

300609  
37  
EJ2

# UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO  
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

**LA HERENCIA OTORGADA POR UN TERCERO A  
FAVOR DE UNO DE LOS CONYUGES CASADOS BAJO  
EL REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL**

**T E S I S   P R O F E S I O N A L**

que para obtener el Título de:  
**LICENCIADO EN DERECHO**

Presenta:

**HILDA VERONICA LOPEZ RAMIREZ**

Director de Tesis:  
**LIC. ALFONSO SAENZ RAMIREZ**

México, D.F

1993.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



## **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 está 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.

## INTRODUCCION

El matrimonio es una de las figuras jurídicas más importantes en la sociedad, pues ya que a través de éste se forma la familia. Como sabemos, existen en nuestro derecho dos tipos de regímenes patrimoniales del matrimonio que son: la sociedad conyugal y la separación de bienes. En este caso, trataremos acerca de la sociedad conyugal refiriéndonos en especial a la herencia, cuando ésta es otorgada por un tercero a favor de uno de los cónyuges.

El Código Civil para el Distrito Federal señala de una manera general cómo se conforma la sociedad conyugal, a partir de cuando surte efectos, los bienes que la integran, pero no establece de una forma específica qué procede cuando uno de los cónyuges recibe una herencia durante el matrimonio. Al no hacer referencia a esto, se presume que ésta pasa a formar parte del patrimonio social, y no es así, a menos que en las capitulaciones matrimoniales, que generalmente no se hacen, se estipule que es voluntad de los cónyuges que los bienes adquiridos por herencia pasen a formar parte de la sociedad conyugal.

Para el desarrollo de este tema, comenzaré haciendo una breve semblanza sobre la familia, el matrimonio y las sucesiones en el Derecho Romano, ya que éste es una de las bases fundamentales en nuestro derecho. Posteriormente, haré un análisis del testamento como acto jurídico, hablaré sobre sucesiones y el matrimonio, para llegar al estudio detallado de la sociedad conyugal.

Finalmente, en la realización de esta investigación, me permito hacer una serie de observaciones críticas y propuestas sobre la creación de un artículo en el Código Civil que establezca que los bienes adquiridos por herencia no pasan a formar parte de la sociedad conyugal.

# INDICE

## INTRODUCCION

	Pag.
<b>CAPITULO I</b>	
<b>1. Antecedentes en el Derecho Romano</b>	<b>1</b>
1.1. La Capacidad Jurídica.	1
1.2. La Familia Romana.	3
1.2.1. Agnatio y cognatio.	3
1.2.2. El pater familia.	5
1.2.3. La manus.	6
1.2.3.1. Conventio in manum.	6
1.2.3.2. Efectos de la manus.	7
1.2.4. La patria potestad.	8
1.2.4.1. Características.	9
1.2.4.2. Fuentes de la patria potestad.	9
1.2.4.3. Extinción de la patria potestad.	11
1.3. Formas de matrimonio.	12
1.3.1. La justae nuptiae.	13
1.3.1.1. Condiciones de validez.	13
1.3.1.2. Impedimentos para celebrar el matrimonio.	14
1.3.1.3. Efectos del matrimonio con respecto a los Cónyuges.	15
1.3.1.4. Causas de Disolución.	15
1.3.1.5. Concubinato.	16
1.4. Régimen patrimonial del matrimonio romano.	17
1.5. Las sucesiones.	18
1.5.1. De los modos de adquirir per-universatam.	18
1.5.2. De la capacidad de testar.	22
1.5.3. De la institución de heredero.	23
1.5.4. De la adquisición de la herencia.	24
1.5.4.1. Cómo se adquiere la herencia.	24
1.5.4.2. Efectos de la adquisición de la herencia.	25
1.6. El testamento.	27
1.6.1. Formas.	27
1.6.2. Interpretación del testamento.	29

## CAPITULO II

<b>2. El testamento como acto jurídico.</b>	<b>30</b>
2.1. Acto Jurídico.	30
2.1.1. Concepto.	30
2.1.2. Clasificación.	31
2.1.3. Elementos esenciales.	33
2.1.4. Elementos de validez.	34
2.1.5. Teoría Clásica de las Nulidades.	38
2.1.6. Invalidez de los actos jurídicos.	52
2.1.7. Vicios de la voluntad.	54
2.1.8. Modalidades de los actos jurídicos.	57
2.1.9. Estipulaciones esenciales, naturales y accidentales.	61

## CAPITULO III

<b>3. Las sucesiones.</b>	<b>62</b>
3.1. Concepto General de Sucesión y Sucesión Mortis Causa.	62
3.2. El derecho sucesorio.	63
3.3. Elementos de la sucesión por causa de muerte.	64
3.4. Principios Fundamentales del Derecho Sucesorio.	66
3.5. Tipos de sucesión mortis causa.	67
3.5.1. Concepto de herencia y legado.	67
3.5.2. Diferencias entre herencia y el legado.	69
3.6. Concepto de sucesión testamentaria.	70
3.7. El testamento.	71
3.7.1. Características del testamento.	72
3.7.2. Libertad de testar.	77
3.7.3. Capacidad e incapacidad para testar.	79
3.7.4. Capacidad e incapacidad para heredar.	81
3.7.5. Etapas de transmisión del caudal hereditario.	82

3.8. Modalidades de las disposiciones testamentarias.	87
3.9. Clases de testamentos.	90
3.9.1. Testamentos Ordinarios.	90
3.9.1.1. Testamento Público Abierto.	90
3.9.1.2. Testamento Público Cerrado.	93
3.9.1.3. Testamento Ológrafo.	97
3.9.2. Testamentos especiales.	99
3.9.2.1. Testamento Privado.	100
3.9.2.2. Testamento Militar.	103
3.9.2.3. Testamento Marítimo.	104
3.9.2.4. Testamento Hecho en País Extranjero.	107

## CAPITULO IV

4. El matrimonio	110
4.1. Generalidades.	110
4.1.1. Concepto.	110
4.1.2. Panorama Histórico.	114
4.2. Naturaleza Jurídica.	117
4.3. Constitución.	122
4.3.1. Elementos de existencia.	122
4.3.2. Elementos de validez.	126
4.4. Organización del matrimonio.	143
4.4.1. Efectos del matrimonio.	144
4.4.1.1. Efectos entre consortes.	144
4.4.1.2. En las personas de los hijos.	153
4.4.1.3. En los bienes de los cónyuges	155
4.4.1.3.1. Donaciones antenuptiales.	155
4.4.1.3.2. Donaciones entre consortes.	157
4.4.1.3.3. Regímenes patrimoniales del matrimonio.	157
4.4.1.3.3.1. Sociedad conyugal.	159
4.4.1.3.3.2. Separación de bienes.	170

## **CAPITULO V**

<b>5. Análisis de la herencia otorgada por un tercero a favor de uno de los Cónyuges casados bajo el Régimen de Sociedad Conyugal.</b>	<b>173</b>
5.1. Opinión del autor Ramón Sánchez Medal sobre la sociedad conyugal.	173
5.2. Opinión del autor Sergio T. Martínez Arrieta sobre la sociedad conyugal.	179
5.3. Tésis aplicables al tema.	184
5.4. Comentarios personales y proposiciones al Código Civil vigente en el Distrito Federal respecto a la herencia en la Sociedad Conyugal.	190

<b>CONCLUSIONES</b>	<b>193</b>
---------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>197</b>
---------------------	------------

# CAPITULO I

## 1. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO

### 1.1. LA CAPACIDAD JURIDICA.

En Roma, señala José María Sainz Gómez que las personas físicas requerían la capacidad jurídica llamada CAPUT; se requerían ciertos elementos, para que las personas gozaran de sus derechos denominados estados o status. La capacidad de derecho requería de los siguientes elementos:

- a).- El estado de libertad que significaba ser libre, no esclavo, y que se adquiría por nacimiento, si la persona nacía libre, no dejaba de serlo; y la manumisión que era la figura por la cual se otorgaba la libertad a los esclavos.
- b).- El estado de ciudadanía que consistía en ser ciudadano romano y no extranjero, pues la persona que careciera de él no tenía acceso a las instituciones de derecho civil romano.
- c).- Estado de familia que consistía en todos los derechos que tenían los no sometidos a la patria potestad llamados "sui juris".

Para tener la capacidad de obrar o de hecho se requería la capacidad jurídica, puesto que para tener un derecho se necesitaba ser titular del mismo. Eran incapaces de hecho:

- a).- Los dementes; b).- Los impúberes; c).- Los pródigos y por último d).- Las mujeres Sui Juris solteras hasta antes del Imperio. <sup>(1)</sup>.

(1) SAINZ GÓMEZ, José María. "Derecho Romano I". Noriega Editores. Primera Edición. México 1988. Pag. 115 y 116.

El paterfamilias a quién Sabino Ventura Silva nos define como el jefe de familia, este título implica el derecho de tener patrimonio, todo lo que adquirían los sujetos a su potestad a través del trabajo de cada uno o de cualquier otra forma le beneficiaba a él. El concepto de paterfamilias no implicaba el tener hijos o descendencia, sino que significaba que era una persona que no estaba sometida al poder doméstico de nadie. <sup>(2)</sup> Igualmente ejerció el poder sobre los alieni iuris que eran las personas sujetas a la autoridad de otro, Sainz Gómez nos dice que en la época clásica Gayo lo clasifica en:

- 1.- El dominica potestas, poder absoluto del paterfamilias sobre los esclavos.
- 2.- La patria potestas, poder del jefe de familia sobre sus hijos.
- 3.- La manus, "Consiste en el poder sobre las mujeres que contrajeran matrimonio ya sea con el paterfamilias (esposa), o con uno de sus hijos (nueras) siempre y cuando este matrimonio se realizara in manu (sometida al poder marital)".
- 4.- Mancipium, que era el poder sobre el hombre libre al adquirir la propiedad de él, ya fuera ésta por enajenación solemne o por venta civil. <sup>(3)</sup>

A los filius familia se les permitió ser titulares de un pequeño patrimonio llamado peculio. Los alieni iuris no podrán tener patrimonio propio y cualquier adquisición que hicieran beneficiaba al paterfamilias.

<sup>(2)</sup> VENTURA SILVA, Sabino. "Derecho Romano". Editorial Porrúa. Novena Edición. México 1988. Pag. 79 y 80.

<sup>(3)</sup> SAINZ GOMEZ, José María. Op. cit. Pag. 132.

## 1.2. LA FAMILIA ROMANA.

"LA FAMILIA romana se caracterizaba por un régimen de tipo patriarcal, en donde existía una sola persona Sui Juris: el paterfamilias y una serie de sujetos dependientes de él, denominados alieni juris". (4)

De este modo la palabra familia en el derecho romano, según Eugéne Petit, se aplica en dos sentidos:

- 1.- Primeramente se entiende por familia o domus la reunión de personas que se encuentran bajo la autoridad o la manus de una sola persona el paterfamilias. Hay un régimen patriarcal, en donde el poder del jefe se extiende hasta las cosas ya que todas las adquisiciones que hicieran los miembros de la familia se concentraban en un patrimonio único perteneciente al paterfamilias, en el que él era el único que podrá ejercer los derechos de propiedad.
- 2.- La familia está compuesta por el paterfamilias y los sujetos considerados como alieni juris, unidos entre ellos por el parentesco civil llamado agnatio. "Esta ligadura subsiste hasta la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos Sui Juris, después de muerto el padre son jefes a su vez de nuevas familias, o domus, que entre los miembros de las cuales estan formadas. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia civil, en cuyo caso, que es el más común, la familia se compone de agnados, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil". (5)

### 1.2.1. AGNATIO Y COGNATIO.

Sabino Ventura indica que: "El parentesco es el vínculo jurídico que liga entre sí a las personas que descienden de una misma estirpe".

(4) Ibidem. Pag. 178

(5) PETIT, Eugéne. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editorial Epoca. México 1989. Pag. 96.

Para los romanos existían dos tipos de parentesco:

La AGNACION o AGNATIO; que era el vínculo que unía a los parientes por línea masculina, ésta comprendía a todas las personas que se entraban bajo la potestad de un mismo paterfamilias; el jefe de familia agnaticia era el que mandaba.

La COGNATIO era familia compuesta por individuos descendientes unos de otros o que por procreación descendían de un mismo autor común, ya sea en línea recta o colateral sin distinción de sexo.

En un principio en el derecho romano el parentesco civil era el único que se reconocía, puesto que no existía ningún lazo jurídico entre cognados; pero sin embargo, ese parentesco se tomó en cuenta para el caso de impedimentos matrimoniales. Más tarde el derecho honorario y la legislación imperial prestaron mayor atención al parentesco de sangre.<sup>(6)</sup>

Sainz Gómez comenta que en el antiguo derecho civil romano la familia se componía por:

- a).- Parientes en línea recta, tanto ascendientes como descendientes.
- b).- Parientes en línea colateral, formada por una serie de personas que descendían de un tronco común pero sin descender las unas de las otras, como los hermanos, tíos, sobrinos, primos, etcétera.

En cuanto a la afinidad, ésta se refiere a la relación que existe entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro cónyuge.

Respecto al grado de parentesco por ambas líneas, éste se determinaba elaborando el cómputo de las generaciones, se aplicaba la regla de que hay tantos grados como generaciones:

<sup>(6)</sup> VENTURA SILVA, Sabino. Op.cit. Pag. 80 y 81.

- Entre ascendientes y descendientes se cuentan las generaciones desde el padre y el hijo (primer grado), abuelo y nieto (segundo grado), etc.
- Entre los colaterales se encuentran partiendo de un tronco común, el progenitor, así los hermanos son parientes colaterales en segundo grado, los tíos y sobrinos parientes colaterales en tercer grado y los primos en cuarto grado.<sup>(7)</sup>

### 1.2.2. EL PATER-FAMILIAS.

La familia romana era como una pequeña monarquía, ya que el centro de la domus es el paterfamilias, todo giraba alrededor de él. Paterfamilias significaba el que tiene el poder sobre los bienes domésticos. El paterfamilias era la única persona en Roma que tenía plena capacidad de goce y ejercicio, ya que todos los miembros de la domus dependían de él y participan de la vida jurídica a través de él. Agustín Bravo y Sara Bioalostovsky comentan que: "Es el jefe religioso dentro de las domus y quien imparte a ellos justicia, sus decisiones están atemperadas, suavizadas, por la organización gentilicia y posteriormente por el censor, para que no usara en perjuicio de sus sometidos instrictamente el poder de vida y muerte, pueden excluir de la familia a quien le plazca y asimismo puede hacer ingresar a ella a extraños".<sup>(8)</sup>

Para Sabino Ventura el concepto de paterfamilias, o persona sui iuris, no estaba ligado al hecho de tener descendencia o de haber engendrado hijos, sino al de no estar sometido al poder doméstico de nadie. Un niño recién nacido era sui iuris si no tenía jefe familiar, y un hombre de edad madura y padre de numerosa prole podía ser jurídicamente filiusfamilias, alieni iuris, si se hallaba bajo potestad de un jefe familiar".<sup>(9)</sup>

<sup>(7)</sup> SAINZ GOMEZ, José María. Op.cit. Pag. 179 y 180.

<sup>(8)</sup> BRAVO GONZALEZ, Agustín y BIALOSTOVSKY, Sara. "Compendio de Derecho Romano". Editorial Pax-México. Sexta Edición. México 1973. Pag. 38

<sup>(9)</sup> VENTURA SILVA, Sabino. Op.cit. Pag. 80.

### 1.2.3. LA MANUS.

"Si consideramos la domus romana como una pequeña entidad política, una especie de monarquía doméstica, entonces podemos ver la manus como una naturalización doméstica de la mujer en la domus del marido". (10)

La manus es el poder eventual del marido sobre la mujer ya que no todas las mujeres estaban sujetas a la mano marital, puesto que la manus no era necesaria para la existencia del matrimonio, el cual podía ser sine manu.

Agustín Bravo y Sara Bialostovsky comentan que:

"... Con el decaimiento de la religión y de los lazos familiares, el matrimonio cum manu fue perdiendo influencia y surge el matrimonio sine manu, en éste no se rompen los lazos de agnación de la mujer, su padre sigue conservando sobre ella la patria potestas, pues no sale de su familia originaria y ante el marido tiene una situación de igualdad, pues no le está sometida y sus bienes no los adquiere él -como en caso de manus- sino que los conserva ella." (11)

#### 1.2.3.1. CONVENTIO IN MANUM.

"La Conventio In manum es el acto por el cual ingresa la mujer en la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia originaria". (12)

La manus era un poder de carácter doméstico que se ejercía sobre la mujer y que se adquiría a través de actos solemnes adecuados, entre los cuales se encuentran:

(10) FLORIS MARGADANT, Guillermo. "Derecho Romano", Editorial Esfinge. Décima Cuarta Edición. Mex. 1986. Pag. 198.

(11) BRAVO GONZALEZ, Agustín y BIALOSTOVSKY, Sara. Op.cit. Pag. 44.

(12) IGLESIAS, JUAN. "Derecho Romano", Instituciones de Derecho Privado. Ediciones Ariel. Sexta Edición. Barcelona. Pag. 538 y 539.

- a).- USUS.- Floris Margadant comenta que a través del usus una esposa por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año cambiaba su nacionalidad doméstica.<sup>(13)</sup>

Sabino Ventura agrega que la mujer podía evitar la manus si se separaba del hogar tres noches antes del fin de año de esta manera se demostraría que la unión era libre, surgiendo el matrimonio sine manu.<sup>(14)</sup>

- b).- CONFARREATIO.- José Sainz nos dice que la utilizaban únicamente los patricios. Se hacía mediante una ceremonia religiosa con diez testigos, el sacerdote de Júpiter o Gran Pontífice Máximo pronunciando palabras solemnes en las que los recién casados ofrecían un pan de trigo a Júpiter. Los hijos nacidos dentro de este matrimonio podían ser investidos de algunas funciones sacerdotales.
- c).- COEMPTIO.- José Sainz agrega que ésta consistió en una venta ficticia de la mujer al marido, con la asistencia de su paterfamilias y el paterfamilias de la domus a la que ingresa o de su tutor si es sui juris...<sup>(15)</sup>

#### 1.2.3.2. EFECTOS DE LA MANUS.

La mujer in manu sale de su familia civil para entrar a la de su marido. Su condición es igual a la de una hija en potestad paterna si el marido es Sui Juris, y a la de una nieta estando el marido sometido a la potestad paterna; adquiere los derechos de sucesión. Si tiene algún patrimonio es absorbido en el de su marido, y en la misma manera que si fuera una hija de familia ya no puede adquirir nada en propiedad y al morir el esposo ésta para los efectos de la repartición de la herencia será tomada como si fuera hija de su cónyuge.

(13) FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op.cit. Pag. 199.

(14) VENTURA SILVA, Sabino. Op.cit Pag 83 y 84.

(15) SAINZ GOMEZ, José María. Op.cit Pag. 195 y 196.

La Coemptio Fiducia Causa.- José Sainz comenta que: "...Dejó de utilizarse en la época clásica y sólo perduró como coemptio fiducia causa, consistente en una manus temporal por su marido o un tercero, destinada a romperla inmediatamente y por un pacto de fiducia a manumirla de inmediato, con el propósito de cambiar de tutor y de poder testar válidamente." (16)

Ventura Silva agrega que: "...La mujer empleaba estos procedimientos para desembarazarse de la carga del culto doméstico, o bien para evitar la tutela de sus agnados y, en fin, para adquirir el derecho de testar, dado que tenía prohibición de hacer testamento, incapacidad que desapareció bajo Adriano." (17)

#### 1.2.4. LA PATRIA POTESTAD.

"Es la autoridad que el paterfamilias ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños adrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legítimos". (18)

Para José Sainz la patria potestad del jefe es la base de la familia que consistía en el poder que tenía el jefe de la familia sobre sus hijos.

(16) Ibidem. Pág. 196

(17) VENTURA SILVA, Sabino. Op.cit. Pág. 85

(18) Ibidem. Pág. 91

#### 1.2.4.1. CARACTERISTICAS.

José Ma. Sainz establece como características de la patria potestad las siguientes:

- 1).- Era ejercida únicamente por ciudadanos romanos sobre sus descendientes.
- 2).- Tenía por objeto el interés del jefe de la familia es decir, todos los derechos eran del paterfamilias y todas las obligaciones eran para los sometidos.
- 3).- La patria potestad le correspondía al ascendiente de más edad del sexo masculino, al jefe de familia.<sup>(19)</sup>

Ventura Silva respecto a la patria potestas agrega que:

- a).- No se modifica por el desarrollo de las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les podía libentar.
- b).- Pertenece al jefe de familia, aunque no siempre era el padre quien la ejercía; su autoridad desaparecía frente a la del abuelo paterno.
- c).- La madre careció de esta autoridad.<sup>(20)</sup>

#### 1.2.4.2. FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

- a).- Las IUSTAE NUPTIAE.- "...definidas como la convivencia duradera de dos personas de distinto sexo que (ciudadanos romanos), con la intención de ser marido y mujer y con la finalidad de procrear hijos".<sup>(21)</sup>

Agustín Bravo y Sara Bialostovsky agregan que los nacidos después de 182 días contados a partir del comienzo de las Iustae Nuptiae o dentro de los 300 días contados desde la terminación de éstas son considerados como hijos legítimos salvo prueba del marido en contrario. Los hijos nacidos de Iustae nuptiae caen bajo la patria potestad.<sup>(22)</sup>

(19) SAINZ GOMEZ, José María. Op.cit. Pág. 181 y 182

(20) VENTURA SILVA, Sabino. Op.cit. Pág. 91

(21) SAINZ GOMEZ, José María. Op Cit. Pág. 194.

(22) BRAVO GONZALEZ, Agustín. BIALOSTOVSKY Sara. Op.cit . Pág. 39.

Floris Margadant agrega que: "Los hijos nacidos de iustae nuptiae, respecto de los cuales el padre no haya intentado, o no haya logrado, comprobar la imposibilidad precitada, caen bajo la patria potestad. Pueden (desde la época clásica) reclamar alimentos del padre y, a su vez, tienen el deber de proporcionarlos. En caso de hijas, éstas tienen derecho además (desde el emperador Augusto) a que el padre les dé una dote adecuada a su clase social."<sup>(23)</sup>

b).- LA LEGITIMACION.- "Presupone una relación natural de padre a hijo y sirve, por tanto, para establecer la patria potestas. Se podía legitimar a los hijos mediante las iustae nuptiae con la madre -matrimonio subsecuente- mediante la erroris causae probatio que es cuando los cónyuges creen tener, el connubium nacido un hijo, prueban su error, su unión se transforma en iustae nuptiae y el pater adquiere la potestas sobre el infante; por rescripto del emperador; por oblación a la curia, inspirada en las dificultades que presentaba el reclutamiento de la curia debido a la penuria del fisco, el padre se obligaba a que su hijo fuera decurión".<sup>(24)</sup>

c).- LA ADOPCION.- Juan Iglesias la define como: "El acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como filius en una familia...." (24 BIS)

El pater familias puede adquirir la patria potestad sobre el filiusfamilias de otro ciudadano romano pero con su consentimiento. Agustín Bravo y Sara Bialostovsky señalan que en el derecho antiguo "...el padre vendía tres veces a su hijo al adoptante, quien lo manumitía al padre; en la tercera mancipación el adquirente en vez de manumitir al hijo, lo remancipa al padre natural, quien tiene a su hijo ahora in mancipium, se presentan ante el magistrado, el adoptante afirma tener la patria potestas, el padre natural callaba y el magistrado confirma la pretensión del adoptante. Justiniano simplifica este procedimiento, bastando con hacer la declaración ante el magistrado y que se anotará en el acta pública".<sup>(25)</sup>

(23) FLORIS MANGADANT, Guillermo. Op.cit. Pág. 202.

(24) BRAVO GONZALEZ, Agustín y Bialostovsky Sara. Op.cit. Pág. 39 y 40

(24) BIS. IGLESIAS JUAN. Op.cit. Pág. 534

(25) BRAVO GONZALEZ, Agustín. BIALOSTOVSKY Sara. Op.cit. Pág. 41

d).- LA ADROGATIO.- "...un paterfamilias pasa a depender de otro paterfamilias quien adquiere sobre él la patria potestas.

La adrogación presenta en Roma un interés político y religioso, por ella se perpetuaba el culto de alguna gens que tendía a desaparecer; se perpetuaba un apellido ilustre; se podía cimentar la economía de una familia, pues el adrogante adquiría todo el patrimonio del adrogado...". (26)

#### 1.2.4.3. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Para Agustín Bravo y Sara Bialostovsky, haciendo a un lado la muerte del hijo de familia, entre las causas que ponen fin a la autoridad paterna, se distinguen. Los acontecimientos fortuitos y los actos solemnes.

ACONTECIMIENTOS FORTUITOS: a).- Muerte del paterfamilias, b).- Su pérdida de la ciudadanía, c).- Su reducción a la esclavitud, d).- Elevación del hijo o hija a determinados puestos políticos o religiosos, e).- La caída en esclavitud del hijo, f).- La caída in manu de la hija.

ACTOS SOLEMNES: 1).- Entrega en adopción, 2).- La emancipación, se logra mediante 3 ventas del hijo, la hija y otros descendientes requieren una sola venta, posteriormente se hizo ante una sola declaración ante el magistrado. El emancipado pierde su parentesco de agnación, pero conserva el de cognación; el pretor le conserva sus derechos de sucesión con relación al padre y a los ascendientes paternos. (27)

(26) IBIDEM. Pág. 41

(27) IBIDEM. Pág. 42 y 43

### 1.3. FORMAS DE MATRIMONIO.

Sabino Ventura comenta que el matrimonio en el Digesto se encuentra definido por Modestino como: "la unión del hombre y la mujer, una asociación de toda la vida, implicando la comunidad de intereses pecuniarios y religiosos." En las Institutas de Justiniano se define a las nupcias o matrimonio como "la unión del varón y la mujer que lleva en sí un régimen inseparable de vida".<sup>(28)</sup>

De ambas definiciones se desprende que el matrimonio es de carácter monogámico. En sí en Roma el matrimonio no es concebido como un acto jurídico sino como una situación de convivencia de dos personas mantenidas por la *affectio maritalis*, es decir, la intención de vivir continuamente como marido y mujer.

José María Sainz nos comenta que el derecho romano conoció dos formas de matrimonio.

1).- Las justas nupcias cum manu.

2).- Las justas nupcias sine manu.

1).- Justas nupcias con manu, en Roma en un principio los matrimonios se celebraban de esta manera, es decir la mujer ingresaba a la familia del marido como hija de familia si su marido era *Sui Juris*, o de nieta si era *Alieni Juris*, perdiendo los derechos agnaticios de su familia natural sujeta a la *manus maritalis* de la familia del esposo. A esta incorporación se le llamaba *conventio in manum*, la cual se podía celebrar de tres formas: por *usus*, *confarreatio* y *coemptio*.

2).- Justas Nuptias Sine Manu, aproximadamente en el siglo III A.C. los romanos utilizaron el matrimonio sine manu a través del cual el marido no ejercía poder alguno sobre la mujer y ésta seguía perteneciendo a su familia natural. Por lo tanto no se modificaba la condición de la mujer y el patrimonio de los esposos, continuaba separado, pero sin embargo se consideró que la mujer contribuyera al sostenimiento del hogar, hecho para el cual se acostumbró la entrega de la dote.<sup>(29)</sup>

<sup>(28)</sup> VENTURA SILVA, Sabino. Op.cit. Pág. 99 y 100.

<sup>(29)</sup> SAINZ GUTIERREZ, José María. Op.cit. Pág. 195 y 196.

### 1.3.1. DE JUSTAE NUPTIAE:

"Se llama *justae nuptiae* o *justum matrimonium* al matrimonio legítimo, conforme a las reglas del Derecho civil de Roma".<sup>(30)</sup>

#### 1.3.1.1. CONDICIONES DE VALIDEZ:

Ventura Silva señala como requisitos para el matrimonio los siguientes:

- 1).- La pubertad.
- 2).- El consentimiento de los contrayentes.
- 3).- El consentimiento del jefe de familia.

1.- La pubertad.- "En un principio, la pubertad se fijó a los 12 años para las hijas; en cuanto a los hijos, se les conocía púberes en la edad en que el padre de familia encontraba en ellos, por el exámen de su cuerpo, las señales de la pubertad.

"Bajo el Imperio, los *proculyanos* sostuvieron que los hombres fueran declarados púberes a los 14 años; mientras los *sabinianos* seguían con la práctica de la *inspectio corporis*. Algunos juristas exigían, a la vez que los 14 años, un desarrollo físico suficiente."

- 2.- Consentimiento de los contrayentes.- Es decir que los contrayentes se casen libremente, sin que su consentimiento adolezca de vicios.
- 3.- Consentimiento del jefe de familia.- Los *Sui Juris* no requerían el consentimiento de nadie, pero los hijos bajo autoridad si necesitaban el consentimiento de su jefe de familia. En caso de un nieto se requería el consentimiento de su padre y del *paterfamilias*. Si el jefe de familia estaba loco, se hallaba cautivo o bien rehusaba otorgar su consentimiento, el hijo no podría casarse la *Ley Julia de maritandis ordinibus*, del año 18 A.C. permitió casarse al hijo con autorización del magistrado en caso de negativa injustificada del *paterfamilias*. En el Bajo Imperio se permite al hijo casarse aunque el jefe de familia esté imposibilitado para otorgar el consentimiento.

(30) PETIT, Eugène. Op.cit. Pág. 103.

- 4.- **Connubium.**- Era la capacidad o aptitud legal para contraer matrimonio. Lo que se requería para tenerla era ser ciudadano romano, es decir, que los contrayentes fueran personas libres.<sup>(31)</sup>

#### 1.3.1.2. IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO.

Ventura Silva y Sainz Gómez conciden en señalar que los impedimentos se dividen en absolutos y relativos.

Para Sainz Gómez, los impedimentos absolutos producen incapacidad para contraer matrimonio con cualquier persona y entre estos encontramos:

- a).- La existencia de matrimonio anterior no disuelto.
- b).- La esclavitud de uno de los cónyuges.
- c).- El voto de castidad y las órdenes mayores, en la época cristiana.
- d).- Los castrados y los esterilizados.<sup>(32)</sup>

Para Ventura Silva los impedimentos relativos para que se celebre el matrimonio son:

- 1).- **EL PARENTESCO.**- En línea recta, parientes que descienden unos de otros, se prohíbe el matrimonio sin limitación. Después de rota la adopción el adoptante no puede casarse con la hija que fue adoptiva. En línea colateral el matrimonio está prohibido entre hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino.
- 2).- **AFINIDAD.**- Así se llama al lazo que une a cada esposo con los parientes del otro Cónyuge. Está prohibido entre afines el matrimonio entre el padre y la viuda del hijo; entre el padrastro viuda o divorciado y la hijastra; entre suegro y nuera y suegra y yerno. Desde constantino, hubo prohibición entre cuñados, manteniendo Justiniano esta disposición.

<sup>(31)</sup> VENTURA SILVA, Sabino. Op.cit Pág. 100 y 101.

<sup>(32)</sup> SAINZ GOMEZ, José María. Op.cit. Pág. 198.

- 3).- ADULTERIO Y RAPTO.- Se prohibió el matrimonio entre la adúltera y el cómplice, entre raptor y la raptada.
- 4).- RAZONES DE ORDEN POLITICO, CARGO PUBLICO Y TUTELA.- Se prohibía el matrimonio entre senadores y sus hijos con libertas, así como senadores y mujeres de deshonrosa profesión. Con Justiniano desapareció esta prohibición. Un funcionario y sus hijos no podían casarse con una mujer domiciliada en la misma provincia porque los funcionarios abusaban de su autoridad para tener un matrimonio ventajoso; ni el tutor e hijo con la antigua pupila porque tanto tutores como curadores buscaban la forma de evitar rendir cuentas de la tutela y curatela.

#### 1.3.1.3. EFECTOS DEL MATRIMONIO CON RESPECTO A LOS CONYUGES.

Así mismo, Ventura Silva señala como efectos del matrimonio los respectos a los cónyuges:

- 1.- Los cónyuges se deben fidelidad. La mujer adúltera era más castigada que el hombre, ya que ésta podía introducir a la familia hijos de otra sangre.
- 2.- Con respecto a los hijos. "Los nacidos ex iustis nuptiis son hijos legítimos, liberi iusti, caen en la autoridad de su padre o del abuelo paterno, si el padre es alieni iuris. Integran la familia civil del padre a título de agnados; llevan además su nombre y participan en su condición social. En cambio, entre los hijos y la madre sólo existía un lazo de parentesco natural, de cognación, en el primer grado..."<sup>(33)</sup>

#### 1.3.1.4. CAUSAS DE DISOLUCION

Eugéne Petit señala como causas de disolución:

<sup>(33)</sup> VENTURA SILVA, Sabino. Op.cit. Pág. 100 a 103.

a).- Muerte de uno de los esposos.

El marido se podía casar nuevamente y de inmediato, pero la mujer debía esperar diez meses para evitar la incertidumbre en cuanto a la paternidad del nuevo esposo.

b).- Pérdida del Connubium.- Resultando de la reducción en esclavitud.<sup>(34)</sup>

José Ma. Sainz adiciona un tercer caso:

c).- Por divorcio.- "Es decir, la disolución del matrimonio por declaración unilateral hecha por uno de los cónyuges. La falta la affectio maritalis en uno de los cónyuges o en ambos que disuelva el vínculo."<sup>(35)</sup>

#### 1.3.1.5. CONCUBINATO.

Ventura Silva señala que: "Se llama concubinato a la unión permanente entre personas de distinto sexo, sin intención de considerarse marido y mujer".

El citado autor comenta que: El concubinato se diferenciaba del matrimonio por que aunque era una unión estable faltaba affectio maritalis y además no se necesitaban los requisitos establecidos para contraer nupcias. Los hijos reciben el nombre de Liberi Naturales y no el de Legítimos, siguen la condición de la madre y si nacen Sui Juris no están sometidos a la autoridad paterna. En el Bajo Imperio se le reconocieron a la mujer derechos de sucesión aunque limitados.<sup>(36)</sup>

<sup>(34)</sup> PETIT, Eugéne. Op.cit. Pág. 109.

<sup>(35)</sup> SAINZ GOMEZ, José María. Op.cit. Pág. 204.

<sup>(36)</sup> VENTURA SILVA, Sabino. Op.cit. Pág. 109 y 110.

#### 1.4. REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO ROMANO.

Sainz Gómez señala que: Existían tres tipos de regímenes matrimoniales que son:

- 1.- Resultante del matrimonio sine manu. Los bienes de la mujer seguían perteneciendo a la familia paterna, así las adquisiciones hechas en el matrimonio, ya fuera por trabajo, herencia, donación, legado eran patrimonio de su paterfamilias y podían ser administrados por la propia mujer disponiendo de ellos con la absoluta libertad. Respecto a estos bienes el marido puede actuar como simple mandatario siguiendo las instrucciones de la esposa pero no tiene un derecho personal de administración. Disuelto el matrimonio se le restituyen sus bienes a la mujer.
- 2.- Resultante del matrimonio cum manu ya que la mujer entraba a la familia del marido como filia familias sometida al nuevo paterfamilias y todos sus bienes pasaban a ser propiedad del marido haciéndose un sólo patrimonio.
- 3.- Régimen dotal "...es el conjunto de bienes que el esposo recibe de parte de la mujer o de otra persona a nombre suyo, con objeto de ayudarle para soportar los gastos del matrimonio ...." (37)

Juan Iglesias comenta que la dote puede tomar la forma de una entrega llamada dotis datio, que era la entrega efectiva e inmediata de los bienes que la integraban; o por obligación y dentro de ésta se encuentran: La dictio dotis que consistía en una declaración solemne del constituyente que sólo puede ser la mujer misma, si es sui juris, o el padre o el abuelo paterno o un deudor de la mujer que intervenga por mandato de ésta; hacían y la promissio dotis que era la promesa de dote.<sup>(38)</sup>

Podía proceder del patrimonio del paterfamilias de la esposa, de la misma esposa o de terceros. La dote entraba al patrimonio del marido o del paterfamilias. Si se disolvía al matrimonio se debía devolver a quién la hubiera dado.

(37) SAINZ GOMEZ, José María. Op.cit. Pág. 207 y 208.

(38) IGLESIAS, Juan. Op.cit. Pág. 567 y 569.

## 1.5. LAS SUCESIONES.

### 1.5.1. De los modos de adquirir "Per Universatem".

La adquisición por universatem, es la que tiene por objeto un patrimonio entero o bien una parte de ese patrimonio, éste se podía transmitir a la muerte de su dueño. Dentro de los modos de adquirir "Per Universatem" se encuentra la adquisición por sucesión y dentro de ésta el patrimonio de las personas comprendía dos partes:

El Activo y el Pasivo, es decir, no solo abarcaba los bienes sino también las deudas. El dueño al morir transmitía sus deudas y el heredero quedaba obligado a pagar como si el las hubiera contraído.

Según el derecho civil existían dos clases de sucesiones:

- 1.- La testamentaria, que era la regulada por la voluntad del difunto.
- 2.- La sucesión ab Intestato, que era la regulada por la Ley y era la que tenía lugar cuando el difunto no dejaba disposición alguna sobre sus bienes.

### - LA SUCESION POR VIA LEGITIMA SEGUN LAS XII TABLAS.

Según Floris Margadant; Esta procedía cuando no había testamento o, en caso de que lo hubiera, no tenía validez o bien, el heredero testamentario no quería o no podía aceptar la herencia. A falta de testamento la Ley establecía cómo debía repartirse el patrimonio del difunto.

Desde las XII Tablas, el ius civile preveía que, por vía legítima, la sucesión se ofreciera a los siguientes herederos:

1.- Los herederos Sui, "herederos de sí mismos" que eran los que se volvían Sui Juris por la muerte del autor de la herencia. Son los hijos del difunto, excepto los emancipados que ya eran Sui Juris; los nietos del difunto, en caso de que su padre hubiera muerto antes que el paterfamilias, así como también los póstumos, si es que habían nacido dentro de los 300 días, contados a partir de la muerte del de cuius.

Si todos los herederos eran de primer grado la herencia se repartía por cabezas, si eran de grado distinto se repartía por stirpes y dentro de cada stirpe por cabeza.

2.- A falta de Heredes Sui, la herencia se ofrecía a los agnados, a los parientes por vía masculina. Las mujeres no contaban para la sucesión legítima. Un agnado de décimo grado podía recibir la herencia por vía legítima, pero un hijo no podía recibir de su madre la herencia por esa misma vía, siempre que ella no se hubiera convertido mediante una conventio in manum en agnada de sus hijos.

Tratándose de agnados no se repartía la herencia por stirpes, sólo se ofrecía a los agnados de grado más cercano por cabezas, si alguno de ellos la rechazaba los demás obtenían una porción mayor, si todos la repudiaban no se ofrecía la herencia a los agnados del próximo grado, sino que se declaraba que ningún agnado tenía derecho a la herencia y la ofrecía ésta a la gens.

#### - LA VIA LEGITIMA EN EL DERECHO PRETORIO.

En lugar de la herencia y del heredero del derecho civil el pretor crea las instituciones de la bonorum possessio y del bonorum possessor.

El pretor se disponía a entregar, por orden de preferencia, la bonorum possessio a las siguientes personas:

a).- Los liberi "hijos" que eran antiguos herederos sui, y también los emancipados que eran los hijos que querían tener la libertad de trabajar por cuenta propia.

- b).- Los legítimi, son todos los que podían recibir la herencia por vía legítima, pero como los herederos sui ya estaban absorbidos por los liberi, y como la gens no podía recibir herencias por vía legítima este grupo correspondía al de los agnados. Se prohibía la sucesión de grados y como consecuencia de esto se ofrecía la herencia al grupo próximo, el de los cognados.
- c).- Los cognados, la madre sine manu tenía la posibilidad remota de recibir ab intestato la herencia de su hijo; el hijo tenía la posibilidad de heredar a su madre casada sine manu.
- d).- Cuando no había ningún heredero legítimo la herencia se ofrecía a la viuda o al viudo; en caso de la manus, el viudo no podía recibir la herencia de su esposa ya que no podía la esposa tener un patrimonio propio; y la viuda cum manu podía recibir una porción de la herencia del marido por tener la posesión jurídica de una hija.

#### - LA VIA LEGÍTIMA EN EL DERECHO JUSTINIANO.

La reforma total vino en la época del emperador Justiniano, ofrecía la herencia ab intestato sucesivamente a las siguientes órdenes:

- I.- Descendientes (emancipados o no). Se repartía por stirpes y dentro de cada grado por cabezas.
- II.- Ascendientes y hermanos:
  - A).- El ascendiente más cercano excluía al más lejano y la madre del difunto excluía a los abuelos paternos.
  - B).- Si los abuelos eran herederos y había abuelos de las dos partes se repartía por stirpes.

La base del nuevo sistema es el parentesco moderno por ambas líneas; no hay ninguna diferencia por sexos y la hereditas y la bonorum possessio y equiparan acabando con el tradicional dualismo en esta materia.

Justiniano, unificando y simplificando finalmente esta materia.

C).- Cada hermano recibía una porción igual a la de cada ascendiente de primer grado.

D).- Los hijos de un hermano difunto recibían juntos la porción de su padre.

III.- Medios hermanos, uterinos o consanguíneos.

IV.- Los demás colaterales.

V.- El Viudo o la Viuda, si la viuda era pobre y el difunto rico y si no procedía la entrega de una donación como ganancia de supervivencia o la devolución de una dote, la viuda recibía el 25% de la herencia.

Justiniano estableció para la concubina y sus hijos alimentos o una sexta parte de la herencia.

En caso de concurrir con hijos del difunto, la viuda recibió sobre esta porción sólo el usufructo, y si concurrido con cuatro o más hijos, su porción quedaba reducida a la de cualquiera de los hijos.

VI.- Si no se encontraba ningún heredero legítimo, la herencia iba al fisco; pero si se trataba de un soldado, se aprovechaba la legión correspondiente, y, si de un sacerdote, la Iglesia.<sup>(39)</sup>

<sup>(39)</sup> FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op.cit. Pág. 455 a 461.

### 1.5.2. DE LA CAPACIDAD DE TESTAR.

Eugéne Petit comenta que, en un principio sólo los ciudadanos romanos Sui Juris tuvieron la testamenti factio, es decir, el derecho de testar y estaban privados de ella:

- 1.- Los peregrinos, que eran habitantes de países que habían hecho tratado de alianza con Roma o que se sometieron a la denominación romana siendo provincias, quienes podían testar según el derecho de su Ciudad pero no de acuerdo al derecho romano.
- 2.- Los latinos junianos que eran peregrinos tratados con más consideración, poseían capacidad para los actos intervivos pero no podían testar ni recibir nada por testamento, y los dedíticos que no podían testar por no ser ciudadanos de ninguna ciudad.
- 3.- Los esclavos exceptuando a los servi publici quienes tenían un patrimonio y podían disponer de la mitad de sus bienes por testamento.
- 4.- Las mujeres ingenuas Sui Juris, que permanecían agnadas en su familia civil, pero tenían el derecho de testar cuando una capitis deminutio mínima las había hecho salir de su familia civil.
- 5.- Los hijos de familia al igual que las mujeres in manu y las personas in mancipio que no tenían patrimonio.
- 6.- Los que habiendo sido testigos habían negado su testimonio.

No solamente era suficiente tener el derecho de testar sino que también se debía poseer el ejercicio de este derecho en el momento de testar, y quienes no tenían este ejercicio de derecho de testar eran:

- a).- Los impúberos sui juris, ya que carecían del juicio necesario, pero podían dejar una sucesión testamentaria si el jefe de familia había testado por ellos cuando estaban bajo su autoridad.

- b).- Los locos sólo podían testar en algún momento de lucidez.
- c).- Los pródigos interdictos a quienes se les consideraba como válido el testamento que hubieran hecho antes de la interdicción.
- d).- Los sordos y los mudos, que no entendían ni hablaban de una manera absoluta, pero si su enfermedad era accidental y habían hecho su testamento antes de la enfermedad o accidente era válido.<sup>(40)</sup>

### 1.5.3. DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

#### - FORMAS DE INSTITUCION.

Eugéne Petit comenta que en el antiguo derecho y durante la época clásica la Institución de Heredero debía hacerse en términos solemnes, si no se hacía así era nula. La institución de heredero debía de ser colocada a la cabeza del testamento. En cuanto al lugar de la institución, bajo Justiniano no tuvo ninguna influencia sobre la validez del testamento.

#### - DE LA CAPACIDAD DE SER INSTITUIDO HEREDERO.

La Institución de heredero sólo era válida si el Instituido era capaz. Las mujeres no podían ser herederas de un Ciudadano rico de primera clase para impedir la riqueza excesiva de las mujeres, eran también incapaces las personas inciertas: Los hijos no nacidos aún en el momento de la confección del testamento llamados Póstumos y las personas morales. Bajo Justiniano las personas inciertas si podían ser instituidas válidamente.

<sup>(40)</sup> PETIT, Eugéne. Op.cit. Pág. 519 y 520.

## MOMENTOS EN QUE SE DEBE DE SER CAPAZ PARA HEREDAR.

Para que la institución fuera válida era necesario la testamenti factio en el instituído en tres momentos:

- a).- En el momento de la confección del testamento.
- b).- En el momento de la delación de la sucesión, momento en que el derecho se abre en beneficio del heredero.
- c).- En el momento en que el instituído acepta o rehusa la sucesión.

## REPARTICION DE LA HERENCIA ENTRE LOS INTITUIDOS.

El testador podía instituir uno o varios herederos. Cuando se instituye a uno sólo, este tiene derecho a la totalidad de la sucesión sea cual fuere la parte asignada por el testador. Si el testador instituyó a varios sin especificar partes la sucesión se dividía entre todos por partes iguales.<sup>(41)</sup>

### 1.5.4. DE LA ADQUISICION DE LA HERENCIA.

#### 1.5.4.1. COMO SE ADQUIERE LA HERENCIA.

Para Petit, los herederos se dividen en dos tipos:

Los necesarios quienes adquirirían la sucesión quisieran o no por la sola razón de estar vivo y ser capaz cuando le es deferida. De manera que importa poco que sea infans, impúbero o loco, puesto que no tiene ninguna necesidad de manifestar su voluntad. Por el contrario el heredero voluntario adquiere la herencia únicamente si la acepta.

Entre los herederos a los cuales les era impuesta la sucesión se distinguían en primer lugar los herederos necesarios y los herederos suyos y necesarios.

(41) IBIDEM. Pág. 524 a 527.

Se llama heredero necesario el esclavo instituido heredero y manumitido por el testamento de su señor: en virtud del testamento, se hace libre y heredero.

La sucesión la adquiere de pleno derecho, aun sin su conocimiento y mal que le pese.

Se da el nombre de herederos suyos a las personas sometidas sin intermediario a la potestad paterna o a la manus del testador, y que se hacen sui juris a su fallecimiento. Hay que añadir los póstumos suyos, o descendientes simplemente concebidos, que estarían en la misma situación si hubiesen nacido viviendo el testador.

La situación de los herederos suyos es la misma que estén instituidos en el testamento del jefe de familia o que recojan la sucesión ab intestato. En los dos casos son herederos necesarios, porque la herencia la han adquirido sin su conocimiento, y a pesar de ellos. Este resultado se justifica por su cualidad de herederos suyos, y no tienen por qué aceptar ni rehusar la sucesión, porque no hacen más que conservar los bienes sobre los cuales ya tenían una especie de copropiedad, como miembros de la familia civil. Son, por decirlo así, sus propios herederos: heredes sui.

Los herederos voluntarios, herederos que estaban fuera de la potestad del testador siendo libres de aceptarla o rehusarla.<sup>(42)</sup>

#### 1.5.4.2. EFECTOS DE LA ADQUISICION DE LA HERENCIA.

Eugène Petit dice que el heredero substituye al difunto en la vida civil, haciéndose continuador de su persona. De esto deriva:

- a).- Todos los bienes de la sucesión son bienes del heredero, haciéndose con sus bienes personales un sólo patrimonio.
- b).- Todas las deudas del difunto pasan al heredero aumentando las propias del heredero.

<sup>(42)</sup> IBIDEM. Pág. 544 a 546.

- c).- Los derechos que existían entre el heredero y el difunto se extinguen por la confusión de los dos patrimonios.
- d).- El heredero está obligado a pagar sobre el activo neto de la sucesión las cargas que le sean impuestas por el testamento.<sup>(43)</sup>

<sup>(43)</sup> IBIDEM. Pág. 549 y 550.

## 1.6 EL TESTAMENTO.

En el derecho romano era el acto solemne por virtud del cual una persona institufa heredero o herederos disponiendo de sus bienes propios para después de su muerte.

### 1.6.1. FORMAS

Ventura Silva nos dice que: Las formas más antiguas del testamento romano eran el testamento calatis comitiis y el testamento in procinctu. El primero se hacía ante el pueblo reunido ante los comicios, dos veces al año celebrado con gran publicidad. El testamento in procinctu se hacía delante de ejército equipado y bajo las armas. El jefe de familia soldado que deseaba testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas.

Hacia finales del siglo VI el testamento se fué perfeccionando y se introdujo el testamento mancipatorio o en forma de contrato en el que el testador celebraba una compraventa ficticia en forma de una mancipatio imponiendo el vendedor al comprador el deber de repartir parte de los bienes entre terceros a su muerte.

El testamento nuncupativo que era el hecho oralmente ante siete testigos, sin ninguna otra formalidad para celebrarse más que declarando en voz alta el nombre del heredero y su última voluntad delante de los testigos.

En el derecho de bajo imperio existió el testamento tripartito, llamado así porque tomó sus reglas de legislaciones diferentes, así:

- 1º. Del Derecho civil primitivo, la presencia de los testigos y la necesidad de que el testamento debía realizarse en uno solo acto -uno acto-, sin interrupción;
- 2º. Del Derecho de honorario, el número de siete testigos, con la grabación de sus sellos.

3º. Del Derecho nuevo, constituciones imperiales, la firma del testador y los testigos.<sup>(44)</sup>

Floris Margadant agrega que se componía de:

a).- Texto.

b).- La subscriptio de los siete testigos que era la declaración expresa de que habían intervenido con carácter de testigos.

c).- Los sellos de los testigos.

Este testamento debía de elaborarse en un sólo acto y sin interrupciones.

Dentro de este testamento encontramos formas especiales:

- Testamento militar bastaba un sólo testigo y servía solamente en tiempos de guerra con validez de un año después de que el soldado se hubiera separado del ejército honrosamente. Justiniano lo limitó al tiempo que durará la expedición militar.
- Testamento del padre a favor de sus hijos, el cual podía hacerse en forma verbal y con dos testigos, en caso de ser escrito bastaba con una declaración ológrafa sin testigos.
- El testamento hecho en el campo en el que bastaba la presencia de cinco testigos.
- El testamento hecho en época de peste donde los testigos podían firmar en visitas sucesivas, por lo que este testamento no se hace en un sólo acto.
- El testamento tripartitum.
- Testamentum Apud acta conditum, hecho con intervención de una autoridad de fe pública y conservado por ella en sus archivos.

(44) VENTURA SILVA, Sabino. Op.cit. Pág. 215 a 217.

- Testamentum principi oblatum, el cual se depositaba en poder del emperador para que lo guardara en el archivo del palacio.

### 1.6.2. INTERPRETACION DEL TESTAMENTO

Se procuraba evitar formas de interpretación que quitaran validez a la institución de herederos, una condición imposible no nulificaba la disposición testamentaria sino que se tenía por no escrita.<sup>(45)</sup>

Es importante hablar sobre las instituciones del derecho romano en virtud de que varias figuras que en ese tiempo existieron prevalecen en nuestra época y se aplican en la actualidad en nuestro derecho, mismas que con el tiempo han ido variando pero sin cambiar su esencia. Es por eso que consideré necesario mencionar los antecedentes en derecho romano ya que este es una de las bases fundamentales de lo que conforma nuestro contexto jurídico. En esa época se hablaba de la capacidad jurídica de las personas, de la organización de la familia y su importancia en la sociedad, los parentescos, de la figura del paterfamilias que era la única autoridad en la domus, así como la condición de la mujer ante el marido y la posibilidad de poseer bienes o de heredarlos según fuera su condición. Se comenta también del matrimonio y las formas de celebrarlo, sus requisitos sus impedimentos y sus efectos con respecto a los cónyuges, su disolución; también es importante mencionar que en esa época ya existían varios tipos de regímenes matrimoniales con sus propias reglas mismas que a la fecha siguen vigentes como el régimen de sociedad conyugal y el de separación de bienes. Se tiene el concepto de lo que son las sucesiones y sus tipos, los requisitos para poder heredar y la capacidad para serlo y adquirir dicha herencia. También existían diversas formas de testamentos, los cuales algunos de sus tipos aún existen con algunas variantes.

De todo esto se puede apreciar que el derecho romano es parte fundamental para la formación de todas las figuras jurídicas en el derecho mexicano a la vez que nos da las pautas a seguir en el campo legislativo; es por eso que consideré importante dedicar parte de mi investigación al derecho romano tomándolo como base para poder comprender los conceptos principales que se manejarán en el presente estudio.

(45) FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op.cit. Pág. 469 y 470.

## CAPITULO II

### 2.- EL TESTAMENTO COMO ACTO JURIDICO

#### 2.1. ACTO JURIDICO

##### 2.1.1. CONCEPTO

"El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico" (46)

El Dr. Alfredo Orgaz dentro de la Enciclopedia Jurídica Omeba nos comenta que: "El acto jurídico es...el instrumento ordinario al que recurren las personas para regir por sí mismas sus intereses (económicos o de otra índole) dentro de los límites de la Ley..." Los actos jurídicos constituyen una especie de actos voluntarios y lícitos: como dice el Código Argentino, son los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Por lo tanto, los caracteres de él son: 1) es un acto voluntario; 2) lícito; 3) tiene un fin inmediato jurídico, es decir, se realiza por el sujeto con una voluntad dirigida a producir determinados efectos de derecho.

El hecho de que el acto jurídico sea voluntario, exige que el sujeto que lo otorga sea persona que conforme a la ley tenga voluntad propia (47)

(46) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de derecho civil". Tomo I. Editorial Porrúa. Vigésima Tercera Edición. México, 1989. Pag. 115.

(47) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo I, Letra "A". Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, Argentina. 1979. Pag. 381 y 382.

En mi opinión, el testamento es un acto jurídico porque en él existe una manifestación de voluntad, la cual va a producir consecuencias de derecho, ya que en todo acto jurídico siempre habrá una creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, y en el caso específico del testamento el autor del mismo va a transmitir derechos y/u obligaciones a otra u otras personas al heredar sus bienes y algunas veces esa herencia lleva consigo cargas impuestas al heredero para poder gozar de la misma.

### 2.1.2. CLASIFICACION.

Existen diversas clasificaciones de los actos jurídicos de acuerdo a la rama del derecho que los regula. El maestro Rafael de Pina se enfoca al estudio de los actos sometidos a la legislación civil y dentro de su clasificación se encuentran los siguientes actos:

- 1.- Actos Unilaterales y bilaterales.- Los primeros son aquellos cuya existencia se determina por la declaración de una sólo persona. Los segundos son aquellos actos cuya existencia se determina por la voluntad de dos o más personas.
- 2.- Actos intervivos y Mortis Causa: Los intervivos son aquellos actos que producen sus efectos en vida de las personas que los realizan. Los mortis causa son actos que producen sus efectos después de fallecido el autor.
- 3.- Actos a Título Oneroso y Lucrativos.- Los primeros exigen la reciprocidad de un equivalente; los segundos, no.
- 4.- Actos de Enajenación y de Adquisición.- Los de enajenación son aquellos que al realizarse producen la disminución del patrimonio. Los de adquisición son aquellos actos que al verificarse producen el aumento del patrimonio.
- 5.- Actos Solemnes y no Solemnes.- Los primeros son aquellos respecto de los cuales la ley exige que la manifestación de la voluntad revista ciertas formas determinadas y prestables, sin las que no se produce el efecto querido. Son actos no solemnes los que se encuentran en el caso contrario.
- 6.- Actos Conmutativos y Aleatorios.- Los actos conmutativos son aquellos en que las prestaciones a que dan lugar son ciertas y determinadas desde el momento de su realización. Ejemplo: la compra de un coche. Los actos aleatorios son aquellos que dependen de un acontecimiento que no permite la certeza y determinación al realizarlos. Ejemplo: la venta de cosechas.

- 7.- Actos constitutivos, modificativos, extintivos e impeditivos; Ya sea que respectivamente, creen situaciones jurídicas, las modifiquen, las extingan o imposibiliten su constitución. (48)

Galindo Garffas en cuanto a los actos a título oneroso y a título gratuito, define a los primeros como aquellos en los que una parte a cambio de realizar una determinada prestación, recibe algo de la otra parte, como por ejemplo la compraventa puesto que en ella el vendedor entrega la cosa pactada y transmite la propiedad de la misma a cambio de recibir en precio. Asimismo, define a los segundos como aquellos en que la atribución patrimonial tiene lugar, sin que la parte que realiza el acto abrutivo, reciba nada a cambio y un ejemplo claro de estos actos es el mutuo sin interés y el comodato o prestamo de uso. (49)

De acuerdo a la clasificación que antecede podemos encuadrar al testamento como un acto jurídico unilateral ya que en el interviene la voluntad exclusiva del testador; es un acto mortis causa porque el testamento producirá sus efectos después de la muerte del sujeto autor del testamento; es un acto a título gratuito porque el de cuius puede heredar a una persona sin necesidad de que ésta última realice determinada restación, excepto cuando el testador le imponga ciertas cargas en el testamento para poder gozar de su parte, entonces es un testamento oneroso. El testamento es un acto solemne porque para su validez la ley exige ciertas formas determinadas para su celebración, nuestra legislación sólo reconoce ciertos actos como solemnes como lo son el matrimonio, el testamento y el reconocimiento, cuando la Ley requiere alguna forma para cierto contrato, se exige sólo como elemento de validez y si no se observa hay nulidad relativa pero no inexistencia; es un acto conmutativo porque al realizarse el autor del mismo sabe con certeza lo que posee y va a determinar a manos de quién o quienes irá a pasar, por último, el testamento es un acto constitutivo porque va a crear derechos y/u obligaciones a favor de los herederos.

(48) DE PINA VARA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Volúmen I. Editorial Porrúa. Décima Quinta Edición. México 1986. Pag. 265

(49) GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil, Primer Curso". Editorial Porrúa. Octava Edición. México 1987. Pag. 213-214

### 2.1.3. ELEMENTOS ESENCIALES.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1794 establece que:

"Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento, y II.- Objeto que pueda ser objeto del contrato".

El artículo 1803 del mismo ordenamiento nos dice que: El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

En cuanto al objeto Rojina Villegas nos dice que éste debe ser física y judicialmente posible. En los actos jurídicos debemos distinguir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto.

El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. Hay también un objeto indirecto; pero este no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos; es sobre todo en los contratos y convenios en donde lo encontramos.

El objeto directo en los convenios es crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones y el indirecto consiste en la cosa o el hecho materia del convenio.<sup>(50)</sup>

Ignacio Galindo Garfías, comenta que los elementos esenciales, son aquellos que si no aparecen en el acto, éste no puede si quiera llegar a formarse, son imprescindibles. Cuando falta alguno de estos elementos el negocio es inexistente y por lo tanto no puede producir ningún efecto jurídico. Para que al acto jurídico exista se requiere que en el se reúnan los siguientes elementos:

(50) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 120

- Voluntad del autor del acto para realizarlo,
- objeto posible física y jurídicamente,
- en ciertos casos, cuando se trata de actos solemnes como el matrimonio, testamento y reconocimiento, "la solemnidad" que la ley establece para emitir la declaración de voluntad. (51)

#### 2.1.4. ELEMENTOS DE VALIDEZ.

El acto jurídico además de estar integrado por la reunión de los elementos de existencia, es necesario que concurren los siguientes elementos:

- a).- La capacidad.
  - b).- La licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto jurídico.
  - c).- La formalidad.
  - d).- La ausencia de vicios en el consentimiento.
- a).- La capacidad. Primeramente debemos entender qué es la capacidad. Samuel Antonio González Rufz en el Diccionario Jurídico Mexicano nos dice que jurídicamente la capacidad se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma, Cita a Hans Kelsen quién considera que debe entenderse por capacidad la aptitud del individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de derecho. Por esto, a la capacidad se le estudia desde dos puntos distintos: a).- La de goce y b).- La de ejercicio.

(51) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pag. 218

La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de ejercicio es la aptitud que requieren las personas para ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir sus obligaciones; se adquiere con la mayoría de edad o con la emancipación y se pierde junto con las facultades mentales ya sea por locura, idiotismo, imbecilidad o muerte. Los sordomudos que no sepan leer y escribir, los ebrios consuetudinarios y los que hacen uso de drogas enervantes carecen también de capacidad de ejercicio.

La capacidad de ejercicio, para los efectos de los actos jurídicos, tiene un doble aspecto:

- a) Capacidad general, se refiere a aquella aptitud requerida para la realización de cualquier tipo de acto jurídico y b) la capacidad especial que es la aptitud que se requiere a determinadas personas para la realización de actos jurídicos específicos, un ejemplo claro lo tenemos en el arrendamiento puesto que al arrendador además de que se le pide que tenga la capacidad general para contratar, también se le requiere que tenga el dominio o administración del bien materia del contrato.<sup>(52)</sup>

De este modo la declaración de voluntad, debe otorgarse por una persona capaz, no sujeta a interdicción o por persona emancipada si actúa dentro de los límites de la Ley. Para los actos jurídicos es necesario que el individuo tenga la capacidad de ejercicio que es la aptitud que tiene un sujeto para hacer valer sus derechos o cumplir sus obligaciones, para celebrar actos jurídicos o comparecer en juicio como actor y demandado, por su propio derecho.

- b).- La licitud en el objeto, fin y condición del acto jurídico.- Primeramente debemos entender el concepto licitud, en el diccionario jurídico mexicano Samuel Antonio González Ruíz cita a García Maynez quién "... ha indicado que las conductas con la calidad de ilícito son: La omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos, mientras que las conductas susceptibles de calificación de licitud son: la ejecución de los actos ordenados, la omisión de los actos prohibidos y la ejecución u omisión de los actos potestativos.<sup>(53)</sup>

(52) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Letra A-CH. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México 1992. Pag. 397.

(53) Ibidem. Letra I-O. Tercera Edición. México 1989. Pag. 2039

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1830 establece que: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". Juan Palomar de Miguel define al orden público como: "aquella situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protestar." Asimismo define a las buenas costumbres como: "la manera de vivir según los principios de la moral social que prevalecen en un lugar y en un tiempo determinado...." <sup>(54)</sup>

El artículo 1831 del mismo ordenamiento indica que: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

Los actos deben ser necesariamente lícitos en todas sus manifestaciones para que el derecho los proteja y les dé consecuencias jurídicas.

La licitud quiere decir que los actos que se emitan cumplan con los deberes prescritos por las normas jurídicas, es decir, que vayan de acuerdo con las conductas establecidas en la ley.

- c).- La formalidad.- La voluntad se debe exteriorizar de acuerdo con las formas establecidas por la Ley. Existen actos consensuales, formales y solemnes. En el caso de los actos consensuales no se requiere ninguna formalidad para su validez, por lo que toda manifestación de voluntad es válida, ya se haga ésta verbalmente, por escrito o por señas o en los que se presume la voluntad. En los actos formales es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez, por lo que sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito, ya que si no se observa esta forma, el acto se ve afectado de nulidad relativa. Los actos solemnes son los que deben revestir una formalidad especial y por escrito, otorgada ante un funcionario determinado y de no hacerse así el acto es considerado como inexistente. Más adelante la teoría clásica de las nulidades analizaremos por que en algunos casos la sanción en nulidad absoluta y en otros es nulidad relativa.

<sup>(54)</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan. "Diccionario para Juristas" Mayo Ediciones. Primera Edición. México, 1981. Págs. 944 y 337.

Galindo Garfías comenta que la declaración puede estar viciada, por error, dolo o violencia, o si la declaración de voluntad, proviniendo de persona capaz y estando exenta de vicios no ha sido emitida en la forma que la ley establece, cuando se trata de actos formales, el negocio existe pero es nulo, porque adolece de un defecto que impide al acto adquirir validez.<sup>(55)</sup>

El Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 1832 que: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley."

El artículo 1833 del ordenamiento citado dice que: "Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellos pueda exigir que se dé al contrato la forma legal."

Si el acto no reviste la forma exigida por la Ley, el acto es inexistente.

La formalidad como elemento de validez significa que la voluntad debe emitirse y exteriorizarse de acuerdo a las formas establecidas por la ley, si no se cumple con este requisito el acto jurídico se puede ver afectado y trae como consecuencia su nulidad, ya sea esta absoluta o relativa.

d).- Ausencia de vicios en el consentimiento.- Que la voluntad se exprese sin vicio alguno como el error, dolo, violencia o lesión, es decir, que la voluntad sea libre y cierta. El artículo 1812 del Código antes citado establece que: "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo." El error es el falso conocimiento de la realidad; el dolo es la sugestión o artificio que se utiliza con el objeto de inducir al error o mantener en el a una persona; la violencia es la coacción física o moral ejercida sobre la voluntad de una persona para determinarla a emitir un acto jurídico; la lesión es la desproporción entre lo que se da y lo que se recibe a cambio; elementos que analizaremos más adelante.

(55) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 218

## 2.1.5. LA TEORIA CLASICA DE LAS NULIDADES.

Ernesto Gutiérrez y González respecto al tema indicado comenta lo siguiente:

"En esta tesis se hace una clasificación bipartita de las conductas humanas que no pueden producir la plenitud de sus consecuencias, y habla de:

- A.- Inexistencia, y
- B.- Nulidad.

A.-Inexistencia.- Una conducta humana es inexistente para el Derecho o es un "acto inexistente" como dice esta tesis, cuando le falta un elemento esencial, en ausencia del cual es lógicamente imposible concebir su existencia jurídica. Desde luego debo criticar la expresión "acto inexistente" pues si se califica de acto no puede ser inexistente, y si es inexistente, no puede ser acto.

Supóngase un contrato de compra venta en donde no hay precio, o no hay acuerdo de voluntades. Será un "acto inexistente" por faltarle uno de sus elementos esenciales.

El acto inexistente dice la tesis, se confunde con la nada, y el Derecho no tiene por qué ocuparse de él, toda vez que ocuparse de ese acto, sería elaborar la teoría de la nada.

Este acto no produce, en consecuencia, efecto jurídico alguno, es esta tesis clásica.

B.- Nulidad.- El acto nulo es en el que sí se dan sus elementos de existencia, pero de un modo imperfecto. Por este motivo, es que, o no produce ningún efecto jurídico, al igual que el inexistente, o produce sus efectos provisionalmente, pues serán destruidos de manera retroactiva cuando se determine la nulidad por la autoridad judicial.

De aquí se deduce que para esta tesis hay dos clases de nulidades:

- a).- La absoluta o de pleno derecho.
- b).- La relativa a anulabilidad.

- a).- Nulidad absoluta.- Se origina con el nacimiento del acto; cuando el acto va en contra del mandato o de la prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, esto es, una ley de orden público.

Será nulo absoluto el convenio en el que un mexicano venda un inmueble en la zona permitida del país, a un extranjero sin la autorización de Estados Unidos Mexicanos, a través del Presidente de la República, pues la Constitución les prohíbe a los extranjeros adquirir bienes de ese tipo (185) sin esa autorización.

El acto nulo absoluto es en esta tesis asimilado al inexistente, y por ello tampoco produce efecto jurídico alguno.

- b).- Nulidad relativa.- Al igual que la absoluta, nace con el acto y lo vicia desde su nacimiento, pero ese vicio proviene de que va contra una disposición legal establecida en favor de personas determinadas.

La ley determina que los menores de edad no tienen pleno discernimiento de sus conductas, y que por lo mismo pueden ser objeto de uso por parte de personas mayores de edad, de ahí que se les considera incapaces y se les prohíbe celebrar ciertos contratos, salvo que los realicen vigilados por quien sobre ellos ejerza patria potestad o tutela; si no lo hacen así, el acto que celebren, estará viciado de nulidad relativa, por falta de capacidad.

El acto produce efectos jurídicos provisionales, mientras no lo aniquile retroactivamente una decisión judicial.

- Comparación del régimen jurídico y efectos, de una "conducta inexistente", de un acto afectado de nulidad relativa y otro absoluta.-

La tesis a estudio, considera tres diversos puntos de vista o criterios para determinar estos efectos; y así atiende a:

- a).- Efecto y papel de la intervención del juez.  
b).- Personas que pueden prevalecerse del estado del acto.  
c).- Posibilidad de convalidar el acto por confirmación o prescripción.

a).- Efecto y papel de la intervención del juez.

Ya se anotó que el acto inexistente y el nulo absoluto, según la tesis el estudio, no producen ningún efecto jurídico, y que el nulo relativo, los produce sólo provisionalmente mientras no se le destruye en forma retroactiva. Así entonces:

Nulidad relativa.- En ella el juez interviene para anular el acto, para decretar la nulidad, pero mientras no lo hagan, el acto produce plenamente sus efectos....

Inexistencia.-El juez ante un "acto inexistente" no tiene nada que hacer, pues si interviene para declarar la inexistencia, estará declarando la nada; pero si alguna controversia se suscita respecto de si un acto es o no existente, como a nadie le es dado a hacerse justicia por sí mismo, el juez habrá de intervenir, pero no para declarar la inexistencia, sino para constatarla.

Nulidad absoluta.- Si esta nulidad dice la tesis clásica, se asimila a la inexistencia, entonces se repite lo dicho: El juez no tiene que declararla llegado el caso, sino sólo constatarla.

b).- Personas que pueden prevalerse del estado del acto.

¿Quiénes pueden invocar la inexistencia, la nulidad relativa o la absoluta de un acto según esta tesis clásica?

Nulidad relativa.- Solo la pueden invocar las personas en cuyo interés la establece la ley....

Inexistencia.- Toda persona interesada tiene derecho a prevalerse del estado del acto, cuando lo necesite....

Nulidad absoluta.- Al igual que la inexistencia, se puede invocar por cualquier interesado.

c).- Posibilidad de convalidar el acto.

Antes de precisar en que consiste este tercer efecto... es necesario saber qué es convalidar, y si esto se puede realizar a través de la confirmación y de la prescripción, como se pregunta la tesis a estudio...

Convalidar es dar valor, tácita o expresamente, a algo que carecía de él, por presentar en su conformación, algún vicio desde su nacimiento.

Es como se dice tradicionalmente, "purgar" el vicio que presenta una cosa y llevado al campo del derecho, será purgar el vicio que contamina a una conducta humana que tiene o puede tener relevancia ante la ley.

La convalidación puede ser de dos especies:

a).- Voluntaria, que a su vez puede ser:

a.- Tácita.

b.- Expresa....

Confirmar sólo para esta materia es el acto unilateral de renuncia, hecha en forma tácita o expresa, de la facultad, a invocar la falta de valor de algo.

Esta confirmación solo se puede hacer una vez que cesa la causa que motiva la impugnabilidad y el conocimiento de ésta. El efecto que produce la confirmación es extinguir esa facultad de impugnar y que además lo que era impugnabile deje de serlo, cobrando pleno valor....

El derecho que nace a favor del deudor, para excepcionarse validamente y sin responsabilidad, a cumplir con la prestación que debe, o para exigir ante la autoridad la declaración de que ya no se le puede cobrar en forma coactiva la prestación, cuando ha transcurrido el plazo fijado por la ley al acreedor para hacer efectivo su derecho.

La Convalidación voluntaria.- Es pues, el acto unilateral de voluntad, tácito o expreso por medio del cual se da valor o un acto jurídico que carecía de él, renunciando la facultad de invocar la nulidad del propio acto.

Convalidación voluntaria tácita.- Se realiza cuando la persona que puede invocar la nulidad del acto jurídico verifica un acto unilateral tácito de renuncia a su facultad de pedir la nulidad, y convalida con ello y le da valor, al acto que pudo impugnar es nulo...

Convalidación voluntaria expresa.- Se verifica cuando la persona que puede promover la nulidad e impugnar la validez del acto, externa su voluntad en una declaración formal, renunciando a ese derecho...

b).- Convalidación legal.- Es el momento jurídico en que un acto viciado, cobra pleno valor por ministerio de ley, pues la persona que tenía la facultad de pedir su nulidad, dejó transcurrir el plazo que la ley le otorgaba para ese efecto....

...La teoría clásica dice:

Nulidad relativa.- El acto afectado en nulidad relativa, sí es susceptible de convalidarse por confirmación o prescripción....

Inexistencia.- Un "acto inexistente" no puede llegar a valer ni por confirmación ni por "prescripción"-por caducidad digo yo-. Ello es lógico pues no se puede confirmar lo que no existe jurídicamente, ni tampoco por no ejercitar un acción en el plazo de la ley, va a llegar a existir lo que no existe.

Nulidad absoluta.- Un acto nulo absoluto en esta tesis clásica tampoco puede convalidarse, ni por confirmación ni por "prescripción", ya que el vicio que lo afecta es de tal manera grave, que no puede desaparecer por voluntad de las partes o por el tiempo.

Esta es a grandes rasgos, lo que se ha dado en llamar la tesis clásica de la inexistencia y nulidades"<sup>(56)</sup>

Ahora analizaremos la teoría de Julien Bonnecase, ya que esta influyó en el Código Civil de 1928.

<sup>(56)</sup>GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Editorial Porrúa. Octava Edición. México, 991. Págs 136 a 143.

- Tesis de Julian Bonnecase, y el Código de 1928.

Para Ernesto Gutiérrez y González: "Esta tesis para los efectos del derecho mexicano, es la que mayor interés reviste, si se considera como es, que sus ideas orientaron al legislador civil en 1928 en la redacción del Código. El anterior código de 1884 se plegó a la tesis clásica.

Ya el Legislador de 1928, al percatarse de los graves problemas que se planteaban a la luz del anterior código, buscó presentar un cuadro más congruente sobre las nulidades y la inexistencia, y se inspiró en las ideas de Julián Bonnecase...

Para captar fácilmente esta tesis..... se tiene:

- 1.- Bonnecase en principio, se adhiere a la tesis clásica, (202) pero establece respecto de ésta algunas objeciones....
- 2.- No acepta tampoco en su totalidad las tesis que critican a la clásica y así no está conforme con el movimiento de ideas de Japiot y Piedelievre, cuando concluyen que no debe hacerse división entre "nulidades" e "inexistencia", sino sólo hablar de "ineficacias"; pues con ello dice, se abandonarían al arbitrio del juez, a sus impresiones personales, a las impresiones de las audiencias, los intereses que deben salvaguardarse, y que son los intereses de las partes en el juicio.
- 3.- No acepta de la tesis clásica la afirmación de que la inexistencia absorba a la nulidad absoluta; y considera que deben emplearse las expresiones de inexistencia por una parte, y la de nulidad por otra, pero sin perjuicio de hacer distinciones en el seno de la nulidad. ...
- 4.- El método a seguir para determinar si un acto es inexistente o nulo dice, es el orgánico y no el histórico.

El método histórico es el que se funda en la tradición y así este método determina que, si en el Derecho romano, o en el antiguo francés o español, tal o cual acto era considerado como nulo o existente, así se deberá seguir considerando, aunque no sea en verdad inexistencia o nulidad la que le afecta. Debe prevalecer la tradición, dicen los que postulan este método histórico.

El método orgánico en cambio, consiste simplemente en examinar la naturaleza de los actos, tal y como se presentan ante el que analiza en ese momento, olvidando cualquier aspecto histórico.

Y Bonnecase se inclina por este método orgánico, dejando al lado cualquier consideración de tipo histórico.

- 5.- El punto más débil y criticable de la tesis clásica es identificar inexistencia y nulidad absoluta, y de ellos se han valido los adversarios de esa construcción doctrinal...

Apuntando lo anterior, empieza Bonnecase a elaborar verdaderamente su tesis que tanto habría de influir en la ley positiva mexicana, y así pasa a dar sus conceptos como se exponen en los apartados siguientes.

#### A.- Concepto de inexistencia:

La hay cuando al acto jurídico le faltan uno o todos sus elementos orgánicos o específicos, o sean los elementos esenciales, de definición.

Estos elementos son de dos clases:

- a).- Uno psicológico, que se representa por la manifestación de voluntad del autor del acto, o el acuerdo de las voluntades -que entonces se designa como "consentimiento"-, si son dos o más los autores.
- b).- Los materiales, que pueden ser de dos formas:

1.- Objeto del acto....

2.- La forma, pero solamente cuando ella está prescrita por el Derecho con el carácter de "solemnidad", como ocurre por ejemplo en el matrimonio, en donde se debe cubrir una forma especial de celebrar ese contrato en la presencia de un oficial del Registro Civil (sic), y si no se cumple con esa "forma solemne" no existe el acto...

**B.- Características de la inexistencia:**

Una vez que determinó qué es la inexistencia, Bonnecase de las características de ésta, las cuales conciben con las que de la tesis clásica, y así apunta:

- a).- El acto jurídico inexistente no engendra, en su calidad de acto jurídico ningún efecto cualquiera que sea.
- b).- No es susceptible de convalidarse por confirmación ni por prescripción por caducidad -aclaro yo-.
- c).- Todo interesado, cualquiera que sea, tiene derecho para invocarla.
- d).- No es necesaria una declaración judicial de inexistencia del acto; no será preciso comparecer ante la autoridad a pedirle que así lo declare; no se ejercerá una acción para obtener esa declaración, sino que, llegado el caso de que una persona invocara ese acto en juicio, el juzgador sólo constatará la inexistencia.

**C.- La inexistencia en el Código civil mexicano de 1928.**

El Código hizo eco de los conceptos de Bonnecase, y dispuso en su artículo 2224 que:

"El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.....

**.....D.- Consecuencia del acto inexistente:**

El acto jurídico inexistente está en la imposibilidad absoluta de engendrar, como acto jurídico, una consecuencia jurídica cualquiera.

Pero Bonnecase recordando sin duda la tesis de Piedelievre en donde éste anota pretendidos actos jurídicos a los que les falta algún elemento de existencia no pueden

considerarse actos jurídicos, nada impide que se les considere como hechos materiales, y resulta innegable que, como hechos materiales, sí pueden producir ciertas consecuencias de Derecho.

Así, "Quien ha vendido una casa cuando estaba destruida por un incendio, no realizó un contrato de venta, y mejor dicho, este contrato es un acto jurídico inexistente por falta de objeto. Pero, si el vendedor de la casa destruida incurrió en un fraude para con el comprador, y si le ocasionó un perjuicio, impidiéndole, por ejemplo, adquirir otra casa que le ofrecían, este vendedor es responsable, como consecuencia de sus acciones materiales, ante su pretendido comprador. Pero ninguna persona, pretenderá que esta responsabilidad se debe en virtud de un acto jurídico".

#### E.- Concepto sobre nulidad

Hay nulidad, cuando el acto jurídico se ha realizado imperfectamente en uno de sus elementos orgánicos, aunque estos, se presentan completos.

Así, la nulidad del acto se reconoce en que la voluntad, el objeto o la forma, se han realizado de manera imperfecta, o también en que el fin perseguido por sus autores está, sea directa o expresamente, condenado por la ley, sea implícitamente prohibido por ella porque contraría el orden social.

#### F.- Características de la nulidad.....

- a).- El acto jurídico nulo, es el que presenta una malformación en uno o en todos sus elementos de existencia, pero éstos, se realizan. Esa malformación puede ser interna, o encontrar su origen fuera del acto, en el medio social que reacciona sobre él.
- b).- Si el acto nulo es una realidad, y lo es desde el momento en que ha nacido a la vida jurídica, por imperfecto que sea, efectúa, en tanto que no es destruido, la función de un acto regular.

Aunque después el acto se anule por una decisión judicial, no es menos cierto que constituyó en la vida social un centro jurídico alrededor del cual pudieron ligarse múltiples intereses.

- c).- No es de la esencia de la nulidad que al destruirse el acto, todo desaparezca con él, pues la idea de retroactividad no está de modo absoluto, ligada a la noción clásica de nulidad....

#### G.- Clasificación de las nulidades:

Bonnesse hace una doble clasificación de ella, y la distingue como de interés general y de interés privado, aunque en verdad puede afirmarse que toda nulidad se inspira en el interés general y tiene por fin protegerlo.

Siguiendo la terminología de la tesis clásica, se puede hablar de:

- a).- Nulidad absoluta o en interés general y
- b).- Relativa o en interés privado.

#### H.- Característica de la nulidad absoluta:

Esta nulidad reposa sobre el supuesto de la violación a una regla de orden público, y al decir de Bonnesse... difiere de la tesis clásica en que no se asimila a la inexistencia, sino por el contrario, permite al acto producir todos sus efectos mientras no es destruido, y tiene las siguientes características:

- a).- Puede invocarse por cualquier interesado.
- b).- No desaparece por la confirmación del acto, ni por prescripción -caducidad aclaro, e insisto-,
- c).- Necesita ser declarada por la autoridad judicial,

d).- Una vez declarada, se retrotrae en sus efectos, y destruye el acto por regla general, desde su nacimiento.

#### I.- Características de la nulidad relativa:

Encuentra su caracterización, según Bonnecase, por un método de exclusión enunciado en forma simplista al decir: es relativa toda nulidad que no corresponde rigurosamente a la noción de nulidad absoluta.

De esta manera resulta ser nulidad relativa toda aquella que no cumpla con las características de la absoluta, y tienen sólo como semejanza ambas nulidades, el que una vez declaradas por la autoridad judicial, el acto impugnado es integral y retroactivamente destruido.

#### J.- Las nulidades en el Código Mexicano de 1928:

Las clasificó siguiendo la tesis de Bonnecase, en absolutas y relativas, y sienta el principio general sobre las mismas en el artículo 8o. al disponer:

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

#### a).- Nulidad absoluta en el Código.

....Artículo 2226: "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".

b).- Nulidad relativa en el Código.

....Artículo 2227: "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos."

....Conviene anotar como conclusiones, que en derecho mexicano el acto nulo existe, pero que uno de sus elementos se realizó de manera imperfecta, ya sea porque el objeto que se persigue es ilícito, porque la voluntad de los sujetos que intervienen en él, no sea libre; no sean capaces; y no den cumplimiento a las formas que establezca la ley, y de ahí que se tengan como causa de nulidad éstas:

- a).- Que la voluntad o voluntades persigan un objeto, motivo o fin ilícito;
- b).- Que sea incapaz cualquiera de las dos, o, las dos partes que intervienen en el acto;
- c).- Que la voluntad de las partes o de una, esté viciada;
- d).- Que no se cumpla con la forma que determina la ley deba revestir el acto jurídico."<sup>(57)</sup>

En cuanto a la inexistencia la teoría clásica habla sobre la inexistencia de los actos, y dice que un acto es inexistente cuando le falta un elemento esencial, por lo tanto, no produce efectos jurídicos. Gutiérrez y González comenta que el acto inexistente se confunde con la nada y al calificarse de acto no puede ser inexistente porque todo acto jurídico tiene como propósito producir consecuencias de derecho y la teoría clásica afirma que el acto inexistente no produce efectos jurídicos.

Respecto a la nulidad esta teoría dice que en acto nulo sí se dan los elementos de existencia pero en forma imperfecta y este acto puede no producir efectos jurídicos o producirlos provisionalmente, pues al declararse la nulidad los efectos se retrotraen.

Existen dos tipos de nulidad que son la absoluta y la relativa. La nulidad absoluta tiene lugar con el nacimiento de un acto que va en contra de una ley de orden público y no produce efectos jurídicos. La nulidad relativa nace con el acto y lo vicia desde su nacimiento porque va en contra de una ley establecida en favor de personas determinadas.

(57) *Ibidem*. Págs. 151 a 158.

La nulidad absoluta y la inexistencia no pueden ser declaradas por el juez, sólo las constata y la nulidad relativa debe ser decretada judicialmente. La nulidad absoluta y la inexistencia pueden ser invocadas por cualquier interesado y la nulidad relativa por la persona afectada.

En la nulidad relativa, el acto se puede convalidar por confirmación o por prescripción, es decir, se le va a dar valor ya sea porque se renunció a invocar la falta de valor o simplemente por el transcurso del tiempo.

En la inexistencia el acto no puede llegar a valer por confirmación ni prescripción porque simplemente el acto no existe y en la nulidad absoluta el vicio que afecta el acto no desaparece ni por voluntad de las partes ni por el transcurso del tiempo.

Bonnecase critica la teoría clásica porque en ésta la inexistencia absorbe a la nulidad absoluta. Concibe que la inexistencia tiene lugar cuando al acto jurídico le falta alguno de sus elementos esenciales.

La nulidad según Bonnecase es cuando el acto jurídico sea realizado imperfectamente con uno de sus elementos esenciales. A diferencia de la teoría clásica, Bonnecase afirma que en la nulidad absoluta el acto jurídico produce todos sus efectos mientras no es destruido y la nulidad relativa va hacer aquella que no cumpla con las características de la absoluta, ambas deben ser declaradas por el juez y sus efectos se retrotraen.

El Código Civil para el Distrito Federal recoge los conceptos sobre nulidad absoluta y relativa, inexistencia tal y como los planteó Bonnecase.

Nuestro Código Civil respecto a la inexistencia y la nulidad establece los siguientes artículos:

ART. 2224.- "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

ART. 2225.- "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley."

ART. 2226.- "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruídos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o prescripción."

ART. 2227.- "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres numerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos."

ART. 2228.- "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo."

ART. 2229.- "La acción y excepción de nulidad por falta de forma competen a todos los interesados."

ART. 2230.- "La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz."

ART. 2239.- "La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado."

El Código Civil para el Distrito Federal en cuanto a la inexistencia y nulidad está influenciado por la teoría clásica y por la tesis de Bonnacese en cuanto a los tipos de nulidades, puesto que en nuestro ordenamiento se habla sobre nulidad absoluta y relativa, y ésta se aplicará de acuerdo como lo disponga la ley. La nulidad en nuestro derecho se deriva de la ilicitud en el objeto, fin o condición del acto y esta nulidad podrá ser absoluta o relativa, así también cuando existan vicios en el consentimiento.

La nulidad absoluta no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos que serán destruídos retroactivamente cuando sea decretada la nulidad.

La nulidad relativa siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

La falta de forma si no son actos solemnes; el error, dolo, violencia, lesión o incapacidad produce la nulidad relativa.

La nulidad absoluta la invoca todo interesado y la relativa el que se ve perjudicado por vicios del consentimiento.

#### 2.1.6. INVALIDEZ DE LOS ACTOS JURIDICOS.

Podemos decir que el acto jurídico se considera como inválido cuando en su formación ha concurrido alguna circunstancia que puede ser capaz de atacar su eficacia, es decir, la inválidez en relación con un determinado acto, significa que carece de efectos jurídicos. Esta inválidez puede ser total o parcial.

Al hablar sobre la inexistencia, nulidad y anulabilidad, Rafael de Pina comenta lo siguiente:

"a).- Inexistencia.- El acto jurídico es inexistente cuando carece de algún elemento esencial para su formación.

El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él- preceptúa el Código Civil- no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción y su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

El acto inexistente lo es, desde el punto de vista jurídico; no existe como acto jurídico, pero sí como una realidad del mundo exterior. Existe como acto real, aunque no como acto susceptible de producir efectos jurídicos, es decir, como acto jurídico.

b).- Nulidad.- La nulidad del acto jurídico se produce -según el Código civil- por la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, pudiendo ser absoluta o relativa (anulabilidad), según lo disponga la ley. La ilicitud del acto jurídico produce, según el criterio legal, la nulidad del mismo.

La nulidad absoluta, por regla general, ni impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera.

c).- Anulabilidad.- La nulidad relativa o anulabilidad se produce según el Código Civil- por falta de forma (si se trata de actos solemnes), por el error, por el dolo, por la violencia, por la lesión y por incapacidad de cualquiera de los autores del acto.

La nulidad relativa, que tiene carácter subsanable, permite siempre que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida.

Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación.

El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación, o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.

La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado."(58)

(58) DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Págs. 285 y 286

### 2.1.7. VICIOS DE LA VOLUNTAD.

La voluntad es un elemento esencial del acto jurídico y ésta debe de emitirse de manera consiente y libre, pero si ésta no está formada por estos dos requisitos, entonces se dice que la voluntad está viciada, no es la verdadera voluntad del sujeto.

Rafael de Pina comenta que: "La concurrencia de un vicio de la voluntad no significa rigurosamente que ésta no existe, sino que en su formación ha concurrido un factor que de no darse hubiera cambiado el sentido de ella." <sup>(59)</sup>

Dentro de los vicios de la voluntad encontramos los siguientes:

- a).- Error
- b).- Dolo
- c).- Violencia
- d).- Lesión

a).- EL ERROR.- Es el falso conocimiento de una cosa, creencia contraria a la realidad. Debemos distinguir entre error e ignorancia, si bien es cierto que en el error hay una ausencia de una idea verdadera, también lo es que en la ignorancia hay una carencia absoluta de conocimiento, es el desconocimiento de la realidad.

Galindo Garfias dice: "El error puede ser de hecho o de derecho, según que recaiga sobre las condiciones materiales del negocio o que signifique en parcial o total desconocimiento de una norma jurídica...."

Galindo Garfias cita a Planiol quién distingue tres tipos de error:

- 1.- El error radical, éste destruye completamente la voluntad e impide la formación y nacimiento del acto jurídico.

<sup>(59)</sup> Ibidem. Pág. 271

- 2.- El error de gravedad media, es propiamente el error vicio. Este no impide que la voluntad llegue a formarse, sino que solamente la desvía y produce la invalidez del acto jurídico.
- 3.- El error leve, el cual es indiferente al derecho permaneciendo válido el acto.(60)

Nuestro Código Civil para el D.F., en su artículo 1813 establece que: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que la motivó y no por otra causa."

Existe otro tipo de error que es el error de aritmética o de cálculo y se refiere sólo a la cantidad de cosas que constituye el objeto del contrato, no tiene consecuencias jurídicas mayores y sólo da lugar a la rectificación.(ART.1814 C.C.)

- b).- DOLO.- Nuestro Código civil define al dolo distinguiéndolo de la mala fe con el artículo 1815 que a la letra dice: "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."

En el artículo 1816 del mismo ordenamiento legal se establece que "El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de éste acto jurídico."

Rojina Villegas comenta que en el Código Civil se admite...." una clasificación del dolo, distinguiendo lo que la doctrina ha llamado dolo principal y dolo incidental. El dolo principal o determinante es el que motiva la nulidad del acto, porque engendra un error que es a su vez la causa única por la cual se celebró. El dolo incidental origina un error de importancia secundaria, que a pesar de conocerse se hubiera celebrado la operación. El dolo incidental, por consiguiente no nulifica el acto jurídico". (61)

(60) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 230

(61) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág 146

c).- VIOLENCIA.- Galindo Garfías cita a Planiol quién define..."a la violencia o intimidación a toda coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas, para determinarla a consentir en un acto jurídico". (62)

Rojina Villegas comenta que "la violencia puede ser física o moral. Existe violencia física, cuando por medio del dolor, de la fuerza física o de la privación de la libertad, se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico. También existirá cuando por la fuerza se priva a otro de sus bienes, o se les hace daño, para lograr el mismo objeto; o bien cuando merced a la misma fuerza se pone en peligro la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes de la víctima. La violencia moral existe cuando se hacen amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad la salud o del patrimonio del autor del acto jurídico, de su cónyuge, ascendientes, descendiente o parientes colaterales hasta el segundo grado...."(63)

"Propiamente, el vicio de la voluntad consiste en el temor que se hace sentir a la víctima, por medio de las amenazas. Estas, que son actos exteriores, son el medio del que se vale el autor de la violencia, para intimidar al sujeto." (64)

El Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 1820 establece que "el temor reverencial, esto es, el sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento."

El efecto de la violencia es el mismo, ya sea que provenga de alguna de las partes del acto o de un tercero, pues lo que provoca es la invalidez del acto.

d).- En cuanto a la lesión, Galindo Garfías sostiene que ésta "consiste en una notoria desproporción entre lo que se da y lo que se recibe a cambio. La lesión no puede presentarse en los actos a título gratuito, ni en los contratos unilaterales. Tiene lugar en los contratos bilaterales.

(62) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 233

(63) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 147

(64) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 233

El artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal da derecho a exigir la nulidad del contrato o a la reducción equitativa de la obligación, más el pago de daños y perjuicios cuando alguien explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte, se obligó."<sup>(65)</sup>

#### 2.1.8. MODALIDADES DE LOS ACTOS JURIDICOS.

Generalmente en el acto jurídico la voluntad se expresa de una manera lisa y llana, sin necesidad de que el sujeto subordine los efectos de su declaración a ningún otro acontecimiento. Los efectos de la declaración de voluntad a veces quedan sometidos a ciertas limitaciones a las que se les conoce con el nombre de modalidades.

"Las limitaciones del contenido normal de los actos jurídicos se producen en virtud de determinadas cláusulas, que reciben la denominación de condición, término y modo. Estos son considerados como elementos accidentales de los actos jurídicos."<sup>(66)</sup>

Galindo Garfias opina que las modalidades no van implícitas en la naturaleza del acto, sino que se incorporan al acto jurídico por voluntad de las partes.

Son tres las modalidades del acto jurídico:

- 1.- Condición.
- 2.- Término.
- 3.- Modo.<sup>(67)</sup>

<sup>(65)</sup> Ibidem. Págs. 234 y 235.

<sup>(66)</sup> DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Pág. 277

<sup>(67)</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 271

## I.- La Condición:

Rojina Villegas la define de la siguiente manera: "...La condición es un acontecimiento futuro de realización incierta que suspende el nacimiento de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación, o bien que los extingue. En el primer caso se llama suspensiva, en el segundo resolutoria. Por consiguiente, la condición será suspensiva cuando tratándose de un acontecimiento futuro e incierto, suspende el nacimiento del acto jurídico, del derecho o de la obligación. Como estos dependen de un acontecimiento futuro que podrá realizarse o no y este acontecimiento es esencial a la vida del acto del derecho de la obligación entretanto no se cumpla, no podemos decir que el acto jurídico existe, que el derecho ha nacido, o que la obligación se ha constituido. Hay solo una expectativa de acto, de derecho o de valoración.

En cambio, en la condición resolutoria el acto, el derecho o la obligación nacen, surten sus efectos como si fueran puros y simples, pero su vida misma depende de que un acontecimiento futuro o incierto se realice. Si este acontecimiento se realiza, se destruye el acto, el derecho o la obligación. Podemos, por consiguiente, definirla condición resolutoria diciendo: que es un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la extinción de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación." (68)

En mi opinión la diferencia está en que en la condición suspensiva el acto jurídico va a nacer cuando ocurra el acontecimiento futuro e incierto, y en la condición resolutoria el acto jurídico se extinguirá cuando ocurra ese acontecimiento futuro e incierto, es decir, dentro de esta condición el acto ya existe y se extinguirá cuando suceda el acontecimiento previsto.

Para Rojina Villegas existen tres momentos en ambas condiciones:

- 1.- Antes de que la condición se cumpla. Cuando se trata de una condición resolutoria no se afecta la existencia del derecho, se producen todas sus consecuencias como si fuera un acto puro y simple. En cambio, tratándose de una condición suspensiva el derecho no nace si no se cumple la condición.

(68) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Págs. 151 y 152.

- 2.- Cuando se ha cumplido la condición.- Cuando la condición se cumple, nace el derecho, si es suspensiva, o bien, origina la extinción del mismo, si es resolutoria.
- 3.- Cuando existe la certeza de que la condición ya no podrá cumplirse. Si la condición es resolutoria, entonces el derecho se convierte en puro y simple, produce sus efectos desde la celebración, y si la condición es suspensiva entonces el derecho se considera como no nacido.

## II.- El Término:

Rojina Villegas continúa diciendo que el término "es el acontecimiento futuro de realización cierta que suspende los efectos de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación, o extingue dichos efectos...."

Se entiende por acontecimiento futuro de realización cierta aquél suceso que necesariamente deberá de ocurrir, aún cuando se ignore con precisión que día sucederá..."(69)

Para Galindo Garfías: "El término no influye sobre el nacimiento o la existencia de la relación jurídica sujeta a él, como ocurre con la condición, simplemente obra sobre los efectos del acto jurídico, para que comiencen a producirse desde un cierto día o para que se produzcan desde luego y cesan a partir de un cierto día." (70)

Puede existir un término inicial que se refiere al momento en que el acto inicia sus efectos y también puede haber un término final cual señala el momento en que cesan tales efectos.

Rojina Villegas dentro del término distingue dos momentos:

- a).- Antes de que el acontecimiento se realice.
- b).- Una vez que se ha realizado.

(69) Ibidem. Págs. 152, 153 y 150.

(70) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 277

- a).- Antes de que el acontecimiento se realice; si el término es suspensivo solamente se diferencian los efectos del acto jurídico, del derecho o de la obligación, pero en si ya existen los efectos, la modalidad sólo los afecta en su exigibilidad, pero no en cuanto a su existencia misma.

Si el término es extintivo, mientras no se realice el acontecimiento futuro, el acto jurídico, el derecho o la obligación producen sus efectos como si fueran puros y simples. Solamente están sujetos a que cuando el acontecimiento se realice, cesan de producirse los efectos.

- b).- Una vez que se ha realizado, cuando se trata de un término suspensivo se producen todos los efectos que sólo estaban diferidos y cuando se trata de un término extintivo, entonces los efectos que se venían realizando desde la constitución del acto, del derecho o de la obligación se extinguen.<sup>(71)</sup>

### III.- Modo:

"Es una declaración accesoria de la voluntad que se añade a los actos a título gratuito. Por medio de ella se impone al beneficiario la obligación de realizar una prestación, que debe cumplirse en manera paralela al beneficio recibido." <sup>(72)</sup>

El modo tiene lugar en la herencia, el legado y la donación. A través del modo el disponente busca un fin accesorio que se añade a un fin principal y que actúa como móvil ulterior del acto de liberalidad es decir, para Galindo Garfias: "el beneficiado recibe la liberalidad y con ella la carga, por la voluntad de quien le gratificó, para destinar todo o parte de ella a la realización de cierto fin señalado, que puede quedar establecido en favor del propio disponente o en favor de un tercero..." <sup>(73)</sup>. El modo es una declaración accesoria de voluntad que se impone al beneficiario de un acto jurídico a título gratuito, que consiste en una herencia un legado o una donación, es necesario que el beneficio haya sido recibido por el deudor, para que la carga sea exigible.

<sup>(72)</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 279

<sup>(73)</sup> Ibidem. Pág. 280

## 2.1.9. ESTIPULACIONES ESENCIALES, NATURALES Y ACCIDENTALES.

Galindo Garfias clasifica a las cláusulas que integran un negocio jurídico en tres grupos:

Estipulaciones esenciales, sin la cuales el acto no puede llegar a formarse. Algunos autores señalan que el único elemento esencial del negocio es la voluntad, o si se quiere la declaración de voluntad.

Estipulaciones o cláusulas naturales, son aquellos elementos propios del acto, aparecen en él normalmente pero pueden ser suprimidos por las partes ya que no son indispensables para la existencia misma del acto y la falta de ellos no priva de los efectos al acto.

Estipulaciones accidentales, éstas forman parte integrante de la voluntad sujetando los efectos del acto a la presencia de dichos elementos. Por ejemplo: el imponer una pena en un contrato para el caso de incumplimiento.<sup>(74)</sup>

(74) Ibidem. Págs. 270 y 271.

## CAPITULO III

### 3. LAS SUCESIONES

#### 3.1. CONCEPTO GENERAL DE SUCESION Y SUCESION MORTIS CAUSA

"Existen dos conceptos de sucesión, uno amplio y otro restringido. En sentido amplio, y dentro siempre de la esfera de lo jurídico, por sucesión se entiende cualquier cambio meramente subjetivo de una relación de derecho, y en sentido limitado se define como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra".<sup>(75)</sup>

Antonio de Ibarrola comenta que en el lenguaje vulgar designamos como sucesión una relación de momento, que sigue a otra, Cita a Planiol, quién define la sucesión como la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas.<sup>(76)</sup>

El autor continúa diciendo que la distinción entre actos y INTER VIVOS y actos MORTIS CAUSA era ya conocido en el derecho romano.

"En el acto INTER VIVOS, ambas partes, con sus correspondientes voluntades concurren a la celebración: se encuentran presentes, por sí o por medio de un apoderado. En cambio, en el acto MORTIS CAUSA, el autor ya no se encuentra presente entre nosotros: concluyó su personalidad, y su patrimonio pasa a un nuevo titular. La sucesión MORTIS CAUSA comprende en derecho los TESTAMENTOS,.... etc., en los que la transmisión de la totalidad o de parte de los derechos, está subordinada a la CONDICION...del fallecimiento de una persona."<sup>(77)</sup>

<sup>(75)</sup> DE PINA VARA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Volumen II. Editorial Porrúa. Décimo Primera Edición. México 1987. Pag. 254.

<sup>(76)</sup> DE IBARROLA Antonio. "Cosas y Sucesiones" Editorial Porrúa. Sexta Edición. México 1986. Pág. 647

<sup>(77)</sup> Ibidem. Pág. 648

### 3.2. EL DERECHO SUCESORIO

Antonio de Ibarrola cita a Sánchez Román, quién define al derecho sucesorio como el conjunto de normas y preceptos que regulan la sucesión por causa de muerte, y como que equivale a la sustitución, por la persona viviente, de la difunta en todos sus bienes y relaciones jurídicas transmisibles, que ésta mantuvo en vida.

El mismo autor cita a Clemente de Diego quién dice que la sucesión es un hecho mediante el cual, al morir una persona deja a otra la continuación de todos sus deberes y derechos. Así, para que exista la sucesión son necesarias tres condiciones: a) que haya una relación jurídica transmisible; b) que ésta continúe existiendo, pero que cambie de sujeto; c) que esta transmisión tenga lugar por un vínculo o lazo que una jurídicamente a transmitente y sucesor.<sup>(78)</sup>

"El derecho sucesorio puede entenderse en sentido objetivo, como el conjunto de normas que regulan la sucesión mortis causa, y en sentido subjetivo como facultad del sucesor para reclamar algo.

En sentido objetivo, el derecho sucesorio regula la sucesión como fenómeno jurídico, en virtud del cual se opera por causa de muerte la transmisión de un patrimonio o de una parte alcuota de él (sucesión universal), o la transmisión de una o varias cosas singulares (sucesión particular)..."<sup>(79)</sup>

Rafael de Pina cita a Ruggiero quién comenta que el derecho sucesorio halla su fundamento racional en la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quién cesa de existir, ya que la interrupción de tales relaciones repercutiría perjudicialmente en la economía general.<sup>(80)</sup>

(78) Ibidem. Pág. 654 y 655.

(79) COLIN , Ambrosio y H. Capitant. "Curso Elemental de Derecho Civil". Traducción Demófilo de Buen. Editorial Reus. Tercera Edición. Madrid 1957. Tomo VIII. Pág. 235

(80) DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Pág. 255

Para Roberto Cossío el concepto dominante del derecho de sucesión, es el de patrimonio, porque aún cuando fallecida la persona continúa el patrimonio como Universalidad de Bienes y es esto lo que va a ser objeto de transformación, jurídica, según los derechos de las personas que sucedan al autor.<sup>(81)</sup>

### 3.3. ELEMENTOS DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE.

Para Rafael de Pina, son tres los elementos de la sucesión mortis causa:

- a).- personales,
- b).- reales, y
- c).- causales.

a).- Elemento personal o subjetivo.- Está representado por el causante, autor de la herencia o testador, en caso de sucesión testada; y por el causahabiente o sucesor (que puede ser heredero o legatario).

El autor de referencia, cita a Royo Martínez quién comenta "que la relación jurídica entre el muerto y el sucesor es una relación exclusivamente causal o sucesoria, es decir, justificativa de la adquisición de titularidades por parte del segundo, y no puede ser, en ningún caso, relación de derechos y pretensiones y deberes u obligaciones recíprocas entre el causante y el causahabiente, por la sencilla razón de que ambos, en cuanto tales y con ese carácter, no llegan a coexistir ni un sólo minuto, pues mientras un sujeto vive queda excluida por definición su sucesión mortis causa y cuando ésta se abre, el causante ha muerto, añadiéndose que los derechos y deberes del sucesor dimanar y proceden del muerto, pero son derechos frente a otras personas vivas y deberes para con otras personas vivas; son derechos absolutos, es decir, invocables frente a cualquiera que intente impedir o desconocer la continuación por el sucesor de las titularidades del difunto, y deberes para con personas que tenían derechos contra el muerto o que también han recibido mortis causa los correlativos derechos".<sup>(82)</sup>

(81) COSSIO COSSIO, Roberto. "Segundo Curso de Derecho Civil", Apuntes. Editados por J. Guridi. Escuela Libre de Derecho. México 1943. Pág. 3.

(82) DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Pág. 256 y 257.

En la sucesión mortis causa encontramos a dos sujetos que figuran en la relación y que son el de cuius o causante y el causahabiente o sucesor. Esta relación solamente es sucesoria porque el heredero o legatario adquiere los derechos así como las obligaciones sólo a la muerte del testador o persona que realiza el legado, por lo que no hay una reciprocidad al mismo tiempo porque ambos con el carácter que intervienen cada uno, no existen al mismo tiempo, ya que uno de ellos sucede al otro, los derechos y deberes que adquiere el sucesor dimanar del de cuius.

b).- Elemento objetivo o real.- Rafael de Pina nos comenta que este elemento se concreta en el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del difunto que no se extinguen por su muerte.

"La noción de testamento como acto prevalentemente patrimonial, nos dice que no todos los derechos y relaciones jurídicas del de cuius quedan subsistentes una vez que ha fallecido. En efecto, se advierte que la transmisión se produce en relación con los de carácter patrimonial, en términos generales, pero que existen bastantes que se extinguen con la muerte del causante de la sucesión, tales como los de personalidad, los de usufructo, uso y habitación, los correspondientes a la patria potestad, el mandato, los derechos políticos, los honoríficos, las posiciones jurídicas creadas en consideración directa a las cualidades, condiciones o aptitudes especiales del sujeto, y otros más...."

c).- Elemento causal.- "Es la delación o vocación, que significa el llamamiento a suceder u ofrecimiento de la sucesión o a la persona con derecho a ella, por la voluntad expresa del testador (delación testamentaria) o por la voluntad presunta del causante (delación legítima)"...(83)

(83) *Ibidem*. Pág. 257 y 258.

### 3.4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO SUCESORIO.

Según Roberto Cossío Cossío, existen principios fundamentales del derecho sucesorio y son los siguientes:

- 1.- "Los herederos continúan la personalidad económica del autor de la herencia; si son válidos, en el conjunto de los herederos se continúa la personalidad económica del autor.
- 2.- La herencia se difiere a favor de los herederos en el momento de la muerte del autor.
- 3.- No interesa para los efectos sucesorios la procedencia legítima o ilegítima de los bienes del autor, que se transmiten.
- 4.- Los herederos tienen un derecho mientras no se realice la partición sobre la universalidad de bienes que constituyen la herencia y finalmente los herederos en derecho mexicano, no son titulares del derecho real de herencia, sino del derecho de propiedad indeterminada o mejor dicho de copropiedad o de propiedades común pro-indiviso."<sup>(84)</sup>

Al decir que los herederos continúan la personalidad del de cuius me refiero al aspecto patrimonial, pues al morir el autor de la herencia se extingue su persona como tal, pero su patrimonio continúa y es el que será objeto de transmisión a sus herederos.

<sup>(84)</sup> COSSIO COSSIO, Roberto. Apuntes. Pág. 7

### 3.5. TIPOS DE SUCESION MORTIS CAUSA.

Rafael de Pina nos dice que "existen diferentes tipos de sucesión mortis causa, que se definen, por sus efectos, en sucesión a título universal y sucesión a título particular, y, por su origen, en sucesión voluntaria, legal y mixta....

La sucesión a título universal y la sucesión a título singular dan lugar, respectivamente, a la aparición de las figuras del heredero y del legatario....

Por su origen, la sucesión por causa de muerte puede ser voluntaria, legítima o mixta."

"La sucesión voluntaria surge de una manifestación expresa del causante, que es el testamento, por lo que se define como sucesión testamentaria; la legítima tiene su origen precisamente en la falta de un testamento válido, quedando sujeta al orden establecido al efecto por el legislador.

La calificación de legítima aplicada a este tipo sucesorio no es completamente satisfactorio, siendo más correcta... sucesión intestada o al intestato.

La sucesión mixta es aquella que se presenta cuando el testador no dispone de la totalidad de sus bienes, dejando otros cuyo destino se resuelve según las reglas del intestato."<sup>(85)</sup>

#### 3.5.1. CONCEPTO DE HERENCIA Y LEGADO.

El artículo 1281 del Código Civil para el Distrito Federal establece que "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte."

<sup>(85)</sup> DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Pág. 258 y 259.

Para Rafael de Pina "el heredero puede definirse como el sujeto que recibe a título universal, los beneficios de la sucesión testamentaria o legítima.

En el momento en que se produce la muerte del causante, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras no se hace la división.

El heredero responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda. Por lo que no responde de las obligaciones del causante más allá del límite de lo heredado...

El legatario es el sucesor a título singular, sin que puedan imponérsele más cargas que las que expresamente le señale el testador, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria con los herederos.

El legatario adquiere derecho al legado puro y simple, así como al día cierto, desde el momento de la muerte del testador, pero ni uno ni otro pueden enajenar su parte en la herencia sino después de la muerte de aquél a quién heredan."<sup>(86)</sup>

Antonio Hernández Gil agrega que la concepción de la herencia como sucesión a título universal tiene como presupuesto histórico- dogmático la doctrina de la Universitas, es decir, el entendimiento de lo transmitido como un todo o conjunto unitario, distinto de los elementos que lo integran, que actúa en el proceso sucesorio como tal y todo se desplaza hacia otro u otros titulares en virtud de un solo acto.

La sucesión a título particular es la contrafigura de la sucesión a título universal. Tiene lugar cuando se transmiten singulares elementos patrimoniales: un bien determinado, un derecho, un crédito, etc. Así como el pie forzado de la sucesión a título universal es la presencia de la idea de patrimonio como totalidad o como cuota, el pie forzado de la sucesión a título particular es la transmisión de algún elemento patrimonial determinado en su concreta individualidad.<sup>(87)</sup>

<sup>(86)</sup> Ibidem. Pág. 258.

<sup>(87)</sup> HERNANDEZ GIL, Antonio. "Obras Completas". Tomo IV. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid 1989. Pág. 475.

### 3.5.2. DIFERENCIAS ENTRE LA HERENCIA Y EL LEGADO.

Nuestro Código Civil en su artículo 1281 establece que: "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte."

En el artículo 1284 del mismo ordenamiento se establece: "El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda."

El artículo 1285 del citado Código nos dice que: "El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos."

De los preceptos antes citados, se puede desprender que el heredero adquiere un todo comprendiendo derechos y obligaciones y el legatario adquiere un bien determinado, con cargas determinadas un derecho específico, etc. Una herencia puede estar compuesta de muchos legados, y así, de acuerdo al artículo 1286 del Código citado "cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos."

La herencia es una sucesión a título universal, es decir, comprende toda una masa hereditaria, un patrimonio, el heredero es a título universal pero también puede recibir una parte alícuota de ese patrimonio, o sea, una parte proporcional y esa herencia la va a recibir a la muerte del testador. El legatario recibe su parte al fallecimiento del donante, ya que el legado es una donación que el donatario (legatario) recibirá a la muerte del donante. El legado está sujeto a un término suspensivo que es la muerte del donante, no puede entrar a la masa hereditaria cuando existe herencia porque su legado ya está determinado y el legatario no puede ejercer la acción de Hereditatis Petitio, sino que ejerce la acción de reivindicación cuando el bien que le pertenece ya ha sido otorgado, y esa acción la ejerce contra el albacea de la sucesión. Decimos que el legado es una especie de donación porque los romanos así la definían y surte efectos a la muerte del donante.

### 3.6. CONCEPTO DE SUCESION TESTAMENTARIA

La sucesión testamentaria pertenece al grupo de las sucesiones mortis causa. La sucesión testamentaria es la figura jurídica por medio de la cual una persona llamada testador va a externar su voluntad de una manera libre y conciente para disponer de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte, a través de un testamento al que nuestro Código Civil define en su artículo 1295 como: "... un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte."

"La sucesión testamentaria es, pues, la que se basa en la existencia de un testamento válido, hecha en cualquiera de las formas legalmente autorizadas." (88)

(88) DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Pág. 286.

### 3.7. EL TESTAMENTO

Julien Bonnecase da su punto de vista acerca del testamento y nos dice lo siguiente:

- "a).- .... El testamento es un acto jurídico que no solamente se refiere a los bienes, pues comprende disposiciones de orden personal. Su definición correcta es la siguiente: acto jurídico solemne, cuyo fin es dar a conocer la voluntad de su autor, para después de su muerte, tanto desde el punto de vista extra patrimonial como económico.
- b).- El testamento es un acto jurídico esencialmente revocable.
- c).- No debe comprender, necesariamente, en sus disposiciones, todos los bienes del difunto...
- d).- El testamento únicamente produce efectos a la muerte de su autor"....<sup>(89)</sup>

Rafael de Pina agrega que la palabra testamento puede entenderse en dos sentidos: "como acto de última voluntad y como documento en que ésta voluntad se encuentra...."

Entendemos que el testamento no es, simplemente, un acto de transmisión de bienes, puesto que es evidente que puede tener y tiene, en la generalidad de los casos, un contenido mucho más complejo.

El testador puede, en efecto, nombrar tutor testamentario, reconocer hijos, confesar deudas, aconsejar y orientar a sus familiares respecto a lo que sea conveniente para ellos hacer en relación con determinados negocios pendientes o con la educación de los hijos, disponer sobre su entierro, etc., expresiones de voluntad que, sí bien no tienen todas la misma fuerza legal, no por ello dejan de ser disposiciones de última voluntad y cuya eficacia,...es en todo caso, innegable.

<sup>(89)</sup> BONNECASE, Julien. "Elementos de Derecho Civil". Tomo III. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1985. Pág. 346 y 347.

No se puede decir con exactitud, por consiguiente, que el testamento es un acto de naturaleza exclusivamente patrimonial, puesto que es susceptible de admitir disposiciones de carácter bien distinto." <sup>(90)</sup>

### 3.7.1. CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO

Rafael Rojina Villegas define al testamento como "un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma.

Los elementos de esta definición son:

- 1.- El testamento es un acto jurídico unilateral.
- 2.- Es personalísimo, revocable y libre.
- 3.- Debe ser ejecutado por persona capaz.
- 4.- Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte o la declaración y cumplimiento de deberes...

El Código Civil define al testamento en los términos indicados, aunque no dice que sea un acto jurídico unilateral, sino simplemente que es un acto. Naturalmente que se caracteriza como acto jurídico porque es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho; y es unilateral porque sólo interviene una manifestación de voluntad. Los demás elementos sí se reconocen en la definición del artículo 1295....

- 2.- El testamento es un acto jurídico.- .... la definición del acto jurídico: Este es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma jurídica ampare esa manifestación de voluntad. De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

<sup>(90)</sup> DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Pág. 287 a 289.

a).- Una manifestación de voluntad; b) la intención de producir consecuencias de derecho; c) que la norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad; y, d) que tenga un objeto o sea producir consecuencias de derecho.

En el primer elemento se caracteriza un acto volitivo: manifestación de voluntad. Es por consiguiente, elemento esencial al acto jurídico ser un acto de voluntad, pero no es un elemento específico y propio del acto jurídico, pues existen infinidad de actos de voluntad que no son actos jurídicos. Sólo los actos que produzcan consecuencias de derecho y que impliquen la intención de que se originen estas consecuencias, son actos jurídicos....."

".... En el acto jurídico, además de ser un acto de voluntad, es necesario que su autor se proponga producir determinadas consecuencias de derecho: el contratante se propone, por ejemplo, transmitir el dominio en la compraventa y manifiesta su voluntad con la intención de que se transmita el dominio del vendedor al comprador; el testador se propone manifestar la voluntad con la intención de transmitir sus bienes a los herederos y legatarios, y esta intención de transmitir bienes a los mismos es reconocida por el derecho...."

3.- ...Se dice que el testamento es un acto personalísimo, porque no puede desempeñarse por conducto de representante. La mayoría de los actos jurídicos se pueden ejecutar por medio de representante, y excepcionalmente algunos deben ser personales, es decir, directamente el interesado debe ejecutarlos.

En el testamento el carácter personalísimo estriba en que es el testador en persona el que debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos y legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes. No puede encomendarse a un tercero ni la designación de herederos y legatarios, ni a asignación de bienes y cantidades. Únicamente puede encomendarse a terceros la distribución de cantidades o bienes que hubiese dejado el testador para ciertas clases, como huérfanos, ciegos, pobres, etcétera, fijando una cantidad global o un acervo de bienes. Como se trata de clases con número ilimitado de personas, se encomienda al albacea como ejecutor, o a un tercero como albacea especial, la distribución simplemente de ciertos bienes o cantidades que hubiese asignado el testador, o bien, cuando el testador deja sus bienes a determinadas instituciones, generalmente de beneficencia, y encomienda a un tercero la elección de éstas, o respecto de ciertos actos de beneficencia que deban realizarse.

En estos casos la intervención del tercero es secundaria. El testamento, en su disposición fundamental que es instituir herederos y legatarios, al asignar determinado acervo, valor o cantidad, es ejecutado personalmente por el testador.

Además, el testamento es un acto revocable; no puede el testador celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar el testamento, pues tal pacto no sólo cuando implica renuncia, sino restricción o modificación, es inexistente por una imposibilidad jurídica...

Cuando el acto no puede llevarse a cabo...."

Como acto revocable, el testador puede llevar a cabo la revocación en forma expresa o tácita. En forma expresa, declarando de plano que revoca el testamento o lo modifica. En forma tácita, haciendo un nuevo testamento, y este solo hecho implica la revocación del anterior, a no ser que el testador declare que subsiste el primero, o que subsiste con determinadas modificaciones.....

...El testamento es un acto libre. No puede el testador obligarse por contrato o convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento solo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos. Cualquier pacto que en este sentido restrinja la facultad libre de testar, o que implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que hay una norma en el derecho positivo, que impide que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar se lleve a cabo." (91)

3.- En cuanto a que el testamento debe ser ejecutado por persona capaz, Rafael de Pina define "...a la capacidad para testar como la posibilidad legal de hacer testamento reconocida legalmente....

Según declaración terminante del Código Civil, para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente, en todo caso, al estado en que se halle al hacer el testamento.

(91) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo IV. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México 1985. Pág. 289 a 297.

La capacidad ha de tenerse en el momento mismo en que se otorga el acto de última voluntad, siendo indiferente para los efectos de su validez la que se tenga antes o después." (92)

4.- "En esta última parte se prevé su doble objeto; generalmente se piensa que por el testamento se transmiten únicamente bienes, derechos y obligaciones; pero también puede tener por objeto la declaración y cumplimiento de deberes, como reconocer a un hijo, nombrar un tutor, aunque nada se disponga de los bienes a pesar de que el testador no tenga bienes de ninguna clase". (93)

A estas características Rafael de Pina agrega que: "El testamento es un acto rigurosamente formal, puesto que necesariamente ha de otorgarse según la manera establecida previamente por el legislador. No hay testamento sin formalidad preestablecida...."

El autor cita a Clemente de Diego quién opina que el testamento es un acto jurídico"...solemne o formal porque su validez está ligada indudablemente a la observancia de ciertas formas especiales que no pueden ser suplididas ni modificadas por el otorgante; antes bien, están impuestas por el legislador como condición sine qua non de la eficacia y validez del testamento....."

Para TRAVIESAS, la forma es la única garantía de que lo que se expresa como voluntad del testador es lo que realmente éste quiso expresar.

Debe sostenerse, en relación con la forma de los testamentos, que no existe más acto de última voluntad válido que aquél que es otorgado en la forma predeterminada por el legislador. Así mismo, cita al tratadista español Navarro Amandi, quién opina que...las solemnidades de los testamentos son tan necesarias que sin ellas no existe verdaderamente este acto jurídico. No basta, pues, para que el testamento exista, que se conozca la voluntad del testador, es preciso que esta voluntad se haya manifestado bajo cierta forma y llenado ciertos requisitos, es decir, en la forma y con los requisitos preestablecidos" (94)

(92) DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Pág. 297.

(93) ROJINA VILLEGAS. Rafael. Op.cit. Pág. 290.

(94) DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Pág. 292 y 293.

De este modo, podemos ver que la definición que da nuestro Código Civil de testamento en su artículo 1295 es muy completa y de dicho concepto se pueden derivar sus elementos o características como son: que es un acto jurídico puesto que está formado por una manifestación de voluntad que tiene por objeto producir consecuencias de derecho como lo son el transmitir a sus herederos o legatarios bienes, derechos y obligaciones, cambiando así su situación jurídica.

Rojina Villegas agrega que es un acto unilateral, lo que considero acertado, ya que es emitido por una sola persona quien tiene como objetivo producir consecuencias legales, los derechos y obligaciones recaen sobre una misma persona; así mismo el testamento es un acto personalísimo, puesto quien emite la voluntad de hacerlo es el testador mismo, es una sola persona, no puede hacerse por medio de un representante.

El testamento es un acto revocable porque el testador puede revocar su testamento cuantas veces quiera y siempre el testamento hecho al último será el que se considere como válido.

El testamento es un acto libre porque el testador hace su testamento por voluntad propia y no por algún pacto o convenio que haya celebrado, y designa herederos a su libre elección, sin coacciones físicas o morales.

El testamento como acto jurídico supone el hecho de que sea emitido por persona capaz en el momento de hacerlo, aunque después ya no lo sea pero su disposición sigue siendo válida. Como ya hemos visto, la capacidad es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, por lo tanto, el testador al momento de hacer su testamento debe estar legalmente en la posibilidad de hacerlo, aunque después ya no lo sea, porque lo que al legislador le importa es que al hacer su testamento tenga capacidad para hacerlo.

Así también podemos darnos cuenta que en el testamento no sólo se pueden dejar disposiciones de carácter patrimonial, sino también que puede contener declaraciones y cumplimiento de deberes aunque no tenga bienes de ninguna especie el testador.

Así mismo, nuestra legislación reconoce al testamento como un acto formal o solemne, puesto que para su validez requiere de ciertos requisitos que se deben cumplir para considerarlo como tal; así vemos que nuestro código establece varios tipos de testamentos dependiendo de la situación en que se encuentre el testador y la forma en como quiere elaborarlo.

### 3.7.2. LIBERTAD DE TESTAR

"La libertad de testar es la posibilidad que el Derecho concede al individuo de poder tomar disposiciones jurídicamente eficaces sobre su patrimonio para el tiempo posterior a su muerte.

La libertad de testar se basa... sobre el hecho de que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo como persona, considerándolo capaz para dirigir su vida según su propio arbitrio....

....En el testamento el causante ha de expresar su voluntad personal. La última voluntad expresada testamentariamente es susceptible de ser modificada por el causante mientras éste viva...." (95)

Rafael de Pina nos dice al respecto que.. " La expresión libertad de testar significa la posibilidad de parte del testador de transferir su patrimonio a aquella o aquellas personas a quienes, según su criterio, le parezca más conveniente, sin traba alguna, salva la obligación de dejar alimentos a otras, que tiene una indicación expresa.

En el fondo, la libertad de testar supone la confianza que el legislador tiene, deducida de las máximas de la humana experiencia, de que nadie se encuentra en mejores condiciones para una justa distribución de sus bienes que el propio testador, y que ni el reconocimiento de que puedan presentarse casos de excepción en el buen uso de esta facultad autoriza para desconocerla.

(95) ENNECCERUS, Ludwing; Kipp Theodor y Wolff Martín. "Tratado de Derecho Civil". Tomo V. Volúmen I. Segunda Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona 1976. Pág. 181 y 182.

La libertad de testar, de acuerdo con el pensamiento de sus partidarios, robustece la autoridad paterna y el principio de familia, hace más equitativa la distribución de la herencia, permitiendo al padre premiar méritos o aptitudes, al mismo tiempo que suplir o compensar defectos naturales e involuntarios, que justifiquen una protección especial y facilita el dar satisfacción a toda clase de deberes morales.

El Código Civil para el Distrito Federal se inspira en el principio de la libertad de testar, desconociendo el sistema de legítimas, que supone el reconocimiento a determinados herederos, llamados forzosos, del derecho a una porción de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente.

El sistema de la libertad de testar fue implantado en México por el Código Civil de 1884 contrariando el sistema anterior establecido por el de 1870, que consagraba el de las legítimas que supone una limitación a la facultad de disponer de los bienes para después de su fallecimiento, más o menos rigurosa, de parte del testador.

La única limitación impuesta al testador, en relación con la libre disposición de sus bienes, es la de dejar alimentos a las personas siguientes:

- a).- a los descendientes menores de dieciocho años;
- b).- a los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere el inciso anterior;
- c).- al cónyuge superviviente, cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes, salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;
- d).- a los ascendientes;
- e).- a la persona con quién el testador vivió como si fuera su cónyuge, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quién tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y

observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quién el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendría derecho a alimentos.

- f).- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

No hay obligación de dar alimentos sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado. Tampoco existe una obligación con respecto a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla.

Para tener derecho a ser alimentado se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del de la muerte del testador en alguno de los casos expresamente señalados al efecto y cesa ese derecho tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones dichas, observe mala conducta o adquiera bienes.<sup>(96)</sup>

### 3.7.3. CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA TESTAR

En cuanto a la capacidad para testar nuestro Código Civil dispone lo siguiente:

ARTICULO 1305.- "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho."

ARTICULO 1306.- "Están incapacitados para testar:

- I.- Los menores que no han cumplido dieciseis años de edad, ya sean hombres o mujeres."
- II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio."

<sup>(96)</sup> DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Pág. 294 y 295.

ARTICULO 1307.- "Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes:

ARTICULO 1308.- Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y, en defecto de éste, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al juez que corresponda. El juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El juez tiene obligación de asistir al examen del enfermo, podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes, a fin de cerciorarse de su capacidad para testar.

ARTICULO 1309.- Se hará constar en acta formal el resultado del conocimiento.

ARTICULO 1310.- Si éste fuere favorable, se procederá desde luego a la formación de testamento ante notario público, con todas las solemnidades que se requieren para los testamentos públicos abiertos.

ARTICULO 1311.- Firmarán el acta, además del notario y de los testigos, el juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento, razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio, y sin este requisito y su constancia será nulo el testamento.

ARTICULO 1312.- "Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento."

Estos preceptos señalan claramente quienes pueden otorgar un testamento válido porque en el momento de hacerlo son reconocidas como personas capaces y además cumplen con las formalidades establecidas en la ley para que el testamento pueda producir sus efectos a la muerte del testador.

### 3.7.4. CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA HEREDAR

Roberto Cossío señala que... " en Doctrina la capacidad para suceder o heredar es la regla y que la incapacidad es la excepción.....El elemento existencia es fundamental porque sólo pueden heredar las personas que existan, en el sentido de que la persona esté concebida y que nazca con vida y viable. Aún cuando existe mayor amplitud en el derecho sucesorio, pueden heredar aquellas personas que nacen durante la vida del autor...." (97)

Rafael de Pina opina que la... " capacidad e incapacidad para heredar son términos que expresan, respectivamente, la posibilidad legal de recibir los beneficios de una herencia y la imposibilidad legal de obtenerlos....

No hay capacidad ni incapacidad sin previa declaración del legislador.

La capacidad para heredar es la idoneidad para adquirir calidad de heredero." (98)

Nuestro Código Civil establece en su artículo 1313 que: "Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I.- Falta de personalidad;
- II.- Delito;
- III.- Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;
- IV.- Falta de reciprocidad internacional;
- V.- Utilidad pública;
- VI.- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

(97) COSSIO COSSIO, Roberto. Apuntes. Pág. 11 y 12.

(98) DE PINA VARA, Rafael. Op.cit. Pág. 269.

El artículo 1314 dispone: "Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no esten concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables; conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

ARTICULO 337.- "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil..."

Así como ya hemos visto que se debe tener capacidad para testar, así también se debe ser capaz para poder recibir esa herencia, el legislador indica quienes son capaces para recibir esos beneficios y quienes están imposibilitados para obtenerlos. El ser capaz para heredar es el hecho de poder tener la calidad de heredero. El Código Civil establece que no se puede instituir como heredero aquél individuo que no ha nacido es decir, que no existe.

### 3.7.5. ETAPAS DE TRANSMISION DEL CAUDAL HEREDITARIO

"Los autores consideran en la transmisión de la herencia tres momentos o etapas, que son: el de apertura de la sucesión, el de la delación o llamamiento de los sucesores... y el de la opción de los herederos (aceptación o repudiación).

No habiendo albacea nombrado, cada uno de los herederos puede, si no lo ha sido de bienes determinados, reclamar la totalidad de la herencia que le corresponde conjuntamente con otros, sin que el demandado pueda oponer la excepción de que la herencia le pertenece por entero.

Habiendo albacea nombrado, él deberá promover la reclamación.

## APERTURA DE LA SUCESION.

La apertura de la sucesión representa la fase primera, inicial de la institución de la sucesión por causa de muerte....

....A la muerte del autor a la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división. Cada heredero puede disponer del derecho que tiene en la masa hereditaria, pero no puede disponer de las cosas que forman la sucesión.

El heredero (tampoco el legatario) no puede enajenar su parte en la herencia sino después de la muerte de aquél a quien hereda...."

DELACION.- ...Los civilistas la definen como la facultad actual y concreta concedida a una persona, en virtud de vocación hereditaria, para que acepte o repudie una herencia.....

....Rojina Villegas se adhiere a la distinción entre vocación y delación...

A juicio de este autor existe un llamamiento virtual, que por ministerio de ley se hace a todos los que se crean con derecho a una herencia en el instante preciso en que muere el autor de la misma o al declararse la presunción de muerte del ausente, que es la vocación, en virtud de la cual nace un derecho desde el momento preciso de la muerte, para que todos aquellos que se crean herederos legítimos o testamentarios se consideren avocados a la herencia, tomen las medidas precautorias conducentes para la conservación de los bienes, para la iniciación del juicio sucesorio, para la presentación del testamento si lo hay, y también, para pedir al juez que urgentemente se tomen en ciertos casos las medidas precautorias mencionadas, para la conservación de los bienes, documentos y correspondencia del difunto; pero además de este llamamiento virtual, existe el llamamiento real, que se llama delación, y que según los distintos sistemas positivos, se lleva a cabo en forma de edictos... convocando a los que se creían con derecho a la herencia legítima, o citando personalmente a los que aparecían instituidos en el testamento, y como lo hace el código procesal vigente al disponer que en toda denuncia de intestado el denunciante indique los nombres y domicilios de los presuntos herederos para que sean notificados y puedan concurrir al juicio...

Existen dos formas de delación, la que se hace por voluntad del hombre, manifestada en testamento, y la que resulta de disposición de la ley.

#### ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA.

La aceptación y la repudiación de la herencia son actos cuya determinación depende únicamente de la voluntad del nombrado heredero.

La herencia necesita de la aceptación para surtir sus efectos definitivos. La aceptación puede definirse como el acto por el cual una persona a cuyo favor se defiere una herencia, por testamento o por abintestado hace constar su resolución de tomar la calidad de heredero con todas sus consecuencias legales.....

Como caracteres esenciales de la aceptación de la herencia se reconocen por la generalidad de los autores los de ser voluntaria, libre, irrevocable, pura, indivisible y retroactiva.

La característica esencial es desde luego, la voluntariedad. Nadie puede ser obligado en consecuencia, a aceptar la herencia, ni a repudiarla, pues tales determinaciones dependen exclusivamente de la voluntad de los interesados, libremente expresada....

El acto en virtud del cual del llamado a la sucesión declara formalmente que rehusa la herencia deferida a su favor se denomina repudiación. Los efectos de la aceptación o repudiación se retrotraen siempre a la fecha de la muerte del otorgante.

Tienen capacidad para aceptar o repudiar todos los que tienen la libre disposición de sus bienes. La herencia dejada a los menores y demás incapaces será aceptada por sus representantes legítimos, quienes podrán repudiarla con autorización judicial.

La mujer casada no necesita la autorización del marido para aceptar o repudiar. La herencia común será aceptada o repudiada por los dos cónyuges, resolviendo el juez en caso de discrepancia.

Si el heredero fallece sin aceptar o renunciar la herencia el derecho se transmite a sus sucesores.

Las personas morales capaces de adquirir pueden, por conducto de sus representantes legítimos, aceptar o repudiar herencias; pero tratándose de corporaciones de carácter oficial o de instituciones de beneficencia privada, no pueden repudiarla, las primeras sin aprobación judicial, y las segundas sin sujetarse a las disposiciones relativas de la ley de beneficencia privada....

Por la forma, la aceptación puede ser expresa o tácita.

La expresa se produce por medio de palabras claras, que no permiten duda legítima acerca de la voluntad de aceptar; la tácita se desprende de aquellos actos que pueden tomarse razonablemente como inequívocos respecto a esta aceptación....

...La repudiación debe ser expresa y hacerse por escrito ante el juez, o por medio de instrumento público otorgada ante notario, cuando el heredero no se encuentre en el lugar del juicio....

#### MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA ADQUISICION DE LA HERENCIA.

La adquisición de la herencia es considerada por la generalidad de los autores como el fenómeno jurídico en virtud del cual el llamado a ella la incorpora a su patrimonio, produciéndose un incremento en el mismo....

LA HEREDITATIS PETITIO.- La acción de petición de herencia... no debe confundirse con la partición de herencia...

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el título primero (art. 13) preceptúa que: "la petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o abintestato, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria; y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero, o cesionario de éste y contra el que no alega título ninguno de posesión del bien hereditario, o dolosamente dejó de poseerlo" y añade (art. 14) que "la petición de herencia se ejercitará para que sea declarado heredero el demandante, se le haga entrega de los bienes hereditarios, con sus accesiones sea indemnizado y le rindan cuentas...."<sup>(99)</sup>

(99) *Ibidem*. Pág. 273 a 282.

En cuanto a las etapas de transmisión de herencia existen tres. La primera es la apertura de la sucesión, el testamento va a surtir sus efectos al momento de la muerte del testador. El heredero va a estar en libertad de aceptar o repudiar dicha herencia, la vocación es aquel llamamiento que se hace a todos los sujetos que se creen con el derecho de ser heredero del de cujus y son quienes iniciarán el juicio sucesorio.

Asimismo existe la segunda etapa y es la llamada delación que es un llamamiento que se realiza mediante edictos convocando a todos aquellos que se crean con derecho a participar en la herencia del testador, o bien citando en forma personal a aquellos que aparecen instituidos herederos en el testamento.

En cuanto a la tercera etapa decimos que para que pueda surtir efectos la herencia es necesario que el heredero acepte dicha calidad y no se le puede obligar a aceptarla o a repudiarla, así también, puede aceptar o repudiar la herencia todo aquel que tenga la libre disposición de sus bienes, pues la herencia dejada a menores o a incapaces va a ser aceptada por sus representantes legítimos quienes la podrán repudiar mediante autorización judicial.

Se comenta también que la mujer casada no necesita autorización de su esposo para aceptar o repudiar una herencia, lo que considero correcto, ya que como analizaré más adelante a quien se instituye como heredera es exclusivamente a ella y el hecho de esta casada aún bajo el régimen de sociedad conyugal no impide que su marido participe o se crea con derecho a esa herencia. La petición de herencia es la acción que tienen aquellos que se presumen herederos y tienen un término de diez años para reclamarla contados a partir de que se nombraron herederos, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1652 del Código Civil. La partición de herencia es la forma en como se va a repartir la herencia.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González define al albacea de la siguiente manera: "...Albacea es la o las personas designadas por el testador, los herederos o el juez para dar cumplimiento a las disposiciones testamentarias, y/o para representar a los elementos personales que intervienen en el procedimiento sucesorio y ejercitar todas las acciones que hubieren correspondido al autor de la herencia y que no se extinguieron con su muerte." (100)

(100) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad". Editorial Cajica. México 1971. Pág. 620.

### 3.8. MODALIDADES DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Rafael de Pina nos dice que "Las modalidades de las disposiciones testamentarias que es posible establecer de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, son la condición, la causa y el modo.

A).- TERMINO.- La institución de heredero no puede quedar nunca de acuerdo con nuestra ordenación sucesoria, sujeta a término, aceptándose, sin embargo, esta posibilidad para el legado.

La designación de heredero a término consiste en el establecimiento de un día en que hayan de comenzar o cesar los efectos de la institución.

La institución a término no se encuentra autorizada en nuestro sistema sucesorio y consecuentemente, la fijación de día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero se tendrá por no puesta, según el artículo 1380 del Código Civil para el Distrito Federal...

B).- CONDICION.- Las disposiciones testamentarias pueden someterse a condición. Ahora bien la falta de alguna condición impuesta al heredero o al legatario no perjudicará a éstos, siempre que hayan empleado todos los medios necesarios para cumplir (ART. 1346).

La institución de heredero o legatario se llama condicional cuando sus efectos se encuentran subordinados a la realización o no de un acontecimiento futuro e incierto.

Los tratadistas han formulado diferentes clasificaciones..... bastará a nuestro juicio, destacar los siguientes: suspensivas y resolutorias; potestativas, casuales y mixtas.

a).- Suspensivas y resolutorias.- Las suspensivas son aquellas de las que depende la adquisición del derecho a la herencia o al legado; las resolutorias, por el contrario, son aquellas que producen su extinción.

La condición que solamente suspende por cierto tiempo la ejecución del testamento, no impedirá que el heredero o el legatario adquieran derecho a la herencia o legado o lo transmitan a sus herederos. (ART. 1350 del Código Civil)

La carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria. (ART. 1361 del Código Civil)

b).- Potestativas, casuales y mixtas.- Las condiciones potestativas son aquéllas que dependen de la voluntad del heredero o legatario; casuales las que dependen del acaso; y mixtas las que dependen, a la vez, de la voluntad del heredero o legatario y del azar y de la voluntad de un tercero.

El Código Civil (ART. 1352) preceptúa que si la condición es puramente potestativa de dar o hacer alguna cosa, y el que ha sido gravado con ello ofrece cumplirla, pero aquél en cuyo favor se estableció rehusa aceptar la cosa o el hecho, la condición se tiene por cumplida para todos los efectos....

De acuerdo con el Código Civil (ART. 1356), cuando la ondición fuere casual o mixta bastará que se realice en cualquier tiempo, vivo o muerto el testador, si éste no hubiere dispuesto otra cosa. Si la condición se hubiere cumplido al hacerse el testamento ignorándolo el testador, se tendrá por cumplida si ya no puede existir o cumplirse de nuevo (Art 1357).

El Código Civil para el Distrito Federal preceptúa que el testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes...

Son nulas: las condiciones físicas o legalmente imposibles de dar o hacer impuestas al heredero o legatario, las que imponen al heredero o legatario que hagan en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona.

Se tienen por nulas: la condición de no dar o no hacer, la de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que contenga, la impuesta al heredero o legatario de tomar o de no tomar estado.

C).- CAUSA.-.... Según nuestro Código Civil para el Distrito Federal (Art 1301), las disposiciones hechas a título universal o particular no tienen ningún efecto cuando se funden en una causa expresa, que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador.

Por lo que respecta a la expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, establece el código citado que se tendrá por no puesta (Art 1304)..

D).- MODO.- ....es aquélla institución en la que se impone una obligación o carga.

La carga de hacer alguna cosa es considerada por el Código Civil como una condición resolutoria....

El modo según la definición de ROCA SASTRE es una disposición agregada a una institución de heredero o a un legado, por la cual el testador ordena una carga o gravamen o impone un fin, objeto de destino o aplicación a toda o parte de la herencia o legado, y que implica para el heredero o legatario una obligación de dar, hacer o no hacer, pero sin que atribuya a otro un derecho subjetivo, pues nadie puede exigir para sí la prestación.<sup>(101)</sup>

De acuerdo a nuestro Código Civil no se admite la figura del término en la sucesión testamentaria, puesto que la muerte es imprevisible y no se puede saber a ciencia cierta en que momento dejaremos de existir, por lo que no se puede poner una fecha en la que se diga que a partir de ese día una persona se instituirá como heredero. Sin embargo cabe la figura de la condición, en virtud de que los testamentos pueden contener circunstancias de las que dependan la adquisición del derecho a la herencia o legado, o bien, su extinción. Nuestro ordenamiento también establece que el testador es libre para disponer de sus bienes y establecer condiciones, pero también prevé ciertos casos en los que se considerarán nulas dichas disposiciones como lo son el hecho de imponer un acontecimiento imposible física o legalmente de dar o no hacer, o también que les obliguen a que en el testamento del heredero o legatario se formule alguna disposición en favor del testador o de un tercero. Así mismo, en el testamento se puede imponer alguna carga u obligación llamada "modo" que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer.

(101) DE PINA VARA, Rafael, Op.cit. P4g. 303 a 306.

### 3.9. CLASES DE TESTAMENTOS

Nuestra legislación clasifica a los testamentos, en cuanto a su forma en:

- a).- Los testamentos ordinarios, dentro de los cuales se comprenden el testamento público abierto; testamento público cerrado; y, el testamento ológrafo. (Art. 1500 C.Civil).
- b).- Los testamentos especiales pueden ser testamento privado; testamento militar; testamento marítimo; y, testamento hecho en país extranjero (Art. 1501 C.Civil).

#### 3.9.I. TESTAMENTOS ORDINARIOS:

Rafael de Pina menciona que: "...según la calificación del Código Civil, son... el público abierto, el público cerrado y el ológrafo.

Todo lo demás a que el Código Civil se refiere son especiales.

##### 3.9.1.1.- TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

El Código Civil para el Distrito Federal nos dice que testamento público abierto es aquél que se otorga ante notario y tres testigos idóneos.(ART 1511)

Esta forma de testar es, desde luego, la más solemne....

Notas características del testamento público abierto son: La presencia del notario ante el cual se otorga, la concurrencia de los testigos, y la unidad del acto.

El notario actúa como fedatario, para dar fe del acto en que consiste el otorgamiento del testamento....

La intervención de los testigos...es un elemento esencial del acto, cuya falta determina la nulidad.

Recordando la distinción de CARNELUTTI entre testigo instrumental y testigo procesal, diremos que el testamentario es un testigo instrumental que se limita a intervenir en la redacción de un documento (para asegurar la veracidad del mismo), es decir, en la representación de un hecho mientras acontece, y no, en cambio, para representar un hecho ya acaecido (como sucede en el testigo procesal).....

....Al disponer (ART. 1519) que las formalidades del testamento abierto se practiquen acto continuo, está aludiendo a la unidad del acto,...como garantía de que durante su otorgamiento no se intercalen asuntos ajenos que puedan quitarle seriedad y poner en entredicho la espontaneidad y libertad del testador.....

FORMALIDADES.- El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario y a los testigos."<sup>(102)</sup>

Los artículos 1512 al 1520 del citado ordenamiento preceptúan lo referido al testamento público abierto.

Que el notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

Si alguno de los testigos no supiere escribir firmará otro de ellos por él pero cuando menos, deberá constar la firma entera de dos testigos.

Si el testador no pudiere o no supiere escribir, intervendrá otro testigo más, que firme a su ruego.

En caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar esta circunstancia.

(102) Ibidem. Pág. 331 a 333.

El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre.

Quando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario, como está prescrito en el artículo 1512, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe. Estas formalidades se practicarán acto continuo y el notario dará fe de haberse llenado todas.

Faltando alguna de las solemnidades impuestas por el legislador, quedará el testamento sin efecto.

Las formalidades son aquellos requisitos que establece la Ley para que se elabore los testamentos y sean válidos, sin embargo si falta alguno de ellos no queda invalidado el testamento, en cambio si se establece alguna solemnidad requerida en el testamento si llegara a faltar esta el testamento no será valido.

MODALIDADES.- Se encuentran reglamentadas del artículo 1516 al 1518 del Código de la materia. Estas modalidades se presentan cuando:

"a).- Cuando el testador fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, el interesado deberá dar lectura a su testamento y si no supiere o no pudiere hacerlo, designará una persona que lo lea en su nombre; b) cuando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces, una por el notario que lo hará en voz alta, y otra, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe; c) cuando el testador ignore el idioma del país, si puede, escribirá de su puño y letra su testamento, que será traducido al español por dos intérpretes que deberán concurrir al acto para estos efectos. La traducción se transcribirá como testamento en el protocolo respectivo y archivándose el original en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto; d) si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español con los dos intérpretes que deben concurrir al acto, con transcripción en el protocolo y en el apéndice del notario; e) si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento o uno de los intérpretes. Traducido por los dos intérpretes, se procederá como en los dos casos anteriores".<sup>(103)</sup>

(103) Ibidem. Pág. 334

### 3.9.1.2. EL TESTAMENTO PUBLICO CERRADO

Nuestra legislación lo contempla y regula del artículo 1521 al 1549 del Código Civil.

CONCEPTO.- "Testamento público cerrado es aquél que escrito por el propio testador o por otra persona a su ruego, en papel común, debe ser presentado ante un notario público para que recoja la declaración del testador de que la expresión de su última voluntad se encuentra en el pliego que va encerrado en el sobre que exhibe, para que se haga constar esta declaración por acta notarial en el sobre de referencia.....

...Cuando el testamento lleve fecha, será ésta indiscutiblemente la que valga, pero cuando no conste en él se considerará como tal la del acta notarial de referencia.

Los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado.

FORMALIDADES.- El testamento público cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego y en papel común.

El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego. En este caso la persona que haya rubricado y firmado por el testador concurrirá con él a la presentación del pliego cerrado, y en este acto el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó en su nombre y ésta firmará en la cubierta con los testigos y el notario.

El papel en que esté escrito el testamento o el que le sirve de cubierta deberá estar cerrado y sellado, o lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento, y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos.

El testador, al hacer la presentación, declarará que en aquel pliego está contenida su última voluntad.

El notario dará fe del otorgamiento con expresión de las formalidades a que se ha hecho referencia; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento, que llevará los timbres correspondientes, y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello.

Cuando alguno de los testigos no supiere firmar se llamará a otra persona para que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre haya tres firmas; cuando al hacer la presentación del testamento no pudiere firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos.

Dispone el Código Civil que sólo en los casos de suma urgencia podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, ya por el testador. El notario hará constar en tales casos expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años.

El testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobredichas quedará sin efecto.....

**MODALIDADES DEL TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.**- Se presentan cuando el testador es sordomudo y cuando es sordo o mudo únicamente.

El sordo puede hacer testamento de esta clase con tal de que esté todo él escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario, ante cinco testigos, escriba en presencia de todos sobre la cubierta del sobre que lo contenga, que en aquel pliego se encuentra su última voluntad y que va escritura y firmada por él.

El notario declarará en el acta de la cubierta que el testador lo escribió así, observándose, además, las formalidades correspondientes al caso en que el testador sea normal.

En el caso de que el testador no pueda firmar la cubierta se procederá de acuerdo con lo establecido para cuando el testador es normal, dando fe el notario de la elección que el testador haga de uno de los testigos para que firme por él.

El que sea sólo mudo o sólo sordo, puede hacer testamento cerrado con tal que esté escrito de su puño y letra, o, si ha sido escrito por otro, lo anote así el testador, y firme la nota de su puño y letra, sujetándose a las demás solemnidades precisas para esta clase de testamentos.

**ENTREGA Y CONSERVACION.**- Cerrado y autorizado el testamento público cerrado, se entregará al testador y el notario pondrá razón en el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado.

Por la infracción de estas reglas no se anulará el testamento pero el notario incurrirá en la pena de suspensión por seis meses.

El testador puede conservar el testamento en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza, o depositarlo en el archivo judicial.

El depósito se efectuará presentándose el testador ante el encargado del archivo, con el sobre que contenga la expresión de su última voluntad, para que haga asentar en el libro que con ese objeto debe llevarse una razón del depósito o entrega, que será firmada por dicho funcionario y el testador, a quien se dará copia autorizada.

La presentación y depósito puede hacerse también por medio de procurador, en cuyo caso el poder que al efecto se haya conferido, quedará unido al testamento.

El testador puede retirar, cuando le parezca, su testamento, pero la devolución se hará con las mismas solemnidades que la entrega.

El poder para la entrega y para la extracción del testamento debe otorgarse en escritura pública, y esa circunstancia se hará constar en la nota respectiva.

Toda persona que tenga en su poder un testamento cerrado y no lo presente o lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuere heredero por intestado, de pérdida del derecho que pudiera tener, sin perjuicio de la que le corresponda conforme al Código penal.

**CADUCIDAD.**- El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso.

**APERTURA, PUBLICACION Y PROTOCOLIZACION.**- Tan pronto como el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento.

El testamento no podrá ser abierto sino después de que el notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el juez sus firmas y la del testador o de la persona que por éste hubiere firmado y hayan declarado sí, en su concepto, está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega.

Cuando no pudieren comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad o ausencia, bastará el reconocimiento de la mayor parte y el del notario.

Si por iguales causas no pudieren comparecer el notario, la mayor parte de los testigos o ninguno de ellos, el juez lo hará costar así por información, como también la legitimidad de las firmas y que en la fecha que lleva el testamento se encontraban aquéllos en el lugar en que se otorgó.

En todo caso, los que comparecieron reconocerán sus firmas.

Una vez que se haya dado cumplimiento a lo anteriormente expuesto el juez decretará la publicación y protocolización del testamento.

El juez, en presencia del notario, testigos, representantes del Ministerio Público y secretario, abrirá el testamento, lo leerá para sí y después le dará lectura en voz alta, omitiendo lo que deba quedar en secreto.

En seguida firmarán al margen del testamento las personas que hayan intervenido en la diligencia, con el juez y el secretario, y se le pondrá el sello del juzgado, asentándose acto de todo ello." (104)

En este tipo de testamento a diferencia del público abierto es escrito por el propio testador o por otra persona que lo hace a su ruego en un papel pero deber ser presentado ante un Notario Público para que de fé de ser la última declaración de voluntad del testador la cual va en un sobre cerrado y el Notario elaborará un acta notarial en dicho sobre, la fecha que lleva el testamento será la que valga y si faltará esta se tomará la fecha del acta notarial.

(104) Ibidem. Págs. 334 a 338.

Existe una modalidad en este tipo de testamento y es cuando la persona que lo otorga sea sorda o muda, pero debe estar escrito del puño y letra del testador, o si es escrito por otra persona a su ruego se haga constar dicha situación. El notario le hace entrega del sobre que contiene el testamento al testador y el Notario toma razón de ello. El testador puede conservar el testamento en su poder o depositarlo en el Archivo Judicial, el testamento queda sin efecto si se rompe el pliego o se encuentra abierto o si las firmas aparecen raspadas.

Cuando el Juez recibe un testamento cerrado hace comparecer a los testigos que concurrieron a su otorgamiento y al Notario ante quien compareció al testador y será abierto después de que dichos comparecientes reconocen sus firmas y la del testador. Posteriormente el Juez decretará la publicación y protocolización del testamento.

### 3.9.1.3. EL TESTAMENTO OLOGRAFO

El Código Civil lo contempla del artículo 1550 al 1564. El artículo 1550 lo define como aquél escrito de puño y letra del testador.

"...En el derecho mexicano el testamento ológrafo es una de las novedades introducidas por el Código Civil para el Distrito Federal. El legislador, consciente (sic) de los dos graves inconvenientes que se han atribuido a esta forma de testar- la facilidad con que puede falsificarse y la frecuencia de su destrucción- opuso como obstáculo a ellos el requisito de su redacción por duplicado y el de su depósito en el Archivo General de Notarías, con los cuales prácticamente han quedado eliminados.....

....El testamento ológrafo tiene, en verdad, ventajas e inconvenientes.... Entre las ventajas, figuran, desde luego, la facilidad que presta el otorgamiento de la última voluntad; la economía, puesto que los gastos que ocasiona son realmente insignificantes y el secreto en que permanece lo dispuesto por el testador.

Como inconvenientes principales del testamento ológrafo,...esta el riesgo de destrucción que en nuestro régimen legal esta eliminado con la exigencia en el Archivo General de Notarías, y no ofrece seguridad acerca del estado mental del testador en el momento de otorgarlo...

**FORMALIDADES.-** El testamento ológrafo o autógrafo debe ser escrito, todo él, de puño y letra del testador.

Este testamento sólo puede ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido, además del requisito de la autografía total, deberá estar firmado por el testador con expresión del día, mes y año en que se otorgue....

Las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones que contenga este testamento deberá salvarlas el testador bajo su firma, pero la omisión de esta formalidad por el testador sólo afecta a la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entrerrenjonadas, no al testamento.

El testamento ológrafo debe hacerse necesariamente por duplicado, imprimiéndose en cada ejemplar la huella digital del testador, debiendo depositarse el original dentro de un sobre lacrado y sellado en el Archivo General de Notarías... El duplicado del testamento, también cerrado en un sobre lacrado, será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones. (ART. 1553 del Código Civil)....

.....Como una garantía de la conservación del testamento ológrafo se ha establecido la necesidad de su depósito en el Archivo de referencia.

El depósito en el Archivo General de Notarías se hará personalmente por el testador quien si no es conocido del encargado de la oficina, debe presentar dos testigos que lo identifiquen. En el sobre que contenga el testamento original, el testador de su puño y letra pondrá la siguiente nota: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento". A continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La nota será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identificación, también firmarán (ART. 1554 del Código Civil)....

Hecho el depósito, el encargado del Archivo General de Notarías tomará razón de él en el libro respectivo, a fin de que el testamento pueda ser identificado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda hacer su entrega al mismo testador o al juez competente (art. 1557 del Código Civil).

En cualquier tiempo, el testador tendrá derecho de retirar del Archivo General de Notarías, personalmente o por medio de mandatario con poder especial, otorgado en escritura pública el testamento depositado, haciéndose constar el retiro en una acta, que firmarán el interesado o su mandatario y el encargado de la oficina. (ART. 1558)...

**PERDIDA DE EFECTOS DEL TESTAMENTO OLOGRAFO.-** Según disposición expresa del Código Civil para el Distrito Federal (ART. 1563), el testamento ológrafo queda sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos, o el sobre que los cubre resultare abierto, o las firmas que los autoricen aparecieren borradas, raspadas o con enmendaduras, aún cuando el contenido del testamento no sea de mado alguno vicioso...." (105)

Dentro de las ventajas de este testamento como ya se han explicado, encontramos la facilidad para otorgar la última voluntad, la economía puesto que el testador no hace gastos como los otorgados ante el Notario y permanece secreta su disposición testamentaria, pero así también existen desventajas en este tipo de testamento ya que no se puede estar seguro de que en el momento de haberlo elaborado el testador gozaba de capacidad legal para hacerlo, además que se corre el riesgo de ser destruído, y la desventaja es que debe ser declarado valido por un juez, y solamente lo hará mediante peritaje para saber si es la firma detenada y además de hacer comparecer a juicio a los testigos.

### 3.9.2. TESTAMENTOS ESPECIALES

Los testamentos especiales previstos en nuestra legislación son aquellos establecidos para personas que reúnan ciertas características o se encuentran en determinadas situaciones por las cuales no pueden otorgar testamento en las formas ordinarias.

Son: el privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

"Los testamentos especiales están destinados a facilitar las expresiones de última voluntad en aquellas circunstancias que hacen imposible el otorgamiento de acuerdo con las formas ordinarias.

(105) Ibidem. Págs. 339 a 342.

Tienen desde luego, idéntico valor y eficacia que los ordinarios.....<sup>(106)</sup>

El Código Civil en su artículo 1501 establece que el testamento especial puede ser:

- I.- Privado;
- II.- Militar;
- III.- Marítimo;
- IV.- Hecho en País Extranjero.

### 3.9.2.1. TESTAMENTO PRIVADO

Este testamento se encuentra regulado del artículo 1565 al 1578 del Código Civil.

El artículo 1565 del citado ordenamiento establece:

"El testamento privado está permitido en los casos siguientes:

- I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer testamento.
- II.- Cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría;
- III.- Cuando aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento;
- IV.- Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

"El testamento privado tiene carácter supletorio en relación con el testamento ológrafo. Por lo tanto, para que en los casos señalados por el Código Civil pueda otorgarse testamento privado es necesario que al testador no le sea posible hacerlo ológrafo."<sup>(107)</sup>

(106) Ibidem. Págs. 345 y 346.

(107) Ibidem. Págs. 346 y 347.

**FORMALIDADES.**- El testador que se encuentra en el caso de hacer testamento privado, declarará a presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no puede escribir. (ART. 1567 C.C.)

No será necesario redactar por escrito el testamento cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia.(ART. 1568 C.C.)

En los casos de suma urgencia bastarán tres testigos idóneos.(ART. 1569)

Al otorgarse el testamento privado se observarán, en su caso, las disposiciones contenidas en los artículos 1512 al 1519 (ART. 1570 C.C.), (relativas a las modalidades del testamento público abierto.)

**CADUCIDAD.**- "El testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

**DECLARACION DE SER VALIDO EL TESTAMENTO PRIVADO.**- El testamento privado requiere para su validez la declaración de ser formal, que deberá ser pedida por los interesados inmediatamente después que supieren la muerte del testador y la forma de la disposición.

Esta declaración se lleva a efecto por los trámites señalados por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (ART. 884 al 887), y puede formularse a instancia de parte legítima, sea que el testamento conste por escrito o sólo de palabra, en el caso del artículo 1568 del Código Civil.

Es parte legítima para instar esta declaración:

- a).- El que tuviere interés en el testamento.
- b).- El que hubiere recibido en él algún encargo del testador.....

Hecha la solicitud, se señalará día y hora para el examen de los testigos que hayan concurrido al otorgamiento.

Para la información se citará al representante del Ministerio Público, quien tendrá obligación de asistir a las declaraciones de los testigos y repreguntarlos para asegurarse de su veracidad." (108)

ARTICULO 1574.- "Los testigos que concurren a un testamento privado deberán declarar circunstanciadamente:

I.- El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;

II.- Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;

III.- El tenor de la disposición.

IV.- Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción;

V.- El motivo por el que se otorgó el testamento privado;

VI.- Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba."

ARTICULO 1575.- "Si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes en todas y cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo que precede, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate."

ARTICULO 1576.- "Si después de la muerte del testador muriese alguna de los testigos, se hará la declaración con los restantes, con tal de que no sean menos de tres, manifiestamente contestes, y mayores de toda excepción."

ARTICULO 1577.- "Lo dispuesto en el artículo anterior se observará también en el caso de ausencia de alguno o algunos de los testigos, siempre que en la falta de comparecencia del testigo no hubiere dolo."

(108) *Ibidem.* Pág. 347

ARTICULO 1578.- "Sabiéndose el lugar donde se hallan los testigos, serán examinados por el exhorto."

Este testamento sólo puede ser elaborado por aquellas personas que padecen de pronto una enfermedad grave que no les da tiempo para hacer un testamento ante Notario o cuando no exista un Notario o Juez que actué por receptoría en la población, o que habiéndolos no puedan concurrir al otorgamiento del testamento, así también este testamento podrá ser elaborado por cualquier persona a la que le fué imposible hacerlo ológrafo; pero este testamento va a ser valido si el testador fallece de esa enfermedad o peligro en que se lleva al momento de hacerlo, su validez deberá ser solicitada por los interesados después de la muerte del testador, en este tipo de testamento es innecesaria la presencia de los testigos puesto que ellos declararan en que circunstancia se encontraba el testador al momento de otorgarlo.

### 3.9.2.2. TESTAMENTO MILITAR

El artículo 1579 del Código Civil preceptúa que: "Si el militar o el asimilado del ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra..."

"El testamento militar podría definirse... como aquél que, con carácter especial, en las circunstancias previstas por el Código civil, pueden otorgar los militares o asimilados o los prisioneros de guerra.

FORMALIDADES.- El testamento militar se puede otorgar verbalmente o por escrito, según la libre elección del interesado. En el primer caso, bastará que el otorgante declare su voluntad ante dos testigos; en el segundo, con entregar a éstos el pliego cerrado que contenga la disposición de última voluntad, firmada de su puño y letra.

La forma escrita presenta las características del testamento ológrafo. <sup>(109)</sup>

(109) Ibidem. Pág. 349

El artículo 1581 del Código Civil establece que "Los testamentos otorgados por escrito, conforme a este capítulo deberán ser entregados, luego que muera el testador, por aquél en cuyo poder hubieren quedado al jefe de la corporación, quién lo remitirá al Ministerio de la Guerra (ahora Secretaría de la Defensa Nacional) y éste a la autoridad judicial competente."

El artículo 1582 preceptúa que "Si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, los testigos instruirán de él desde luego al jefe de la corporación, quién dará parte en el acto al Ministerio de la Guerra (ahora Secretaría de la Defensa Nacional) y éste a la autoridad judicial competente, a fin de que proceda, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos del 1571 al 1578."

Dichos preceptos señalan cuando el testamento privado surte efectos que se necesita para su validez y la declaración de los testigos.

**CADUCIDAD.-** La caducidad de este testamento se produce en los términos señalados por el Código Civil en el artículo 1571 que a la letra dice: "El testamento privado solo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó."

Este precepto se aplica también al testamento militar por lo que será válido siempre y cuando el testador fallezca en campaña o en el peligro en que se hallaba en el momento de otorgarlo.

### 3.9.2.3. TESTAMENTO MARITIMO

Reglamentado del artículo 1583 al 1592 del Código Civil.

"Los que se encuentren en alta mar a bordo de navíos de la marina nacional, de guerra o mercante, pueden otorgar esta clase de testamento, que será escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío y leído, datado y firmado como en el caso del testamento público abierto, pero siempre deberán firmar el capitán y dos testigos...."

El testamento marítimo se hará por duplicado, y se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación y de él se hará mención en su Diario.

Si el buque arribase a un puerto en que haya Agente Diplomático, Cónsul o Vicecónsul mexicanos, el capitán depositará en su poder uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado, con una nota que debe constar en el Diario de la embarcación. Arribando ésta a territorio mexicano, se entregará el otro ejemplar o ambos, si no se dejó alguno en otra parte a la autoridad marítima del lugar, fechados y sellados con la copia de la nota que debe constar en el Diario de la embarcación.

Los Agentes Diplomáticos, Consulares o las autoridades marítimas levatarán, luego que reciban los ejemplares recibidos, un acta de entrega, y la remitirán, con los citados ejemplares, a la posible brevedad, a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual hará publicar en los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

El testamento marítimo solamente producirá efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes contado desde su desembarque en algún lugar donde conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición.

Si el testador desembarca en un lugar donde no haya Agente Diplomático o Consular, y no se sabe si ha muerto, ni la fecha del fallecimiento, se procederá conforme a lo dispuesto en el Código Civil Título XI del libro primero (ART. 1592)." <sup>(110)</sup>

ARTICULO 649.- Cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quién la represente, el juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes, la citará por edictos, publicados en los principales periódicos de su último domicilio, señalándole para que se presente un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis y distará a las providencias necesarias para asegurar los bienes.

ARTITULO 650.- Al publicarse los edictos remitirá copia a los cónsules mexicanos de aquellos lugares del extranjero en que se puede presumir que se encuentre el ausente o que se tengan noticias de él.

(110) Ibidem. Págs. 350 a 351.

ARTICULO 653.- Se nombrará depositario:

I.- Al Cónyuge del ausente;

II.- A uno de los hijos mayores de edad que resida en el lugar. Si hubiere varios, el juez elegirá al más apto;

III.- Al ascendiente más proximo en grado al ausente;

IV.- A falta de los anteriores o cuando sea inconveniente que éstos, por su notoria mala conducta o por su ineptitud, sean nombrados depositarios, el juez nombrará al heredero presuntivo, y si hubiera varios se observará la que dispone el artículo 659.

ARTICULO 670.- En caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ausente, si en este período no se tuvieren ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas.

ARTICULO 673.- Pueden pedir la declaración de ausencia:

I.- Los presuntos herederos legítimos del ausente;

II.- Los herederos instituidos en testamento abierto;

III.- Los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente, y

IV.- El ministerio Público.

ARTICULO 674.- Si el juez encuentra fundada la demanda, dispondrá que se publique durante tres meses, con intervalos de quince días, en el periódico oficial que corresponda y en los principales del último domicilio del ausente, y la remitirá a los cónsules, conforme al artículo 650.

ARTICULO 675.- Pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado, el juez declarará en forma la ausencia.

ARTICULO 677.- La declaración de ausencia se publicará tres veces en los periódicos mencionados, con intervalos de quince días, remitiéndose a los cónsules, como está prevenido respecto de los edictos. Ambas publicaciones se repetirán cada dos años, hasta que se declare la presunción de muerte.

ARTICULO 679.- Declarada la ausencia, si hubiere testamento público u ológrafo, la persona en cuyo poder se encuentre lo presentará al juez, dentro de quince días, contados desde la última publicación de que habla el artículo 677.

ARTICULO 680.- El juez, de oficio o a instancia de cualquiera que se crea interesado en el testamento ológrado, abrirá éste en presencia del representante del ausente, con citación de los que promovieron la declaración de ausencia y con las demás solemnidades prescritas para la apertura de esta clase de testamento.

Al ser este un testamento especial solo puede ser elaborado por aquellas personas que se encuentren en altamar, a bordo de navíos de la Marina Nacional sean de Guerra o Mercantes y presenta sus formalidades específicas, este testamento sólo va a producir sus efectos si el testador fallece en el mar o dentro de un mes contado desde su desembarque en algún lugar donde haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición.

#### 3.9.2.4. TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO

Se encuentra contemplado en nuestro Código Civil del artículo 1593 al 1598.

"Los mexicanos que se encuentren en el extranjero pueden testar, a su elección, ante los órganos competentes del país de que se trate, o ante los funcionarios del servicio exterior de su propio país." (111)

Los testamentos hechos en el país extranjero, ante los funcionarios del mismo producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron.

(111) Ibidem. Pág. 352

Los Secretarios de legación, los Cónsules y los Vicecónsules mexicanos, podrán hacer las veces de Notarios o de Receptores de los testamentos de los nacionales en el extranjero en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal.

Los funcionarios mencionados remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado a la Secretaría de Relaciones Exteriores para los efectos prevenidos en el artículo 1590 relativo a las actas que se levantan por el fallecimiento y la publicación de la muerte.

Si el testamento fuere ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días, al encargado del Archivo General de Notarías.

"Cuando el testamento fuere confiado a la guarda del Secretario de Legación, Cónsul o Vicecónsul, hará mención de esta circunstancia y dará recibo de la entrega.

El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los Agentes Diplomáticos o Consulares llevará el sello de la Legación o Consulado respectivo." (112)

El objeto de estudiar los tipos de testamentos fue con el propósito de conocer las formas en que las personas pueden dejar su disposición testamentaria. Así mismo, nos damos cuenta de que el testamento es un acto solemne puesto que nuestro Código Civil establece las formas específicas de como se debe otorgar y cada tipo de testamento y que si no se cumple con esa forma establecida el testamento es nulo, por lo que considero que nuestra legislación en esta materia es estricta y específica porque trata de abarcar todas las posibilidades para otorgar un testamento, de acuerdo a las características propias de la persona o a la situación en que se encuentra. Considero que es importante analizar las diferentes clases de testamentos y darnos cuenta de que el legislador en cada una de ellas trata de proteger la última voluntad del testador, por lo que establece los requisitos indispensables en cada uno para que la voluntad emitida no se vea afectada o en un momento dado altera y el testamento otorgado sea el efectivamente emitido por el testador.

(112) *Ibidem*. Pág. 352

Asimismo, en el Código Civil para el Distrito Federal se establecen en forma general dos tipos de testamentos que son los ordinarios y los especiales, en los primeros el testador puede elegir la forma de otorgarlo, es decir, si otorga un testamento público abierto o público cerrado, o un testamento ológrafo y esta elección es a su libre decisión; en los segundos el testador otorga su última voluntad ya sea por testamento privado, militar, marítimo o hecho en país extranjero, pero no porque decidió otorgarlo de ese modo, sino porque se encontraba en una situación especial contemplada por nuestra legislación, que no le permitió hacerlo en cualesquiera de las formas de un testamento ordinario.

## CAPITULO IV

### 4. EL MATRIMONIO

#### 4.1. GENERALIDADES

##### 4.1.1. CONCEPTO

Sara Montero Duhalt escribe que: "La palabra matrimonio deriva de la voz latina matrimonium, que significa carga de la madre. A su vez la palabra patrimonio expresa carga del padre (patis numium). El significado de ambas palabras.... lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre. El padre que debe proveer al sustento del grupo familiar, y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar.... En una concepción puramente legalista se ha dicho que es el estado de dos personas de sexos diferentes, cuya unión ha sido consagrada por la ley BAUDRY LA CANTINERIE (sic). Una concepción histórico sociológico expresa fue el matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura (Westermarck). El punto de vista canónico estima que el matrimonio es un sacramento de la nueva Ley que confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer, y para engendrar y educar pía y santamente la prole (P. Ferreres).

Inspirado en las partidas, Joaquín Escriche, define el matrimonio como la sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a ver el peso de la vida y participar de una misma suerte.

En términos semejantes definían los Códigos para el Distrito y Territorios Federales del siglo pasado (1870 y 1884), por su marcada influencia del derecho español. La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, en su Art. 13, define con las mismas palabras de los Códigos citados, cambiando únicamente la palabra indisoluble, por disoluble: El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". (113)

Rafael Rojina Villegas cita a Ruggiero quién escribe que: "El matrimonio es institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad, fuera de matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo.

Una benigna extensión, limitada siempre en sus efectos, es la hecha por la Ley de las relaciones de la familia legítima a las relaciones naturales derivadas de unión ilegítima y ello responde a razones de piedad y, a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de justas nupcias; la artificial creación del vínculo parental en la adopción no es más que una imitación de la filiación legítima. Esta importancia y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el eje de todo el sistema jurídico familiar, se revela en todo el derecho de familia y repercute aún más allá del ámbito de éste". (114)

Antonio de Ibarrola cita al maestro Ahrens quien opina que el matrimonio es "la unión formada entre dos personas de sexo diferente, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia.

(113) MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México 1990. Pág. 95 y 96.

(114) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil", Tomo I. Editorial Porrúa. Vigésima Tercera Edición. México 1989. Pág. 285.

Para Falcon la unión indisoluble que bajo las prescripciones de las leyes civiles y religiosas forman el hombre y la mujer para procurar la procreación de los hijos ayudarse mutuamente y santificar su vida y costumbres.

Para De Casso, la unión solemne e indisoluble de hombre y de mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos." (115)

Ignacio Galindo Garfias nos dice que: "El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

La celebración del matrimonio produce un efecto primordial: da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges.

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los intereses superiores de la familia, a saber: la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges...

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

La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares o para compartir su común destino, no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio. La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio, todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio.

(115) IBAROLA, Antonio de. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 1984. Pág. 156

Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad".<sup>(116)</sup>

Sara Montero nos da su definición de matrimonio conceptuándolo como la...."Forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho."<sup>(117)</sup>

De todas estas definiciones se puede deducir que el concepto de matrimonio ha ido cambiando o evolucionando de acuerdo a la transformación de cada sociedad, por lo que cada una de las definiciones son un reflejo de la ideología que se manejaba en la época en que cada autor vivió. Para mí el matrimonio es: "la unión legítima de un hombre y una mujer celebrada a través de un acto jurídico, con el objeto de llevar una vida en común y formar una familia que será regulada por el derecho."

Al mencionar que es una unión legítima me refiero a que está reconocida por la ley; celebrado a través de un acto jurídico porque interviene la voluntad de los consortes con el objeto de producir consecuencias de derecho, como por ejemplo: cambiar su estado civil; con el objeto de llevar una vida en común, porque los seres humanos por naturaleza necesitamos de una persona con la cual compartamos nuestra existencia, en la que nos apoyemos y encontremos comprensión, teniendo compatibilidad entre ambos durante el tiempo que esta relación dure; y por último, el formar una familia aunque el matrimonio no tiene como fin principal el procrear a los hijos, pues con algunos casos no los hay, y la familia como base de la sociedad va a estar regulada por el derecho.

<sup>(116)</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil", Primer Curso. Editorial Porrúa. Octava Edición. México 1987. Pág. 471 y 472.

<sup>(117)</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Op.cit. Pág. 48.

#### 4.1.2. PANORAMA HISTORICO

Galindo Garfías nos dice que: "En épocas muy remotas, se conoció el matrimonio por grupos, en que los hombres de un clan o de una tribu tomaban como esposas a las mujeres de otra tribu (exogamia). Más tarde aparece el matrimonio por raptó y por compra, en organizaciones tribales más evolucionadas, apuntando ya hacia la base patriarcal. Una huella de estos sistemas, aparece en forma legendaria en el Raptó de la Sabinas y más tarde, también en Roma quedó un trasunto del matrimonio por compra a través de la coemptio, venta simbólica de la mujer al futuro marido, quien por ella pagaba un precio.

Es posible que la ceremonia de la entrega de las arras en el matrimonio católico encuentre su antecedente remoto, en el matrimonio por compra.

En el Derecho romano el matrimonio era simplemente una relación social que producía consecuencias jurídicas; entre los romanos la celebración del matrimonio en sus diversas formas, ya por medio de la *confarreatio*, ya por medio de la *coemptio*, no tenía por efecto sino constatar la voluntad de convivencia, en calidad de esposos, entre un hombre y una mujer (*affectio maritalis*). El matrimonio era un estado de convivencia de los consortes con la intención de considerarse entre sí como cónyuges. Las relaciones maritales quedaban establecidas por medio de una situación, mejor que por un acto de declaración de voluntad, como acaece actualmente.

Aunque el matrimonio en sus orígenes fue un mero hecho extraño al derecho; después se hallaba organizado sobre una base exclusivamente religiosa, finalmente llegó un momento en que adquirió carácter jurídico en el *jus civile*. Este reguló las incapacidades para contraer matrimonio y los efectos producidos por las nupcias, tanto con relación a los consortes, como respecto de los hijos; para dar firmeza y fortalecer las *justae nuptiae*, base fundamental de la organización social romana, particularmente durante la República. El poder público debió intervenir en la celebración del matrimonio, cuando desapareció el matrimonio religioso (*confarreatio*) regulando las ceremonias de su celebración, más que para sancionarlo, para asociar a la esposa al culto doméstico de la familia de su marido.

Y así ocurrió hasta la caída del Imperio Romano, en que el poder civil no abandonó su intervención en estas ceremonias del culto, sino hasta el siglo X.

En esa época en que el poder secular se debilitó grandemente, la iglesia asumió para sí, toda intervención en la celebración del matrimonio y atribuyó competencia a los tribunales eclesiásticos para decidir las cuestiones relacionadas con él. Primero reclamó la autoridad para sancionar la celebración del acto; después, el poder disciplinario por el incumplimiento de los deberes matrimoniales; más tarde fue fácil ejercer jurisdicción sobre todas las cuestiones de estado civil y sobre todo, las que concernían al matrimonio. La iglesia fundó su autoridad en esa materia, autoridad que duró seis siglos...

En el siglo XVI, el Estado recobró paulatinamente jurisdicción sobre las causas matrimoniales; primero sobre cuestiones económicas derivadas del matrimonio; más tarde intervino en los conflictos relativos a la separación de cuerpos de los consortes y posteriormente, también intervino en cuestiones de nulidad de matrimonio.

A partir del siglo XVIII, el Estado poco a poco privó de efectos civiles a determinados matrimonios, contraídos ante la iglesia, cuando carecían de determinados requisitos que estableció el gobierno civil. Así se entabló una lucha entre el poder civil y el gobierno eclesiástico, que en materia de matrimonio duró más de dos siglos. La constitución francesa de 1791 declaró que el matrimonio es un contrato civil y a partir de entonces, se operó en Francia y en otros países, la secularización total de la legislación sobre matrimonio. La historia de esta lucha es paralela a la historia de la secularización del Registro Civil.

La constitución francesa de 1791, establece que "la ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil".

En nuestro País y a partir de la denominación española, la celebración del matrimonio y las relaciones jurídicas entre los cónyuges, se regularon de acuerdo con el derecho canónico. La iglesia católica a través de sus ministros y de los tribunales eclesiásticos, intervino para dar validez al matrimonio y para resolver las cuestiones que surgían con este motivo.

Esta situación prevaleció en México hasta mediados del siglo XIX. En efecto, el 23 de julio de 1859 el presidente don Benito Juárez promulgó una ley relativa a los actos del estado civil y su Registro, en la que quedaron secularizados todos los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos, el matrimonio, al que se atribuyó la naturaleza de

contrato civil y se reglamentó por el Estado en lo relativo a los requisitos para su celebración, elementos de existencia y de validez, etc. En dicha ley, continúa reconociéndose el carácter indisoluble del vínculo matrimonial como lo había sido y lo es en el derecho canónico. Los códigos civiles de 1870 y 1884 que rigieron en el Distrito y Territorios Federales, así como los códigos de los diferentes Estados de la Federación confirmaron en sus textos la naturaleza civil del matrimonio y su carácter indisoluble. En el año de 1914 el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Don Venustiano Carranza, promulga en Veracruz una ley de divorcio que declara disoluble el vínculo matrimonial y deja a los esposos divorciados en plena libertad de contraer nuevas nupcias. Las disposiciones de esta ley en lo que concierne a la disolubilidad del matrimonio quedaron confirmadas por la Ley de Relaciones Familiares de 12 de abril de 1917. La Ley de Relaciones Familiares, que además introdujo algunos cambios respecto a la situación jurídica de los bienes de los cónyuges, tuvo vigencia hasta el momento en que entró en vigor el Código Civil de 1928 que actualmente rige en el Distrito Federal, a partir del primero de octubre de 1932". (118)

A lo largo de la historia podemos decir que el matrimonio ha pasado por varias etapas puesto que en un principio se le consideraba como un acto a través del cual la mujer era vendida y se compraba por un precio. En el derecho romano el matrimonio era un estado de convivencia de los consortes, es decir, que los cónyuges se consideraban como tales. El matrimonio tomó en un tiempo un carácter religioso exclusivamente pero después adquirió un carácter jurídico, ya regulado por el derecho civil. Hubo otro momento en que el poder civil y el eclesástico entraron en una lucha por ver quien tenía la jurisdicción en materia matrimonial; y posteriormente en Francia en 1791 la constitución declara al matrimonio como un contrato civil y a partir de ese momento en varios países comienza la secularización del matrimonio. En México se le da carácter civil al matrimonio e indisoluble y es hasta Don Venustiano Carranza en 1914 en que se le da carácter disoluble al matrimonio con la Ley de divorcio, se confirma en la Ley de Relaciones Familiares y tal carácter subsiste hasta la fecha, en el actual Código Civil.

(118) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 473 a 475.

## 4.2. NATURALEZA JURIDICA

Sara Montero D. nos comenta que: "A la figura de matrimonio se le han atribuido distintas naturalezas jurídicas: como acto jurídico de muy diversa clase; como contrato con características especiales; como estado civil; como institución, como sacramento. Ninguna de estas figuras determina en forma exclusiva el carácter del matrimonio y, mucho menos, son excluyentes unas de otras; más bien se complementan. El matrimonio es indudablemente un acto jurídico bilateral, es un contrato de muy especial naturaleza; una vez realizado atribuye a los consortes un estado civil particular, mismo que está regido por la institución jurídica del matrimonio. Para el derecho canónico es un sacramento.

### EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO.

...El matrimonio es un acto jurídico porque surge de la manifestación de voluntad de los que lo contraen, acorde con las normas que lo regulan y, una vez realizado, produce las consecuencias jurídicas previamente establecidas en la ley....

De los actos jurídicos se han realizado innumerables clasificaciones, por ejemplo: unilaterales, bilaterales y plurilaterales; simples, complejos y mixtos; actos unión, actos condición; actos instantáneos, de tracto sucesivo, de prestación diferida; actos consensuales, formales y solemnes; actos simples, condicionales, perfectos e imperfectos....

Deteniéndose en la primera y universalmente aceptada clasificación de unilaterales, bi y plurilaterales en que se clasifican los actos en razón de las personas que intervienen en él, el matrimonio es indudablemente un acto por excelencia bilateral o, para algunos autores, plurilateral. Es un acto jurídico bilateral en razón de surgir por el acuerdo de voluntades de los esposos y por las consecuencias jurídicas que se darán en la esfera jurídica de ambos consortes. Quienes sostienen que es un acto de carácter plurilateral afirman que la manifestación de la voluntad de quienes pretenden contraer matrimonio debe ir acompañada forzosamente de la manifestación de la voluntad de la autoridad competente (juez del Registro Civil) como elemento de existencia de ese acto jurídico; de manera tal, que la sola manifestación de los contrayentes es insuficiente para que se realice el acto jurídico matrimonio. Nuestra opinión coincide con este último parecer.

## EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.

Los actos jurídicos bilaterales se llaman convenios. El matrimonio es un convenio porque es un acuerdo de voluntades. Los convenios se subclasifican en convenios en sentido estricto y en contratos. Los primeros tienen por objeto modificar o extinguir derechos y obligaciones y los contratos, crear o transmitir consecuencias jurídicas.

En este orden de ideas, el matrimonio es forzosamente un contrato porque crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas.

Innúmeras opiniones se han vertido negándole al matrimonio la naturaleza jurídica de contrato, aduciendo que el matrimonio escapa a la figura contractual, pues los contratos se refieren fundamentalmente al aspecto patrimonial de las relaciones jurídicas y el matrimonio es esencialmente productor de relaciones personales de carácter moral no patrimonial. Los que le niegan como contrato, ponen el acento en el carácter de estado permanente en que consiste el matrimonio, o en la categoría de institución jurídica a la que el mismo pertenece. Sin desconocer que el matrimonio configura un estado civil de las personas y que el mismo está regido por un conjunto de normas de carácter imperativo que armónicamente enlazadas forman una institución, el matrimonio, creemos, surge a través de un contrato.

El matrimonio es auténticamente un contrato, pero de naturaleza peculiar y al respecto, las teorías son varias. Se le llama contrato mixto, de adhesión, contrato solemne, contrato sui generis, entre otros.

Todas las anteriores definiciones son en parte verdaderas, por ello diremos que el Matrimonio es un contrato solemne de derecho de familia y de interés público que hace surgir entre los que lo contraen el estado civil de casados con todos los derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico a través de la institución del mismo nombre.

## EL MATRIMONIO COMO ESTADO.

Los que contraen matrimonio cambian su estado civil anterior por el de casados... el matrimonio establece entre los sujetos que lo realizan una comunidad de vida total y permanente.... Una situación de carácter permanente en la que se encuentra un sujeto en relación con la Nación, con los miembros de su familia o con el grupo social en que vive. El estado civil de casados es la situación de los consortes frente a la familia y frente a la sociedad. Este estado civil sólo puede cambiarse mediante las formas de extinción del matrimonio que son: la muerte, la nulidad o el divorcio. Mientras no se den cualquiera de estos tres supuestos:.... no se extingue el estado de casado que tiene un sujeto.

## EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA.

....la institución es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público,... el matrimonio está regulado como un todo orgánico en la parte correspondiente del Código Civil (Título Quinto, capítulo primero del Libro Primero), y en lo relativo a las Actas de Registro Civil (Título IV, capítulo II del Libro Primero del propio Código). En esas normas se establecen los diferentes aspectos del matrimonio: requisitos para contraerlo y derechos y deberes derivados del mismo, que surgen con independencia de la voluntad de los sujetos, emanados directamente de la Ley en forma imperativa.....

Una vez contraído el matrimonio, nacen para los cónyuges, independientes de su voluntad, ciertos derechos y deberes recíprocos derivados directamente de la leyes, por ser el matrimonio una auténtica institución jurídica en la que la voluntad de los sujetos es inoperante en ese sentido....

## EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO EN DERECHO CANONICO.

...En la evolución histórica del matrimonio que durante toda la época medieval y hasta bien entrada la época moderna, las cuestiones familiares, especialmente el matrimonio, fueron reguladas por la Iglesia....

El matrimonio para el derecho canónico fue siempre un contrato de carácter natural regulado por la ética cristiana y elevado a la categoría de sacramento en el siglo XVI por el Concilio de Trento (1545-1563). El Código de derecho canónico establece en el canon 1012: "Cristo nuestro señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados. Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento".

El canon siguiente (1013) establece los fines del matrimonio: "La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio. La ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia es su fin secundario".

Los países de ascendencia cristiana regularon el matrimonio desde el punto de vista religioso, de manera que el mismo fue considerado como sacramento y como vínculo indisoluble hasta que surgió la reforma protestante. A partir de entonces, el gobierno civil empezó a tomar para sí la regulación del matrimonio como un contrato de carácter civil en oposición al llamado contrato natural de la iglesia católica. Sin embargo, la influencia de la misma persistió y no fue sino a través de los postulados de la Revolución Francesa (1789) en que empezó realmente la secularización del matrimonio, en forma diversa en las distintas legislaciones, a saber: sistemas jurídicos que le dan plena validez civil al matrimonio religioso; otros, en los que el sacramento se reconoce de manera preferente y el civil de manera subsidiaria; algunos que permiten ambos tipos de matrimonio indistintamente y con la misma validez y, por último, países que niegan totalmente validez al matrimonio canónico reconociendo únicamente efectos al matrimonio civil. A esta última categoría pertenece nuestro derecho positivo, en acatamiento a la norma constitucional que, en el artículo 130, párrafo tercero establece: "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 les atribuyan".

Resumiendo lo relativo a la naturaleza jurídica del matrimonio puede establecerse que la misma es múltiple, pues por matrimonio se entiende el acto jurídico, como contrato solemne de derecho de familia y de interés público. Matrimonio es la ceremonia misa que da nacimiento al mismo. Matrimonio es el estado civil de los casados. Matrimonio es una institución cuando lo contemplamos como un conjunto de normas de carácter imperativo que regulan un todo orgánico (el estado de casados) y que persiguen una finalidad de interés público; y por último, para el derecho canónico y para los sistemas jurídicos que

aceptan el mismo como regulador de la vida familiar de los sujetos, el matrimonio es un sacramento, entendido por tal, un contrato natural al que la Iglesia considera de carácter sagrado e indisoluble en vida de los cónyuges"<sup>(119)</sup>

De esto podemos concluir que el matrimonio es un acto jurídico, ya que interviene la voluntad de los consortes para producir las consecuencias de derecho. Así mismo se dice que el matrimonio es un contrato porque crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas, pero el matrimonio siendo un contrato se encuentra contemplado como acto jurídico y la Constitución Mexicana lo tipifica como contrato. Una de las consecuencias jurídicas del matrimonio es el cambio de estado civil de los contrayentes. Se le contempla también al matrimonio como una institución, un todo orgánico, ya que se encuentra regulado por la Ley quien establece todos los requisitos para contraerlo, los derechos y obligaciones que surgen forzosamente para los sujetos al contraerlo; es decir, las imposiciones que hace la ley como lo que establece el artículo 164 del Código Civil para el Distrito Federal que establece:

"Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuírse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades..... Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar."

Por último, el matrimonio es considerado por la Iglesia como un sacramento y los cristianos le atribuyen tal alidez aunque en la legislación civil sea considerado como un nuevo contrato de carácter civil.

(119) MONTERO DUHALT, Sara. Op.cit. Pág. 111 a 116.

### 4.3. CONSTITUCION

Sara Montero nos dice que "El matrimonio, como todo acto jurídico, está compuesto por elementos de existencia para que surja a la vida jurídica, y por elementos de validez para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad.

Los elementos de existencia del acto jurídico son: la voluntad, el objeto y las solemnidades. Los elementos de validez: capacidad de las partes, ausencia de vicios de la voluntad, licitud en el objeto, motivo y condición y las formalidades...

#### 4.3.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

- 1).- LA VOLUNTAD.- El matrimonio es un acto jurídico bilateral que requiere del consentimiento expreso de ambos cónyuges.... La voluntad... se da siempre en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los cónyuges o por apoderado especial. El matrimonio es por excelencia un acto libre, por tanto, aún habiéndose expresado previamente la voluntad por escrito a través de la solicitud de matrimonio, es necesario ratificar la misma, verbalmente y de presente, frente a la autoridad que es el juez del Registro Civil. Si en el momento de la pregunta uno de los conyuges (o los dos) contestaran negativamente, o no contestaran, el matrimonio no tendrá efecto... el que se negare a contraer matrimonio en el momento de la ceremonia y constreñido por la violencia o las amenazas del otro cónyuge, o de sus parientes, otorgara el sí, podría posteriormente invocar la nulidad del matrimonio por vicio de la voluntad.
- 2).- EL OBJETO.- Consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo. Los códigos del siglo pasado y la Ley sobre las Relaciones Familiares de 1917 definían al matrimonio por su objeto: "El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sólo mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." El código vigente, con mayor técnica, se abstiene de definir y únicamente establece los derechos y deberes que se adquieren por el matrimonio....

El artículo.... 162 expresa en el párrafo primero un deber entre los cónyuges, que podemos entender como el objeto del matrimonio:....." Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente....."

La comunidad de vida total y permanente entre los casados implica la ayuda mutua, el "socorrerse mutuamente" de que habla el mencionado artículo. Porque la esencia misma del matrimonio, independientemente de la imposición legal, es compartir la vida de la manera más armónica posible, en la cual está implícita forzosamente la ayuda mutua....

3).- LAS SOLEMNIDADES.- El matrimonio es por definición un contrato solemne, pues requiere de la intervención de una especial autoridad, de ciertas palabras expresas y del levantamiento de un acta en que estén incluidos ciertos requisitos forzosos." (120)

Al calificar al matrimonio como un acto solemne, el código civil para el Distrito Federal, establece dichas solemnidades en los siguientes artículos:

Artículo 102.- " En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio, deberán estar presentes, ante el juez del registro civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44 y dos testigos por cada uno de ellos que acrediten su identidad.

Acto continuo, el juez del registro civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la Ley y de la sociedad."

(120) *Ibidem.* Pág. 121 a 124.

Artículo 44.- " Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos. En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar, Menor o de Paz."

Artículo 103.- " Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes; .....

III.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;.....

VI.- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la Ley y de la sociedad;

VII.- La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

VIII.- Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos.....

El acta será firmada por el juez del registro civil, los contrayentes, los testigos, y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo. En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.

El matrimonio como acto jurídico está compuesto por elementos de existencia y elementos o requisitos de validez. Dentro de los elementos de existencia encontramos a la voluntad que es uno de los elementos más importantes, ya que para la celebración del matrimonio se requiere del consentimiento expreso de los consortes, y si la voluntad se ve afectada en ese momento por alguna presión o violencia en uno o en ambos consortes y el matrimonio se considera como celebrado, se puede invocar posteriormente la nulidad del matrimonio, puesto que la voluntad adolece de vicios que al existir traen consigo la nulidad, como ya se ha analizado en capítulos anteriores.

En cuanto al objeto podemos encontrar varios criterios, ya que algunos conceptúan al matrimonio como "un contrato celebrado entre un hombre y una mujer que se unen para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." Si analizamos este concepto encontramos la frase "para perpetuar la especie" y la mayoría de las personas tienen la idea de que el matrimonio tiene como fin tal concepto, lo que considero que no es acertado ya que existen matrimonios en los que no hay hijos o que los hay pero son adoptivos, y en estos casos no se está perpetuando la especie.

De este modo el Código Civil de 1928 se abstiene de conceptuar o definir al matrimonio y al respecto nos dice que: "...los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente." Así entendemos que los cónyuges se deben ayuda para compartir la vida llevándola de una manera más tranquila, ayudándose en las buenas y en las malas situaciones para salir adelante.

Otro de los elementos de existencia del matrimonio es la solemnidad y es uno de los pocos actos que nuestra legislación tipifica como solemne, por lo que debe reunir los requisitos y formalidades impuestos por la ley para que se considere como válido.

Rojina Villegas respecto al consentimiento y el objeto agrega lo siguiente:

"No sólo la falta de acuerdo entre los pretendientes, sino también la omisión en cuanto a la declaratoria que debe hacer el Oficial del Registro Civil, será causa de inexistencia. Es decir, si del acta matrimonial resulta probada plenamente la falta de ese elemento esencial, deberá decidirse que no hubo matrimonio. Puede también justificarse plenamente por otros medios de prueba, que en concepto del tribunal sean de valor indiscutible, la falta de consentimiento en los consortes o de la declaración del Oficial del Registro Civil, para que se reconozca la inexistencia".

"...Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas (física y jurídica) originará la inexistencia del acto.

Relacionando el objeto del matrimonio con el de los actos jurídicos en general, podemos decir que desde el punto de vista estrictamente legal, existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos del

mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual. Asimismo, cuando existan hijos, el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que origina la patria potestad y la filiación en general." (121)

De aquí se desprende la idea de que además de la voluntad expresa de los consortes, se requiere la declaratoria que hace el juez del Registro Civil, lo que yo considero como una solemnidad para que el matrimonio se considere como válido.

Rojina Villegas en el concepto de matrimonio contempla dos aspectos: uno consiste en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, esto es exclusivamente respecto a la relación marido-mujer; y el otro aspecto se refiere a cuando existen hijos, surgiendo los derechos y obligaciones que origina el parentesco y la patria potestad.

#### 4.3.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ.

El matrimonio como acto jurídico está compuesto por elementos a los que se le llaman "de validez" y son:

- 1.- Capacidad de las partes.
- 2.- Ausencia de vicios en la voluntad.
- 3.- Licitud en el objeto, fin o condición del matrimonio.
- 4.- Formalidades o forma.

- 1.- Capacidad de las partes.

Sara Montero D. al respecto comenta lo siguiente: "Como el matrimonio es la forma regulada por la ley de la relación sexual y, en su caso, de la procreación, la capacidad que se exige es la del desarrollo sexual de las personas, es decir la pubertad o edad núbil....

(121) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 302

El Código Civil vigente para el Distrito Federal establece la edad de catorce años en la mujer y dieciséis en el hombre, como mínimos. Este requisito de edad admite como única excepción el que existan causas "graves y justificadas", y se entiende por tales el que los pretendientes ya hayan dado prueba de su capacidad generadora a través del embarazo de la joven. En este caso, señala el art. 148, se puede obtener "dispensa" (debiera decir autorización) de edad, y las autoridades que pueden darla son el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados según el caso....

Un convenio de Naciones Unidas (10 Dic 1962)... al que México ha ratificado recientemente (19 abril 83), exige a los países firmantes que en sus leyes se establezca la plena libertad de los contrayentes para expresar su consentimiento en el matrimonio y la prohibición de matrimonio entre niños." (122)

Rojina Villegas agrega que: "La capacidad de ejercicio es un elemento de validez en los actos jurídicos, en tanto que la capacidad de goce se presenta como esencial. Aplicando estas ideas al matrimonio, tenemos que distinguir entre la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce para celebrar dicho acto. Tienen capacidad de goce los que han llegado a la edad núbil o sea, en nuestro derecho, dieciséis años para el hombre y catorce para la mujer. Los menores de dicha edad, carecen de capacidad de goce para celebrar el matrimonio, es decir, hay un obstáculo insuperable que la propia ley reconoce para que puedan válidamente celebrar el citado acto. Sólo se exceptúa el matrimonio celebrado por menores de dicha edad, cuando haya habido hijos, o cuando sin haberlos habido, el menor hubiera llegado a los dieciocho años, y ni él ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad (Art. 237).

La capacidad de ejercicio en el matrimonio supone la capacidad de goce, es decir, que ya se tiene la edad núbil, pero que además se han cumplido los dieciocho años para poder celebrar válidamente el matrimonio. Además, se requiere no padecer locura ni alguna otra de las enfermedades que se indican en las fracciones VIII y IX del artículo 156.

(122) MONTERO DUHALT, Sara. Op.cit. Pág. 124 a 126.

Conforme al artículo 156, fracciones I y II, son impedimentos para celebrar el matrimonio, respectivamente la falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada y la falta de consentimiento del que, o lo que ejercen la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos. Cuando el matrimonio se celebra existiendo un impedimento, está afectado de nulidad, según previene el artículo 235, fracción II. Ahora bien, esta nulidad se regula de manera especial por los artículos 238 a 240.

Tratándose de la incapacidad de goce, es decir cuando un matrimonio se contrae por el hombre antes de cumplir los dieciséis años o por la mujer antes de llegar a los catorce, se presenta el problema relativo a determinar si hay una inexistencia o una nulidad. Conforme al artículo 237 se desprende que el legislador sanciona sólo con la nulidad el matrimonio así celebrado. Sin embargo, este artículo más bien está redactado para considerar que no habrá nulidad cuando haya habido hijos o cuando el menor hubiera llegado a los veintiún años, y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad. Por consiguiente, nada estatuye para el caso de que no haya hijos y se impugne el acto por el propio menor o por el otro cónyuge, antes de que el primero hubiere cumplido veintiún años. Aplicando los principios relativos a la imposibilidad jurídica que se consagran respectivamente en los artículos 1828 y 2224, consideramos que en tal hipótesis se trata de un matrimonio inexistente, pues la falta de capacidad de goce impedirá, por un obstáculo legal insuperable, que se pueda celebrar el matrimonio. El hecho de que se otorgue el acta correspondiente, no puede hacer desaparecer el obstáculo legal, ni puede tampoco el menor que no ha llegado a la edad núbil considerar que ha entrado a su status el derecho para celebrar el matrimonio. Habrá, por consiguiente, sólo una situación material consagrada en un acta, que podrá impugnarse entretanto no haya hijos o no llegue el menor a los veintiún años. Sin embargo, aunque estrictamente debe considerarse que se trata de un matrimonio inexistente, la ley permite su convalidación a través de las dos formas antes indicadas y, por lo tanto, debemos concluir que conforme a nuestro derecho positivo el matrimonio simplemente estará afectado de nulidad".<sup>(123)</sup> La capacidad en el matrimonio está contemplada en nuestra legislación desde el punto de vista del desarrollo sexual del hombre y la mujer, por lo que la ley establece como edad mínima para contraer matrimonio la de catorce años en la mujer y la de dieciséis en el hombre, esta regla se exceptúa cuando ya ha habido hijos en esa pareja. De aquí se desprende a lo que llamamos capacidad de ejercicio en el matrimonio y ésta supone la capacidad de goce.

(123) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 307 a 309.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 156 establece lo siguiente:

ARTICULO 156.- "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

I.- La falta de edad requerida por la Ley, cuando no haya sido dispensada;....

VIII.-La embriaguez habitual, la morfínomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias;

IX.- El idiotismo y la imbecilidad.... "

Estas fracciones son relativas a la capacidad requerida para las personas que desean contraer matrimonio, de lo que se desprende que deben estar en pleno uso de sus facultades físicas y mentales para poder ser titulares de derechos y obligaciones en el matrimonio.

2.- Ausencia de vicios en la voluntad.

Sara Montero en cuanto a la ausencia de vicios en la voluntad opina que:

"Enumerativamente los vicios de la voluntad son los siguientes: error, dolo, mala fe, intimidación (violencia) y lesión. En el matrimonio sólo pueden darse dos de estos vicios: el error y la intimidación; y no cualquier clase de error, sino únicamente el error de identidad.

EL ERROR DE IDENTIDAD.- Consiste en casarse con persona distinta de aquella con la que se desea unir. Obviamente esto sólo puede darse en los matrimonios que se realizan a través de apoderado.... No podrá alegarse error cuando el o la consorte no corresponde a lo que su pareja suponía sus cualidades o características (él o ella eran ricos, herederos, hacendados, virtuosos, católicos, parientes de influyentes, etc., etc.) y la realidad muestra lo contrario. En razón de lo mismo, no opera como vicio de la voluntad ni el dolo (maquinaciones o artificios para hacer caer en error) ni la mala fe (disimulación del error)...

**LA VIOLENCIA.**- Es el segundo vicio de la voluntad que puede invocarse para pedir nulidad de matrimonio. La violencia puede ser la genérica de todo acto jurídico: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante (de su cónyuge), de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado (art. 1819 CC). Existe además otra forma particular de violencia propia del acto matrimonio. Esta se llama raptó. Está recogida en el artículo 156, F. VII del CC. que a la letra dice: "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio: F. VII. La fuerza o miedo graves. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptó y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad..." (124)

El Código Civil vigente en el Distrito Federal establece lo siguiente:

**ARTICULO 235.- I.-** Son causa de nulidad de un matrimonio: El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndolo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra,..."

Este artículo se refiere al error en cuanto a la persona que se puede dar en el matrimonio y es la única clase de error que se puede presentar en el matrimonio y sólo se da en los matrimonios celebrados a través de apoderado.

En cuanto al miedo y la violencia el código de referencia estatuye lo siguiente:

**ARTICULO 245.-** "El miedo y la violencia serán causa de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes:

- I.- Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;
- II.- Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio;
- III.- Que uno u otro hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

(124) MONTERO DUHALT, Sara. Op.cit. Pág. 126 y 127.

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación."

Respecto a este artículo se desprende que si el consentimiento o voluntad se ven afectados por un coacción o fuerza sobre la persona para emitir dicho consentimiento, será causa de nulidad del matrimonio, como se ha comentado con anterioridad.

3.- Licitud en el objeto, fin o condición del matrimonio. Sara Montero nos dice que la licitud del matrimonio: "Significa este requisito de validez que el matrimonio deber realizarse sin que medien las prohibiciones legales señaladas en el código con la palabra "impedimentos".

"Impedimentos"... se emplea únicamente al hablar de las prohibiciones legales para contraer matrimonio y tiene su origen en el derecho canónico.....

....debe desecharse la palabra "impedimentos" y sustituirla por la de "prohibiciones"...las normas, en cuanto a su contenido, son de tres clases: imperativas, prohibitivas y permisivas. Las primeras señalan deberes manifestados como conductas activas (dar o hacer); las segundas expresan conductas negativas (no hacer o abstenerse), y las terceras no imponen ni prohíben determinada conducta, sino que implican la libertad del sujeto a quien van dirigidas, de optar por la conducta señalada en la norma, o rechazarla.

La licitud del matrimonio consiste, por lo tanto, en que el mismo se efectúe sólo entre las personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo al cabo. Estas prohibiciones para contraer matrimonio son siempre circunstancias en cuanto a algunas condiciones de los individuos, o en razón de no efectuarlo con ciertas y determinadas personas.....

LOS IMPEDIMENTOS.- "Los impedimentos están enumerados en las diez fracciones del artículo 154 y en los artículos 157, 158, 159 y 289 del Código Civil y son los siguientes:

1).- La falta de edad (14 y 16) años para la mujer y el hombre respectivamente) si no ha sido dispensada. Dispensa es otra palabra de ascendencia canónica, el término correcto a emplear debiera ser "autorización". Este impedimento constituye la falta de capacidad, ya analizada en el primer elemento de validez del acto jurídico.

- 2).- La falta de consentimiento de quien debe darlo (los representantes legales de los menores o el juez en su caso) arts. 149 a 152.
- 3).- El parentesco de consanguinidad en línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el segundo grado (hermanos y medios hermanos). El parentesco por consanguinidad en tercer grado (tíos-sobrinos) si no se obtiene previamente la autorización judicial.
- 4).- El parentesco por afinidad en línea recta sin limitación de grado.
- 5).- El adulterio habido entre personas que pretendan contraer matrimonio. Adulterio judicialmente comprobado.
- 6).- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.
- 7).- La fuerza o miedo grave y el rapto (se analizó como vicio de la voluntad).
- 8).- El uso habitual de alcohol y demás drogas. La impotencia incurable y ciertas enfermedades peligrosas para la salud del cónyuge sano y para la posible descendencia.
- 9).- El idiotismo y la imbecilidad.
- 10).- El matrimonio subsistente.
- 11).- El lazo de adopción entre los que pretendan casarse mientras no sea disuelto.
- 12).- El plazo de viudez para la mujer (300 días después de extinguido un matrimonio por muerte, divorcio o nulidad).
- 13).- La relación de tutela entre el tutor(iz) y pupilo(a) mientras no se hayan rendido cuentas de la misma.
- 14).- El divorcio previo al matrimonio en el que el divorciado debe de esperar uno o dos años, antes de contraer nuevo matrimonio.

Si un matrimonio se contrae mediante las prohibiciones legales, el mismo será ilícito y las consecuencias jurídicas son diversas, dependiendo cuál fue la prohibición que se violó. Habrá lugar a la nulidad absoluta, a la nulidad relativa a simplemente el matrimonio tendrá la calidad de ilícito, pero no nulo".<sup>(125)</sup>

En cuanto a la ilicitud del matrimonio, el código civil para el Distrito Federal establece impedimentos para contraer matrimonio y son los siguientes:

ARTICULO 156.- "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

....III.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan detenido dispensa;

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad."

Rojina Villegas al respecto comenta que: "El artículo 156 enumera diez impedimentos para contraer matrimonio, previniéndose en el artículo 235, fracción II, que el matrimonio será nulo cuando se celebre concurriendo algunos de los citados impedimentos.

(125) *Ibidem*. Pág. 127 a 129.

Tradicionalmente se han caracterizado los impedimentos distinguiendo, según el derecho canónico, los dirimentes de los impedientes.

Los impedimentos dirimentes son aquellos que originan la nulidad del matrimonio, en tanto que los impedientes no afectan su validez, pero motivan determinadas consecuencias.

El artículo 156 consagra exclusivamente impedimentos dirimentes, ya que todos ellos originan la nulidad del matrimonio. En cambio en el artículo 264 se reconocen los impedimentos impedientes, que no afectan la validez del acto. Dice este último precepto: "Es ilícito, pero no nulo el matrimonio:

I.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa.

II.- Cuando no se haya otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289". A su vez, en los artículos 158, 159 y 289 se contienen prohibiciones para contraer matrimonio, pero si éstas son violadas, el matrimonio sólo se considerará ilícito, pero no nulo. Respectivamente estatuyen los preceptos citados: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación".

"El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado a está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela".

"Si el matrimonio se celebrare en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, el juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa".

"En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse, sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio".

"Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio"....

De la clasificación canónica podemos aceptar las definiciones propuestas, para aplicarlas nuestro derecho, pues ya dijimos que según el artículo 235, fracción II, habrá nulidad del matrimonio cuando éste se contraiga existiendo impedimentos direntes, en tanto que cuando sólo existan los impedimentos impeditos, sólo cabe decir que el matrimonio es válido, pero ilícito según la terminología un tanto contradictoria de nuestra ley".<sup>(126)</sup>

Antonio de Ibarrola agrega lo siguiente: "El nombre de impedimento matrimonial (impedimentum matrimonii) que empieza a emplearse en el siglo XII para designar cuanto se opone a la celebración del matrimonio, adquirió en seguida carta de naturaleza en el lenguaje jurídico. Todavía lo conserva nuestro Código civil. Este concepto abarca determinadas cualidades personales y circunstancias materiales que, conforme a derecho, se oponen a la celebración del matrimonio de aquél a quien afectan. El Derecho canónico entiende por impedimentos matrimoniales aquellas cualidades o circunstancias que antecedentemente al mismo imposibilitan a una persona para contraer matrimonio..."

#### IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES, IMPEDIMENTOS DIRIMENTES.

Los primeros, mientras existían antiguamente, impedían la celebración del matrimonio, y lo dilataban hasta el momento de su remoción, pero sin afectar a la validez de los matrimonios celebrados en contravención a ellos: impedimenta impeditia. Los otros no permiten que se produzca un matrimonio válido y obligan a disolverlo si ya se verificó: impedimentos dirimentes, impedimenta dirimentia. Aún cuando el impedimento sólo exista de una parte, y no afecte más que a uno de los contrayentes, determina la invalidez o nulidad del matrimonio proyectado.

En derecho canónico actual y en derecho mexicano no se conocen impedimentos prohibitivos....

(126) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 310 y 311.

## IMPEDIMENTOS TEMPORALES E IMPEDIMENTOS PERPETUOS.

Atendiendo a la duración, hay algunos impedimentos que se extinguen por sí mismos con el transcurso del tiempo: impedimenta temporánea, como es el de edad (recordemos que el Código de 1870 exigía catorce años en el hombre y doce en la mujer), art. 164". Nuestro Código conoce también el proveniente de la adopción, y manda: "El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción" (art.157).

También establece (art. 158) que: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz a un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación."

Existe también otro impedimento temporal establecido en nuestro artículo 159: "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor." Agrega a continuación (art. 160) que: "Si el matrimonio se celebrare en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, el Juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa."

## IMPEDIMENTOS DISPENSABLES Y NO DISPENSABLES.

Una vez que nuestro Código ha hecho la enumeración de los impedimentos en su artículo 156, incluye en éste un último párrafo que establece con toda claridad que: "De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual". (127)

(127) IBARROLA, Antonio de. Op.cit. Pág. 218 a 220.

La licitud en el matrimonio se refiere que éste se celebre de acuerdo a los requisitos establecidos en la ley, ya que existen impedimentos o prohibiciones para celebrarlo, es decir, que el matrimonio debe celebrarse sólo entre personas que no tienen prohibiciones para hacerlo.

Nuestro código señala tanto impedimentos dirimentes como impedientes, los primeros son aquellos que al presentarse traen la nulidad del matrimonio y son los consagrados en el artículo 156 del código civil vigente en el Distrito Federal; los segundos son aquellos que no afectan la validez del acto, es decir, es ilícito el matrimonio pero no nulo, idea que considero un poco contradictoria ya que pienso que para que sea válido plenamente el acto debe ser lícito.

Pero al respecto Galindo Garfias comenta lo siguiente:

... "El matrimonio que se celebra sin que se haya cumplido alguno de los requisitos cuyo omisión no está sancionada con la nulidad del acto, es válido, aunque produce sanciones de otra naturaleza distinta de la nulidad. Es un matrimonio ilícito. En ese caso, el legislador no ha querido que pierdan eficacia los matrimonios que así celebrados, por ser irregulares, considera ilícitos.

La ilicitud en materia de matrimonio, connota una idea de reprobación jurídica contra el acto que no debió haberse celebrado, porque no se cumplieron determinadas condiciones jurídicas, previas a la celebración del matrimonio y que no son intrínsecas, ni a las personas ni al acto mismo, sino que se refieren a cierta situación particular en que se encuentra alguno de los contrayentes.

Las causas que producen la ilicitud del matrimonio comprenden:

- 1º Los impedimentos susceptibles de dispensa (falta de edad núbil y el parentesco de consanguinidad en la línea colateral desigual), si se ha solicitado una dispensa y el juez del Registro Civil celebra el matrimonio, antes de que se haya concedido aquélla;
- 2º Si entre los contrayentes existe el vínculo de la tutela o de la curaduría y el matrimonio se celebra antes de que el Juez de lo Familiar haya concedido autorización para celebrarlo;

3º Si no ha transcurrido el plazo de trescientos días, después de que ha sido disuelto el primer matrimonio (por muerte del marido, por divorcio o nulidad) durante el cual, la mujer no debe contraer el segundo (artículo 264 del Código Civil);

4º Cuando no han transcurrido los plazos, en caso de divorcio, que se impone a los divorciados, ya se trate de divorcio contencioso o de divorcio voluntario, para que puedan contraer nuevas nupcias (artículo 289 del Código Civil).

En estos casos, el ordenamiento ha querido negar su aprobación señalándolo con la marca de la ilicitud al matrimonio que el juez del Registro Civil ha celebrado, violando el deber jurídico de respetar el orden jurídico establecido, aunque haya decretado la nulidad del acto.

La sanción que se establece, no se dirige a la destrucción del acto, sino que consiste en la imposición de penas de otra naturaleza, contra sus autores. En la hipótesis de que un mayor de edad, contraiga matrimonio con un menor de edad, sin la autorización correspondientes, el artículo 265 del Código Civil, establece que incurrirán en las penas que señale el Código de la materia, quienes intervengan en una tal celebración.

El juez del Registro Civil, que autorice un matrimonio ilícito incurre en responsabilidad, que puede ser sancionada con al destitución de empleo, sin perjuicio de las penas aplicables, por la comisión del delito que pueda existir (artículos 46 y 47 del Código Civil)". (128)

#### 4.- Formalidades del Matrimonio.

...."Se debe cumplir con ciertos requisitos de forma al solicitar el matrimonio y en el momento mismo de contraerlo.

Las formalidades previas al matrimonio se han reducido en el Código de 1928 a llenar una solicitud que ya viene impresa, con todos los datos que en la misma se piden, y acompañarla con otros documentos. En los códigos del siglo pasado, por influencia del derecho canónico, los requisitos previos eran mayores y tenían por finalidad impedir matrimonios entre personas que no debieran realizarlo por tener impedimentos legales.

(128) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Op. cit.* pag. 539 y 540.

En el derecho canónico, por ejemplo, deben hacerse las llamadas amonestaciones, leídas durante tres domingos consecutivos durante la Misa Mayor. Los códigos del siglo pasado exigían que con la solicitud se presentaran dos testigos por cada pretendientes; se fijaba una copia de la solicitud en lugar visible del despacho del funcionario del Registro Civil y otras dos en lugares públicos. Deberían permanecer fijadas durante quince días y sólo pasado ese término sin denuncias de impedimentos se podía señalar fecha y hora para la celebración.

A partir de 1917, con la Ley sobre Relaciones Familiares, se simplificaron los requisitos de manera como lo regula nuestro actual código...." (129)

El Código Civil establece las formalidades del matrimonio en los siguientes artículos:

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

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si estos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta;

II.- Que no tiene impedimento legal para casarse, y

III.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y si alguno no pudiere o no supiere escribir, lo hará otra persona conocida, mayor de edad y vecina del lugar.

ART. 98.- Al escrito a que se refiere el artículo anterior, se acompañará:

I.- El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce;

(129) MONTERO DUHALT, Sara. Op.cit. Pág. 129 y 130.

- II.- La constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre las personas a que se refieren los artículos 149, 150 y 151;
- III.- La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse. Si no hubiere dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos;
- IV.- Un certificado suscrito por un médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica e incurable, que sea, además, contagiosa y hereditaria.....
- V.- El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el juez del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.

Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.

- VI.- Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente; y
- VII.- Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.

ART. 101. El matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes, en el lugar, día y hora que señale el juez del registro civil.

ART. 102. En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el juez del registro civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44 y dos testigos por cada uno de ellos, que acrediten su identidad.....

ART. 103. Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

- I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;
- II.- Si son mayores o menores de edad;
- III.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;
- IV.- El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban suplirlo;
- V.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;
- VI.- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la ley y de la sociedad;
- VII.- La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;
- VIII.- Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en qué grado y en qué línea;
- IX.- Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos, y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.

Rojina Villegas en cuanto a las formalidades consagradas en nuestro Código Civil vigentes en el Distrito Federal comenta que: "... De acuerdo con lo que se ha expuesto, al artículo 103 consagra las formalidades que deberán observarse en la celebración del matrimonio y en la redacción del acta correspondiente. Sólo se exceptúa la solemnidad que exige la fracción VI del propio precepto, relativa al consentimiento de los contrayentes, y a la declaratoria del Oficial del Registro Civil, así como a la existencia misma del acta que deberá otorgarse por el citado Oficial del Registro Civil y en el libro correspondiente, según previene el artículo 37.

No todas las formalidades que consagra el artículo 103 son necesarias para la validez del matrimonio, pues podrán omitirse algunos datos que por su importancia secundaria, indiscutiblemente no afectarán la validez de ese acto jurídico. Tales serían, por ejemplo, el no mencionar la ocupación de los contrayentes, de sus padres o abuelos, así como el omitir el estado, ocupación y domicilio de los testigos, y su declaratoria sobre si son o no parientes de los contrayentes y en qué grado". (130)

Nuestra legislación establece una serie de requisitos a los que llamamos formalidades para celebrar el matrimonio, que van desde el momento de su solicitud hasta el momento de su celebración.

Hay formalidades que no son tan importantes como otras y que su falta no importaría tanto, pero hay requisitos que si son importantes, sobre todo aquellos referentes exclusivamente a los contrayentes y dentro de estos artículos la única solemnidad requerida es el consentimiento de los contrayentes en forma expresa y la declaratoria del Juez del Registro Civil, así como la expedición del acta en que conste la celebración del matrimonio.

(130) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 307

#### 4.4. ORGANIZACION DEL MATRIMONIO

"Una vez celebrada la ceremonia matrimonial con todos los requisitos de existencia y validez que la ley exige al respecto, surge para los contrayentes un nuevo estado civil, el estado de casados, mismo que está regulado por la institución matrimonial.

El estado de casados implica la aplicación imperativa de una serie de deberes y derechos recíprocos entre los cónyuges....." (131)

Galindo Garfias agrega que:... "La conducta de los cónyuges debe conformarse a las normas jurídicas establecidas por el derecho objetivo, sin posibilidad alguna de que por la voluntad de las partes, los cónyuges puedan sustraerse al cumplimiento de los deberes que son parte integrante y forman la esencia de la institución....

Las relaciones conyugales que configuran el estado jurídico matrimonial presentan... con mucha claridad, la característica general que hallamos en todo el derecho de familia: los deberes que el ordenamiento objetivo impone a los cónyuges, tiene un contenido fundamentalmente moral (y ello explica por otra parte que se hable de deberes propiamente dichos). El derecho, para dar firmeza y solidez a la institución misma, ha establecido sanciones jurídicas para lograr en su caso por medio de la coacción, cuando ella es posible, el exacto cumplimiento de los deberes, que siendo de contenido fundamentalmente ético, informan la estructura orgánica del matrimonio, desde el punto de vista jurídico...

...Las relaciones jurídicas que dan forma al estado de matrimonio, tienden todas ellas y de allí el carácter institucional de ese estado, a asegurar una comunidad de vida permanente entre los cónyuges (affectio maritalis)....

En nuestro derecho matrimonial, las relaciones derivadas del vínculo matrimonial son permanentes, en el sentido de que las relaciones no desaparecen, ni se extinguen por su cumplimiento son de tracto sucesivo y por lo demás, el vínculo se contrae en principio con la intención y el propósito de que se prolongue durante la existencia de los consortes....

(131) MONTERO DUHALT, Sara. Op.cit. Pág. 139 y 140.

....El matrimonio forma un estado entre los consortes constituidos por un conjunto de vínculos que imponen deberes y derechos, que no pueden ser renunciados por la sola voluntad de las partes, permanentes, recíprocos y que establecen un conjunto de relaciones de contenido ético jurídico". (132)

Al celebrarse el matrimonio, nacen una serie de derechos y obligaciones para los cónyuges, mismas que se encuentran reguladas y protegidas por nuestra legislación con el objeto de que sea una relación estable y equitativa.

#### 4.4.1. EFECTOS DEL MATRIMONIO.

Varios autores coinciden en la diversidad de efectos que producen el matrimonio, Rojina Villegas opina que: Los efectos del matrimonio se determinan desde tres puntos de vista:

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

##### 4.4.1.1. EFECTOS ENTRE CONSORTES.

En el matrimonio los derechos subjetivos principalmente se manifiestan en las facultades siguientes:

1.- El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación. 2.- El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente. 3.- EL derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos. 4.- El derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua". (133)

(132) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 543 a 545.

(133) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 329

1.- El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación. El Código Civil vigente en el Distrito Federal al respecto establece lo siguiente:

ART. 163.- "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar insalubre o indecoroso."

Galindo Garfias al respecto agrega lo siguiente: "El marido y la mujer deben vivir juntos, en el domicilio conyugal. Así lo establece el artículo 163 del Código Civil.

Cohabitar significa habitar una misma casa, vivir bajo el mismo techo el marido y la mujer. Este deber jurídico, la vida común de los cónyuges, es esencial en el matrimonio.

El vínculo jurídico por el cual los cónyuges están obligados a vivir juntos, se impone a los consortes, porque como elemento esencial del estado de matrimonio, hace posible en forma natural, el cumplimiento de los deberes de fidelidad y de ayuda recíproca.

El cumplimiento del deber de cohabitación, es un supuesto o condición indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio.

En el derecho canónico, el matrimonio como estado (in facto esse) consiste precisamente en la vida en común entre los consortes, que resulta del cumplimiento del deber de cohabitación. En el sentido romano se caracteriza al estado de matrimonio, por ese convivir juntos de los consortes (individua vitae consuetudo).

La vida en común de los consortes ("Comunidad de lecho, mesa y habitación") elemento material de la institución del matrimonio se convierte en un deber jurídico y esa vida en común que se impone a los cónyuges, en el ordenamiento jurídico encuentra una sanción.

El incumplimiento del deber de cohabitación por uno de los cónyuges da lugar a la disolución del vínculo matrimonial, si se prolonga por más de seis meses sin causa justificada.... o por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación....

Al deber de cohabitación de un cónyuge, corresponde en el otro, el derecho de vivir al lado de su consorte. Esta, como todas las relaciones matrimoniales, presenta el acto de reciprocidad.

Dentro de la institución del matrimonio, el complejo de deberes, poderes, derechos y obligaciones, a cargo de los consortes, se reduce a una unidad conceptual. Las normas de derecho objetivo no crean esos deberes; sólo señalan la forma en que se han de realizar las prestaciones recíprocas entre los cónyuges y los casos en que se incurre en las sanciones que garantizan su cumplimiento". (134)

Rojina Villegas complementa dicha idea con lo siguiente:

"...El derecho a exigir una vida en común, con la obligación de habitar bajo el mismo techo, es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio. Podemos decir que constituye la relación jurídica fundante de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o derivadas. La vida en común implica la relación jurídica fundante, por que si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas". (135)

Nuestra legislación establece como requisito indispensable del matrimonio que el hombre y la mujer casados deben habitar en el mismo domicilio, al que se le denomina domicilio conyugal; ya que sólo de este modo podrán tener una vida en común que es uno de los objetivos del matrimonio, y tener autoridad e independencia en su propio hogar.

(134) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 545 y 546.

(135) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 329 y 330.

## 2.- El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente.

Rafael Rojina V. continúa diciendo al respecto que: "....Se trata de una forma sui-générís que sólo puede existir,... en este tipo de relación intersubjetiva, ya que cada uno de los sujetos está facultado para interferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima, que impone la relación sexual. No sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en qué términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esta facultad....Para dar cumplimiento a los fines del matrimonio... En algunas definiciones, tanto de la doctrina como de la ley, se señala la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

Desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio.

En relación con este deber, se establece como impedimento dirimente para contraer matrimonio, la impotencia incurable para la cópula; pero si la nulidad del vínculo no se demanda dentro de los sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio.... ya no habrá sanción al incumplimiento del débito carnal, pues el divorcio sólo procederá si la impotencia sobreviene a la celebración del matrimonio...." (136)

Dentro de este punto cabe mencionar el derecho a la libre procreación y sobre esto nuestro código civil establece lo siguiente:

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

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."

(136) Ibidem. Pág. 330

De este concepto se desprende que sólo los cónyuges podrán decidir sobre el número de hijos que desean tener y nadie más podrá intervenir puesto que la ley les dá esa facultad sólo a los esposos pero éstos lo deberán decidir en forma responsable.

Sara Montero D. agrega: "...En la legislación actual se establece la igualdad y reciprocidad de derechos y deberes entre los cónyuges. Así, ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. En vista de ello los dos decidirán de mutuo acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos..... si tienen relaciones armónicas y se ponen de acuerdo al respecto, ellos "tratarán" de tener tal número de hijos, y el espaciamiento entre unos y otro,... Por un lado, no todas las parejas tienen la capacidad fecundante a su disposición, ni en favor ni en contra.... Y en otras ocasiones, pese a los medios anticonceptivos usados, aun los más eficaces, surge el embarazo indeseado..... El derecho a la libre procreación que debe ser ejercido de mutuo acuerdo por lo cónyuges puede dar lugar a serios conflictos entre la pareja... Cuestiones... correspondientes a la.... intimidad entre consortes. Si no se plantean y se resuelven con verdadero mutuo acuerdo, pueden llevar al rompimiento del matrimonio..." (137)

### 3.- El deber de fidelidad.

Rojina Villegas dice lo siguiente: "El derecho a exigir fidelidad, y la obligación correlativa, implican fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio sí implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. No sólo existe, en relación con el deber correlativo, la prohibición de realizar el adulterio, con la sanción penal correspondiente y la civil relativa al divorcio, pues podemos encontrar aquí diferentes grados y, por lo tanto, distintas formas de incumplimiento. El adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilicitud por lo que se refiere a ese deber. Además, no sólo se comprende el aspecto estrictamente jurídico, sino también y de manera fundamental, el aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica...." (138)

(137) MONTERO DUHALT, Sara. Op.cit. Pág. 140 y 141.

(138) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 330 y 331.

Galindo Garfias agrega: "Los derechos y obligaciones que concretamente se imponen a los cónyuges, tienen en el matrimonio fuentes normativas primordiales éticas, sociales y religiosos, que el derecho, reconoce como parte integrante de la institución y las hace suyas. El deber de fidelidad, como el concepto de "buena fe" en los contratos, es un concepto de contenido moral que protege no sólo la dignidad y el honor de los cónyuges, sino la monogamia, base de la familia.

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

No existe un precepto legal expreso, establecido en el Código Civil, que de una manera directa, como ocurre en lo que se refiere al deber de cohabitación y de mutua ayuda, establezca que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad....

La sanción estrictamente civil en que se incurre al violar este deber, es el divorcio (artículo 267 fracción I del Código Civil). Es decir, es causa de la disolución del vínculo matrimonial con las consecuencias pecuniarias que se imponen al cónyuge que ha dado causa a él (artículos 286 y 287 del Código Civil).

Al deber de fidelidad corresponde el derecho recíproco de los cónyuges de exigir del otro, la prestación del "débito conyugal".

...el deber de fidelidad no se agota en la sola abstención impuesta a los cónyuges de tener relaciones carnales con otra persona distinta de su consorte.

El concepto de fidelidad, tiene una connotación más amplia, cuya violación no se agota en los delitos de bigamia y adulterio, porque no sólo tiene un contenido sexual sino de clara esencia ética; de allí que entre aquellos dos delitos el deber de fidelidad, no pueda establecerse una línea de paralelismo.

En ciertos casos, no sólo implica la abstención de contactos sexuales extramatrimoniales, sino que desde el punto de vista civil y atendiendo a las condiciones sociales culturales y personales de los cónyuges, comprende la abstención de todos aquellos actos que aun cuando no lleguen a la consumación del adulterio y aun no conduzcan a relaciones eróticas entre un cónyuge y una tercera persona, pueden constituir una violación al deber de fidelidad (de allí su contenido moral) en tanto esos hechos o actos, revelen que se ha roto o que se ha lesionado gravemente la unidad de vida que debe existir entre los consortes.

En este sentido los actos que violen el deber de fidelidad sin que lleguen a constituir propiamente adulterio, pueden dar lugar a una injuria grave (artículo 267 fracción XI del Código Civil), lesionar el honor y la dignidad del cónyuge inocente, en cuanto revelan que el culpable, no otorga a su consorte el lugar que en la vida de aquél debe tener éste como esposo o como esposa; es decir, revelan que se ha roto la íntima comunidad espiritual y no sólo la externa o material que debe existir en el matrimonio, al grado de que se haya hecho imposible la estrecha amistad de los consortes, a fin de que esa unión sea más íntima y al efecto más fuerte....." (139)

En cuanto a la fidelidad considero que la ley no la establece en forma expresa pero se sobreentiende, puesto que la legislación sanciona el adulterio y es causal de divorcio.

Por fidelidad se entiende más que como un deber jurídico, un deber moral porque es el respeto al cónyuge y a uno mismo, y la ley pretende proteger a la familia que es la base de la sociedad, además de que en nuestro país sólo se permite la manogamia. Pero la fidelidad no se ve afectada sólo por el adulterio ya que aunque el cónyuge no llegue a tener una relación íntima con una tercera persona, no está respetando el lugar de su respectivo cónyuge y está faltando a su deber moral como esposo o esposa.

4.- El derecho y la obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua. El Código Civil del Distrito Federal estatuye lo siguiente:

(139) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 549 y 550.

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

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar."

ART. 165.- "Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos."

Galindo Garfías nos explica que: "La ayuda recíproca, el mutuo auxilio que se deben entre sí los consortes, constituye sin duda un elemento esencial, muy principal del matrimonio.

Pothier cuando se refería que una de las finalidades del matrimonio consiste en ayudarse a "soportar las cargas de la vida", señalaba tal deber de asistencia, que no es un fin, sino un elemento consustancial del matrimonio; y de tal importancia que llega a confundirse con el vínculo conyugal.

El socorro mutuo que deben presentarse los cónyuges es un deber más amplio que la obligación de dar alimentos. Esta obligación se refiere a la satisfacción de las necesidades de subsistencia del acreedor alimenticio. El socorro recíproco comprende además el consejo, la dirección, el apoyo moral con los que un cónyuge debe ayudar al otro, en las vicisitudes de la vida. Debe recordarse que los alimentos comprenden la comida, el vestido y la asistencia en casos de enfermedad (artículo 302 y 308 del Código Civil).

El deber de asistencia a que se refiere el artículo 162 regula la conducta externa, recíproca de los consortes que en el matrimonio han establecido una comunidad de vida, sin que el derecho por esta razón deba ocuparse de los motivos sentimentales de tal conducta.

El deber de asistencia recíproca constituye la síntesis y el resumen del concepto civil y canónico del matrimonio. Los canonistas hablan de él como el *mutuum adiutorum*. En este deber se manifiesta el íntimo consorcio en que consiste el matrimonio.

El párrafo segundo del artículo 62 reformado por decreto publicado el 31 de diciembre de 1974 refleja en esencia el texto también reformado, en esa misma fecha, del artículo 4º constitucional.

Ambos preceptos postulan el principio de lo que se ha llamado la planeación familiar y que el artículo cuarto de la Constitución Federal en su parte relativa, enuncia así: "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

El artículo 162 del Código Civil en comento dispone: toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

De esta manera el concepto "planeación familiar" congruente con la política demográfica adoptada por el Gobierno de la Nación de acuerdo con los principios aprobados en la Conferencia Mundial de población celebrada en Bucarest, en agosto de 1974 se proyecta en la estructura del matrimonio y se le hace descansar en la libre determinación de ambos cónyuges para determinar, sin interferencias ajenas, el número de miembros (descendientes) que constituyen a través de la procreación el grupo familiar. En este sentido la paternidad responsable forma parte de uno de los deberes de los cónyuges y expresa en el derecho moderno una importante transformación en la estructura de la familia.

El socorro, la ayuda recíproca incluye, pero es el algo distinto, a la simple obligación de dar alimentos; excede en gran medida la ministración de los elementos económicos para satisfacer sólo las necesidades materiales del esposo o de la esposa; comprende todo lo que requiere una vida digna, del esposo o de la esposa; en un sentido amplio y no sólo para subsistir. El socorro y ayuda comprenden el elemento espiritual, el consejo, la dirección, el apoyo moral, con los que un cónyuge deber acudir a asistir al otro, en las vicisitudes de la vida.

Al imponer el artículo 162 del Código Civil a los cónyuges, el deber de asistencia mutua, el derecho regula la conducta externa de los consortes en este respecto y su resultado sin que deba ocuparse del motivo sentimental por el que se realice ese deber. Pues bien, el deber de asistencia, de ayuda mutua entre los cónyuges, se aproxima en la medida de lo jurídicamente posible al elemento ético, interno el "amor" a que se refiere tan ilustre tratadista." (140)

En los artículos 164 y 165 del Código Civil antes transcritos se desprende en primer término, que los cónyuges deben contribuir al sostenimiento del hogar, alimentación, y a su hijos, pero no se hace referencia expresa si ambos trabajan, y también pueden aportar bienes aunque no trabajen, es decir, en muchos matrimonios el marido es el que trabaja y el que contribuye económicamente, la esposa atiende todo lo referente al hogar y no recibe un sueldo por ello pero contribuye al desarrollo armónico del hogar y no por ello está faltando a lo establecido por el artículo 164 puesto que de común acuerdo los cónyuges determinaron esa situación.

Pero no sólo la asistencia y ayuda mutua comprende el sentido económico sino que también moral, puesto que como seres humanos todos necesitamos de alguien que nos apoye, nos aconseje, que nos ayude en las situaciones buenas y malas y nos haga llevar de una manera más tranquila las circunstancias que se presentan en la vida y sacarlas adelante.

#### 4.4.1.2. En las personas de los hijos:

Nuestra legislación establece como obligación de los esposos la atención debida a sus hijos, que además del deber de alimento, se les debe proporcionar una formación adecuada y una educación.

Así en el artículo 68 nuestro código civil establece:

ART. 168.- "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente."

(140) *Ibidem*. Pág. 551 y 552.

Rojina Villegas argumenta como efectos del matrimonio respecto a los hijos lo siguiente: "Los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista: a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos; b).- Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsiguiente matrimonio de sus padres, y c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

Analizaremos sucesivamente los tres efectos citados:

- a).- El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo. El artículo 324 dispone: "Se presumen hijos de los cónyuges: I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".
- b).- Legitimación de los hijos naturales por el subsiguiente matrimonio de sus padres.- Los artículos 354 a 359 regulan esta importante consecuencia, que en nuestro derecho sólo puede obtenerse por el matrimonio y no por un decreto de Jefe del Estado, como sucede, por ejemplo, en el derecho italiano o alemán. Dice el artículo 354: "El matrimonio subsiguiente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos habidos antes de su celebración.
- c).- Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad. En nuestro derecho, a diferencia de otras legislaciones el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean legítimos o naturales. Por este motivo, nuestro Código Civil al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad de hijo legítimo o natural, sino que confiere ese poder al padre y madre, a los abuelos paternos y a los abuelos maternos, conforme al orden reconocido en el artículo 420, es decir, primero a los padres, a falta de ellos, a los abuelos paternos y a los y en su defecto a los abuelos maternos. En los artículos 415 a 418, expresamente el Código regula el ejercicio de la patria potestad para el caso de hijos naturales. Por consiguiente, el matrimonio sólo viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, respecto de los hijos legítimos".<sup>(141)</sup>

(141) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 337

De este modo se tienen las obligaciones contenidas en el artículo 168 cuando se trate de hijos que nacieron dentro del matrimonio o una vez disuelto pero dentro de las 300 días posteriores a ella, pues tratándose de hijos naturales jurídicamente no se tiene dicha obligación pero considero que por deber moral se debe cumplir con las obligaciones que establece la ley a los padres respecto a sus hijos.

#### 4.4.1.3. En los bienes de los cónyuges.

Galindo Garfias comenta que: "El matrimonio no solamente produce efectos en cuanto a las personas de los cónyuges y a los hijos de éstos, también los produce sobre el patrimonio de los cónyuges; es decir, sobre los bienes que pertenecen o que lleguen a pertenecer, a los consortes..."<sup>(142)</sup>

El autor citado, así como Sara Montero y Rojina Villegas coinciden en la siguiente clasificación de los efectos del matrimonio.

"El estudio de los efectos del matrimonio comprende:

- a) Las donaciones antenupticiales.
- b) Las donaciones entre consortes, y
- c) Los regímenes matrimoniales.

#### 4.4.1.3.1.- DONACIONES ANTENUPTICIALES

Así se designa en general a los actos de enajenación (liberalidades) que a título gratuito, hace uno de los futuros consortes al otro, en consideración al matrimonio. También son donaciones antenupticiales las enajenaciones que en forma gratuita, hace un extraño en favor de uno de los futuros cónyuges o de ambos, en razón del matrimonio.

Estas donaciones, entre los futuros consortes, o las que realizan en favor de ellos los terceros, tiene en común estos datos:

<sup>(142)</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 558

Quien hace la donación (donante) la realiza en consideración al matrimonio y quien o quienes la reciben (donatarios) ha de ser siempre uno de los futuros esposos, o ambos si el donante se propone favorecer a la vez a los dos futuros cónyuges.

En todo caso la donación antenupcial, como su nombre lo indica, ha de ser anterior al matrimonio.

Aunque la causa de las donaciones antenupciales es la misma la celebración del matrimonio y el beneficiario o los beneficiarios de la liberalidad, son siempre las personas que van a contraerlo, el Código Civil establece algunas distinciones respecto del tratamiento legal aplicable a las donaciones antenupciales, si el donante es una de las personas que van a contraer matrimonio o si quien otorga la liberalidad es un extraño.

El Código Civil define las donaciones antenupciales así: Se llaman antenupciales, las donaciones que antes del matrimonio hace un esposo a otro, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado (artículo 219).

Son también donaciones antenupciales, las que un extraño hace a uno de los esposos o a ambos, en consideración al matrimonio (artículo 220 del Código Civil)". (143)

Respecto a estas donaciones Sara Montero agrega que: "Se entienden por donaciones antenupciales los regalos, obsequios, que un prometido hace al otro, o los que hacen los terceros, a uno de ellos o a ambos, antes y en razón del matrimonio....

Las donaciones antenupciales que hace un cónyuge a otro no podrán exceder en su conjunto de la sexta parte de los bienes del donante. El exceso se considerará inoficioso. Quiere ello decir, que si las donaciones pasan de la sexta parte que permite la ley, se reducirán hasta ese límite...

Si no llegare a realizarse el matrimonio en virtud del cual se hicieron donaciones, éstas quedarán sin efecto."

(143) Ibidem. Pág. 559 y 560.

#### 4.4.1.3.2. DONACIONES ENTRE CONSORTES.

"Se llaman así las que hace un cónyuge a otro durante la vigencia del matrimonio. Serán válidas si no son contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos...

De más está decir que las donaciones entre consortes solamente pueden tener lugar cuando el matrimonio está regido por el sistema de separación de bienes. En el régimen de sociedad conyugal todos los bienes pertenecen en común a los dos cónyuges, por lo que no es posible que se dé entre ellos el contrato de donación, ni mucho menos la compraventa."....

#### 4.4.1.3.3. REGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

"Estos regímenes son dos en nuestro derecho: separación de bienes y sociedad conyugal. De la combinación de ambos puede surgir un régimen mixto: parte de los bienes en sociedad conyugal y la otra parte con bienes propios de cada uno de los dos esposos, o de sólo uno de ellos.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio toman el nombre en nuestro derecho de Capitulaciones Matrimoniales...." (144)

Galindo Garfias en cuanto a las capitulaciones matrimoniales nos dice: "El convenio que celebran entre sí los cónyuges, para establecer el régimen de propiedad y disfrute de los bienes que les pertenecen o que en lo futuro les pertenezcan, así como de los frutos de estos bienes, se denomina capitulaciones matrimoniales.

Este convenio puede celebrarse, adoptando cualquiera de estos dos regímenes: la constitución de una sociedad conyugal o la separación de los bienes de los consortes (artículo 178 del Código Civil).

(144) MONTERO DUHALT, Sara. Op.cit. Pág. 148 a 150.

El otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, es forzoso antes de la celebración del matrimonio, cualquiera que sea el régimen que los contrayentes pretendan adoptar".<sup>(145)</sup>

El Código Civil del Distrito Federal, contempla un capítulo respecto al matrimonio con relación a los bienes y establece lo siguiente:

ART. 178.- "El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes."

ART. 179.- "Las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso."

ART. 180.- "Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él. Y pueden comprender no solamente los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquieran después."

ART. 181.- "El menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio."

ART. 182.- "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio."

Ingrid Brena en el Diccionario Jurídico Mexicano comenta lo siguiente:

"Régimen patrimonial del matrimonio es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges surgidas del matrimonio. La comunidad de vida derivada del matrimonio origina el cumplimiento de los fines de ayuda mutua y procreación, la familia requiere de medios de subsistencia que deberán ser aportados por los consortes ya sea con sus bienes o sus esfuerzos.

(145) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 563

Para el logro de tal objetivo, se han establecido a lo largo de la historia diversos tipos de regímenes patrimoniales; algunos constituyen un patrimonio común entre los consortes, otros separan totalmente los bienes de cada cónyuge. Estos casos extremos son conocidos como régimen de comunidad y régimen de separaciones de bienes; dentro de estos grandes sistemas podemos encontrar un sinnúmero de variantes en cuanto al contenido del patrimonio común o en cuanto a la administración de los bienes..." (146)

Al celebrarse el matrimonio no solamente se van a producir derechos y obligaciones entre los cónyuges y con respecto a los hijos, sino que también va a producir efectos sobre los bienes que les pertenecen en el momento de celebrarlo y los que en un futuro adquieran.

Los autores coinciden en la clasificación de los efectos del matrimonio. Las donaciones antenupticiales son los actos a través de los cuales un cónyuge o un tercero transmite al otro cónyuge bienes a título gratuito, estas donaciones se efectúan antes del matrimonio y quedan sin efecto si el matrimonio no llega a realizarse.

Las donaciones entre consortes son las que se realizan entre los cónyuges durante el matrimonio pero casados bajo el régimen de separación de bienes, ya que en la sociedad conyugal los bienes son comunes.

#### 4.4.1.3.3.1. SOCIEDAD CONYUGAL:

Montero Duhalt la define así: "Se entiende por tal el régimen patrimonial mediante el cual los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal. La misma puede ser total o parcial. Será total cuando estén comprendidos dentro de la sociedad todos los bienes presentes y futuros de los consortes, así como los productos de los mismos. Será parcial cuando se establezca distinción entre las clases de bienes que entrarán a la sociedad, segregando algunos de ellos, igual con respecto a los productos..."

(146) "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas. Letra "A-CH". Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 1989. Pág. 2738

"Cuando los bienes que aporten alguno o ambos cónyuges sean de carácter inmueble o bienes muebles de los llamados preciosos, deberán constar las capitulaciones en escritura pública para que surtan efectos con respecto a terceros. La constitución de la sociedad conyugal significa auténticamente una transmisión de bienes, no a la sociedad conyugal, que no es una persona jurídica, sino al otro cónyuge en un cincuenta por ciento. En razón de ello, todos los bienes que requieran para su transmisión de escritura pública, será necesario otorgarla en esta forma al realizar la sociedad conyugal..." (147)

Nuestro Código Civil establece sobre la sociedad conyugal lo siguiente:

ART. 183.- "La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere, expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contratos de sociedad."

ART. 184.- "La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él. Puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquieran los consortes."

ART. 185.- "Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad conyugal, constarán en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes o transferir en la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida."

ART. 186.- "En este acto, la alteración que se haga de las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, haciendo la respectiva anotación en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad. Sin llenar estos requisitos, las alteraciones no producirán efecto contra tercero."

Respecto a los Artículos transcritos Montero Duhalt comenta que:

"Al iniciar la regulación de la sociedad conyugal, el art. 183 estipula que "la sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones del contrato de sociedad".

(147) MONTERO DUHALT, Sara. Op.cit. Pág. 151 y 152.

Le da así el legislador a la sociedad conyugal, la naturaleza jurídica de un contrato de sociedad a pesar de que difiere de la misma en muchos sentidos, que enumeramos a continuación:

- 1º Mediante el contrato de sociedad se crea una persona moral independientes de los socios.- La sociedad conyugal no tiene personalidad jurídica propia independiente de los cónyuges que la integran que, por otro lado, no tienen la calidad de socios, sino de consortes.
- 2º Para ingresar a una sociedad civil se requiere forzosamente de una aportación de cada uno de los socios. Cosa que no sucede en la conyugal en la cual puede aportar bienes uno solo de los cónyuges o ninguno.
- 3º El contrato de sociedad persigue un fin preponderante económico. La finalidad de la sociedad conyugal es diversa, pues tiene por objeto el sostenimiento del hogar y de todas las necesidades de los propios cónyuges en razón de la comunidad de vida que han establecido y de la familia que constituyeron.
- 4º Las aportaciones que se hacen a una sociedad pasa a ser propiedad de la misma, por ese quien las otorga, deja de ser propietario de ellas. En la sociedad conyugal sólo se transmite al otro cónyuge el cincuenta por ciento de las aportaciones, quedando el cónyuge aportante, propietario del otro cincuenta por ciento.
- 5º En la sociedad civil los socios pueden representar porciones de valor diverso. En la conyugal, los cónyuges representan un cincuenta por ciento cada uno, salvo convenio expreso en las capitulaciones matrimoniales, en otro sentido.
- 6º La sociedad constituye un contrato autónomo. La conyugal en un contrato accesorio al matrimonial, pues surge y desaparece y sólo tiene sentido en razón del matrimonio.

Pueden encontrarse aún más diferencias, pero las anotadas son suficientes para concluir que la sociedad conyugal no tiene la naturaleza jurídica de una sociedad civil, es más bien una comunidad de bienes: propiedad en mano común como también la llama la doctrina.

Esta comunidad de bienes habrá que distinguirla de la figura de la copropiedad, a la que se le ha querido también asimilar, por haber entre ambas figuras ciertas semejanzas: un común dominio de ciertos bienes, un reparto equitativo de gravámenes y cargas, por ejemplo. Sin embargo, son más importantes las diferentes, a saber:

- 1º En la copropiedad cada partícipe dispone libremente de su parte alcuota, no sucede lo propio con la sociedad conyugal en la cual cada uno de los cónyuges no puede disponer de su mitad sino una vez extinguida la misma.
- 2º La copropiedad sólo comprende bienes presentes. La sociedad conyugal puede referirse a bienes que se adquieren en el futuro.
- 3º Los copropietarios pueden celebrar entre sí compraventa de sus respectivas partes alcuotas. No así los cónyuges que no pueden celebrar entre sí el contrato de compraventa, sino cuando su régimen sea el de separación de bienes.
- 4º Los copropietarios gozan del derecho del tanto, puesto que pueden enajenar su parte alcuota, situación que no se da en la sociedad conyugal.

Una vez más afirmaremos que lo que se constituye a través de la sociedad conyugal es una comunidad de bienes entre los cónyuges. Por ello debiera cambiarse el nombre de sociedad conyugal al de comunidad de bienes.

La sociedad conyugal puede pactarse antes de la realización del matrimonio pero, en este caso, surtirá sus efectos hasta el momento en que el mismo tenga lugar (art. 184 ). Puede surgir también durante la vigencia del matrimonio, lo que significará una modificación en las capitulaciones anteriores de separación de bienes que regían al matrimonio". <sup>(148)</sup>

(148) Ibidem. Pág. 152 y 153.

La comparación que hace la autora citada respecto a la sociedad conyugal y la copropiedad me parece acertada, ya que la sociedad conyugal no crea una persona jurídica independiente de los cónyuges y éstos no son socios; los cónyuges aportan bienes y no necesariamente en la misma cantidad, ya que puede uno aportar más que el otro o uno solo aporta todos los bienes, si así lo convienen; la finalidad de la sociedad conyugal es el establecer un patrimonio común para cumplir con el objeto del matrimonio que es la comunidad de vida de los cónyuges y el sostenimiento de su hogar; en la sociedad conyugal independientemente de lo que cada uno aportó, corresponde a cada cónyuge el 50% (de acuerdo a Sara Montero) de las aportaciones y esta sociedad desaparece al desaparecer también el matrimonio; y aunque la comunidad de bienes o patrimonio común se asemeja a la copropiedad no es lo mismo porque si bien es cierto que existe un común dominio de los bienes que la integran, difieren en cuanto a que en la copropiedad cada partícipe dispone de su parte alicuota y en la sociedad conyugal pueden disponer de su parte al extinguirse, la copropiedad se refiere a bienes presentes y la sociedad conyugal a bienes presente o futuros, los copropietarios pueden celebrar compraventa respecto a sus partes y en la sociedad conyugal no lo pueden hacer, entre otras.

#### - CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

El Código Civil para el Distrito Federal estatuye lo siguiente:

ART. 189.- "Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

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

- IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuales son los bienes que hayan de entrar la sociedad;
- V. La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o solamente sus productos. En uno y en otro caso de terminará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;
- VI. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;
- VII. La declaración terminante acerca de quién debe ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden;
- VIII. La declaración acerca de si los bienes, futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción;
- IX. Las bases para liquidar la sociedad."

ART. 190. Es nula capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades, así como la que establezca 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.

ART. 192. "Todo pacto que importe cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuges será considerado como donación..."

Montero Duhalt respecto a estos artículos comenta que:

"Los requisitos para constituir la sociedad conyugal están señalados enumerativamente en el art. 189....

En base al artículo transcrito podemos clasificar a los bienes que pueden integrar la sociedad conyugal desde diferentes puntos de vista:

1. Bienes presentes de los consortes y los productos de los mismos. Con respecto a ellos deben enumerarse cuáles entran dentro de la comunidad, en qué proporción de los mismos y si sus productos pertenecerán o no a la misma. Si los bienes son inmuebles, tendrán que otorgarse las capitulaciones en escritura pública.
2. Bienes futuros y sus productos. Estos se subclasifican a su vez, en bienes provenientes del trabajo de cada uno de los cónyuges, y los obtenidos por otros conceptos (liberalidad de un tercero o don de la fortuna). Deberá especificarse con claridad cuáles de estos bienes estarán, lo mismo con respecto a los productos de una y otra clase.

Los demás requisitos están enunciados en el art. 189 transcrito y son, entre otros: La lista pormenorizada de las deudas de cada consorte y la declaración de si la sociedad responderá de ellas, o solamente de las futuras. Obviamente si el consorte que tiene deudas está destinando todos sus bienes a la sociedad conyugal, será ésta la que responda de ellas, pues son los bienes que tenía el conyuge antes de contraer matrimonio los que garantizaban a los terceros el pago de sus créditos....

El Código prohíbe las capitulaciones leoninas al señalar que es nula aquélla en que se pacte que uno de los consortes haya de percibir todas la utilidades, o que alguno de ellos sea responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponde a su capital o utilidades (art. 190)". (149)

Nuestra legislación establece de una forma detallada todos los requisitos que deben cumplirse y establecerse en las capitulaciones matrimoniales para la sociedad conyugal y son de suma importancia puesto que en las capitulaciones matrimoniales los cónyuges van a determinar los bienes que van a responder, los bienes futuros que adquieran los cónyuges y si entran o no a la sociedad, quién será el administrador de la sociedad y con que facultades y la liquidación de la sociedad. El Artículo 190 prohíbe las cláusulas leoninas, es decir, aquella que se establece con el objeto de beneficiar sólo a uno de los cónyuges.

(149) Ibidem. Pág. 154 y 155.

Rojina Villegas habla de la sociedad conyugal y analiza sus elementos esenciales y de validez de la siguiente forma:

- "a) **CONSENTIMIENTO.**- El consentimiento sigue las reglas generales de todos los contratos y, por lo tanto, sólo diremos que en el caso específico consistirá en el acuerdo de voluntades entre los pretendientes o consortes para crear una sociedad en cuanto a determinados bienes. Es por lo tanto característica importante del consentimiento la de constituir una sociedad, o sea, en términos jurídicos, crear una persona moral. Dado el régimen de sociedad conyugal que se contiene en los artículos 183 a 206, por virtud del consentimiento para aportar determinados bienes se crea una verdadera persona jurídica distinta de las personalidades de cada uno de los consortes y con un patrimonio propio....
- b).- **OBJETO.**- La sociedad conyugal tiene por objeto directo el de constituir la persona moral a que nos hemos referido, mediante la aportación de los bienes que constituyen el activo de la misma y las deudas que integran su pasivo.

El objeto indirecto esta representado por el conjunto de bienes presentes de los bienes presentes o futuros y por las deudas u obligaciones que integran respectivamente el activo y pasivo de la sociedad.

En cuanto al activo, la sociedad puede comprender tanto bienes muebles como inmuebles, corporales o incorporeales (derechos). Los bienes de una y otra naturaleza pueden ser presentes o futuros, es decir, los que existan en el momento de celebrarse la sociedad y los que se adquieran después.

- c).- **FORMA.**- De acuerdo con los artículos 185 y 186, las capitulaciones matrimoniales de sociedad conyugal deberán constar en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes y transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida. Asimismo, toda reforma que se haga en las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, si las mismas requieren para su validez esa formalidad.

- d).- CAPACIDAD.- Para el contrato de sociedad conyugal se requiere la capacidad que exige la ley para celebrar el matrimonio y, por lo tanto, de acuerdo con el artículo 181, los menores que con arreglo a la ley pueden casarse, también podrán otorgar capitulaciones matrimoniales, las cuales serán válidas si consienten en ellas las personas que de acuerdo con la ley deban, también, dar su autorización para que se celebre el matrimonio". (150)

Rojina Villegas difiere en criterio de Sara Montero, y no estoy de acuerdo con las ideas del maestro, ya que él nos dice que la sociedad conyugal crea una persona moral y que es una persona jurídica distinta a las cónyuges y con un patrimonio propio, idea que no considero, la sociedad conyugal se conforma por el consentimiento de los consortes con el objeto de establecer una comunidad de bienes, un patrimonio común y no ajeno a cada uno de ellos.

#### - SUSPENSION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Montero Duhalt nos dice en base al Código Civil para el Distrito Federal lo siguiente:

"Ocurre en los casos de la declaración de ausencia de uno de los cónyuges. Otro caso de suspensión se da cuando un cónyuge abandona injustificadamente por más de seis meses al otro; dice la ley (art. 196) que desde el momento del abandono "cesan" los efectos en cuanto le favorezcan al abandonador; menciona, sin embargo de inmediato, que los efectos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso; luego, si los efectos vuelven a darse con respecto al cónyuge que abandonó, no "cesaron" para él los efectos, sino solamente se le suspendieron." (151)

#### - TERMINACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

El Código Civil para el Distrito Federal establece respecto a este tema lo siguiente:

(150) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op.cit. Pág. 341 y 342.

(151) MONTERO DUHALT, Sara. Op.cit. Pág. 155

ART. 187.- "La sociedad conyugal puede terminar antes de que se disuelva el matrimonio si así lo convienen los esposos; pero si éstos son menores de edad, deben intervenir en la disolución de la sociedad, prestando su consentimiento, las personas a que se refiere el artículo 181. Esta misma regla se observará cuando la sociedad conyugal se modifique durante la menor edad de los consortes."

ART. 188.- "Puede también terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio, a petición de alguno de los cónyuges, por los siguientes motivos:

- I.- Si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar a su consorcio o disminuir considerablemente los bienes comunes;
- II.- Cuando el socio administrador, sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, a sus acreedores;
- III.- Si el socio administrador es declarado en quiebra o concurso;
- IV.- Por cualquiera otra razón que lo justifiquen a juicio del órgano jurisdiccional competente...."

Galindo Garfias dice que la sociedad conyugal puede concluir por:

- "...a) Por divorcio o nulidad del matrimonio y por muerte de uno de los consortes, que son las causas de disolución del vínculo conyugal.
- b) Por voluntad de los cónyuges.
- c) Por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente (artículo 197 del Código Civil).
- d) En los supuestos a que se refiere el artículo 188 del Código Civil. En los casos de nulidad de matrimonio, la sociedad subsiste con todos sus efectos, hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria, sin que la sentencia tenga respecto de la sociedad, efecto retroactivo; pero ello únicamente cuando los dos cónyuges han procedido de buena fe (artículo 198 del Código Civil), al celebrar el matrimonio.

Si sólo uno de los consortes ha procedido de buena fe, los efectos de la sentencia no se retrotraerán a la fecha de la constitución de la sociedad conyugal, si la continuación de ella es favorable al cónyuge inocente (artículo 199 del Código Civil).

Los efectos de la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, se retrotraen a la fecha de constitución de la sociedad conyugal (no necesariamente a la fecha de la celebración del matrimonio) si ambos cónyuges han procedido de mala fe (artículo 200 del Código Civil). Quedan a salvo los derechos de terceros contra el fondo social.

La mala fe en la celebración del matrimonio, produce el efecto de que la parte de las utilidades que le corresponden al que obró de mala fe, se aplicará a los hijos y si no los hubiere, al cónyuge inocente (artículo 201 del Código Civil).

Sólo en el caso de que no hubiere hijos y ambos consortes hubieren procedido de mala fe, las utilidades se repartirán entre sí, en proporción de lo que cada consorte llevó al matrimonio (artículo 202 del Código Civil).

Al disolverse la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges continuará el que sobrevive en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión, mientras no se lleve al cabo la partición.

Antes de disolver la sociedad, se practicará inventario de los bienes comunes en el momento de la disolución, pero no se incluirán en el activo el hecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes (artículo 203 del Código Civil).

El liquidador deberá pagar los créditos pasivos en contra del fondo social y distribuir el remanente entre los consortes, en la forma convenida, de acuerdo con las bases establecidas en las capitulaciones matrimoniales.

Los socios reportarán las pérdidas si las hubiere en proporción a sus aportaciones. Si sólo uno de los consortes llevó capital a la sociedad, la pérdida total será por cuenta de éste (artículo 204 del Código Civil)".<sup>(152)</sup>

(152) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op.cit. Pág. 568 y 569.

La sociedad conyugal termina cuando desaparece el matrimonio, en virtud de que la sociedad conyugal es una figura accesoria a éste y existe mientras existe el vínculo matrimonial; también cuando los cónyuges deciden cambiar de régimen matrimonial; por la presunción de muerte de uno de los cónyuges pero en caso de presunción de muerte de uno de los cónyuges más no termina; también cuando el cónyuge administrador haga operaciones que amenacen disminuir los bienes comunes y haga cesión de bienes sin consentimiento del otro cónyuge. Cuando se haga la liquidación de la sociedad deberá elaborarse un inventario de los bienes comunes a efecto de pagar las deudas y distribuir entre los cónyuges los bienes restantes.

#### 4.4.1.3.3.2. SEPARACION DE BIENES

Galindo Garfias nos dice que: "Si en las capitulaciones matrimoniales se ha pactado que cada uno de los consortes conserve la propiedad y administración de los bienes que les pertenecen, quedará constituido el régimen de separación de bienes.

Los consortes conservan el dominio pleno de sus propios bienes y el goce y disfrute de los mismos; de los cuales queda excluido su consorte, quien tampoco participa en los frutos o rendimientos que ellos produzcan (artículo 121 y 213 del Código Civil)". (153)

Alicia E. Pérez Duarte en el Diccionario Jurídico Mexicano proporciona una definición de lo que es la separación de bienes que a continuación transcribo: "SEPARACION DE BIENES. I.- Régimen patrimonial del matrimonio por virtud del cual los cónyuges conservan la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, así como los frutos y accesorios de dichos bienes y los sueldos, salarios, emolumentos y ganancias que cada uno reciba por servicios personales en su oficio, empleo, profesión, industria o comercio..." (154)

Respecto a la separación de bienes nuestro Código Civil establece lo siguiente:

(153) *Ibidem*. Pág. 569

(154) "Diccionario Jurídico Mexicano". Op.cit. Letra "P-Z". Pág. 2896

ART. 207.- "Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después."

ART. 208.-" La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.

En la separación de bienes cada uno de los cónyuges conservan la propiedad y administración de los bienes que les pertenecen y de los que puedan pertenecerles."

En el artículo 208 antes transcrito, se entiende que cabe la posibilidad de un régimen mixto al decir que..." la separación de bienes puede ser absoluta o parcial", y si es parcial esos bienes constituirán consecuentemente una sociedad conyugal, y estos acuerdos se determinan en las capitulaciones matrimoniales, también el Código Civil habla sobre capitulaciones matrimoniales en la separación de bienes y estatuye lo siguiente:

ART. 210. "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."

ART. 211. "Las capitulaciones que establezcan separación de bienes siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, y nota específica de las deudas que al casarse tenga casa consorte."

ART. 212. "En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, y por consiguiente, todos los frutos y accesorios de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos."

ART. 213. "Serán también propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuviere por servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria..."

ART. 215 "Los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado, por cualquiera otro título gratuito o por don de la fortuna, entretanto se hace la división, serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en ese caso, el que administre será considerado como mandatario."

Desde mi punto de vista considero que las capitulaciones matrimoniales nuestro código las establece con el objeto de que los cónyuges regulen la administración sus bienes durante el matrimonio. Sin embargo estas capitulaciones son más importantes en la sociedad conyugal que en el régimen de separación de bienes, ya que a través de las capitulaciones los cónyuges establecen los bienes que ingresan a la sociedad conyugal y las deudas, y la forma en cómo se van a administrar; y en la separación de bienes desde un principio se sabe que cada cónyuge va a conservar sus propios bienes y no entran en una comunidad de bienes con su cónyuge por lo que considero innecesario el artículo 211 del Código Civil para el Distrito Federal que establece que las capitulaciones matrimoniales en la separación de bienes deben contener inventario de los bienes de cada esposo y deudas de cada uno al casarse.

Sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal no hace referencia sobre qué bienes pueden entrar en la sociedad conyugal, solo se abstiene a establecer que pueden entrar los bienes que los cónyuges adquirieron antes de contraer matrimonio, si así lo acuerdan, y los bienes que adquieren después de celebrado éste.

Respecto a bienes adquiridos por herencia, legado, donación, o cualquier otro título gratuito o don de la fortuna, el código civil para el Distrito Federal sólo hace referencia en cuanto a que son adquiridos en común por los cónyuges pero no hace mención en el caso de que se adquieran bienes por esos medios por uno solo de los cónyuges, por lo que considero necesario establecer un artículo que se refiera a los bienes adquiridos por un cónyuge por herencia, legado, donación o cualquier otro título gratuito.

## CAPITULO V

### 5. ANALISIS DE LA HERENCIA OTORGADA POR UN TERCERO A FAVOR DE UNO DE LOS CONYUGES CASADOS BAJO EL REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

#### 5.1. Opinión del Autor Ramón Sánchez Medal respecto a la sociedad conyugal

Ramón Sánchez Medal comenta respecto a la sociedad conyugal lo siguiente: "...resulta que las capitulaciones matrimoniales que constituyen o modifican o disuelven y liquidan la sociedad conyugal, no son en realidad un contrato en sí, sino solo uno de los muy diversos pactos nupciales que a manera de capítulos o de cláusulas del contrato de matrimonio integran la unidad de éste. Pretender se considere a la sociedad conyugal como un contrato adicional o accesorio del contrato de matrimonio equivaldría a sostener que cada una de las cláusulas o por lo menos de los capítulos de un determinado contrato, son otros tantos contratos.

La sociedad conyugal, por consiguiente, no es propiamente un contrato, sino un capítulo o un conjunto de cláusulas que forman parte integrante del contrato de matrimonio, y, por ello, es más bien un pacto que celebran los consortes al momento o después de celebrar su matrimonio, en el que convienen que cada uno de ellos concede sobre determinados bienes presentes o futuros al otro cónyuge una cierta participación en las utilidades de dichos bienes, pagadera a la terminación del matrimonio....

Acerca de los bienes de la sociedad, cabe repetir que no hay transmisión de propiedad o de copropiedad por virtud de la sola sociedad conyugal, y en caso de que se transmitan bienes por un consorte a otro, se configura la donación entre cónyuges que es eventualmente revocable (192, 232 y 233).

El inventario de los bienes que se aportan a la sociedad conyugal es necesario en todo caso por precepto expreso de la ley (189-I, II y IV. in fine), y, a pesar de ello, dicho inventario nunca se formula en la práctica.

En punto a deudas sociales (así), no se precisa.... qué deudas tienen este carácter, por lo que en rigor sólo podrían considerarse como "deudas sociales" las deudas contraídas para sufragar "los gastos de la familia" o las destinadas específicamente a cubrir "todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar" (164). Las demás deudas no pueden conceptuarse como deudas sociales.

En cuanto a la finalidad social, hay que advertir, desde luego, que no puede darse sociedad sin una finalidad común. Ahora bien, la finalidad común en el matrimonio, al menos la más importante, no es ciertamente hacer ganancias. La finalidad de la sociedad conyugal tampoco puede decirse que sea producir dividendos, sino sólo en todo caso lograr "el sostenimiento del hogar" o cubrir "los gastos de la familia". Así las cosas, para reconocer esta finalidad patrimonial del matrimonio bastan las disposiciones comunes a todo régimen de bienes en el matrimonio (164 y 168) y no hace falta acudir a la sociedad conyugal, porque también existe por ley en la separación de bienes, o sea dentro de cualquier régimen matrimonial.

Las aportaciones que se hacen a la sociedad conyugal no son en propiedad, esto es, no implican una transmisión definitiva de propiedad, puesto que, cuando se disuelve la sociedad conyugal, deben devolverse los bienes que aportó cada cónyuge (204).

En cuanto al administrador es de destacar que no representa a ninguna entidad jurídica ni a ninguna persona moral, puesto que la sociedad conyugal es una especie de sociedad oculta y no crea ninguna persona moral (25). Dicho administrador es, pues, sólo un mandatario, que exige, por tanto, el otorgamiento explícito de un mandato de un cónyuge a otro cónyuge (215, in fine) y requiere siempre facultades claras y expresas (189-VII, in fine)....

....Sin embargo, muy limitados son los efectos que en perjuicio de terceros puede producir la sociedad conyugal en el D.F., aún después de haberse inscrito ella en el Registro Público de la Propiedad, dada la forma puramente convencional en que actualmente está considerada por el Código civil del D.F. (98-5, 189 y 204), toda vez

que, como ya se ha indicado, no es ella un medio para que por virtud de la ley se adquiriera la copropiedad, sino que sólo genera un derecho personal o de crédito.

Así también lo reconoció acertadamente un Tribunal Colegiado de Circuito, al expresar que "Frente a terceros, cada cónyuge es el titular de los bienes adquiridos por él, aunque esté casado bajo el régimen de sociedad conyugal, no siendo sus efectos hacia el exterior, sino solo crea relaciones internas de esposo a esposa puesto que en este régimen no se crea el derecho real de copropiedad de uno de los cónyuges respecto de los bienes adquiridos individualmente por el otro, sino solo genera un derecho personal o de crédito a obtener una participación en los productos o ganancias de los bienes que pasan a formar parte de la sociedad conyugal, lo que explica que el cónyuge que es titular de un bien adquirido por él, pueda ejercitar las acciones relacionadas con ese bien, sin necesidad de la concurrencia de la otra parte" (informe de la Corte de 1989, 3ª parte, vol I, Tesis núm. 21, pág. 289, Amparo 398/98 Luis Alarcón Castañeda, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil de Primer Circuito.)

....NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.- Es una especie de sociedad oculta, sin personalidad jurídica y que funciona en forma análoga a una asociación en participación. Genera sólo derechos personales o de crédito, que consiste en obtener una cuota final de liquidación, pero conforme a nuestro Código civil no da nacimiento a un derecho real de copropiedad sobre los asignados a la sociedad conyugal.

El art. 194 del Código Civil con su escueto y equívoco texto: "el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad", sólo se refiere a los bienes adquiridos en común por los dos consortes por algún título verdaderamente traslativo de propiedad, como venta, herencia, permuta, donación, etc.; pero la sociedad conyugal por sí misma no trasmite bienes, ni derechos reales, puesto que la aportación que se hace a la sociedad conyugal no es en propiedad, toda vez que los bienes deben devolverse al final a cada cónyuge que los aportó (204). En consecuencia, las aportaciones de bienes que hacen los consortes a la sociedad conyugal son sólo aportaciones en cuanto al uso o aprovechamiento de tales bienes "societas quoad usum", de acuerdo con el art. 2702, in fine, del Código civil, aplicable supletoriamente (183, in fine).....

La sociedad conyugal es como lo revela su mismo nombre una sociedad, aunque una sociedad oculta desprovista de personalidad jurídica.

Precisamente por ser una sociedad tiene como normas supletorias, no los preceptos de la copropiedad (938 y siguientes), sino directamente los preceptos de la sociedad civil (183, in fine). Es más, expresamente se excluyen en la sociedad conyugal los principios generales de la copropiedad, pues aunque un determinado bien haya sido adquirido de terceros por ambos cónyuges en copropiedad, por ejemplo, a virtud de una compraventa o de una herencia, dicho bien común no puede ser objeto de la acción de división de cosa común, porque el legislador expresamente así lo dispone (194), como una derogación al principio general en contrario en materia de copropiedad (939 y 949), y a manera de lo que ocurre en una sociedad que no puede disolverse y liquidarse a voluntad de un solo socio, sino por decisión de la asamblea de socios.

La sociedad conyugal no está reglamentada especialmente en una forma completa por el actual Código civil, pues las normas supletorias de ellas son las normas de la sociedad civil, de acuerdo con la parte final del artículo 183 de dicho Código. En consecuencia, no puede regularse la sociedad conyugal como si fuera una copropiedad....

Mientras perdura la sociedad conyugal los consortes sólo tienen un derecho de crédito diferido a obtener una "cuota de liquidación" sobre las utilidades de determinados bienes de los cónyuges y exigible hasta el momento de disolverse y liquidarse la sociedad conyugal, sin que pueda exigirse que antes de esa disolución y liquidación se entregue una participación en los frutos o aprovechamientos de tales bienes, ni menos en el valor de éstos al ser enajenados por el cónyuge que aparezca como titular de ellos (2729 y 203).

Un criterio semejante ha sido ya sustentado en doctrina: "El cónyuge casado bajo sociedad conyugal puede adquirir bienes, sin que el otro cónyuge tenga en el momento de la adquisición nada más que un derecho peculiar, que no se hace efectivo sino en el momento en que la sociedad se disuelve o se trata de disponer de aquel bien en concreto."

"La sociedad conyugal no establece un régimen de copropiedad entre los cónyuges, porque no es ese su efecto según la ley" y por esa razón "cuando alguno de los cónyuges adquiere un bien inmueble con posterioridad al matrimonio, tanto la adquisición como la inscripción en el Registro Público se hace individualmente, es decir, sin que aparezca del título ni de la inscripción el régimen matrimonial bajo el que se está casado, ni los

derechos que pueda tener o llegare a tener sobre el bien adquirido el otro cónyuge" (Alberto Pacheco, La sociedad conyugal, en Revista de Derecho Notarial, México, 1956).

Puede ocurrir que no por virtud de la sociedad conyugal, sino por cualquier título traslativo de propiedad proveniente de un tercero (venta, permuta, herencia, donación de tercero, etc.) a favor de ambos cónyuges, se haya establecido una copropiedad sobre un determinado bien. También puede darse el caso de que un cónyuge, expresamente done al otro la copropiedad sobre algún determinado bien, en cuyo supuesto aunque esta donación entre consortes trasmite la copropiedad, tal transmisión se realiza en forma precaria, porque queda expuesta a una posible revocación por resolución judicial (192, 232 y 233, reformados).

Todos estos bienes, respecto de los cuales los dos cónyuges son copropietarios, sea por donación entre cónyuges o por algún otro título dimanado de terceros, pero no por virtud de la escueta sociedad conyugal, son los bienes a los que el legislador se refiere en varios de sus preceptos cuando alude a "bienes comunes" de los cónyuges (172, 194 y 215).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en una ejecutoria a propósito de la sociedad conyugal en relación con los bienes adquiridos en común por herencia, legado, donación o don de la fortuna, sostuvo precisamente este mismo criterio:

Bienes de los cónyuges, propiedad de los bienes adquiridos por herencia de uno de los cónyuges." El artículo 215 del Código civil del Distrito Federal dice: "Los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado, por cualquier otro título gratuito o por don de la fortuna, entre tanto se hace la división serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en este caso el que administre será considerado como mandatario." Este precepto expresa claramente que sólo son de ambos cónyuges los bienes adquiridos en común y no los adquiridos sigularmente por uno solo de ellos. Por lo tanto, "a contrario sensu", el bien adquirido por uno solo de los cónyuges a título de herencia es de su exclusiva propiedad, a pesar de que exista sociedad conyugal entre ambos" (S.J.F., Sa. Epoca, Tomo CXXV, p. 2802, Pedro Vera Ramírez; e Informe de la Corte de 1989, 3ª Parte, Vol. I, Tesis 12, pp. 332 y 333, Ma. Luisa Cúe de Ortiz....

.... En la sociedad conyugal el derecho del cónyuge no titular de los bienes adquiridos singularmente por el otro consorte no es un derecho real, ni, por tanto, un derecho de copropiedad sobre tales bienes, aunque hayan sido "llevados" o "introducidos" a la sociedad conyugal, sino que se trata también sólo de un derecho personal o de crédito en contra del cónyuge titular de dichos bienes a obtener una participación, en la proporción convenida, sobre los productos o ganancias de esos mismos bienes, tal como ocurre igualmente en la asociación en participación.

Debido a ello, al disolverse y liquidarse la sociedad conyugal no se ejercita la acción de división de cosa común "communi dividundo", sino una acción diferente que corresponde a la acción "pro socio" que se otorga en caso de disolución de una sociedad o de una asociación en participación (183, in fine, 189-IX, 203 y 204).

En concordancia lógica con lo anterior, cuando dos cónyuges casados bajo régimen de sociedad conyugal deciden por un pacto poner término a dicho régimen y establecer para lo futuro el régimen de separación de bienes (Art. 197), la disolución y liquidación de tal sociedad que al efecto se realice, no hace que se adjudiquen por fuerza en copropiedad a ambos consortes los bienes que cada uno adquirió singularmente durante el matrimonio, aunque se hayan introducido o llevado a la sociedad conyugal, sino que a título de reparto de utilidades pueden aplicarse perfectamente uno de estos bienes en absoluta propiedad al otro cónyuge, lo cual ciertamente no sería posible si en efecto hubiera habido una verdadera copropiedad entre ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal.....

Finalmente, por carecer de personalidad jurídica y por ser sólo una sociedad oculta, para que la sociedad conyugal tenga propiamente un administrador frente a los terceros, es menester que un cónyuge otorgue mandato al otro consorte, para lo cual se facilita el otorgamiento del mandato general para actos de administración, sin necesidad de autorización judicial (Art. 174), pues de no existir tal poder frente a terceros, el cónyuge titular de los bienes es el único que puede contratar respecto de tales bienes adquiridos singularmente por él...." <sup>(155)</sup>

(155) SANCHEZ MEDAL, Ramón. "De los Contratos Civiles". Editorial Porrúa. Undécima Edición. México 1991. Págs. 395, 399 a 408.

## 5.2. Opinión del autor Sergio T. Martínez Arrieta

Sergio T. Martínez Arrieta, respecto a la sociedad conyugal comenta lo siguiente:

"...Nuestra sociedad conyugal está organizada en base a preceptos de códigos mexicanos del siglo pasado, aunque ciertamente en la actualidad presenta peculiaridades que lo diferencian de sus predecesores.

El maestro Manuel Mateos Alarcón en consideración a los códigos pasados, elaboraba el siguiente concepto de sociedad conyugal: "El régimen de sociedad conyugal es aquél en cuya virtud los bienes adquiridos por uno o ambos cónyuges durante el matrimonio, por el ejercicio de una profesión, arte o industria, por legado o herencia dejado a los dos sin designación de partes, por frutos, rentas, accesorios y utilidades producidos por los bienes propios de cada uno, forma un fondo común, que lleva el nombre de gananciales, que se divide entre los cónyuges o sus herederos después de que la disolución del matrimonio..."

"La finalidad de la sociedad conyugal es en principio, como la de cualquier otro régimen, sobrellevar las cargas matrimoniales, es decir, los gastos de manutención y de auxilio de los consortes y de sus hijos si los hubiere. Aunque conviene advertir que el concepto de cargas matrimoniales no puede determinarse Apriori pues depende de variables necesidades y circunstancias dadas por el nivel económico y social del matrimonio..."

Bienes de la Sociedad Conyugal....

- a) Activo.- .... Por regla general, la sociedad conyugal mexicana comprende como activo los bienes señalados para tal efecto por los consortes en la inteligencia de que "No es verdad que por el simple hecho de la existencia de la sociedad conyugal, deba considerarse que necesariamente forma parte del patrimonio de la misma tanto los bienes futuros como aquéllos de los que los consortes sean dueños al formarse la sociedad, sino que esos bienes puedan entrar o no a la sociedad según lo convengan los consortes...." (Amparo directo 2685/61. Lorenza Martínez Pacheco. 6 de febrero de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Castro Estrada). Ahora bien, "Si ante la falta de pacto de los consortes en las capitulaciones matrimoniales, acerca de que si quedaban comprendidos o no, en la sociedad conyugal, los bienes inmuebles de que

eran dueños al celebrar su matrimonio, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil relativas al contrato de sociedad, tendría que establecerse que como el capital social se forma con la aportación con que cada socio debe contribuir, aportación que puede consistir en una cantidad de dinero o en otros bienes, lo que implica la transmisión de su dominio a la sociedad, salvo que expresamente se pacte otra cosa, consecuentemente, ni el dinero ni los bienes, que no se hayan aportado por el socio a la sociedad podrán pertenecer a ésta y por lo mismo, sus bienes anteriores a la constitución de la sociedad, no pueden ser considerados como comprendidos en ella, si no se aportaron expresamente." (Amparo directo 5598/61. Ma. Guadalupe Ferrara de Adán. 28 de enero de 1963. 5 votos. Sostiene la misma Tesis: Amparo directo 56/61. Leopoldo Jiménez Galván. 28 de enero de 1963. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez).

Sin embargo, la concepción de la Corte acerca del activo de la sociedad conyugal no es técnicamente correcta y así lo apunta Sánchez Medal diciendo: "A pesar de la enorme diferencia entre los anteriores Códigos Civiles de 1870 y 1884 y el actual Código Civil 1928 todavía persisten nuestros tribunales y los notarios, al igual que muchos abogados, en la creencia o en el prejuicio de que basta la simple anotación "bajo régimen de sociedad conyugal" estampada en el acta de un matrimonio, para deducir automáticamente de ella que todos los bienes adquiridos después del casamiento por alguno de los consortes, pertenecen en copropiedad a ambos cónyuges, sin necesidad de tener a la vista el tenor del contrato de capitulaciones matrimoniales como si a la fecha estuvieran aún en vigor las minuciosas y completas disposiciones sobre el régimen legal o supletorio de los derogados Códigos Civiles de 1870 y 1884...."

"Aportaciones.- Conviene recordar, para denotar la importancia de las aportaciones, que el régimen de sociedad de gananciales parte de la idea de un patrimonio común compuesto por los ingresos del producto de los trabajos de los consortes más los frutos que produzcan los bienes propiedad de ellos a partir de la fecha de la celebración del matrimonio. De tal suerte, para la iniciación del activo de la sociedad ganancial es menester que los consortes aporten bienes que generen ganancias..." (156)

(156) MARTINEZ ARRIETA, Sergio T. "Régimen Patrimonial del Matrimonio en México". Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1985. Págs. 88, 89, 110 a 112.

Martínez Arrieta cita al maestro Sánchez Medal quién afirma que:

"Las aportaciones que se hacen a la sociedad conyugal no son en propiedad, esto es, no implican una transmisión definitiva de propiedad, puesto que, cuando se disuelve la sociedad conyugal, deben devolverse los bienes que aportó cada cónyuge." Sin embargo esta afirmación hecha en términos generales, como la formula el maestro Sánchez Medal, resulta inexacta. Nosotros estaríamos de acuerdo con él, si su aseveración se limitara a la sociedad de gananciales, en el que efectivamente lo aportado debe restituirse, pero en cambio, lo que se aporta en la sociedad universal no goza de reversión, pues llegado el momento de la disolución deberá ser partido entre los consortes sin que opere en este caso el artículo 204 del Código Civil que sirve de fundamento a lo expresado por el maestro Sánchez Medal.

Esta distinción ha sido igualmente utilizada por la autoridad judicial que en su oportunidad pronunció: "SOCIEDAD CONYUGAL. LIQUIDACION DE LA.- El artículo 204 del Código Civil al estatuir que terminado el inventario, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio, debe entenderse relacionado con algún bien del que sólo formó parte de la comunidad su uso o disfrute, pero no como una regla general aplicable a la sociedad conyugal, pues sería tanto como desconocer en absoluto la naturaleza jurídica de esta Institución." (Revisión número RC-206/75. Ma. Guadalupe Terrova Canalizo Vda. de Bella. Junio 30 de 1975. Unanimidad. Ponente: Magistrado Efraín Angeles Sentíes. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.)....

Gananciales.-....Las gananciales son la masa que se incrementa durante el matrimonio y persigue como fin el sostenimiento de las cargas y en última instancia su división entre los consortes, llegado el momento de la disolución y liquidación de la sociedad.

Básicamente son bienes gananciales todos los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, inclusive el producto del trabajo, así como las rentas y frutos de los bienes muebles e inmuebles propiedad de los consortes antes de la celebración de las nupcias. Por supuesto, nos estamos refiriendo al caso de que la sociedad de gananciales sea total, es decir, que los consortes aportaron todos los bienes de los que eran propietarios sin hacerse reserva de alguno en especial, porque puede suceder que la sociedad de gananciales sea parcial al referirse solamente a las rentas o frutos que producen determinados bienes.

Nuestra antigua sociedad legal, de gananciales por excelencia, establecía en el artículo 2141 del Código Civil de 1870 que formaban el fondo de la sociedad los siguientes bienes: "1o. Todos los bienes adquiridos por el marido en la micilia o por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de una profesión científica, mercantil o industrial, o trabajo mecánico; 2o. Los bienes que provengan de herencia, legado o donación hechos a ambos cónyuges sin designación de partes. Si hubiere designación de partes, y éstas fueran desiguales, sólo serán comunes los frutos de la herencia, legado o donación; 3o. El precio sacado de la masa común de bienes para adquirir fincas por retroventa u otro título que nazca del derecho propio de alguno de los cónyuges anterior al matrimonio; 4o. El precio de las refacciones de crédito, y el de cualquier mejoras o reparaciones hechas en fincas o créditos propios de uno de los cónyuges; 5o. El exceso o diferencia de precio dado por uno de los cónyuges en venta o permuta de bienes propios para adquirir otros en lugar de los vendidos o permutados; 6o. Los bienes adquiridos por título oneroso durante la sociedad a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los consortes; 7o. Los frutos, acciones, rentas e intereses percibidos o devengados durante la sociedad, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los consortes...."

Bienes adquiridos durante el matrimonio a título gratuito por uno solo de los consortes.

"Son también propios los adquiridos por cada uno de los cónyuges, después del matrimonio, por donación, herencia o legado, es decir, a título gratuito. Es ésta, también, una solución uniforme en las Legislaciones que adoptan la comunidad de gananciales, pues no se considera como ganancial lo que de ninguna manera podría estimarse que ha ingresado en el patrimonio de uno de los cónyuges como consecuencia del esfuerzo común de ambos ni de la colaboración o apoyo moral de uno en la actividad productiva del otro."

La razón de esta excepción a una concepción histórica. Se partía del supuesto que los bienes heredados, donados o legados a uno solo de los consortes, deberían corresponderle en exclusividad, ya que este tipo de transmisiones se revestía de un carácter familiar, porque la intención era conservar los bienes dentro de la misma familia respecto de la cual al otro consorte se le consideraba extraño...

En la legislación vigente al tratamiento que se les da a los bienes procedentes por liberalidad no está regulado expresamente, sin embargo en el artículo 215 del Código

Civil leemos: "Los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado, por cualquiera otro título gratuito o por don de la fortuna, entre tanto se hace la división, serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en ese caso, el que administre será considerado como mandatario."

En base a este dispositivo legal, la Suprema Corte de Justicia afirma que "Este precepto expresa claramente que sólo son de ambos cónyuges los bienes adquiridos en común y no los adquiridos singularmente por uno solo de ellos. Por lo tanto, a contrario sensu, el bien adquirido por uno solo de los cónyuges a título de herencia es de su exclusiva propiedad, a pesar de que exista sociedad conyugal entre ambos." (Amparo directo 5065/1952, Pedro Vera Ramírez, 30 de septiembre de 1955.)

Comulgamos con la idea de que los bienes adquiridos a título gratuito por uno solo de los consortes no ingresan a la sociedad conyugal, pues ello está conforme con la idea que inspira este régimen, sin embargo la interpretación de la Corte, aunque correcta axiológicamente, técnicamente no nos lo parece, pues el dispositivo que interpreta se encuentra referido al régimen de la separación de bienes, ya que prevé la posibilidad de que un bien adquirido por las causas que mencionamos diera origen a una copropiedad entre consortes con bienes separados, por lo que ordena el modo de administrárselos en tanto se hace la división; sin que a este numeral pueda dársele mayor extensión..."<sup>(157)</sup>.

(157) *Ibidem*. Págs. 113, 115, 116, 132, 134 y 135.

### 5.3. Tesis aplicables al tema.

Al respecto, existen tesis aplicables al caso y que a continuación transcribo:

SOCIEDAD CONYUGAL, BIENES QUE NO INGRESAN A LA.  
(LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).

Aún cuando el artículo 4, transitorio, del Código Civil del Estado de Veracruz de 1932 establece: "Los bienes adquiridos por los cónyuges que no hayan definido entre sí, a la fecha de entrar en vigor este Código, el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes, se considerarán como propiedad de ambos y se regirán por las disposiciones aplicables de este Código a partir de la vigencia del mismo", tratándose de bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges por donación, herencia o legado, no es necesario que haya estipulación alguna al respecto, porque atento lo dispuesto por el artículo 1853 del Código Civil de 1884, los bienes obtenidos por uno solo de los cónyuges, por alguno de los indicados conceptos, no ingresan a la sociedad de que forman parte los conyuges sino que son de la exclusiva propiedad del consorte que los adquiere.

SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE, VOL. XXIV, PAG.227,  
A.D. 838/85 JUANA MORA DE CANO. 5 VOTOS. TESIS  
RELACIONADA CON JURISPRUDENCIA 279/85.

De esta Tesis podemos decir que los esposos serán dueños de los bienes que adquieran en común, pero los que adquiera uno de ellos por donación, herencia o legado, son de su exclusiva propiedad y no forman parte de la sociedad.

SOCIEDAD CONYUGAL, FALTA DE CAPITULACIONES  
MATRIMONIALES HABIENDOSE ADOPTADO EL REGIMEN  
DE IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS CONYUGES  
(LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).- Si el  
matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal sin

que existan capitulaciones matrimoniales, los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges a partir de la fecha de celebración del matrimonio hasta aquella en que se disuelva, pertenecen a la sociedad, con excepción de los que cada consorte haya adquirido por exclusiva donación, herencia o legado, por lo demás, al faltar las capitulaciones matrimoniales, tampoco existen normas convencionales para hacer la liquidación de los bienes comunes en caso de disolución de la sociedad, pero atendiendo a que esta es una comunidad de bienes o intereses entre los consortes, que tiende a la conservación y aprovechamiento mutuo y que está estrechamente relacionada con los objetivos del matrimonio, en el que los contrayentes unen sus personas, intereses y esfuerzos dirigidos a la consecución de los altos fines que con ese vínculo se persiguen y considerando que la participación del marido y la mujer deben estimarse de igual valor, independientemente de que la actividad de uno o de otro tenga mayor, menor o ninguna trascendencia de carácter económico, resulta lógico y jurídico que a ambos cónyuges se les considere con iguales derechos a los bienes comunes; además, si la voluntad de estos se expresó en el sentido de formar una sociedad con sus bienes, sin precisar que a alguno de ellos correspondería una parte mayor y a otro una menor de las gananciales, lo lógico es presumir que la intención de las partes fué la de obtener iguales beneficios en esa relación jurídica.

AMPARO DIRECTO 1416/79 ANDRES A. NERI REYES. 17 DE JULIO DE 1980, 5 VOTOS. PONENTE: GLORIA LEON ORANTES. FUENTE CIVIL, PAGINA 131, VOL. TOMO 139-144. SEPTIMA EPOCA.

Esta tesis se enfoca en cuanto a la falta de capitulaciones matrimoniales existiendo la sociedad conyugal, pero hace referencia a los bienes adquiridos por uno de los cónyuges por donación, herencia o legado, que no entran en la sociedad conyugal, todos los demás bienes adquiridos por uno de los cónyuges por cualquier otro título sí entra en la sociedad conyugal.

**SOCIEDAD CONYUGAL, BIENES QUE NO INGRESAN A LA.  
(LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).**

Aún cuando el artículo 4, transitorio, del Código Civil del Estado de Veracruz de 1932 establece: "Los bienes adquiridos por los cónyuges que no hayan definido entre sí, a la fecha de entrar en vigor este Código, el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes, se considerarán como propiedad de ambos y se regirán por las disposiciones aplicables de este Código a partir de la vigencia del mismo", tratándose de bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges por donación, herencia o legado, no es necesario que haya estipulación alguna al respecto, porque atento lo dispuesto por el artículo 1853 del Código Civil de 1884, los bienes obtenidos por uno solo de los cónyuges, pro alguno de los indicados conceptos, no ingresan a la sociedad de que propiedad del consorte que los adquiere.

**SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE, VOL. XXIV, PAG. 227,  
A.D. 838/85 JUANA MORA DE CANO. 5 VOTOS. TESIS  
RELACIONADA CON JURISPRUDENCIA 279/85.**

De esta Tesis podemos decir que los esposos serán dueños de los bienes adquiridos en común, pero los que adquiera uno de ellos por donación, herencia o legado, son de su exclusiva propiedad y no forman parte de la sociedad.

**SOCIEDAD CONYUGAL BIENES PROPIOS ANTERIORES AL  
MATRIMONIO NO SE INCLUYEN, SALVO PACTO EN  
CONTRARIO.**

Salvo pacto en contrario, los bienes propios de cada uno de los cónyuges, que tenían antes de la celebración del matrimonio, continúan perteneciéndoles de manera exclusiva, a régimen de sociedad conyugal, porque las aportaciones, al implicar traslación de dominio, deben ser expresas.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. XXXVI, Pág. 74. A.D. 2727/59.- Carmen López de Mendoza.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLIV, Pág. 152. A. D. 2685/60.- Lorenza Martínez Pacheco.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. LXVII, Pág. 122. A.D. 5600/61.- Leopoldo Jiménez Galván.- 5 votos.

Esta tesis indica que la sociedad conyugal va a operar en el momento de celebrarse el matrimonio en adelante, y los bienes que cada cónyuge tiene antes de la celebración de éste son de su exclusiva propiedad y no forman parte de la sociedad conyugal a menos que así se manifieste en forma expresa, y que será a través de las capitulaciones matrimoniales, mismas que no se realizan, por lo que no se puede considerar como parte de la sociedad conyugal algo que jamás se aportó expresamente.

#### SOCIEDAD CONYUGAL, NECESARIA INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES A NOMBRE DE LA, PARA QUE SURTA EFECTOS CONTRA TERCERO.

Si el matrimonio se celebró bajo el régimen de sociedad conyugal y los bienes inmuebles se adquirieron durante su vigencia, en relación a los cónyuges, no hay duda de que tales bienes forman parte de la comunidad, pero ello no significa que tal situación sea oponible frente a terceros de buena fe, si los bienes aparecen inscritos en el Registro Público de la Propiedad a nombre de uno sólo de los cónyuges, con quien contrató el tercero, y no de ambos, como debía ser, porque la inscripción en el Registro Público de la Propiedad es la única forma de garantizar los intereses de quienes contratan con los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal, y evitar así que sean defraudados, por ocultaciones o modificaciones de capitulaciones matrimoniales que sólo conocen los cónyuges.

Quinta Epoca:

Tomo CXII, Pág. 88. A. D. 720/52.- Asunción Juárez Paniagua.- Unanimidad de 4 votos.

Tomo CXVI, Pág. 432. A. D. 3833/49.- Matilde Caño Vda. de Islas.- Unanimidad de 4 votos.

Tomo CXIX, Pág. 941. A. D. 4520/53.- Bertha Salgado de Cevallos.- Unanimidad de 4 votos.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. LXVII, Pág. 48.A. D. 5600/61.- Leopoldo Jiménez Galván.- 5 votos.

Vol. LXVII, Pág. 48. A. DE. 5598/61.- Marfa Guadalupe Serrano de Adán.- 5 votos.

Los bienes inmuebles que los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal adquieran deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad a nombre de los dos a efecto de que cuando alguno de ellos quisiere celebrar algún contratos con respecto a dichos bienes no se vean afectados los intereses del otro cónyuge ni los de un posible terceros.

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

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

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. XI, Pág. 194. A. D. 1307/57.- Lucrecia Albert de Orbe  
Mayoría de 4 votos.

Vol. XXV, Pág. 253. A. DE. 4832/58.- Eva Ortega Estrada  
Mayoría de 4 votos.

Vol. XXVII, Pág. 102. A. D. 7145/58.- Enrique Ladgrave  
Sánchez.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLVI, Pág. 146. A. D. 4639/59.- Herminia Martínez  
Mayoría de 4 votos.

Vol. LX, Pág. 287 A. D. 3668/60.- Modesta Montiel.-  
Unanimidad de 4 votos.

Existe como requisito para el matrimonio la celebración de las capitulaciones matrimoniales, ya que en estas se señalan de manera precisa los bienes que formaran parte del régimen matrimonial, en este caso la sociedad conyugal, indicando los consortes los bienes que aportan en ese momento y los que adquieran en el futuro y desea que formen parte de dicha sociedad; pero en la práctica no se celebran las capitulaciones matrimoniales sino que sólo los cónyuges se avocan a señalar que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal y a la fecha muchos matrimonios así subsisten sin la existencia de las capitulaciones aunque la ley las señala como requisito.

#### **5.4. Comentarios personales y proposiciones al Código Civil Vigente en el Distrito Federal, respecto a la Herencia en la Sociedad Conyugal.**

Una vez analizados todos los elementos que conforman lo relativo a herencia, matrimonio y sociedad conyugal, cabe destacar ciertos puntos que son el fundamento de la presente Tesis y son los siguientes:

Como ya ha quedado explicado anteriormente, el testamento es un acto jurídico ya que está conformado por elementos de existencia y requisitos de validez; dentro de los primeros encontramos a la VOLUNTAD, ya que el testamento debe ser emitido por el testador de una manera libre y conciente, en la cual no se ejerza presión de ningún tipo, es decir, física o moral. Desde este punto de vista, el testador puede instituir como heredero a la persona que desee. En mi opinión, si el testador deja como heredero a un hijo o hija suyo, y este hijo o hija está casado bajo el régimen de sociedad conyugal, la masa hereditaria no puede entrar a la sociedad, ya que la voluntad del testador fue dejar como heredero únicamente a su descendiente y no al cónyuge de este, pues de haberlo deseado lo hubiera dispuesto en su testamento en esos términos. Claro que el heredero va a disponer de ellos y van a ser de su exclusiva propiedad, pero al estar casado le otorga el uso y goce de los mismos a su cónyuge sin pasar a ser de su propiedad, ya que de todos modos los bienes que se aportan a la sociedad conyugal serán disfrutados por ambos cónyuges para lograr los fines del matrimonio, aunque los fines no son preponderantemente de carácter económico y una vez disuelto éste, los bienes que se aportaron se van a regresar a cada uno de los cónyuges que los aportó a menos que se acuerde otra cosa, todo esto de acuerdo a lo que dispone el artículo 204 del Código Civil para el Distrito Federal.

Como comenta el maestro Sánchez Medal, en los bienes de la sociedad conyugal no se transmite su propiedad o existe copropiedad en dichos bienes con respecto de uno y otro cónyuge.

Se habla de que la sociedad conyugal en una sociedad oculta sin personalidad jurídica, es decir, sociedad oculta porque opera sólo entre los cónyuges y éstos la forman no por sus aportaciones materiales sino por las características personales de cada uno, por lo que genera derechos personales o de crédito, porque al disolverse habrá una cuota final de liquidación.

Los bienes aportados a la sociedad conyugal son para su uso y goce más no para transmitir su propiedad o formar una copropiedad entre los cónyuges.

Al referirse el Código Civil a los bienes comunes, se refiere a los bienes que ambos cónyuges adquirieron pero los dos en forma conjunta, no uno de ellos aunque el otro tenga el uso y goce.

Es por esto que las tesis citadas nos hablan de que la herencia otorgada a favor de uno de los cónyuges es de su exclusiva propiedad y no entra en la sociedad conyugal puesto que esa herencia no pertenece a los dos cónyuges.

Podemos decir que la sociedad conyugal va a estar formada por los bienes que adquieran los cónyuges durante el matrimonio, los frutos que estos produzcan, así como las deudas, todo esto va a formar un fondo común a lo que se llama "gananciales" los cuales se van a repartir entre los cónyuges una vez disuelto el vínculo matrimonial.

Como finalidad de la sociedad conyugal encontramos como principio el sobrellevar las cargas matrimoniales, comprendiendo éstas los gastos de manutención, la ayuda de los cónyuges y los hijos. Asimismo, sabemos que la sociedad conyugal está formada por un patrimonio, este patrimonio va a conformarse por los bienes no sólo que adquieran los consortes durante el matrimonio, sino también los que poseían antes de casarse, si así lo acuerdan en las capitulaciones matrimoniales, pues la finalidad de estas es regir la sociedad, así también en ellas se puede determinar qué bienes y deudas son las que entran, ya que se piensa que por el hecho de casarse bajo el régimen de sociedad conyugal los bienes que tienen los cónyuges son de ambos y en realidad no es así porque para determinar dicha situación están las capitulaciones matrimoniales, y los bienes que tenía uno de ellos a menos que los hayan aportado a la sociedad expresamente. Estos bienes aportados no implican una transmisión definitiva de propiedad, es decir, al aportar esos bienes uno de los cónyuges va a transmitir a su cónyuge el uso y disfrute de dichos bienes más no la propiedad porque aunque los haya aportado, siguen siendo de su propiedad, por lo que al disolverse la sociedad conyugal se devuelven los bienes a cada uno de los cónyuges que los aportó; y en el caso de que los cónyuges sean dueños de los bienes, es decir, que ambos adquirieron dichos bienes, entonces sí se van a repartir entre los dos esos bienes al disolverse la sociedad conyugal.

Refiriéndonos específicamente a los bienes que los cónyuges adquieren por herencia, legado o donación podrán ser de ambos, en tanto se haga la división, si es que se hereda a ambos, pero no por eso significa que el bien dejado por esos medios será del otro cónyuge. Por lo que no se puede considerar como ganancial los bienes adquiridos por un cónyuge por cualquier título gratuito, porque esos bienes no fueron adquiridos por el esfuerzo de ambos, ni por el apoyo o colaboración de un cónyuge con respecto a otro, por lo tanto, no tiene derecho a ser dueño de dichos bienes.

El Código Civil para el D.F. estipula en el artículo 215 lo referente a los bienes adquiridos por herencia, legado o donación que adquirieran ambos cónyuges, casados bajo el régimen de separación de bienes.

En el caso de la sociedad conyugal, el Código Civil no señala un artículo expreso referente a los bienes adquiridos por herencia, legado o donación por uno sólo de los cónyuges; por lo que de todos estos criterios se puede proponer la creación de un artículo en el Código Civil para el Distrito Federal en cuanto a los bienes de la sociedad conyugal que exprese lo siguiente:

ARTICULO 194 BIS.-"Los bienes adquiridos por uno sólo de los cónyuges a título de herencia, donación, legado, don de la fortuna, o por cualquier otro título gratuito, son de la exclusiva propiedad del cónyuge que los adquirió."

## CONCLUSIONES

- El testamento como acto jurídico debe ser otorgado por una persona que tenga voluntad, la cual debe ser manifestada en forma expresa en el mismo.
- Para que el testamento sea válido debe ser otorgado por una persona capaz, que en el momento de hacerlo esté en pleno uso de sus facultades mentales.
- La voluntad debe expresarse de una manera libre y conciente, sin que para su otorgamiento se haya ejercido presión alguna, ya sea física o moral.
- Los actos inexistentes no producen efectos jurídicos, los actos nulos los producen provisionalmente y ambos deben ser declarados por la autoridad judicial.
- Para que el testamento produzca efectos jurídicos es necesaria la muerte del testador.
- El modo es una declaración de la voluntad en los actos jurídicos a título gratuito como la donación, la herencia y el legado, en el que se impone al beneficiario una carga para poder recibir lo otorgado.
- En la sucesión mortis causa existen dos partes: el de cujus o causante y el sucesor o causahabiente. Esta relación es sucesoria porque el heredero o legatario adquiere los derechos así como las obligaciones sólo a la muerte del testador o de la persona que deja el legado, por lo que en esta relación no aparecen al mismo tiempo, sino que uno sucede al otro.
- La sucesión por causa de muerte puede ser voluntaria, legítima o mixta. Es voluntaria cuando el causante manifestó su voluntad a través del testamento. Será legítima cuando no existe testamento alguno y se procede a la sucesión de acuerdo al orden legal establecido. Es mixta cuando el causante dispuso de sus bienes sólo en una parte y los demás se resuelven de acuerdo a la sucesión legítima.

- La sucesión mortis causa puede ser a título universal o a título particular. Es a título particular cuando se transmite un bien determinado, un derecho o un crédito. Es a título universal cuando los herederos adquieren derecho a la totalidad de los bienes.
- Una herencia puede estar conformada por varios legados, es decir, en el testamento se especifica a quién se destinará cada uno de los bienes, derechos u obligaciones que lo forman.
- El testamento es un acto jurídico personalísimo, revocable y libre, a través del cual una persona capaz dispone de sus bienes, derechos y obligaciones.
- El testamento es un acto jurídico solemne porque para que tenga validez debe observar ciertas formas especiales establecidas por la ley que no pueden ser suplidas ni omitidas por el otorgante.
- Son capaces para testar y para heredar todas aquellas personas a las cuales la ley no les prohíbe en forma expresa el ejercicio de ese derecho.
- Para que la herencia produzca sus efectos jurídicos es necesaria su aceptación por parte del heredero y no puede ser obligado a aceptarla ni tampoco a repudiarla.
- La mujer casada no necesita autorización de su cónyuge para aceptar o repudiar una herencia.
- La petición de herencia es la acción con que cuenta quién se presume heredero para pedir que se le reconozca ese derecho y participar en la herencia.
- El matrimonio es la unión legítima de un hombre y una mujer celebrada a través de un acto jurídico, con el objeto de llevar una vida en común y formar una familia.
- El matrimonio es un acto solemne porque para su validez requiere de requisitos forzosos como lo son: la intervención de una autoridad, la expresión de determinadas palabras y el levantamiento de un acta en la que obren las generales de los contrayentes.

- Para que el matrimonio sea válido es necesario el consentimiento de los contrayentes, la capacidad de los mismos, y que éste sea realizado ante el Juez del Registro Civil.
- Las capitulaciones matrimoniales son el convenio que hacen los cónyuges para establecer el régimen de propiedad de los bienes que les pertenecen o que llegaren a obtener, así como los frutos de los mismos, acordando el régimen patrimonial de su matrimonio, ya sea en sociedad conyugal, separación de bienes, o bien, en régimen mixto.
- Es uso común que tratándose de sociedad conyugal, los cónyuges no hacen una relación de los bienes que entran a ésta, por lo que se presume que todo lo que adquieren es de los dos y a cada uno le corresponde el 50%.
- Al disolverse la sociedad conyugal los bienes aportados se regresarán a cada uno de los cónyuges que los aportó, por lo que no se puede decir que a cada uno de ellos le corresponde la mitad de esos bienes.
- En la sociedad conyugal, tratándose de bienes adquiridos por ambos cónyuges, son dueños cada uno de la mitad de esos bienes, porque existe una comunidad de bienes que es el objeto de la sociedad conyugal.
- La sociedad conyugal no debe compararse con la copropiedad.
- El régimen de sociedad conyugal es accesorio al matrimonio y desaparece al disolverse el mismo.
- En el régimen de separación de bienes cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de los bienes que posee y de los que llegare a obtener.
- No debe entrar la herencia otorgada a favor de uno de los cónyuges por una tercera persona en la sociedad conyugal, ya que analizándolo desde el punto de vista de la voluntad del testador, fue su voluntad instituir como heredero sólo a uno y no a su cónyuge, porque de haberlo deseado así, también lo hubiera nombrado heredero.
- La herencia cuando es otorgada por un tercero no forma parte de la sociedad conyugal y es de la exclusiva propiedad del consorte que la adquiere.

- Los esposos son dueños de los bienes que adquieren en común, pero los que adquiera uno de ellos por herencia son de su exclusiva propiedad y no formarán parte de la sociedad conyugal.
- Se debe adicionar un artículo en el Código Civil para el Distrito Federal en la parte relativa a la Sociedad Conyugal que establezca lo siguiente:

*ARTICULO 194 BIS.- "Los bienes adquiridos por uno sólo de los cónyuges a título de herencia, donación, legado, don de la fortuna o cualquier otro título gratuito, son de la exclusiva propiedad del cónyuge que los adquiere."*

## BIBLIOGRAFIA

- BRAVO GONZALEZ, Agustín y Bialostovsky, Sara. "Compendio de Derecho Romano". Editorial Pax-México. Sexta Edición. México 1973.
- BONNECASE, Julien. "Elementos de Derecho Civil". Traducción por José M. Cajica Jr. Tomo III. Cardenas Editor y Distribuidor. México 1985.
- COLIN, Ambrosio y H. CAPITANT. "Curso Elemental de Derecho Civil". Traducción por Demófilo de Buen. Tomo VIII. Editorial Reus. Tercera Edición. Madrid 1957.
- COSSIO COSSIO, Roberto. "Segundo Curso de Derecho Civil". Apuntes. Editados por J.Guridi. Escuela Libre de Derecho. México 1943.
- ENNECCERUS, Ludwing, Kipp, Theodor y Wolf, Martín. "Tratado de Derecho Civil". Traducción por Helmut Coing. Tomo V. Volúmen I. Bosch, Casa Editorial. Segunda Edición. Barcelona 1976.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. "Derecho Romano". Editorial Esfinge. Décima Cuarta Edición. México 1986.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil, Primer Curso". Editorial Porrúa. Octava Edición. México 1987.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Editorial Porrúa. Octava Edición. México 1991.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. "El Patrimonio Pecuniario y Moral de Derechos de la Personalidad". Editorial Cajica. México 1971.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. "Obras Completas". Tomo IV. Editorial Espasa-Calpe. Madrid 1989.
- IBARROLA, Antonio de. "Cosas y Sucesiones". Editorial Porrúa. Sexta Edición. México 1986.
- IBARROLA, Antonio de. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 1984.

- IGLESIAS, Juan "Derecho Romano", Instituciones de Derecho Privado. Ediciones Ariel. Décima Edición. Barcelona. 1990.
- MARTINEZ ARRIETA, Sergio T. "El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México". Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1985.
- MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México 1990.
- PETIT, Eugéne. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Traducción por José Ferrández González. Editorial Epoca. México 1989.
- PINA VARA, Rafael de. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Volúmen I. Editorial Porrúa. Décima Quinta Edición. México 1986.
- PINA VARA, Rafael de. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Volúmen II. Editorial Porrúa. Décima Primera. Edición México 1987.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I. Editorial Porrúa. Vigésima Tercera Edición. México 1989.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo IV. Editorial Porrúa. Sexta Edición. México 1985.
- SAINZ GOMEZ, José María. "Derecho Romano I." Noriega Editores. Primera Edición. México 1988.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón. "De los Contratos Civiles". Editorial Porrúa. Undécima Edición. México 1991.
- VENTURA SILVA, Sabino. "Derecho Romano". Editorial Porrúa. Novena Edición. México 1988.

## ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

- "Diccionario Jurídico Mexicano". Instituto de Investigaciones Jurídicas. Letra "A-CH". Editorial Porrúa. Quinta Edición. México 1992.
- "Diccionario Jurídico Mexicano". Instituto de Investigaciones Jurídicas. Letra "I-O". Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 1989.

- "Diccionario Jurídico Mexicano". Instituto de Investigaciones Jurídicas. Letra "P-Z". Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 1989.
- "Enciclopedia Jurídica Omeba." Tomo I. Letra "A". Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, Argentina 1979.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan. "Diccionario para Juristas". Mayo Ediciones. Primera Edición. México 1981.

#### **CODIGOS CONSULTADOS.**

- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. Sexagésima Primera Edición. México 1992.