios del que los obtuvo.

La administración de los bienes que los esposos obtengan en común por cualquier título gratuito durante el régimen de separación, corresponderá a ambos cónyuges mientras no se haga la división correspondiente; sin embargo, dichos bienes pueden ser administrados por uno solo de los consortes con el consentimiento del otro, siendo considerado el primero como mandatario.

Los consortes no podrán cobrarse entre sí retribución u honorario alguno por causa de los servicios personales que se prestaren, o con motivo de los consejos y asistencia que se dieren; no obstante, si uno de los esposos administra temporalmente los bienes del otro, por ausencia de este último o porque se encuentre impedido para hacerlo, siempre que el impedimento no sea originado por en-

fermedad, tendrá derecho a recibir una retribución por este servicio.

El marido es responsable ante la mujer por los daños y perjuicios que le cause por dolo, culpa o negligencia, y viceversa. Por último, se establece en el Código que ambos esposos deben contribuir a la educación y alimentación de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 164.

### CAPITULO III

#### DIVERSAS CLASIFICACIONES DEL REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

##### *1) Clasificación atendiendo a diversos criterios.*

Los regímenes de bienes en el matrimonio admiten diversas clasificaciones, según los criterios que se adopten para establecerlas.

Una división de gran importancia es la que toma como base el grado de libertad que se dispone para elegir el régimen de bienes. Según algunas legislaciones, se pueden realizar entre los cónyuges convenciones respecto a los bienes; otras no permiten tales convenciones y no hay más regímenes con relación a los bienes que los que fija la ley; existe un tercer sistema en el cual se presentan a los contrayentes dos o más posibilidades para que elijan en el momento de casarse.

Concluyendo, podemos distinguir tres tipos: Legal, Legal-Convencional y Convencional.

Por el primero no se permite a los cónyuges elegir un régimen de bienes, sino que tienen que seguir forzosamente el indicado por la ley, vrg.: Argentina, Perú y Finlandia (25). Respecto al segun-

---

(25) Vega García, Jorge. "Régimen económico de bienes en el matrimonio". En *Revista Jurídica del Perú*, Año I, núm. 3, 1950, p. 222.

do, la ley fija diversos tipos dentro de los cuales los cónyuges pueden elegir, vrg. Suiza, Italia y Alemania. En el tercer tipo se permite a los cónyuges que se dicten su propia ley en materia de régimen de bienes en el matrimonio, pues no se establece ningún sistema regulado de antemano por la ley, vgr., algunos estados de Norteamérica, Francia, Brasil, etc. En este último sistema no hay más limitaciones que las derivadas de la prohibición de pactar contra la moral y las buenas costumbres, contra la esencia del matrimonio o contra la autoridad respectiva de los cónyuges (26). Dentro de los sistemas que otorgan a los contrayentes libertad de capitular, destaca como "sui generis" el sistema conocido con el nombre de opcional forzoso, pues la ley da a los contrayentes libertad de escoger entre algunos regímenes previstos, pero a la vez ordena que los contratantes cumplan con este requisito, así como con el de reglamentar el régimen electo. sistema que rige en nuestro país, el cual obliga en forma ineludible a los contrayentes a celebrar el matrimonio bajo sociedad conyugal o separación de bienes.

Además, en los sistemas en los que se permite escoger la regulación que los contrayentes deseen, la ley puede señalar un régimen supletorio. Generalmente se establece dicho régimen supletorio para el caso de que los contrayentes no hagan uso de su libertad, y por consiguiente, no escojan ningún sistema. El régimen supletorio puede ser uno sólo, como en los Códigos mexicanos de 70 y 84 y el del Ecuador; pero también pueden ser varios, aplicables según las circunstancias, como el alemán.

También tiene relación con este primer criterio de libertad, la clasificación de los regímenes de bienes no ya por su origen legal o convencional, sino por la posibilidad más o menos amplia de modificarlo durante el matrimonio. Así tenemos que durante el siglo pasado, se impuso universalmente el concepto de que una vez contraído el matrimonio, el régimen de bienes ya no puede modificarse por convención entre los cónyuges; sin embargo, en la actualidad

---

(26) Loc. cit.

son muchos los países que posibilitan la mutación del régimen de bienes, como Alemania, Italia, Chile, México, etc, (27).

Otra clasificación se hará atendiendo a la publicidad de los sistemas; así podemos citar tres tipos: el régimen español en el que la inscripción es potestativa, pero su omisión no perjudica a terceros de buena fe, debiendo inscribirse las capitulaciones matrimoniales si versan sobre bienes raíces en el Registro de la Propiedad, y si hay negocios comerciales en el Registro de Comercio. El régimen francés, de inscripción obligatoria en el Registro Civil, debiendo el oficial del Registro Civil preguntar a los contrayentes el régimen adoptado. Y el régimen alemán de inscripción facultativa en un Registro Especial o en Tribunales de Primera Instancia, no perjudicando en ningún caso a terceros la falta de inscripción, pues éstos se rigen por el régimen legal supletorio (28).

## 2) Clasificación atendiendo a la estructura y funcionamiento de los diversos regímenes.

Desde otro punto de vista, esto es, considerando la estructura misma y funcionamiento de los regímenes de bienes, éstos se clasifican de muy diversa manera, y así podemos citar:

a).—Régimen de absorción.—En él, por la celebración del matrimonio, pasa al marido el patrimonio de la mujer, la que no tiene ningún derecho durante el matrimonio ni a su disolución; si al producirse ésta, la mujer recibe algo, es por sucesión hereditaria y no por derecho derivado del régimen patrimonial.

Junto con la propiedad, el marido obtiene el goce, el usufructo y la administración de todos los bienes y es único responsable de todas las deudas. Este sistema tiene un valor casi exclusivamente histórico; lo encontramos en Roma con el matrimonio "in manu" y en el antiguo derecho germánico, donde la mujer casada entraba

(27) Somarriva Undurruga, Manuel. "Derecho familiar". Santiago de Chile. Ed. Nascimento, 1946. p. 174.

(28) Fernández Clérigo, Luis. "El derecho de familia en la legislación comparada". México, Ed. UTEHA, 1947. p. 87.

bajo la tutela del marido conocida como "mundium"; igualmente se localiza en algunas regiones de Estados Unidos y en el Cantón de Berna (29).

b).—Régimen de unidad de bienes.—También pasa, al marido el patrimonio de la mujer al contraerse la unión pero, al disolverse el matrimonio, a diferencia del régimen anterior, el marido o sus herederos deben reintegrar a la mujer o a sus herederos el valor de los bienes recibidos.

Si bien la mujer pierde la propiedad de sus bienes, adquiere en cambio un crédito por su valor equivalente.

Este régimen existía en raras legislaciones cantonales suizas, y el Código Civil Suizo permite adoptarlo por contrato que debe celebrarse dentro de seis meses a contar desde la fecha en que los bienes de la mujer han sido aportados (30).

c).—De reunión de bienes, también conocido en la doctrina como de unión de bienes.—En él no pasa al marido la propiedad de los bienes de la mujer, pero sí su administración y su usufructo. Ella conserva la "nuda propiedad", y al disolverse el régimen se le restituye el dominio pleno, pero sin participación alguna de los beneficios obtenidos durante él.

En este sistema habrá ciertos bienes que por su naturaleza deben transferirse en propiedad necesariamente al marido, porque el usufructo entraña, en general, la posibilidad de disponer de ellos, vrg.: el dinero, las cosas fungibles, etc.

En cuanto a los frutos y rentas de los bienes de la mujer, se hacen de la propiedad del marido.

Encontramos este régimen en Suiza y en Alemania. En este último país con el nombre de administración y disfrute del marido (31).

---

(29) Romero del Prado, Víctor. "Manual de derecho internacional privado". Tomo II, Argentina. Ed. La Ley. 1944. p. 40.

(30) Cornejo, Raúl J. "Régimen de bienes en el matrimonio". En Revista del Inst. de Derecho Civil., Tomo II, núm. 1, Univ. Nal. de Tucumán, Argentina, 1950. p. 40.

(31) Loc. cit.

d).—De separación de bienes.—En el régimen de separación de bienes, los intereses económicos de los cónyuges siguen siendo independientes a pesar de la celebración del matrimonio. Cada uno de ellos administra, goza y dispone de sus propios bienes, y lo que adquiere, lo adquiere para sí, sin participación para el otro, ello sin perjuicio de que la ley establezca reglas para la contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad frente a terceros, etc., vrg.: la Ley de Relaciones Familiares de México; Suiza, Alemania, Austria, etc.

e).—De participación.—En el régimen de participación hay independencia patrimonial entre los cónyuges durante la unión como en el de separación de bienes, pero al disolverse el régimen cada cual participa en los del otro. Debido a este destino que aguarda a los bienes de cada cónyuge, el régimen se complementa con medidas para preservar la futura participación del otro, como el requisito del consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación de ciertos bienes propios de cada uno de ellos (32).

f).—La comunidad se caracteriza por la formación de una masa de bienes propiedad de ambos cónyuges, a la que se denomina "communio Bonorum". A la comunidad le pertenecen todos los bienes y frutos y la misma es responsable de las deudas de los cónyuges. Siendo comuneros indivisos, se requiere por lo regular el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de un bien. (33).

Esta masa permanece en estado de indivisión mientras dura la comunidad.

A la disolución de la comunidad, ésta se divide entre marido y mujer, o entre el cónyuge supérstite y los herederos del otro, o entre los herederos de ambos.

Por la extensión de la masa común, la comunidad puede ser universal o restringida; la universal comprende todos los bienes de

---

(32) Afonsín, Quintín. "El régimen patrimonial del matrimonio desde el punto de vista del derecho privado internacional", en *Revista de la Fac. de Derecho y Ciencias Sociales*. Uruguay, Tomo X, Núm. 3, Montevideo, 1959. p. 721.

(33) *Ibidem*, p. 722.

los esposos, sean llevados al matrimonio o adquiridos después, sin distinción de su origen. La restringida comprende sólo parte de esos bienes, de modo que algunos continúan formando parte de la propiedad personal de los esposos; hay así bienes propios de cada uno de los cónyuges bienes comunes o gananciales. La limitación puede establecerse según diversas pautas, pero los tipos más comunes son la comunidad de muebles y ganancias —que comprende todos los bienes muebles de los esposos que sean llevados al matrimonio o adquiridos después a cualquier título, y los inmuebles adquiridos después del matrimonio a título oneroso— y la de ganancias, que sólo abarca los bienes adquiridos después del matrimonio a título oneroso.

Según quien ejerza la administración de los bienes, la comunidad puede ser de administración marital, de administración separada o de administración conjunta.

g).—Régimen dotal.—El estudio del régimen dotal presupone el conocimiento del concepto de dote, institución que le sirve de fundamento. La dote es un aporte de bienes hecho por la esposa al marido, sea en propiedad o en usufructo, destinado a contribuir o a solventar las cargas del hogar; a la disolución del régimen se le restituye en valor o en especie respectivamente.

No es un régimen independiente, sino que coexiste con el régimen de separación de bienes, para el que constituye un paliativo, de ahí que algunos autores le nieguen el carácter de verdadero régimen y la estudian como una simple institución.

El régimen dotal persigue una doble finalidad: ayudar al esposo a soportar los gastos del hogar y asegurar el porvenir de la familia para cuando falte el marido; para que el régimen dotal pueda cumplir con esos fines se le integra con dos principios que le son característicos: la inalienabilidad y la restitución de la dote.

## CAPITULO IV

### EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

#### 1).—Problemas que se presentan.

En el derecho de los países existen una estrecha relación entre las normas que regulan el régimen patrimonial del matrimonio y las referentes a las numerosas instituciones con las que se encuentra vinculado; vemos así que concuerda con las normas referentes a las condiciones constitutivas del matrimonio, con las que regulan las relaciones conyugales, las de la capacidad o incapacidad de la mujer casada, etc.

Esta concordancia sufre un quebranto en cuanto las condiciones constitutivas del matrimonio, o las relaciones conyugales, o la capacidad de la mujer casada, o el divorcio, o la separación de cuerpos, o los bienes, o la sucesión, se regulan por una ley diferente a la que regula el régimen patrimonial. Si la validez del vínculo matrimonial depende de la ley de A (lex loci contractus); las relaciones conyugales de la ley de B (lex domicilii del matrimonio); la capacidad de la mujer, el divorcio, la separación de cuerpos, de la ley de C (lex domicilii de la mujer); los bienes y la sucesión de la Ley de D (lex rei sitae), etc., podemos imaginar el cúmulo de problemas que se presentarán al proyectar el régimen de bienes en el matrimonio en el plano internacional.

## 2).—Soluciones clásicas propuestas.

Sería imposible encontrar una fórmula que viniera a solucionar la totalidad de los problemas que se ocasionan con motivo de las diferencias que existen entre las legislaciones de los diferentes países de la comunidad internacional; por ello los autores, conscientes de esta dificultad, han pretendido que la ley que regula el régimen de bienes en el matrimonio esté acorde con: 1) la ley que regula el matrimonio, o bien, 2) con la que regula los bienes, en virtud de que consideran que encontrar el acoplamiento con alguna de ellas es haber dado un gran paso en el camino de solucionar el difícil problema de los conflictos de leyes.

Así tenemos que, los autores que se inclinan por procurar que exista concordancia entre el régimen de bienes en el matrimonio y las disposiciones que regulan las condiciones constitutivas del matrimonio, han pretendido encontrar una solución en la doctrina llamada personalista que prolonga la aplicación de las leyes de un determinado país hasta dentro de las fronteras de otro, dándoles un efecto extraterritorial.

A su vez los autores que consideran más conveniente que la ley que regula el régimen de bienes en el matrimonio armonice con el régimen que regula los bienes en general, adopta la tesis realista o también llamada territorial.

a).—Régimen extraterritorial.—El inclinarnos por este sistema nos viene a dar como consecuencia que los bienes que posean los cónyuges, aún cuando se localicen en diversos países, estén sometidos todos ellos a un sólo régimen; sin embargo, nos lleva de inmediato a encontrarnos con otro problema, también de muy difícil solución, como es el de determinar cuál va a ser esa ley que va a regular todos los bienes de los cónyuges, aún cuando se encuentren dentro de las fronteras de otros países; esta ley podrá ser la del lugar donde el matrimonio se contrajo, o la de su domicilio, o bien la "lex patriae" del matrimonio, en fin, se sacrificará la certeza en la determinación de la ley aplicable, en aras de la unidad del régimen que habrá de regir los bienes. De esta manera, la ley que

regula el régimen de bienes habrá de estar acorde con la ley que regula las condiciones del matrimonio.

b).—Régimen territorial.—Considerar que el régimen de bienes que ha de regir el matrimonio habrá de tener una aplicación territorial, conduce a la pluralidad de regímenes, tantos como sean los países en los cuales se encuentren situados los bienes de los cónyuges, pero con la ventaja de que no se pretenderá aplicar a un determinado bien una institución que le sea ajena. Sin embargo, este sistema presenta la posibilidad de que el régimen que habrá de regir los bienes de los cónyuges choque con aquel que regula las condiciones constitutivas del matrimonio de los mismos.

c).—Régimen mixto.—Cabe asimismo una solución mixta: la extraterritorialidad y unidad con respecto a los bienes muebles y la territorialidad y pluralidad con respecto a los inmuebles. Sobre este régimen, Lasala Samper afirma: "la concepción realista anglo-norteamericana, con base en la escuela territorialista de D'Argentre, implica la negación del principio de unidad de estatuto; el régimen legal de los casados sin contrato se gobierna por la ley de la situación real en cuanto a los inmuebles, y por la de la situación ficta (domicilio del marido) en cuanto a los muebles" (34).

De la solución mixta no nos ocuparemos, pues veremos por separado tanto el régimen territorial como el extraterritorial; además de que las únicas dificultades que podrían presentarse en su estudio serían las correspondientes a la calificación de las categorías bienes muebles y bienes inmuebles.

---

(34) Lasala Samper, José M. "La norma española de conflicto sobre régimen legal de bienes en el matrimonio". En *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, Enero-marzo, Vol. IV, núm. 1, 1951, p. 18.

## CAPITULO V

### REGIMEN EXTRATERRITORIAL

#### 1) *El Contrato Tácito.*

a).—Apreciación de la teoría del contrato tácito.—Se afirma que el primer intento de la doctrina tendiente a fundamentar la extraterritorialidad del régimen patrimonial del matrimonio se debe a Dumoulin; sobre este aspecto Niboyet (35) afirma que en el derecho antiguo, lo mismo que en la actual doctrina anglonorteamericana, los autores se han declarado poco partidarios del efecto extraterritorial del contrato matrimonial de bienes, y que precisamente por ello y como una reacción contra la rigidez de esta regla fue por lo que Dumoulin creó su célebre doctrina de la autonomía de la voluntad. Por su parte, Arce (36) nos dice que históricamente parece ser que los postglosadores no tuvieron nunca en cuenta la intención de las partes contratantes y por lo mismo no crearon ninguna teoría respecto a la autonomía de la voluntad, teoría ésta que es definida por el propio Arce como "el poder que tienen las partes contratantes para escoger la ley competente en materia de

---

(35) Niboyet, Jean Paul. "Derecho internacional privado". 6a. edic. traductor S. González. Méico, Ed. Nacional., 1965, p. 707.

(36) Arce, Alberto. "Derecho internacional privado". 5a. edic. Edi., Departamento editorial de la Universidad de Guadalajara, Jal. Méx. 1965, p. 138.

contratos" (37); en tal virtud creyeron oportuno que los mismos fueran sometidos a la ley del lugar de su conclusión. Al efecto Dumoulin argumentó, que el régimen legal era un contrato tácito que convenían los cónyuges; Batiffol sobre el particular nos dice: "fue Dumoulin quien en el siglo XVI propuso en Francia considerar el régimen matrimonial de bienes como un contrato tácito; intención expresa era la de justificar la aplicación de la ley del domicilio a la totalidad de los bienes conyugales y evitar con ello que cada bien, según la regla tradicional, fuera sometido a la ley de la situación" (38). Dumoulin afirmaba que los contrayentes siempre tienen la facultad de regular convencionalmente su futuro régimen patrimonial. En la mayoría de las ocasiones escogen expresamente un determinado régimen, asentándolo en las capitulaciones matrimoniales respectivas; pero otras veces hacen uso de la facultad concedida por la ley escogiendo tácitamente el régimen propuesto por el legislador. El régimen legal, por lo tanto, no es preceptivo ni recoge su vigencia de la voluntad del legislador; es meramente supletivo y la recoge de la voluntad de los cónyuges, que no obstante haber podido capitular no lo hicieron, prefiriendo escoger con su silencio el régimen legal.

Por otro lado, se afirma, en la doctrina, que los contratos expresos o tácitos tienen eficacia extraterritorial, puesto que para la voluntad de quienes contratan no existen fronteras, por tanto, si se ha asentado que el régimen legal es un contrato tendrá como tal eficacia extraterritorial y surtirá sus efectos sobre todos los bienes de los cónyuges cualquiera sea el lugar donde se encuentre cada bien.

Resumiendo, esta exposición de ideas adopta como válidas las siguientes afirmaciones: a) los contrayentes siempre pueden convenir un régimen patrimonial; b) este régimen, por ser convencio-

---

(37) Arce. *op. cit.*, p. 138.

(38) Batiffol, Henri. "Problemas de la ley aplicable al régimen matrimonial de bienes en derecho internacional privado". En *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. IX, Núm. 1-2, Madrid. 1956. p. 71.

nal, tiene efectos extraterritoriales; y, c) los contrayentes que no hicieron convención expresa siempre tienen voluntad tácita de adoptar el régimen legal.

Sin embargo, contra estos enunciados podemos afirmar, con el tratadista uruguayo Alfonsín (39), lo siguiente: la voluntad no es autónoma, ello es en virtud de que las facultades con que cuentan los contrayentes provienen de la ley aplicable al régimen patrimonial, y se encuentra circunscrita a ser ejercida en los límites y oportunidad que establezca la propia ley. Vemos así que si los futuros cónyuges eligen el régimen patrimonial en una capitulación, cuando la ley que regula el propio régimen así los autoriza, si están por ese hecho conviniendo su régimen patrimonial, pero esta afirmación resulta gratuita para el caso de que esté previsto un régimen legal forzoso: "en Bolivia se desconocen en absoluto las convenciones matrimoniales al igual que en Perú y Argentina, países estos que tienen como régimen legal forzoso el de comunidad de gananciales; así también el Código Civil Japonés, como régimen legal forzoso tiene el de separación de bienes" (40). Así pues en todos estos países por no ser posible celebrar capitulaciones matrimoniales no resulta válida la premisa sobre la que Dumoulin construye su tesis.

Igualmente podemos afirmar, que si la ley que fundamenta el régimen patrimonial tiene carácter extraterritorial, la capitulación tendrá la misma eficacia, pero en el caso contrario no existirá tal vigencia extraterritorial de la capitulación; de otra forma dicho y siguiendo a Alfonsín, puede afirmarse que: "no es el efecto de la capitulación lo que determina la extraterritorialidad del régimen, sino la extraterritorialidad del régimen lo que determina el efecto de la capitulación" (41); a mayor abundamiento, nada impide que los contrayentes en estricto uso de la libertad que les concede la teoría de la autonomía de la voluntad, convengan un régimen para

(39) Alfonsín, op. cit., p. 740.

(40) Vega García, op. cit., p. 236.

(41) Alfonsín, op. cit., p. 741.

los bienes situados en A y otro para los que tienen en B. En tal circunstancia, por ser un contrato, la capitulación tendría eficacia extraterritorial o sería válida en todas partes, pero no se podría decir que fuese universal en el sentido de establecer un régimen común para todas las pertenencias de los cónyuges.

De esta forma es la voluntad de los cónyuges la que hace caer por tierra el argumento que sostiene que la unidad del régimen se encuentra determinada por la extraterritorialidad de la capitulación.

Igualmente y por lo que hace a la afirmación de que el régimen legal es producto de la voluntad de los cónyuges cuando no celebran capitulaciones, nos parece difícil de probar, siendo común el que los contrayentes no se preocupen por nada que atañe al régimen de bienes, unas veces por no tenerlos, otras por total ignorancia del régimen legal, no ocurriéndoseles ni aceptarlo ni repudiarlo, por lo que no es correcto aseverar que es nacido de la voluntad.

Incluso se puede llegar al absurdo de afirmar que hubo acuerdo tácito de voluntad habiendo pruebas irrefutables de lo contrario, como es el caso de una capitulación invalidada por deficiencias de forma no obstante que el régimen adoptado sea diverso al considerado por la ley como legal y por tanto supletorio de la voluntad de los contrayentes.

En síntesis, a los contrayentes se les impone la voluntad del legislador argumentando que fue la tácita convenida.

b).—Ley aplicable al régimen patrimonial.—Veamos ahora cuál ley será la aplicable al régimen patrimonial. La ley que rija los bienes de los cónyuges puede ser escogida libremente por los mismos, desplazándose siempre dentro de la teoría de la autonomía de la voluntad.

Toda vez que no hicieron capitulaciones los cónyuges, nos encontramos frente a dos opciones tendientes a encontrar la ley aplicable: respecto a la primera Arce nos dice: "el sistema de Dumoulin ha llevado a la Jurisprudencia al trabajo de investigar

cuál es la intención que tuvieron las partes y entonces, el juez deberá tener en cuenta en su investigación todos los hechos que se le presenten" (42); el segundo camino consistirá en atribuir a los cónyuges una voluntad presunta.

En estas dos situaciones y por tratarse de un contrato, la ley que lo rija ha de ser inmutable, aplicándose por tanto desde que se contrae el matrimonio y por ello mismo Alfonsín dice que "el punto de conexión de la norma de Derecho Privado Internacional que señala cual ley es aplicable, debe ser de realización fija" (43).

Avoquémonos al estudio por separado de estas dos soluciones:

Interpretación de la voluntad tácita de los cónyuges. Siempre partiendo de la base de que los cónyuges no asentaron su voluntad en una capitulación expresa, hay que inferirla, caso por caso, de las circunstancias que rodearon a cada matrimonio al tiempo en que se contrajo, por ejemplo, de la nacionalidad de los contrayentes, de sus respectivos domicilios, del lugar en que se casaron, de la forma del matrimonio (religiosa, diplomática, consular), del lugar donde tenían su fortuna, del lugar donde se instalaron; incluso de otras circunstancias posteriores a la celebración del matrimonio que pueden ser significativas de la voluntad de los cónyuges.

Esta averiguación de la ley aplicable se convierte en una cuestión de hecho que puede remitirnos, para la reglamentación del régimen, a la "lex loci contractus", a la "lex patriae" del matrimonio al tiempo en que se contrajo, a la "lex domicilii" del matrimonio en el momento en que se celebró, etc.

No obstante lo atractivo de estas conclusiones, vemos que este camino que consiste en la interpretación de la voluntad tácita de los cónyuges, hace incierta la ley aplicable al régimen patrimonial. Esto es, si los esposos o un tercero quisieran saber bajo la competencia de qué ley se encuentran sometidos, sería necesario entablar

---

(42) Arce, op. cit., p. 141.

(43) Alfonsín, op. cit., p. 742.

un proceso para obtener una respuesta segura acerca del punto; Niboyet afirma "hay que esperar, en efecto, a que los tribunales conozcan del asunto para decidir acerca de la cuestión" (44), o sea que en tanto no haya un pronunciamiento judicial, firme y válido, respecto a todos los bienes de los cónyuges, nadie podrá saber si esos bienes le corresponden al marido, a la mujer, o a los dos; los acreedores no sabrán a que atenerse; y lo que francamente resulta paradójico, los cónyuges tampoco, a pesar de que es precisamente su propia voluntad la que origina todas las dificultades.

Como se ve, la imprevisibilidad del régimen es manifiesta y a menudo se precisa el régimen con motivo de la sucesión de alguno de los cónyuges, o sea cuando exactamente el régimen patrimonial del matrimonio ha dejado de tener vigencia.

En resumen, la precisión del régimen siempre se hará "a posteriori" y por lo tanto no puede satisfacer el trato internacional.

Aún más, las diversas circunstancias que rodean a un matrimonio pueden no concordar entre sí, algunas de ellas pueden señalar una ley, otras señalarán una diversa, y ello es debido a que los esposos jamás han tenido una intención determinada sobre el particular o por lo menos no pueden probarla. En realidad, lo que hacen los jueces es buscar lo que los esposos habrían razonablemente hecho si se hubieran ocupado de la cuestión.

La verdad es que la pretendida búsqueda de una voluntad tácita, consiste en sustituir el razonamiento de las partes por el del juez, o como asevera Alfonsín "Subrepticamente la voluntad del juez suplanta a la de los cónyuges" (45).

Ante estas dificultades que encierra la indagación "a posteriori" de la voluntad tácita de los cónyuges, autores como Batiffol (46) recomiendan que se coadyuve con el juez proporcionándole

---

(44) Niboyet, op. cit., p. 712.

(45) Alfonsín, op. cit., p. 742.

(46) Batiffol, op. cit., p. 73.

algunas presunciones legales a las que deberá atenerse mientras no haya prueba en contrario; sin embargo, aún estas presunciones son poco convincentes pues en caso de que exista prueba en contrario queda demostrado que no reflejan la voluntad oculta de los cónyuges, y si no hubiera tal prueba, no hay nada que demuestre que la reflejan.

Todos los inconvenientes analizados pueden ser salvados mediante una presunción establecida de antemano por una norma de Derecho Privado Internacional por la que se considere que fue voluntad de los cónyuges que al casarse no hicieron capitulaciones matrimoniales, someter sus bienes a la ley que la norma señale, por ejemplo a la "lex domicilii" del matrimonio al tiempo de la celebración, etc.

Con ello se evita el problema de la imprevisibilidad y puede conocerse la ley que regirá al matrimonio desde el momento en que nace hasta que fenece. Pero esta solución resulta absurda, toda vez que si se pretende que la dicha norma refleja la voluntad de los contrayentes, se incurre en una notoria falsedad, y si se expone que dicho régimen debe ser regulatorio de los bienes del matrimonio, aún cuando no coincida con la voluntad de los cónyuges, se llega a atacar en su base la teoría de la autonomía de la voluntad en cuyo nombre se ha argumentado.

Ahora bien, analicemos cuál podría ser el régimen legal presuntamente elegido por los cónyuges:

Tratándose de un contrato tácito, le puede ser aplicado, como a todos los contratos, la ley del lugar donde se contrajo el matrimonio, o sea la "lex loci contractus".

A favor de esta solución se declararán autores de renombre, como Freitas, y el Congreso Americano de Jurisconsultos, los cuales son citados por Alcorta quien afirma que "el contrato nupcial deberá seguir la ley de todos los contratos, puesto que siendo un acto jurídico, cuya existencia no es indispensable para la vida del matrimonio, no tiene el carácter personal que a éste se le atribuye.

Los contratantes arreglan sus derechos sobre los bienes, y es de suponerse que cuando no han querido dejar a la ley ese arreglo, se han colocado en las condiciones del que ejecuta un acto jurídico cualquiera" (47).

Además de que se elude con esta solución la dificultad que entraña la diversidad de leyes entre los cónyuges, toda vez que siempre sería común, también se puede abonar en su favor el que es fácil de conocer con sólo compulsar los documentos y pruebas de la celebración del matrimonio.

Sin embargo, en contra de estas afirmaciones, siguiendo a Romero del Prado, podemos argumentar que "equiparar el contrato matrimonial a todos los demás, supone una analogía no existente entre ambos, pues basa una situación permanente sobre una circunstancia accidental y extiende el alcance de la regla "locus regit actum" a relaciones que no tienen la menor relación con ella" (48); además puede perjudicar los intereses de la mujer, lo cual se aprecia claramente con el argumento presentado por Alfonsín: "si suponemos que el matrimonio está domiciliado o tiene sus bienes en un país cuya ley establece la comunidad, en tanto que la "lex loci contractus" establece la separación y le atribuye al marido, como titular aparente de los bienes, la propiedad exclusiva de ellos, no obstante haber sido adquiridos con el esfuerzo de ambos cónyuges, se cometería una enorme injusticia" (49).

Además, ¿cómo podrían los terceros sospechar que cierta persona casada, que les solicita un crédito está sometido al régimen patrimonial establecido por la ley de tal o cual lugar en donde celebró su matrimonio?

Lógico es que todo acreedor siempre tiene presentes como respaldo de su crédito los bienes locales de los cónyuges, cuya

---

(47) Alcorta, Amancio. "Curso de Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1927, tomo II, p. 111.

(48) Romero del Prado, Víctor. "Manual de derecho internacional privado", Buenos Aires, Argentina. Ed. La Ley, 1944, p. 43.

(49) Alfonsín, op. cit., p. 743.

pertenencia considera distribuida con arreglo a esas mismas normas. Si las presunciones locales de propiedad le indican que los bienes pertenecen al cónyuge con el cual contrató, se cometería un atropello contra el tercero si dichos bienes se rigieran por la "lex loci contractus" bajo la cual se celebró el matrimonio, y ésta considerara propietario al otro cónyuge.

Analicemos lo relacionado con la posible aplicación de la "lex patriae". Esta ley, al ser aplicada como voluntad presunta de los cónyuges debe ser inmutable, es decir debe ser la primera "lex patriae" que como cónyuges hayan tenido, no influyendo por consiguiente los subsecuentes cambios de nacionalidad del matrimonio.

El que el régimen sea controlado por esta ley trae inconvenientes similares a los de la aplicación de la "lex domicilii", pues la mujer se puede ver despojada como es el caso en que el matrimonio esté domiciliado o tenga sus bienes en un país cuya ley establece la comunidad, en tanto la "lex patriae" aplicable establece la separación; no hay duda que se cometerá una enorme injusticia si a la muerte del marido, se entera la mujer de que todos los bienes pertenecen a los herederos del marido, inclusive, naturalmente, los que ella ayudó a ganar con su trabajo.

En cuanto a los terceros se verían imposibilitados del cobro sobre los bienes del matrimonio si resultare que conforme a la "lex patriae", el titular de los bienes es el cónyuge con quien no se contrató, situación ésta imposible de preveer por el tercero. Además la aplicación de la "lex patriae" se hace imposible para los casos de matrimonios con nacionalidad diferente o para los que carecen de ella.

Por lo demás este sistema de la ley nacional es el adoptado por la mayoría de los países europeos; al respecto Goldschmidt comenta "el régimen legal de bienes en el matrimonio se rige por la ley nacional del marido en el momento de casarse" (50); este autor se refiere al derecho internacional privado de España. Vega

---

(50) Goldschmidt, "Sistema y filosofía del derecho internacional privado". Barcelona, Ed. Bosch, 1949, t. II, p. 217.

García (51) nos dice que la ley nacional es la escogida para este tópico tanto por Italia como por Alemania; y Romero del Prado (52) señala que la Convención de la Haya de 1905 ha adoptado la ley nacional del marido; por último la tratadista francesa Depitre (53) menciona que Portugal, Suecia, Austria, Finlandia y Grecia, resuelven los conflictos de leyes que se presentan en esta materia aplicando la ley nacional.

Estudiaremos ahora la aplicación de la "lex domicilii"; también esta ley puede ser aplicable de acuerdo con la teoría de la autonomía de la voluntad que estamos analizando y al aplicarse como voluntad presunta es inmutable cualquiera sean los cambios de domicilio de los cónyuges.

Por tanto como posible ley aplicable lo será la del primer domicilio que como cónyuges tuvieren.

Abstracción hecha de las dificultades para fijar el domicilio, punto que intentaremos estudiar líneas más adelante, la solución tendiente a la aplicación de la ley del primer domicilio motiva los mismos inconvenientes citados para la "lex patriae" y la "lex loci contractus", especialmente en el caso de que habiendo tenido los cónyuges su domicilio en A, lo muden a B a fin de obtener mayor fortuna, lo cual tras largos años de común esfuerzo alcanzan, pero al fallecer el marido la esposa se entera de que el régimen no se regula por la ley de B, que establece la comunidad, y a la cual se pensaba sujeta, sino por la ley de A, con la cual el matrimonio no mantiene vínculo alguno y que establece la separación.

Por supuesto los terceros también se sentirán decepcionados si la ley del primer domicilio conyugal trastoca sus seguridades locales. Innecesario es decir que existe absoluta imposibilidad por

---

(51) Vega García, op. cit., p. 224.

(52) Romero del Prado, op. cit., p. 43.

(53) Depitre Marthe, Simón. "Domicilio y régimen matrimonial legal". En *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, t. 59, segunda entrega, Montevideo, Uruguay, p. 265.

parte de los terceros para conocer el primer domicilio de los cónyuges y por consiguiente la ley aplicable.

La "lex domicilii", por otro lado, es la aceptada por la mayoría de los países latinoamericanos y en la actualidad por una buena parte de los europeos; como ejemplos podemos mencionar el Tratado de Montevideo de 1940 que en su artículo 16 establece: "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes, se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes" (54). También relacionado con este punto el autor ya mencionado, Romero del Prado nos transcribe las argumentaciones del Delegado argentino a las Conferencias de Montevideo de 1889 "la ley del domicilio matrimonial, asiento de la sociedad conyugal, se impone, como la única apta para gobernar las relaciones pecuniarias de marido y mujer, siendo el domicilio matrimonial el lugar de la residencia permanente de los casados por tiempo indefinido y el foco de su actividad industrial, mercantil, o profesional, tiene que ser forzosamente reputado, en el silencio de las partes, como el único elegido para determinar la existencia, composición y desenvolvimiento de la asociación conyugal y el único por consiguiente cuya ley debe regir todas las relaciones pecuniarias desde el instante mismo del matrimonio" (55).

Dépitre, asienta en su trabajo dedicado a la memoria de Alfonso Quintín lo siguiente: "la adopción del domicilio, como punto de conexión, está consagrada por Suiza y el Congo Belga, Perú, Letonia y Brasil. Es igualmente la solución adoptada por el Tratado entre la URSS y Polonia de 28 de diciembre de 1957. Igualmente es la solución que adoptaron en 1887 los componentes del

---

(54) "Estudio comparativo del Código Bustamante, los Tratados de Montevideo y el Restatement of the Law of Conflict of Laws" elaborado por el Delegado de Colombia en el Comité Jurídico Interamericano, 1953. Unión Panamericana, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., septiembre, 1957.

(55) Romero del Prado, op. cit., p. 45.

Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Heidelberg" (56).

Por considerarlo de interés dentro de las cuestiones de la problemática que entraña este estudio dedicaremos algunas líneas al análisis de la determinación del primer domicilio, toda vez que el mismo se hace indispensable para la aplicación de la "lex domicilii" al régimen patrimonial del matrimonio.

En doctrina se han propuesto varias soluciones; Savigny, entendía por primer domicilio el que tenía el marido al tiempo de la celebración del matrimonio; esta solución actualmente resulta inadmisibles en virtud de la igualdad de derechos entre ambos cónyuges pues el domicilio del marido ha dejado de ser el domicilio matrimonial. Por lo mismo si ambos cónyuges tienen su domicilio en un mismo país no surgirá problema, y el matrimonio se regulará por dicha ley, pero si lo poseen en países distintos no habrá posibilidad de que el régimen sea regulado por ley alguna, pues no podría ser tomada en consideración una sola de las legislaciones en contacto con el matrimonio.

Otra corriente se inclina por considerar como primer domicilio, no el de uno de los contrayentes, ni el accidental que tenían cuando se casaron, sino el que establecieron los consortes después de la celebración del matrimonio. Pero de acuerdo con esta solución, si nunca se fijó un domicilio conyugal no habrá ley que rijan los bienes del matrimonio, o bien si los cónyuges lo establecieron con posterioridad a la celebración del matrimonio, en el lapso entre la celebración y la constitución del domicilio carecerán de ley aplicable.

Es importante recordar que la presunción a examen, debe fundarse en una circunstancia existente al tiempo de la celebración del matrimonio, y no en una circunstancia que esté sujeta a la voluntad ulterior de los cónyuges.

---

(56) Depitre, op. cit., p. 273.

Por último, es posible que el matrimonio quede regulado por la ley del domicilio que los contrayentes hubieren convenido, lo cual estaría de acuerdo con la teoría de la autonomía de la voluntad, de la cual arrancó este examen, pero tendría que ser necesariamente fijado en una capitulación expresa, lo cual no es lógico que suceda, dado que si no se ocuparon de las capitulaciones matrimoniales no hay motivo para suponer que hubieran elaborado una convención expresa tendiente a fijar el domicilio.

No queremos concluir con el estudio de la autonomía de la voluntad sin antes dejar asentado que a la fecha, apegándonos para ello a Depitre<sup>(57)</sup>, la zona de aplicación de esta teoría es muy limitada, además de en Francia está considerada todavía como competente en Luxemburgo y en Mónaco, igualmente en la provincia de Quebec, donde la influencia francesa es innegable.

## 2) *El Orden de la Familia.*

Dediquémonos ahora a comentar la teoría conocida como del orden de la familia que propende igualmente a la aplicación del régimen extraterritorial; al efecto se afirma que debe ser extraterritorial el régimen patrimonial por ser accesorio a las relaciones conyugales, esto es, por ser un instrumento para que el matrimonio cumpla sus fines sociales.

Para probar ello se esgrime que el régimen patrimonial, sólo surte efectos durante la existencia del matrimonio, y que cada país lo regula en forma concordante con la organización de la familia, con la igualdad o desigualdad de derechos de los cónyuges, con la capacidad o incapacidad de la mujer casada, con las obligaciones de los cónyuges con respecto a los hijos, etc. Cualquiera que sea el lugar donde estén situados los bienes deben ser regulados por la ley que regula las relaciones conyugales. Ello en virtud de que el régimen patrimonial debe concordar con el orden de la familia.

---

(57) Depitre, op. cit., p. 264.

Contra estas afirmaciones se dice que hay posibilidad de que un matrimonio no produzca efecto alguno sobre los bienes, en tal hipótesis a pesar de existir entre los esposos relaciones conyugales, estas relaciones no existirán en el campo de los bienes, o dicho de otra forma, el hecho del matrimonio puede no crear una situación patrimonial entre las personas que lo constituyen.

También podemos decir que si el régimen patrimonial fuera considerado como un simple instrumento para que el matrimonio cumpla sus fines sociales, debería ser de orden estrictamente institucional; sin embargo vemos que el régimen patrimonial no tiene tal carácter, sino que en muchas ocasiones es considerado como un contrato. Además consideramos que el orden de la familia no es incompatible con la territorialidad del régimen, en virtud de que por capitulación matrimonial y en uso de su facultad de elección, los cónyuges pueden adoptarla.

Hay que agregar, que si el régimen patrimonial debe concordar con el orden de la familia, deberá cambiar cada vez que se modifiquen las relaciones conyugales lo cual es rechazado por la teoría que estudiamos, lo que trae consigo que luego del primer cambio, las relaciones conyugales de un matrimonio y su régimen patrimonial no estarán sujetos a la misma ley, y esta circunstancia es naturalmente contraria al fundamento de que se partió.

a).—*Ley aplicable al régimen patrimonial.*—Cuando todas las relaciones conyugales no se regulan por la misma ley, ¿qué ley deberá regir al régimen patrimonial?

Tratemos de dar respuesta a esta interrogante; dentro de la tesis del orden de la familia, el régimen patrimonial sólo puede ser sujetado por la "lex patriae" o por la "lex domicilii" del matrimonio.

En cualquiera de los dos casos y repitiendo a Alfonsín, "la ley que se aplique ha de ser mutable, y el punto de conexión de la norma de derecho internacional privado que señale cuál ley es aplicable, debe ser de realización variable" (58).

(58) Alfonsín, op. cit., p. 727.

Comentemos la aplicación de la "lex patriae"; esta solución se rechaza haciendo valer los argumentos esgrimidos cuando se expuso la aplicación de la "lex patriae" referida a la teoría de la autonomía de la voluntad. Calcúlese la desilusión de las viudas de los emigrados italianos, cuando al cabo de una vida de trabajo en América, se aplica la ley italiana, la cual establece el régimen de separación para calcular el acervo hereditario del marido; o la decepción de los acreedores de un francés casado, al descubrir que los bienes sobre los que esperaba cobrar sus créditos son dotales y exclusivos de la mujer porque así lo dispone la ley francesa, etc.

"Lex domicilii".—también vimos en el estudio de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de aplicación de esta ley y se asentó que a juicio de un gran número de doctrinarios de los conflictos de leyes, esta ley armoniza mejor con las necesidades normativas de las relaciones conyugales; en el mismo lugar hicimos valer los argumentos contrarios a la aplicación de dicha ley, a los cuales nos remitimos y sólo agregaremos que la "lex domicilii" no es aplicable si no existe un domicilio matrimonial, o si ambos cónyuges no tienen sus respectivos domicilios en un mismo país o si carecen de domicilio, etc. En cuanto a terceros posibles acreedores, y tratándose de los bienes que los cónyuges posean en un país donde no están domiciliados, será suficiente que los consortes cambien su domicilio para que den al traste con todas las previsiones que los acreedores se hayan podido imaginar.

### 3) *Inmutabilidad de la Ley Aplicable.*

a).—Inmutabilidad de la ley aplicable e inmutabilidad del régimen.—Mucho antes de que la extraterritorialidad del régimen se haya pretendido fundamentar en la teoría de la autonomía de la voluntad o en la del orden de la familia, en las Partidas, con la finalidad de conseguir la unidad y la extraterritorialidad del régimen, se presentaba la solución, citada por Quiroz Peña, quien al respecto argumenta: "Mucho antes que Dumoulin hiciera su famoso dictamen de donde la doctrina conviene en que arranca el prin-

cipio de la autonomía de la voluntad, las Partidas han regulado la materia económico-matrimonial con normas en las que se consiguieron las ventajas que pretendía la solución de Dumoulin" (59).

En efecto, en las Partidas nos encontramos con soluciones que implican: 1.—La proclamación de la autoridad de la voluntad; 2.—El establecimiento de un régimen único supletorio; 3.—La consagración de un régimen unitario en el espacio y en el tiempo, es decir, con vigencia extraterritorial y con permanencia a pesar de de los cambios de estatuto.

El propósito de estas normas era asegurar la inmutabilidad del régimen en los matrimonios a fin de evitar que eludieran por medios indirectos la prohibición establecida de modificar el régimen patrimonial mediante capitulaciones postnupciales. La extraterritorialidad, pues, aseguraba que los cónyuges aunque trasladaran su fortuna de un lugar para otro, no escaparán al régimen al que estaban sujetos, aunado ello a que esa Ley era la del lugar donde se había contraído el vínculo, "lex loci contractus", los cónyuges tampoco podían escapar a las disposiciones de dicha ley aunque modificaran su domicilio. Con esta medida las Partidas pretendían proteger a la mujer y a los terceros.

A pesar de lo asentado, vemos que para que se cumplieran estos propósitos era menester que la ley inmutable no mudara su contenido, y además de que no lo mudara, estableciera la inmutabilidad del régimen; por ejemplo, si un matrimonio está sometido con respecto a su régimen patrimonial a la ley del estado A; y si dicha ley sufre modificaciones, el régimen patrimonial también las sufrirá.

A mayor abundamiento citaremos el ejemplo presentado por Alfonsín (60): si la ley de A no sufre ninguna modificación del régimen, pero si dicha ley de A autoriza las modificaciones post-

---

(59) Quiroz Peña, Bernaldo, "El régimen económico de la sociedad conyugal en el derecho internacional privado". En *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, vol. VIII, Núm. 3, 1955, p. 615.

(60) Alfonsín, op. cit., p. 730.

nupciales el régimen mismo siempre podrá cambiar y en este caso, paradójico resulta que la inmutabilidad de la ley traiga consigo la constante mutabilidad del régimen y de esta forma el propósito que se pretendía con la inmutabilidad de la ley aplicable, debido a la frecuencia con que se dan las capitulaciones postnupciales en la época actual, se viene al traste.

La inmutabilidad de la ley aplicable, como cita Larrea (61), fue un dogma que se impuso universalmente durante el siglo pasado; las razones que se aducían para sostener esta doctrina eran principalmente dos: que el marido podía ejercer influjo determinante para que la mujer cediera y consintiera en realizar modificaciones desventajosas para ella, y que una modificación durante el matrimonio podía perjudicar a terceros que hubieren contratado teniendo presentes las circunstancias jurídicas existentes al momento de contratar con uno de los cónyuges.

Sin embargo, Cornejo (62), otro autor a quien ya nos hemos referido en el curso de este trabajo, nos dice sobre el particular, que la idea de la inmutabilidad o mutabilidad se relaciona con el presunto interés de los propios cónyuges y de los terceros que con ellos contratan. Al parecer la necesidad de evitar el abuso que podría derivarse de la influencia de uno de los esposos sobre el otro y la protección de los terceros constituyen el fundamento de la inmutabilidad.

Empero estas razones tienen un valor muy relativo porque la influencia de uno de los cónyuges sobre el otro es reprochable en cuanto pueda resultar nociva y no siempre lo es; esa misma influencia puede existir y en mayor grado aún antes del matrimonio. Además es claro que se puede proteger a los terceros contra los perjuicios derivados de las mutaciones mediante un buen sistema publicitario.

---

(61) Larrea H., Juan Ignacio, "La sociedad conyugal y sus posibles reformas", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*; Quito, año 13, diciembre de 1964, Núm. 14, p. 47.

(62) Cornejo, op. cit., p. 37.

Ahora veamos por separado lo que de efectivo tienen las pretensiones de proteger recíprocamente a los cónyuges y a los terceros por medio de la inmutabilidad de la ley.

b).—Protección recíproca de los cónyuges.—En cuanto a la protección recíproca de los cónyuges, diremos, con Alfonsín (63), que aún en el caso de que la ley aplicable estatuyera un régimen mutable, la inmutabilidad de dicha ley no proporcionaría necesariamente la protección recíproca de ambos cónyuges y ello es porque en la mayor parte del mundo ha desaparecido la posibilidad de que el marido con su sola voluntad pueda cambiar el domicilio o la nacionalidad del matrimonio, por tanto tampoco es factible que pueda efectuar el cambio de la ley aplicable mediante un simple cambio de domicilio o de nacionalidad.

Por lo que atañe al perjuicio o beneficio que puedan obtener de la mutación cualquiera de los cónyuges, evidentemente la prohibición tiene por objeto proteger a uno de la influencia interesada del otro, pero como se ha asentado en líneas anteriores y citando a Romero del Prado (64), no siempre se observa un perjuicio con ese cambio pues bien puede acontecer que por circunstancias imprevistas sea necesario cambiar de régimen, por haber cambiado la situación que primitivamente se tuvo en vista, al escoger el régimen que se substituye o que se hace necesario cambiar.

Concluyendo este punto, el beneficio o perjuicio que puedan obtener cualquiera de los cónyuges no depende tanto de la mutación, sino de la relación que haya entre el régimen anterior y el nuevo.

Sobre el particular se puede afirmar con Alfonsín (65) que la inmutabilidad de la ley puede ser tan injusta como la mutabilidad ¡Por qué se ha de mudar el régimen de separación propio de la ley del primer domicilio, por un régimen de comunidad propio

---

(63) Alfonsín, op. cit., p. 729.

(64) Romero del Prado, op. cit., p. 44.

(65) Alfonsín, op. cit., p. 731.

de la ley del segundo domicilio, cuando todos los bienes del matrimonio son, por ejemplo, de la mujer?; este cambio traería consigo un beneficio injustificado para el marido, pero, ¿Por qué los cónyuges han de padecer para siempre el régimen de separación propio de la ley del primer domicilio, cuando la mayor parte de su vida la pasaron en el segundo, cuya ley establece la comunidad y allí adquirieron su fortuna con el esfuerzo común?.

Sostener en tales términos la inmutabilidad del régimen se traduce en un beneficio injustificado del marido en perjuicio de la mujer.

Por lo que hace al respecto de los derechos adquiridos, se ha propuesto que a los bienes que los cónyuges adquieran a partir de la mutación, se aplique la ley nueva, y a los adquiridos antes de la misma, la ley antigua; sólo que desgraciadamente, esta solución trae consigo el fraccionamiento del régimen, camino este que se combate precisamente por los sostenedores de la tesis a estudio.

c).—Protección de los terceros.—En lo que respecta a la protección de los terceros, se recomienda también la inmutabilidad de la ley aplicable como una protección eficiente contra los mismos.

La verdad es que sería suficiente con que un matrimonio cambiara su domicilio o su nacionalidad para frustrar las posibilidades de cobro de los acreedores de uno o de ambos cónyuges, convirtiendo de esta manera en propios del otro los bienes comunes o en comunes los propios del deudor. Por lo dicho se hace recomendable la inmutabilidad de la ley vigente al tiempo de la contratación pues los bienes que los terceros acreedores han calculado como apoyo de su crédito al tiempo de contratar, no pueden serles sustraídos mediante un simple cambio de la ley aplicable operado por voluntad de los propios deudores.

En lo que hace a los terceros que aún no han contratado, la seguridad de ellos depende menos de la inmutabilidad del régimen que de su publicidad, pues estas personas sólo necesitan un sistema adecuado de publicidad para saber a ciencia cierta a que régi-

men están sujetos los bienes de los cónyuges, solución que al decir de Cornejo (66) siguen los Códigos Civiles Suizo y Alemán que tienen creado un registro especial en donde se inscriben los contratos matrimoniales y sus modificaciones, los que no tendrán efecto alguno respecto a terceros mientras no estén inscritos; se ve con esta solución que el régimen patrimonial del matrimonio no será eficaz con respecto a quienes son acreedores locales antes de la inscripción del nuevo régimen en los Registros Públicos, sólo lo será con respecto a los acreedores posteriores.

En estas condiciones sería inmutable la ley antigua con respecto a los acreedores que la consideraron; pero esto será mutable con respecto a los demás, y con esta solución nuevamente llegamos a una fraccionalización del régimen, punto que se pretendía combatir, y ello es así porque los bienes afectos al matrimonio responden en forma diversa a las deudas contraídas antes o después de que se hizo la inscripción.

---

(66) Cornejo, *op. cit.*, p. 37.

## CAPITULO VI

### REGIMEN TERRITORIAL.

Para Alfonsín (67) las ventajas del régimen territorial sobre el extraterritorial son mayores porque: concuerda con el régimen de los bienes y protege los intereses de los terceros, elimina la intervención excepcional del orden público internacional en el lugar de la situación de los bienes, y facilita el funcionamiento efectivo del régimen, particularmente cuando el matrimonio tiene todos sus bienes en un solo país.

En el curso de esta exposición analizaremos cada una de estas afirmaciones.

#### *1) Concordancia con el Régimen de los Bienes.*

Atendiendo a la primera de ellas podemos decir que la concordancia con el régimen de los bienes es la razón principal, tradicionalmente reconocida. El régimen patrimonial recae precisamente en los bienes de los cónyuges, por ello mismo nada mejor que sea regulado por la misma ley que rige dichos bienes.

Sin embargo, contra este argumento se expone, por parte de los autores que se inclinan por la solución extraterritorial como el autor peruano Vega García, lo siguiente: la doctrina de la terri-

---

(67) Alfonsín, op. cit., p. 750.

torialidad se basa en un equivocado concepto de la naturaleza jurídica del régimen matrimonial de bienes. En principio, al menos, el régimen matrimonial de bienes no constituye una organización particular de la propiedad del sistema de los derechos reales en un país. No basta, en efecto, como indica Dryfus, que una disposición legal concierna a los bienes para que tenga carácter territorial, ante todo, hay que examinar la naturaleza de la reglamentación legal, la función que desempeña y el fin perseguido por el legislador. Ahora bien, al establecer la ley el régimen de bienes del matrimonio lo que trata de determinar son los efectos patrimoniales del matrimonio, lo que persigue es organizar las relaciones de los esposos desde el punto de vista de sus intereses pecuniarios. El Estado no tiene ningún interés público en la situación legal de los bienes dentro del matrimonio, dice Bustamante y Sirvén, y puede y debe dejarla entregada a la ley general del matrimonio (68).

El propio Alfonsín cita las siguientes palabras, "el régimen patrimonial regula las relaciones entre los cónyuges con respecto a los bienes y no los derechos reales de que son objeto los bienes" (69).

Sin que se discuta la exactitud de estas afirmaciones, si podemos manifestar, que, en efecto, el régimen patrimonial decide por ejemplo, quien es el propietario de cierto bien si el marido o la mujer, o la comunidad conyugal; en tanto que el derecho de propiedad sobre ese bien, quien quiera sea el propietario, se regula invariablemente por la "lex rei sitae". Si un tercero intenta reivindicar este bien, se atendrá a la "lex rei sitae", y no a la ley que regula el régimen a que están sometidos los cónyuges; pero si logra reivindicarlo, ese bien habrá sido perdido por el marido, o por la mujer, o por la comunidad conyugal, según lo que al respecto disponga la ley que regula el régimen patrimonial, y no según lo que disponga la "lex rei sitae", pues este punto no es atinente al bien, sino al régimen de los cónyuges.

(68) Vega García, op. cit., p. 235.

(69) Alfonsín, op. cit., p. 736.

En suma, no es la ley aplicable a los bienes la que debe regular el orden y la pertenencia de ellos entre los esposos, puesto que esta ley es ajena a la voluntad de los cónyuges y al orden de la familia; ni es la ley aplicable al régimen patrimonial la que debe regular la propiedad, el usufructo, la hipoteca, etc., de los bienes.

De estas afirmaciones podemos colegir que no es lo mismo el régimen patrimonial del matrimonio que el régimen de los bienes, sin embargo, existen entre ambos, inevitables interferencias lo que hace que lo más conveniente para regir los bienes del matrimonio sea la ley de la situación.

a).—Interferencias con la "lex rei sitae".—A continuación citaremos algunas de las principales interferencias a que nos referimos, mencionadas por el tratadista uruguayo Alfonsín (70).

Transmisión del dominio.—La norma que regula el régimen, puede atribuirle al marido la propiedad de ciertos bienes que eran de su mujer, o puede disponer la comunidad sobre los bienes que eran del marido o los que eran de la mujer, etc. Estas atribuciones legales significan, desde el punto de vista del bien, verdaderas transmisiones de dominio, que como tales, son del resorte de la "lex rei sitae".

La ley que regula el bien puede exigir cuando se trata de bienes inmuebles algunos requisitos de índole real o de índole registral a fin de que las transmisiones surtan plenamente sus justos efectos legales, formalidades que la ley que regula el régimen puede ignorar.

En estas condiciones no es posible atribuirle al marido la propiedad de un bien que era de la mujer con quien se casó, si no cumple con los requisitos que señala la ley de los bienes, no obstante que la ley que controla el régimen así lo disponga. Lo mismo puede decirse de los bienes que la ley del régimen atribuya en comunidad a los esposos si no se cumplen previamente las formalidades de la ley de la situación de los bienes.

---

(70) *Ibidem*, p. 738.

Como se ve, no es que se confunda la ley de los bienes con la del régimen, pero como también se puede observar, existen necesarias interferencias entre ambos que motivan que sea ventajoso aplicar la ley de los bienes al régimen.

Citemos ahora las interferencias con la hipoteca; la ley que controla el régimen puede prescribir una hipoteca legal sobre los bienes de uno de los cónyuges (tal como lo preveía nuestro Código Civil de 1870, que estipulaba que era obligación del marido constituir hipoteca en favor de su esposa sobre los inmuebles de su propiedad, a fin de garantizar cualquier daño que por su culpa o negligencia causara al patrimonio dotal, arts. 1999, 2000 Fracc. VII y 2277); pero a su vez la "lex rei sitae" puede prescribir las hipotecas legales o no convencionales y por lo mismo prohibir su inscripción. La ley que regula el régimen puede disponer una hipoteca genérica o universal, aún cuando sea convencional, pero la que rige a los bienes puede prohibirla por solo permitir hipotecas sobre bienes individualizados. Y algunos países prohíben la hipoteca a favor de extranjeros, por lo tanto en el caso de que la ley del régimen disponga hipotecas convencionales y especiales, pero a favor de extranjeros estas no serán viables en tales condiciones.

En cuanto al usufructo se observa igualmente una notable interferencia pues la ley que regula al régimen puede ordenar un usufructo legal a favor de un cónyuge sobre los bienes del otro, pero podrá encontrarse en la "lex rei sitae" una disposición que impida este usufructo legal a favor de un cónyuge.

Por lo que hace a la inalienabilidad, la ley en vigor para el régimen, en tratándose de bienes dotales puede prescribirla pero la ley que regula el bien, pretendiendo que no se entorpezca la circulación de la riqueza, puede prohibir la citada inalienabilidad. Niboyet (71) cita para el caso, que la inalienabilidad dotal del Derecho Francés no puede hacerse extensiva a inmuebles situados en Alemania.

---

(71) Niboyet, *op. cit.*, p. 708.

En lo que atañe a los fideicomisos la ley que regula el régimen puede imponerlo a manera de protección de los bienes que la mujer lleve al matrimonio; sin embargo, pueden ser prohibidos tales fideicomisos por la ley de la situación; nuevamente para ejemplificar recurrimos a Niboyet (72) quien dice que el "trust" inglés no puede ser extendido a inmuebles situados en Francia.

Por lo que hace a la prescripción la ley que delimita el régimen puede proponer la suspensión de los plazos entre los cónyuges, pero la ley de los bienes puede vedar tal suspensión por considerar que afecta a la institución de la prescripción.

Por último, la comunidad puede ser establecida por la ley que controla el régimen; no obstante ello la "lex rei sitae" puede impedir las comunidades universales o bien, si las admite podrá hacerlo consagrando limitaciones incompatibles con la ley del régimen.

Estas disposiciones y prohibiciones citadas, sólo tienen vigencia con respecto a los bienes locales, por tanto son de índole real, y, por ello, no son razones de orden público internacional.

b).—Soluciones Propuestas.—Para estos problemas derivados de las interferencias que a manera de ejemplo hemos apuntado, los autores proponen tres caminos:

El primero de ellos opta por regular los bienes por la ley que regula el régimen patrimonial; pero esta solución es generalmente rechazada por vulnerar el régimen de los bienes.

La segunda solución, que podríamos llamar mixta, sugiere regular el régimen patrimonial por una ley y los bienes por otra, pero aplicando la primera sólo a lo permitido por la ley de los bienes. Se comprende que esta solución trae aparejado, enormes problemas pues, como hace ver Alfonsín (73) ¿a qué se reduce la comunidad de bienes que dispone la ley que regula el régimen, cuando con arreglo a la ley que controla los bienes no se ha opera-

---

(72) Ibidem.

(73) Alfonsín, op. cit., p. 751.

do la transmisión de los bienes que los convierte en comuneros, por no haber cumplido debidamente con las disposiciones respectivas que señala la ley de los bienes? ¿Cómo se compaginarían la ley que regula el régimen y que establece la comunidad universal, cuando la "lex rei sitae" no la permite?; de estas dos interrogantes se concluye la inoperancia de tal solución.

La tercera vía propuesta es la de regular el régimen patrimonial por la ley que rija a los bienes, lográndose con ello la identificación plena entre la ley que regula los bienes y la que regula el régimen; sobre este punto Romero del Prado asienta que "los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, se rigen por la ley de la situación lo que motiva que tengamos tantas leyes como países en que existan bienes. Las facultades del marido de administración, disposición, etc., podrían variar según los lugares" (74). Efectivamente esta solución conduce a la fragmentación del régimen ocasionando con ello la existencia de una pluralidad de regímenes territoriales. No obstante ello creemos que este sistema reúne ventajas mayores que el extraterritorial, lo cual trataremos de mostrar en los siguientes renglones.

2).—Protección de los Terceros.—Como ha quedado asentado en otro lugar, el régimen patrimonial no es de interés exclusivo de los cónyuges sino que atañe grandemente a los terceros, pues las personas que proyectan adquirir un bien de manos de uno de los cónyuges, necesitan conocer con certeza a quien pertenece, y si su titular puede enajenarlo, igualmente las personas que piensan otorgar un crédito a un cónyuge necesitan calcular sus posibilidades de cobro sobre los bienes locales del matrimonio y conocer con certeza la titularidad de dichos bienes.

a).—Presunciones Locales de Propiedad.—Para lograr lo anterior los posibles acreedores acudirán a los registros que funcionan en el lugar de los bienes; al respecto Arce, autor nacional a quien también hemos hecho alusión en otro lugar, afirma que "las formas de publicidad son las que deben observarse para que los terceros

---

(74) Romero del Prado, op. cit., p. 41.

conozcan los actos cuya ignorancia puede parales un perjuicio. Conciernen a avisos de remates, tomas de posesión, inscripciones de sociedades en registros de comercio, transcripción de actas del estado civil, y otras semejantes. Necesariamente para estas formas la ley competente es la del lugar, porque es la ley general que se aplica a todos, en interés de todos, en el territorio de que se trate" (75). De allí las ventajas de la aplicación del régimen territorial; ello es así en virtud de que los terceros no están obligados a tener en cuenta sino las presunciones de propiedad establecidas por la "lex rei sitae". A pesar de lo obvio que resulta esta aseveración, autores hay que al respecto expresan lo siguiente, la nacionalidad extranjera de los esposos debe poner sobre aviso al tercero e imponerle la obligación de informarse sobre el régimen a que están sometidos, es justo que su negligencia en asegurarse, sea castigada" (76). Sin embargo, nos parece más congruente con la justicia lo afirmado al respecto por Alfonsín: "Debe descontarse que los cónyuges no pueden invocar un régimen acaso exótico, para trastocar las expectativas de los terceros, que previeron con arreglo a la "lex rei sitae", ni para sustraer tales o cuales bienes de la garantía genérica que dentro del país de la situación protege a todos los acreedores locales" (77).

No obstante la claridad y precisión de este argumento, si los cónyuges tuvieron la precaución de dar a la publicidad su régimen de bienes en el registro correspondiente si podrá ser oponible a terceros, (en la legislación positiva mexicana, esta situación está prevista por el artículo 186 del Código Civil).

#### b) Territorialidad del Régimen con respecto a terceros.

De esta manera cuando los cónyuges están sometidos a una pluralidad de regímenes territoriales, su situación patrimonial concuerda perfectamente con la que tienen con respecto a los terceros.

---

(75) Arce, op. cit., p. 129.

(76) Vega García, op. cit., p. 246.

(77) Alfonsín, op. cit., p. 751.

En el caso opuesto, si se encuentran sometidos a un régimen único y extraterritorial su situación patrimonial generalmente no coincidirá con el de los terceros, pues inclusive los tratados internacionales que le imponen a un estado parte la obligación de respetar un régimen extranjero, le reservan el derecho de exigir formalidades especiales para que este régimen pueda ser invocado frente a terceros dentro de sus fronteras.

c) *Realidades Prácticas.*

Ahora avoquémonos al porqué es preferible el régimen territorial sobre el extraterritorial en atención a realidades prácticas que son incontrovertibles.

El régimen extraterritorial pierde su eficacia en el estado en donde los esposos tienen bienes cuando el vínculo matrimonial no es válido en ese estado. Supóngase que el vínculo existente desde el punto de vista del estado A, no sea válido desde el punto de vista del estado B; en tal caso aunque el régimen sea extraterritorial e incluya a todos los bienes en realidad no están incluidos en él los bienes situados en B.

Tampoco será eficaz el régimen extraterritorial en lo referente a los bienes situados en un estado, cuando en dicho estado existen normas de orden público internacional que chocan con el régimen extraterritorial. Por ejemplo, en un estado donde la inmutabilidad del régimen es de orden público internacional no podrá pretenderse la mutabilidad establecida por el régimen extraterritorial, como es el caso del artículo 188 del Código Bustamante, en el que se asevera: "Es de orden público internacional el precepto que veda celebrar capitulaciones durante el matrimonio, o modificarlas o que se altere el régimen de los bienes por cambio de nacionalidad o del domicilio posterior al mismo" (78).

Igualmente no será posible pretender una separación de bienes donde ésta es contraria al orden público internacional y viceversa,

---

(78) Estudio comparativo del Código de Bustamante, los Tratados de Montevideo y el Restatement of the Law of Conflict of Laws, op. cit., p. 135.

no es válido oponerse a ella donde es contraria al orden público internacional.

No podrá invocarse un régimen de comunidad con respecto a los bienes reservados de la mujer, donde es de orden público internacional el régimen de estos bienes.

Todas estas excepciones son desde luego innecesarias cuando se aplica la solución territorial.

No es por demás repetir aquí, que cuando la ley que se aplica es la "lex patriae", como por ejemplo lo prevé el Convenio de la Haya de 1905 (79), o las legislaciones de Italia, España, Alemania, etc. (80), o bien la ley del domicilio como lo estipula el tratado de Montevideo de 1940 (81), o las legislaciones de Perú, Brasil, etc., (82) que son las dos soluciones propuestas por la generalidad de los autores que se inclinan por el régimen extraterritorial, surge otro inconveniente práctico; veamos en que consiste: en la antigüedad se encontraban aberraciones tan notables como las razones expuestas por los componentes de la Convención de la Haya de 1905, quienes decían que "según las leyes de casi todos los estados signatarios, el matrimonio influye en la nacionalidad de la mujer, de modo que ésta pierde su nacionalidad anterior y adquiere la del marido, ahora, los efectos sobre los bienes se presentan después de celebrado el matrimonio, o sea cuando se ha producido el cambio de nacionalidad y la de la mujer se confunde con la del marido; por consiguiente decir ley nacional del marido equivale, en realidad, a aplicar el sistema de la nacionalidad de las leyes" (83), y aun en épocas más recientes prestigiados autores, como Vega, nos dice al respecto "si la nacionalidad de los esposos es distinta, la ley del marido es la aplicable a sus relaciones patrimoniales, porque al ad-

---

(79) Miaja de la Muela A., "Derecho internacional privado". 3a. Edic. Madrid, Edic. Atlas, 1963, Tomo II, p. 284.

(80) Depitré, op. cit., p. 266.

(81) Goldschmidt, op. cit., p. 372.

(82) Depitré, op. cit., p. 268.

(83) Calcedo, Castilla J. J. "Derecho internacional privado", Bogotá, Edit. Themis, 1960, p.

quirir la mujer la nacionalidad del marido por el hecho del matrimonio, se realiza en ese momento la unidad de nacionalidad" (84); obvio es que en la época actual estas aseveraciones resultan inoperantes pues en la generalidad de los países el matrimonio no produce cambio de nacionalidad o de domicilio en la mujer casada, sino que la mujer posee su propia nacionalidad y su propio domicilio, lo que conlleva que el matrimonio tenga dos nacionalidades o dos domicilios, y esto traerá consigo la imposibilidad de que sea regulado el régimen por ley alguna, pues no se podría discriminar alguna de estas leyes ni acumular ambas; esta situación no se presenta en la solución territorial.

El problema de dilucidar cual es el sistema más conveniente, hasta el momento nos parece inclinado a la territorialidad; pero aún en el caso que no fuere así, para aplicar la extraterritorialidad, ésta debería estar establecida por normas supranacionales de derecho privado internacional, pues si las normas que la establecen no tienen tal carácter, sólo será aplicable la extraterritorialidad cuando coincida con las normas nacionales de derecho privado internacional; aclaremos este punto con algunos ejemplos:

Poco eficaz resulta que el derecho privado internacional del estado A, pretenda incluir en un régimen único y extraterritorial los bienes que los cónyuges tienen en el estado B, si por su parte el derecho privado internacional de B, somete el régimen de los cónyuges al sistema territorial de ese mismo Estado, más aun, es posible que en A, se pronuncien decisiones judiciales con propósitos extraterritoriales relativos a los bienes situados en B, pero tales decisiones serán inocuas en virtud de que los efectos declarados en otro lugar, por lo general solo tienen valor en el Estado que las pronuncie.

Sintetizando, cuando los regímenes son impuestos por normas nacionales de derecho privado internacional, el régimen territorial se impone frente al extraterritorial.

---

(84) Vega, García, *op. cit.*, p. 238.

Pero no sólo, esto, sino que incluso los regímenes extraterritoriales padecen entre ellos limitaciones territoriales, por ejemplo, si un estado tiene en vigor una norma propia de derecho privado internacional que somete al régimen a la ley del primer domicilio matrimonial (régimen extraterritorial), y otro estado tiene en vigencia otra que somete el régimen a la ley elegida por los cónyuges (régimen también extraetrritorial), toda vez que haya una interferencia entre ambas normas cada cual se aplicará solamente a los bienes situados en el territorio del respectivo estado. Ninguno de los dos regímenes extraterritoriales cederá ante la extraterritorialidad del otro.

Para concluir, podemos afirmar, que la extraterritorialidad se haya supeditada a la coincidencia entre las normas nacionales de derecho privado internacional, y ello da por consecuencia que la pluralidad de regímenes territoriales sea el único sistema que se aviene con la realidad.

Sólo cuando el régimen es establecido por normas supranacionales de derecho privado internacional, será discutible si el régimen matrimonial debe ser regulado por un sistema territorial o extraterritorial, y aquí se volverán a citar argumentos que ya fueron expuestos, pero que por su interés comentaremos. Al efecto, se ha hablado de la unidad del patrimonio, afirmando que todos los bienes de los cónyuges constituyen una unidad patrimonial, cualquiera sea el lugar donde estos se ubiquen, por ejemplo Niboyet, expone " el efecto universal de las disposiciones contenidas en los contratos matrimoniales de bienes, está admitido por la doctrina. Es el sistema adoptado igualmente por la jurisprudencia francesa. El régimen patrimonial es absolutamente indivisible, cualquiera que sea el país donde estén situados los bienes de los cónyuges" (85). Al respecto podemos plantear esta interrogante ¿los cónyuges tienen un patrimonio universal que abarca todos sus bienes, o bien sendos patrimonios universales en los países donde poseen bienes?

También se expone que es única la voluntad conyugal y por tanto su régimen debe ser único y extraterritorial; sobre este punto

---

(85) Niboyet, op. cit., p. 707.

es innegable que la voluntad puede no ser única, y este argumento se encuentra basado en el análisis de la teoría de la autonomía de la voluntad, que creemos haber hecho exhaustivamente.

Igualmente se ha dicho que no variando las necesidades de la familia según la situación de los bienes, el régimen patrimonial, que está al servicio de dichas necesidades, debe ser el mismo cualquiera sea el lugar donde estén situados los bienes. Este argumento también creemos haberlo analizado en el inciso correspondiente al orden de la familia y mostrar con ello su ineficacia.

Y si es discutible si es un sólo patrimonio o una pluralidad de ellos, igualmente lo será la afirmación de que el mismo patrimonio no puede estar bajo el régimen legal y capitular a la vez, o en comunidad y en separación, etc.

Debemos decir también que se ha afirmado que el régimen territorial trae consigo una enorme iniquidad al permitir a un cónyuge apropiarse de los bienes del otro o de la comunidad con un simple traslado de dichos bienes o de sus correspondientes valores, como es el caso en el que si el marido, sometido al régimen de la comunidad de muebles y gananciales propio de la ley francesa, trasladara los muebles y gananciales de que es aparentemente titular a Inglaterra, se tornaría dueño de ellos al amparo del régimen de separación que priva en Inglaterra.

Pero este mal, que consideramos de difícil, si no imposible solución, creemos que proviene de las excesivas facultades con que cuenta el marido por parte de algunas legislaciones y no motivado por la territorialidad del régimen.

## CAPITULO VII

### SOLUCIONES DE LA LEGISLACION POSITIVA MEXICANA

En la legislación mexicana y por cuanto hace a las reglas de conflictos de leyes en esta materia, el artículo 2131 del Código de 1870 establecía: "el matrimonio contraído fuera del estado por personas que vengan después a domiciliarse en él, se sujetará a las leyes del país en que se celebró, excepción hecha al régimen de los bienes inmuebles ubicados en el estado, los cuales quedarán sujetos a las disposiciones de la ley mexicana, aún en el caso de que los propietarios fueran extranjeros".

Este Código al igual que el de 1884, consagraba la doctrina del estatuto personal extraterritorial.

La Ley de Relaciones Familiares, de 9 de abril de 1917, cambió por completo el sistema, estableciendo en su capítulo correspondiente a "disposiciones varias", en su artículo 1o.; los extranjeros casados residentes en el país o que en él contrajeran matrimonio legítimo, quedan sujetos a las disposiciones de esta ley en lo que toca a los bienes que posean en la República, o a los efectos que en esta deba producir su matrimonio", con ello se suprimió el estatuto extraterritorial, mantenido por los Códigos de 70 y 84; pero fue más allá al preceptuar en su artículo 480 que la capacidad tanto de nacionales como de extranjeros residentes sería regulada por dicha ley.

La Ley de Relaciones Familiares quedó derogada por el Código Civil del Distrito y Territorios Federales, de 30 de agosto de 1932, el cual es de aplicación obligatoria, en tratándose de extranjeros, en toda la República al decir del maestro Arce (86), quien en su obra ya mencionada y refiriéndose al Código Civil del Distrito y Territorios Federales asevera: "rige en toda la República en materia federal, sin discusión desde que la reforma constitucional dió facultades clarísimas a la Federación, para legislar en lo que correspondía a extranjeros", pero además el artículo 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización establece "Sólo la ley federal puede modificar y restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros; en consecuencia, esta ley y las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, sobre esta materia, tienen el carácter de federales y serán obligatorios en toda la unión". En esa virtud, a los extranjeros en toda la República se les aplican las leyes territoriales, sobre capacidad, al igual que a los nacionales en el Distrito y Territorios Federales.

En cuanto a los mexicanos en el extranjero que celebraren algún acto jurídico relacionado con el estado civil y si ese derecho remite como aplicable a la ley mexicana, la ley competente para regir dichos actos es el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, por ser la única que puede ser general, dado que no lo sería la consagrada por los Códigos de cada uno de los Estados de la Federación; al respecto Siqueiros, afirma que "las legislaciones estatales no pueden tener eficacia en el exterior" (87).

En virtud de que son los actos del estado civil los que determinan el estado y capacidad de las personas, habrá que estudiar la manera y forma de hacer constar esos actos tanto en cuanto a extranjeros en la República, como en cuanto a los nacionales en los Estados que forman la Federación Mexicana.

---

(86) Arce, op. cit., p. 125.

(87) Siqueiros, José L. "Ley aplicable a los extranjeros en México". *Sobretiro del Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Mayo-agosto de 1962, Núm. 44, p. 353.

Los estados federales están autorizados para legislar sobre estado civil de las personas y reglamentar tales actos así como su registro sin más limitación que el establecimiento de la institución del Registro Civil (88).

El artículo 35 del Código Civil declara que todos los actos del estado civil, están a cargo de los oficiales del Registro en Distrito y Territorios Federales y es claro que serán los funcionarios locales los encargados de dicha labor en los estados.

Los nacionales de los diferentes estados están obligados a hacer registrar los actos del estado civil ante los funcionarios locales acorde con el artículo 121 constitucional, en su fracción IV, pues la jurisdicción local de cada uno de los estados es territorial.

En cuanto a los actos del estado civil de mexicanos en el extranjero, el artículo 51 del Código Civil establece que serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, siempre que se registren en la oficina respectiva del Distrito o Territorio Federal. En este aspecto creemos que el legislador fue congruente con su doctrina territorialista.

En cuanto a la forma, por lo que hace a los extranjeros en toda la República se aplican los Códigos Civil y de Procedimientos del Distrito y Territorios, y según el artículo 15 del Código Civil, se rigen por la ley del lugar donde ocurran. En tal virtud, los actos relativos a extranjeros serán válidos si han llenado las formalidades exigidas por la ley del lugar en que pasen.

Por lo que hace a los mexicanos en el extranjero y en cuanto a la forma pueden elegir la ley del lugar o los preceptos del Código Civil, cuando el acto de que se trate vaya a ejecutarse en el Distrito o en los Territorios Federales.

De acuerdo con las Convenciones celebradas con Francia e Italia de 3 de junio de 1908 y 6 de diciembre de 1906, los mexicanos en estos lugares pueden celebrar matrimonio siguiendo su ley nacional ante los ministros o cónsules de la República Mexicana en el

---

(88) Arce, op. cit., p. 125.

lugar. Obvio es que tal situación igualmente priva en México para los nacionales de dichas naciones (89).

En lo correspondiente a los nacionales en los diversos estados de la Federación, de acuerdo con el artículo 121 Constitucional, y en lo que respecta a la forma de los actos del estado civil, han de tener validez en los restantes si se ajustan a las leyes de un estado.

En lo que atañe a los bienes, diremos que el artículo 14 del Código de 1870, establecía que los bienes inmuebles deben ser regidos por las leyes mexicanas sin considerar la nacionalidad de los titulares del derecho real respectivo.

Con posterioridad la Ley de Extranjería, que entró en vigor en 1886, le dió carácter de federal al Código Civil y al de Procedimientos Civiles, por tanto a los extranjeros les eran aplicables dichos Códigos en toda la República. El Código de 1884 en su artículo 13 contiene disposición similar a la del Código del 70.

Con respecto a los muebles, nada se establecía en los códigos citados.

El Código vigente previene que los muebles y los inmuebles se regirán en la República por las disposiciones de tal Código aún cuando sean extranjeros los dueños.

Nuestra Constitución con respecto a los muebles e inmuebles de nacionales en los diversos estados de la República declara en su artículo 121 fracción II, que se regirán por la "lex rei sitae", así es como la ley local será la competente para regir tanto a los bienes inmuebles como a los muebles.

Veamos algunos aspectos con respecto a los contratos de bienes; ya se ha comentado, que las leyes mexicanas incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella, o sean transeúntes, ello está establecido en el artículo 12 del Código Civil, el cual desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado es una norma distributiva de competencia, pues se le atribuye a la ley territorial.

---

(89) Arco, op. cit., p. 130 y 154.

En cuanto a los efectos jurídicos de actos y contratos que deben ejecutarse en el territorio de la República, se regirán igualmente por el Código de Distrito y Territorios (artículo 13).

Por lo dicho, la doctrina mexicana aplicable a extranjeros deberá ser la del Código referido, y el mismo sanciona con nulidad todo lo que se haga en contra de las reglas imperativas o prohibitivas.

El contrato celebrado en México por extranjeros o por mexicanos con extranjeros, se rige forzosamente por la ley nacional y si se celebra por extranjeros o por extranjeros y nacionales fuera del país y si los actos derivados de tal contrato han de ejecutarse en México, se regirán igualmente por la ley nacional.

Obvio es que en nuestra legislación no se encuentra cupo a la teoría de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo por cuanto a los contratos celebrados por extranjeros fuera de la República y que por alguna causa se discutan ante nuestras autoridades, éstas tendrán que aplicar las doctrinas que mejor se acomoden con nuestra legislación, teniendo como límite el respecto al orden público nacional y a nuestras leyes imperativas o prohibitivas (90).

Por lo dicho hasta el momento, se observa que nuestra legislación es ampliamente territorial, por tanto en cuanto al matrimonio y sus efectos éstos serán regidos exclusivamente por la ley territorial, y naturalmente que los bienes del matrimonio lo serán en la misma forma, apegándose con ello al artículo 14 ya comentado, que establece que está bajo el imperio de la ley nacional todo lo relativo a bienes muebles e inmuebles.

Aún cuando Arce (91) afirma que el matrimonio de los mexicanos en el extranjero debe sujetarse en cuanto al fondo a la ley nacional, creemos que nuestro Código no prevé tal situación y esta es una la-

---

(90) Arce, op. cit., p. 143.

Revista de la Fac. de Der. de México". Núm. 50, Tomo XIV. Octubre-diciembre. 1964. p. 937.

(91) Arce, op. cit., p. 154.

guna que debiera ser subsanada y para ello nos parece que lo más adecuado sería apearse a la solución que Trigueros y Trinidad García aportan, los cuales respetando la doctrina territorial del sistema, proponen que el artículo 12 de nuestro actual Código quede redactado de la manera siguiente:

“Artículo 12.— Son aplicables las leyes de la República a todos los habitantes de ella sin distinción de nacionalidad, domicilio o residencia.

El estado y la capacidad de las personas será determinado por el derecho del lugar en que se encuentren.

Tratándose de mexicanos que se hallen en el extranjero, cuando la ley del lugar en que se encuentren ordene la aplicación de la ley nacional para regular su estado y capacidad, serán aplicables las disposiciones que sobre la materia contenga este Código.

Hasta aquí la solución brindada por los maestros citados, la cual ligada a los preceptos números 51 y 161 del Código vigente, que estipulan que para establecer el estado civil que se adquiriera por los mexicanos en el extranjero bastan las constancias que se presenten de los actos relativos siempre que se haga la transcripción dentro de tres meses de la llegada a la República en la Oficina del Registro Civil del lugar en que se domicilien los consortes, y que si la transcripción se hace dentro del plazo señalado los efectos civiles se retrotraen a la fecha en que se celebró el matrimonio y por último que si se hace con posterioridad a ese plazo sólo producirá efectos desde el día en que se realizó, daría una buena solución y respetaría a la vez nuestra doctrina territorial.

Muy a pesar de lo establecido por el artículo 15 del Código que hemos venido citando, el que autoriza que por cuanto a la forma sea la ley del lugar en que se celebre el acto, si el matrimonio de mexicanos, siguiendo la forma del lugar, se realiza ante un ministro religioso, el matrimonio no será válido en México pues iría en contra del orden público, en atención a lo establecido por el artículo 130 párrafo III de la Constitución, el cual al referirse al matrimonio nos dice “el matrimonio es un contrato civil, este y los demás

actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas leyes les atribuyan". Pero a mayor abundamiento, iría este posible reconocimiento, en contra de la tradición jurídica mexicana que arranca de las leyes de Reforma. Por ejemplo en Grecia, donde el matrimonio es exclusivamente religioso, o en España donde el religioso es el matrimonio normal, aún cuando puede contraerse excepcionalmente el civil por los que no profesen la religión oficial, se celebrara un matrimonio por mexicanos, tal vínculo no tendrá validez alguna en México.

Otro tanto puede afirmarse con Carrillo (92) cuando el matrimonio sea contrario al principio monogámico.

La ley territorial es la que rige en cuanto a los muebles e inmuebles adquiridos durante el matrimonio, pero la aplicación de las disposiciones del Código Civil vigente que como se ha repetido son las aplicables, tropieza con graves dificultades que nacen de que el régimen no es igual en todos los estados y de que en muchos de ellos no existen los organismos o funcionarios requeridos por la ley federal, lo que hace materialmente imposible su cumplimiento.

Arce (93) presenta cuatro casos al respecto.

1.—Extranjeros que han contraído matrimonio fuera del territorio nacional y vienen a establecerse en la República y celebraron capitulaciones matrimoniales. En tal caso si tal contrato no afecta al orden público será válido en el Territorio Nacional.

2.—Extranjeros que han contraído matrimonio en el extranjero, bajo el imperio de una ley que no exige la obligación de celebrar las capitulaciones matrimoniales y el régimen supletorio es el de sociedad legal. En el Distrito y en los Territorios Federales no puede reconocerse ese régimen y, como consecuencia, los extranjeros no estarán sujetos a ninguno, o sea que al no preveer la ley la obligación de que los extranjeros que celebran su matrimonio

---

(92) Carrillo, Jorge A. "Matrimonio y Divorcio a la luz del D. I. P." *Sobretiro de la Rev. de la Fac. de Der. de México*. Núm. 50. Tomo XIV. Oct-Dic. 1964. p. 937.

(93) Arce, op. cit., p. 155-156.

en el exterior y que vengan a domiciliarse en el D. F., o en alguno de los territorios, resultará que en cuanto a los bienes, el matrimonio no producirá efectos y las adquisiciones se tendrán por hechas por cada uno de los cónyuges separadamente y en estas condiciones pensamos que a falta de norma expresa que remedie esta situación los cónyuges deberán celebrar una nueva capitulación.

3.—Los extranjeros que han contraído matrimonio en el Distrito o Territorios Federales deberán presentar, ineluctablemente para contraerlo, el convenio respectivo debiendo casarse bajo el régimen de separación o de sociedad conyugal de conformidad con los artículos 98 y 178 del Código Civil.

4.—En cuanto a los extranjeros que contraigan matrimonio en alguno de los estados de la República, creemos con Arce, que les será aplicable la legislación prevista por los códigos locales, ello a pesar de lo establecido por la Ley de Nacionalidad y Naturalización en su artículo 50, que federaliza el Código Civil del Distrito y Territorios Federales, pues por otro lado, la Constitución en la Fracción II, del Artículo 121, dispone terminantemente que los bienes muebles e inmuebles se rijan por la ley del lugar de su ubicación y es indiscutible que el régimen patrimonial que se refiere precisamente a bienes muebles e inmuebles es territorial y por tanto deberá regirse por la ley del lugar de su ubicación, aun cuando otras leyes prevean lo contrario.

Cuando al celebrarse el matrimonio en el extranjero, no se formuló contrato respecto a los bienes, ni la ley bajo cuyo amparo se celebró el acto establece un régimen supletorio, los extranjeros pueden, al domiciliarse en la República, transcribir el acta de su matrimonio y celebrar el convenio respectivo sobre bienes.

Un caso más que juzgamos digno de comentarse es el de matrimonio celebrado entre extranjero y nacional en el que se pacte sociedad conyugal universal, en tales condiciones se incurriría en violación del artículo 27 constitucional, en el caso de que los cónyuges adquiriesen bienes en las zonas prohibidas de apropiación para los extranjeros, por tanto pensamos que esta situación debe

preverse, prohibiendo el pacto para la formación de este tipo de sociedades, en las condiciones señaladas.

Los mexicanos en los diversos estados de la Federación, se rigen para contraer matrimonio por la ley local y esos actos del registro civil que se ajustan a las leyes de un estado tienen validez en los demás, de conformidad con el artículo 121 constitucional, en su fracción IV. Por lo que hace al régimen patrimonial de bienes, los muebles y los inmuebles se rigen por la ley del lugar de su ubicación, por lo que si se hacen capitulaciones han de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad del estado en que se encuentran los bienes, para que puedan surtir efectos contra terceros.

En los casos, que son siempre los más generales, de que no se hayan celebrado capitulaciones, el régimen legal que rija conforme a la ley del lugar en que se celebró el matrimonio, puede no ser aplicable en los diversos estados porque las leyes de un estado, sólo tienen efecto en su Territorio (Fracción I, Artículo 121).

Si es forzosa la convención sobre bienes para celebrar el matrimonio, como sucede en el D. F. y Territorios Federales, esa Convención para que produzca efectos en los Estados de la Federación, ha de ser inscrita según la ley local, pero si existe un régimen tácito de separación o de comunidad de bienes no será admisible en cada uno de los Estados si la ley local no lo establece, de donde resultará que las inscripciones se harán a nombre de cada uno de los cónyuges, si la ley local establece el régimen tácito de separación de bienes, o en nombre de la sociedad legal si la ley local establece el régimen de sociedad legal o comunidad de bienes.

La capacidad del marido o de la mujer para contratar sobre bienes inmuebles se regirá por las disposiciones locales ya que se trata de un régimen territorial, de acuerdo con el artículo 121 constitucional, también los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera de esos estados, pero que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las leyes vigentes en ese estado.

## CONCLUSIONES:

1.—El régimen patrimonial involucra todo lo referente a la titularidad de los bienes, a su administración y disposición. Resuelve si por el hecho del matrimonio se origina o no un régimen entre los esposos .

Establecerá si tal régimen es forzoso o puede convenirse, en tal caso precisará la oportunidad, el modo, limitaciones y efectos. Para el caso de que nada hayan convenido, decide cuál será al que queden sujetos, puntualizará hasta cuándo perdura el régimen, etc.

2.—En cuanto esta categoría, la misma no se registró en la época prehistórica.

En el derecho romano existió en cuanto a régimen de bienes en el matrimonio, el régimen de absorción de patrimonio en manos del marido, el de separación de bienes y el dotal.

En el Código Napoleón se encuentra minuciosamente reglamentada la institución materia de estudio y en dicho ordenamiento se estableció el régimen de comunidad, el régimen sin comunidad o también llamado de unión de bienes, el de separación de bienes y el dotal; por último, como supletorio se previó el régimen de comunidad de muebles y gananciales.

En cuanto al derecho internacional privado, el Código Napoleón siguió la doctrina estatutaria, influencia que fue absorbida por nuestros primeros códigos civiles.

En el derecho hispano, antecedente obligado de nuestra legislación, se prescribió el régimen dotal de tipo germano, de comunidad de gananciales y de comunidad universal.

Por cuanto a la evolución de la categoría objeto de estudio de este trabajo en el derecho mexicano concluiremos que en el derecho precortesiano los estudios realizados a la fecha no ofrecen gran exactitud, pues algunos autores señalan la existencia del régimen dotal, otros hay que mencionan el de comunidad, aunque reglamentado en forma muy elemental.

En la época colonial, en México como es lógico se reglamentó el régimen patrimonial de acuerdo con las disposiciones del derecho de la metrópoli.

Después de lograda la Independencia se siguió por largo tiempo aplicando el mismo derecho, sin que prácticamente se aportara nada al respecto hasta el Código de 1870.

Nuestro primer Código Civil lo fue el de 1870 y en él se establecieron los regímenes siguientes: de comunidad de bienes, de separación de bienes y el régimen dotal, pero, además, se estableció un régimen legal supletorio que fue el de comunidad de gananciales.

El Código de 1884 no agregó prácticamente nada al tema de estudio y se mantuvo por tanto, salvo pequeñas modificaciones, íntegro el sistema del Código anterior; por lo que hace a derecho internacional privado estos dos códigos siguieron la técnica de la escuela de los estatutos.

La ley de Relaciones Familiares con la finalidad de proteger a la mujer, en una actitud evidentemente paternalista adecuada a la época, cambió el sistema y estableció prácticamente como régimen único el de separación de bienes.

Este estatuto, por lo que hace al derecho internacional privado, consagró la doctrina territorialista, terminando con ello la tradición estatutaria que se venía observando.

Nuestro Código vigente adoptó un sistema "sui generis", estableciendo el sistema denominado régimen opcional forzoso; este obliga, en forma ineludible, a los contrayentes a celebrar el matrimonio bajo comunidad conyugal de bienes o de separación de los mismos, pudiendo hacerlo en cualquiera de las dos formas previstas y desde sus extremos, hasta un sistema mixto.

El régimen debe pactarse en las capitulaciones matrimoniales definidas por el Código como los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de estos en uno y otro caso.

La omisión de capitulación matrimonial implica nulidad de matrimonio de acuerdo con lo establecido por los artículos 235, fracción III; 98, Fracción V, y 103 Fracción VII. Sin embargo esta nulidad no tendrá lugar si se da la posesión de estado de acuerdo con el artículo 250 del mismo ordenamiento.

Para tal evento, pensamos que la solución más adecuada es la aportada por Flores Barroeta ya que en la especie, cada esposo conservará la plena propiedad de los bienes que le pertenezcan, así como de sus productos y accesorios.

Nuestro Código permite la mutabilidad del régimen, pero en tal caso la mujer deberá obtener autorización del juez al tenor del artículo 174 y con ello se pretende indudablemente proteger a la mujer, lo cual nos parece desusado para la época presente. Por lo que hace a la separación de bienes, la que para algunos connotados autores no es un régimen sino precisamente la ausencia del mismo, creemos que en nuestra legislación sí lo constituye, pues al implantarse el principio opcional forzoso y exigir la reglamentación del régimen electo, motiva que la separación de bienes constituya un régimen y no la ausencia del mismo.

4.—En cuanto a los regímenes patrimoniales del matrimonio, estos son muy diversos atendiendo a las realidades sociales de cada país, a su tradición jurídica, etc.

Así encontramos que atendiendo al papel que juega la voluntad de los consortes podemos citar la existencia de régimen legal, legal-convencional y convencional propiamente dicho.

En cuanto a la existencia del régimen supletorio, hay sistemas que no lo prevén, otros que sí lo hacen y un tercer tipo en el que existen varios aplicables, según las circunstancias.

En cuanto a la posibilidad de modificarlo, hay aún algunos países que establecen la inmutabilidad conservando con ello la tradición jurídica que tuvo su mayor auge en el siglo pasado; sin embargo, la mayoría de los países a la fecha permiten la modificación del mismo.

Otra clasificación será la basada en la publicidad de los sistemas, distinguiéndose al efecto claramente tres diversos: el régimen español en el que la inscripción es potestativa, sin que perjudique a terceros de buena fé su omisión, debiendo inscribirse las capitulaciones matrimoniales si trataren sobre bienes raíces en el Registro de la Propiedad, y si hubiese negocios comerciales en el Registro de Comercio. El régimen francés que es de obligatoria inscripción en el Registro Civil, existiendo la obligación por parte del Oficial de éste de preguntar a los contrayentes del régimen adoptado. El alemán de inscripción opcional en un registro especial o en tribunales de primera instancia, no perjudicando en ningún caso a terceros la falta de inscripción pues los mismos se rigen por el régimen legal supletorio.

Desde otro punto de vista, esto es, considerando la estructura misma y funcionamiento de los regímenes de bienes, los mismos se clasifican de muy diversa manera, y únicamente, los enunciaremos pues para la caracterización de cada uno de ellos nos remitimos a su explicación y desarrollo comprendido en este trabajo, es así como podemos citar la existencia de regímenes de absorción; de unidad de bienes; de reunión de bienes; de separación de bienes; de participación; de comunidad; dotal, etc.

5.—En lo que toca al estudio del régimen patrimonial de bienes en la doctrina del derecho internacional privado, podemos sintetizar lo siguiente :

Existe armonía en el derecho privado de los países entre las normas que regulan el régimen patrimonial y las referentes a las

condiciones constitutivas del matrimonio, a las relaciones conyugales, a la capacidad o incapacidad de la mujer casada, a la indisolubilidad o no del vínculo matrimonial mediante el divorcio, a la separación de cuerpos, a los bienes, en fin, al derecho sucesorio.

Por consiguiente se origina una desarmonía en el derecho internacional privado, cuando se aplican leyes diferentes para regular el régimen patrimonial y las demás relaciones arriba citadas.

Por ello mismo los autores, ante la imposibilidad de encontrar la fórmula que solucione estos problemas ocasionados por las diferencias que existen entre las legislaciones de los diferentes países de la comunidad internacional se han constreñido a regular el régimen patrimonial de modo que concuerde con una de las relaciones a las que se encuentra vinculado, aunque no concuerde con todas las demás; y para el caso han preferido: 1.—Que concuerde con la ley que regula el matrimonio, o 2.—Que concuerde con la que regula los bienes.

6.—La primera de estas soluciones suele ser llamada "personalista" puesto que somete el régimen patrimonial a lo que los estatutarios llamaban un "estatuto personal" y a la segunda se le denomina "realista" puesto que lo somete al "estatuto real".

En el cuerpo de este trabajo se les llamó solución extraterritorial y territorial, respectivamente, en atención a que la primera extiende la eficacia del régimen establecido por un estado sobre los bienes que los cónyuges poseen fuera de las fronteras de ese estado y a que la segunda no.

7.—En tratándose de régimen extraterritorial y cuando los cónyuges tienen bienes en varios estados, la solución extraterritorial conduce a la unidad del régimen: los cónyuges tienen un régimen para todos sus bienes cualquiera sea el estado en donde esté situado cada bien.

Para este régimen surge la dificultad de encontrar la ley aplicable que puede ser la "lex loci contractus", la "lex patriae" del matrimonio o la "lex domicilii" del matrimonio, pero cualquiera que sea la ley escogida, lo que ella disponga tendrá eficacia universal.

Cuando los cónyuges tienen todos sus bienes en un solo estado, la solución extraterritorial conduce a que el régimen patrimonial sea regulado por la ley del país o por una ley extranjera según la condición del matrimonio.

8.—Por lo que afecta al régimen territorial, cuando los cónyuges tienen bienes en varios estados la solución territorial conlleva a la pluralidad de regímenes, los cónyuges tienen un régimen distinto para los bienes situados en cada país. Cada régimen es territorial y se regula por la "lex rei sitae" correspondiente.

Cuando los cónyuges tienen todos sus bienes en un solo estado, por ejemplo en el nuestro, esta solución conduce a que el régimen siempre se regule por nuestra ley cualquiera que sea la condición del matrimonio.

9.—Encontramos además una tercera vía, por la cual se da la extraterritorialidad y unidad del régimen con respecto a los bienes muebles, y la pluralidad, y consiguiente territorialidad en lo que hace a los inmuebles.

10.—En cuanto hace al régimen extraterritorial, se han elaborado varias teorías tendientes a fundamentarlo:

a).—La de la autonomía de la voluntad, creada por Dumoulin, que a su vez origina dos soluciones, la del contrato tácito y la de la voluntad presunta, que creemos que por los argumentos expuestos en el cuerpo de este trabajo no satisfacen la interrogante planteada.

b).—La del orden de la familia, que argumenta que el orden patrimonial es accesorio del orden conyugal, sobre la cual nos remitimos a lo expuesto en este trabajo y concluimos que no conduce a un resultado satisfactorio.

c).—Por último en este trabajo también se analizó el hecho de que la extraterritorialidad del régimen fue establecido por Las Partidas con un fin puramente práctico: preservar la inmutabilidad del régimen e igualmente, en nuestro concepto, no satisface el problema a debate, a excepción de los beneficios que ocasiona a los terceros que contratan con uno o con los dos cónyuges.

11.—En cuanto a la posible aplicación de las leyes para el régimen extraterritorial lo pueden ser:

a).—La "lex loci contractus", a su favor, podemos argumentar que elude las diferencias surgidas por la diversidad de nacionalidad de los consortes, además de que es fácil de conocerse con sólo compulsar el documento que prueba el matrimonio, pero en contra se expuso que el lugar de celebración puede ser accesorio o libremente elegido por los cónyuges, además de que puede perjudicar los intereses de la mujer así como los de los terceros.

b).—La "lex patriae": en cuanto a su aplicación podemos decir que surge un gran escollo en los casos de ausencia de nacionalidad común de los cónyuges o por la simple ausencia de la misma, e igualmente se pueden afectar tanto los intereses de los terceros como los de la mujer.

c).—Por último en cuanto a la posible aplicación de la "lex domicilii", se puede presentar el problema de diferente domicilio de los cónyuges e igualmente su aplicación es susceptible de ocasionar perjuicios a la mujer y a los terceros.

12.—En lo que toca a la tesis de la inmutabilidad del régimen tendiente a la extraterritorialidad del mismo, es necesario distinguir entre la inmutabilidad de la ley y la inmutabilidad del régimen, considerando a favor de la inmutabilidad de la ley sólo valedero el argumento de protección a los terceros que han contratado con uno o con los dos cónyuges.

O sea, y aún cuando esto ya ha sido tratado en esta exposición, que cuando un matrimonio se encuentra sometido respecto a su régimen patrimonial, a la ley del estado A (por ser la "lex loci contractus" como indicaban Las Partidas), el régimen variará cada vez que la ley de A introduzca modificaciones a que deban someterse los cónyuges. Supóngase que la ley de A no imponga ninguna modificación del régimen; aun así el régimen siempre podría cambiar si dicha ley autoriza las capitulaciones postnupciales. En tal caso la inmutabilidad de la ley aplicable traería como consecuencia la perpetua mutabilidad del régimen, o sea que el propósito

que se perseguía con la inmutabilidad de la ley aplicable se frustra en nuestros días debido a la igualdad de derechos que se le reconocen a los cónyuges, lo cual motiva que se den en el matrimonio las capitulaciones postnupciales.

En cuanto al beneficio y perjuicio que un cónyuge y el otro obtienen de la mutación, no dependen propiamente estos de la mutación misma, sino de la relación que haya entre el régimen anterior y el nuevo.

13.—Por lo que hace al régimen territorial que a nuestro juicio es el más adecuado de acuerdo con lo expuesto a través de este trabajo, es conveniente porque evita las interferencias que se originan entre la ley del régimen y las leyes de la situación de los bienes, relativas a la transmisión del dominio, a la hipoteca, usufructo y demás derechos reales.

Además los terceros están mejor protegidos con la solución territorial, puesto que sólo están obligados por las presunciones relativas a la propiedad, administración, y disposición de los bienes, prescritos precisamente por la ley de cada bien.

Los cónyuges no podrán excepcionarse contra terceros más que en el caso de que hubieran inscrito su régimen patrimonial en los registros que los estados llevan para tales efectos.

Cuando las relaciones patrimoniales están reglamentadas por normas de derecho privado internacional nacional, se observa que el régimen territorial se impone frente al extraterritorial; que la extraterritorialidad hállase supeditada a la coincidencia entre las normas nacionales de derecho privado internacional; y que la pluralidad de regímenes territoriales es el único sistema que se presenta acorde con la realidad.

Cuando son normas supranacionales las que regulan las relaciones patrimoniales, creemos que se mostró la inconsistencia de los argumentos en favor de la universalidad, fundados en la unidad del patrimonio conyugal, en la unidad de la voluntad de los esposos (basado en el contrato tácito) y en la unidad del matrimonio.

O sea que a nuestro parecer las ventajas del régimen territorial sobre el extraterritorial son superiores porque, concuerda con el régimen de los bienes, protege los intereses de los terceros, elimina la intervención excepcional del orden público internacional en el lugar de la situación de los bienes, y facilita el funcionamiento efectivo del régimen, particularmente cuando el matrimonio tiene todos sus bienes en un solo país.

Sin embargo el régimen territorial y el extraterritorial no se muestran superiores uno con respecto al otro, en lo relativo a la protección recíproca de los cónyuges.

14.—En lo correspondiente a soluciones aportadas por la legislación positiva mexicana en atención a los conflictos de leyes, podemos hacer las siguientes conclusiones:

a).—Los Códigos de 1870 y 1884 para el Distrito y Territorios Federales, en materia de estado y capacidad siguieron la tradición estatutaria.

b).—La Ley de Relaciones Familiares cambió por completo el sistema y estableció el régimen territorial.

c).—El Código vigente que es igualmente territorialista que además, por lo afirmado a lo largo de este trabajo, es el aplicable a extranjeros en cuanto a estado y capacidad comprende diversas normas de conflicto.

d).—La primera de ellas es el artículo 12 que atribuye competencia a la ley territorial, sin embargo, a nuestro parecer tal norma se encuentra incompleta, por no preveer la situación de los mexicanos en el extranjero. Esta deficiencia podría ser cubierta con la reforma al artículo 12 propuesta por Trigueros y Trinidad García, en el sentido de establecer que el estado y la capacidad de las personas será determinado por el derecho del lugar en que se encuentren.

e).—Creemos con Arce y Siqueiros que, cuando se trate de mexicanos en el extranjero y cuando la misma ley lo autorice, de-

berá aplicarse el Código del Distrito y Territorios Federales, y no la ley de los estados.

f).—En cuanto a la forma, trátase de nacionales o extranjeros, se aplicará la ley local de acuerdo con el Código Civil en su artículo 15, a la cual nos remite.

g).—En cuanto a bienes muebles o inmuebles la ley competente es la ley local de acuerdo con el artículo 121 fracción II.

h).—Nuestra legislación, eminentemente territorialista, no le da cabida a la teoría de la autonomía de la voluntad.

i).—El artículo que obliga a la celebración de las capitulaciones, en nuestro concepto simplifica los problemas de derecho internacional privado referentes a la interpretación de la voluntad de los consortes con respecto a las capitulaciones, pues estas deberán presentarse en todos los casos.

j).—A pesar de lo estatuido por el artículo 15 que posibilita la aplicación de la ley del lugar para la celebración del matrimonio, si este se celebra ante un ministro religioso no tendrá validez en México al tenor del artículo 130 Constitucional y acorde con la tradición doctrinaria mexicana.

La misma afirmación podemos hacer cuando el matrimonio contraviene el principio monogámico.

k).—En cuanto al matrimonio de extranjeros contraído fuera del ámbito territorial y en el cuál se han celebrado capitulaciones, si estas no contravienen el orden público, tendrán plena validez en el territorio nacional.

l).—Si la ley bajo la cual se casaren no presentara la obligación de celebrar capitulaciones y por lo tanto, estuvieren sujetos al régimen de sociedad legal, la misma no tendrá eficacia en el Distrito y Territorios o en los estados que no la permiten, y para tal evento pensamos que a reserva de que se legisle en esta materia, deberán los cónyuges hacer sus capitulaciones e inscribir su matrimonio.

ll).—En cuanto a los extranjeros que contraigan matrimonio en algunos de los estados de la República, congruentes con la doctrina territorial que juzgamos por las razones que se han expuesto ampliamente a lo largo de este trabajo ser la más adecuada, deberá aplicarse la ley local, pero además fundamentamos esta afirmación en lo establecido por el artículo 121 constitucional en su fracción II, que ordena que los bienes se rijan por la ley de su situación y al tratarse de matrimonio es evidente tal solución.

m).—Cuando al celebrarse el matrimonio en el extranjero no se formuló contrato sobre bienes del matrimonio y la ley bajo la cual se contrajo no prevé uno supletorio, los extranjeros al domiciliarse en la República, creemos que podrán transcribir su matrimonio al tenor de los artículos 51 y 161 y celebrar el convenio respectivo sobre bienes. Opinamos que para estos casos debe legislarse en el sentido apuntado.

n).—En atención a lo previsto por el artículo 27 Constitucional, deberían prohibirse las capitulaciones que establezcan la sociedad conyugal de tipo absoluto ante la posibilidad de que el matrimonio entre nacional y extranjero pueda adquirir bienes en la zona prohibida para extranjeros.

## BIBLIOGRAFIA:

### Monografías:

- Arce Alberto.**—Derecho internacional privado. 5a. edic. México, Departamento Editorial de la Universidad de Guadalajara, Jal. 1965.
- Alcorta Amancio.**—Curso de derecho internacional privado, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1927, Tomo II.
- Caicedo Castilla J. J.**—Derecho internacional privado, Bogotá, Ed. Themis 1960.
- Engels Federico.**—El origen de la familia, la propiedad privada y el estado. Moscú, Ed. en Lenguas Extranjeras.
- Fernández Clérigo Luis.**—El derecho de familia en la legislación comparada. México, Ed. UTHEA, 1947.
- Flores Barroeta Benjamín.**—Lecciones de primer curso de derecho civil. Mexico, Ed. Cía. Impresora Saber, 1960.
- Goldschmidt Werner.**—Sistema y filosofía del derecho internacional privado. Barcelona, España. Ed. Bosch, 1949, Tomo II.
- Margadant Floris.**—Apuntes de derecho romano. México, 1957.
- Mazeaud Jean y Henri León.**—Lecciones de derecho civil. Tr. Alcalá Zamora y Castillo .Buenos Aires, Argentina. Ed. Jurídicas Europeas-Americanas, 1959, Parte 1a. Vol. IV.

**Miaja de la Muela A.**—Derecho internacional privado. 3a. Edic. Madrid, Ed. Atlas, 1963, Tomo II.

**Niboyet Jean Paul.**—Derecho internacional privado. 6a. Edic. Tr. S. González. México, Ed. Nacional, 1965.

**Petit Eugene.**—Tratado elemental de derecho romano, Tr. J. Fernández G., México, Ed. Nacional, 1961.

**Planiol y Ripert.**—Tratado práctico de derecho civil francés. Tr. Mario Díaz Cruz, La Habana, Ed. Cultural, 1938. Tomo VIII.

**Romero del Prado Víctor.**—Manual de Derecho internacional privado. Argentina, Ed. La Ley, 1944, Tomo II.

**Somarriva Undurraga Manuel.**—Derecho Familiar. Santiago de Chile, Ed. Nacimiento, 1946.

**Spencer Herbert.**—Los antiguos mexicanos. Tr. Daniel y Genaro García. México, Ed. Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1898.

**Valliant C. George.**—La civilización azteca. Tr. S. Vasconcelos. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1944.

**Publicaciones Periódicas:**

**Alfonsín Quintín.**—El régimen patrimonial del matrimonio desde el punto de vista del derecho privado internacional. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Uruguay, Tomo X, Núm. 3, Montevideo, 1959.

**Batiffol Henri.**—Problemas de la ley aplicable al régimen matrimonial de bienes en derecho internacional privado. En Revista Española de Derecho Internacional. Madrid, Vol. IX, Núm. 1-2, 1956.

**Carrillo Jorge A.**—Matrimonio y divorcio a la luz del derecho internacional privado. Sobretiro de la Revista de la Facultad de Derecho de México. Núm. 50, Tomo XIV, Oct.Dic., 1964.

**Cornejo Raúl J.**—Régimen de bienes en el matrimonio. En Revista del Instituto de Derecho Civil, Argentina, Tomo II, Núm. 1, Universidad Nacional de Tucumán, 1950.

**Depitré Marthe Simón.**—Domicilio y régimen matrimonial legal. En Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, Uruguay, Tomo 59, segunda entrega, Montevideo.

**Larrea H. Juan Ignacio.**—La sociedad conyugal y sus posibles reformas. En Boletín del Instituto de Derecho Comparado. Quito, Ecuador, año 13, diciembre de 1964, Núm. 14.

**Lasala Samper José M.**—La norma española de conflicto sobre régimen legal de bienes en el matrimonio. En Revista Española de Derecho Internacional. Madrid, 1951, Enero-Marzo, Vol. IV, Núm. 1.

**Lozano Noriega Francisco.**—Tópicos sobre regímenes matrimoniales. En Revista Jurídica Notarial. México, Año III, Vol. II, Núm. 3., septiembre 1952.

**Quiroz Peña Bernaldo.**—El régimen económico de la sociedad conyugal en el derecho internacional privado. En Revista Española de Derecho Internacional. Madrid, Vol. VIII, Núm. 3, 1955.

**Siqueiros José L.**—Ley aplicable a los extranjeros en México. Sobre-tiro del Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. Mayo-Agosto de 1962, Núm. 44.

#### Legislación:

1.—Código Bustamante estudio comparativo de, los tratados de Montevideo y el Restatement of the Law of Conflict of Laws; elaborado por el Delegado de Colombia en el Comité Jurídico Interamericano, 1953. Unión Panamericana., Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., septiembre, 1957.

2.—Código Civil del Distrito y Territorio de Baja California de 1870. México, Imprenta dirigida por José Batiza, 1870.

- 3.—Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, México. Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.
- 4.—Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, Décima Cuarta Edición, México, Ed. Porrúa, 1965.
- 5.—Códigos Españoles Concordados y Anotados, Madrid, Edición de la "Publicidad" 1847-1851.
- 6.—Ley de Relaciones Familiares, Segunda Edición, México, Editorial Andrade, S. A., 1964.