



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ARAGON

86
25

**NECESIDAD DE REFORMAR
EL TERMINO
SOCIEDAD CONYUGAL**

FALLA DE ORIGEN

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

JOSE LUIS CONDE DURAN

San Juan de Aragón Edo. de México, Febrero de 1996.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**A SANTAMARIA DE GUADALUPE
REINA DE MEXICO Y MADRE DEL
VERDADERO DIOS POR QUIEN
SE VIVE.**

**A MIS QUERIDOS PADRES
RANULFO Y HERLINDA POR HABERME
DADO EL MARAVILLOSO DON DE LA
VIDA, Y SU EJEMPLO DE HONESTIDAD.**

**A MIS HERMANOS, POR SU DECIDIDO
APOYO, APESAR DE LAS CIRCUNSTANCIAS
MIGUEL, MA. EUGENIA, JORGE, ANGELICA,
ARMANDO, ANGELES, CAROLINA, FRANCO
Y EDITHE.**

A MIS CUÑADOS Y SOBRINOS:
DIANA, ANASTACIO, JUAN MANUEL,
DANIEL, ALMA ROSA, PAULINA, CECILIA,
MARIANA, NORMA, GUADALUPE, Y MIGUEL.

A MI FUTURA ESPOSA,
POR SU APOYO Y ENTREGA,
MA. CAROLINA MIRANDA RIVERA.

AL HONORABLE LICENCIADO.
JESUS CASTILLO SANDOVAL, QUIEN
TUVO A BIEN DIRIGIR LA PRESENTE
INVESTIGACION.

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I.....	3
<i>Evolución histórica de los bienes en el matrimonio.</i>	
<i>A.-Roma.....</i>	<i>4</i>
<i>B.-Francia.....</i>	<i>23</i>
<i>C.-España.....</i>	<i>33</i>
CAPITULO II	41
<i>La legislación Mexicana en relación a los bienes en el matrimonio.</i>	
<i>A.-Los códigos civiles de 1870 y 1884.....</i>	<i>42</i>
<i>B.-La Ley de Relaciones Familiares de 1917.....</i>	<i>50</i>
<i>C.-El Código Civil de 1928.....</i>	<i>54</i>
CAPITULO III.....	62
<i>El matrimonio en el Código de 1928.</i>	
<i>A.-Concepto.....</i>	<i>63</i>
<i>B.-Elementos de existencia.....</i>	<i>64</i>
<i>1.-Consentimiento</i>	
<i>2.-Objeto</i>	
<i>3.- Solemnidad</i>	
<i>C.-Elementos de validez.....</i>	<i>67</i>
<i>1.-Capacidad</i>	
<i>2.-Ausencia de vicios de la voluntad</i>	

3.-Objeto motivo o fin lícito	
4.-Forma	
D.-Requisitos para su celebración.....	73
E.-Derechos y Obligaciones que engendra.....	76
F.-Donaciones entre consortes.....	82
G.-Nulidad e ilicitud en el matrimonio.....	84
H.-Causas de disolución del vínculo matrimonial.....	93
I.-Finalidades del matrimonio como base de la familia.....	106
CAPITULO IV.....	110
<i>Necesidad de reformar el termino sociedad conyugal</i>	
A.-La copropiedad en el Código Civil.....	112
B.-La sociedad en la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1933 y en el Código Civil.....	117
C.-Diferencias Fundamentales con la sociedad conyugal.....	135
D.-Propuesta del sustentante.....	146
CONCLUSIONES.....	150
BIBLIOGRAFIA.....	153

I N T R O D U C C I O N

Los numerosos cambios y transformaciones que a lo largo de la historia va sufriendo nuestra sociedad en sus formas de organización, exigen una constante revisión y actualización de las diversas instituciones del hombre y para el hombre, que consagra nuestra legislación.

La presente investigación va dirigida a uno de los aspectos de una de las instituciones cuya trascendencia ha quedado de manifiesto através de la historia de la humanidad, ya que ella es, ha sido y será la base y fundamento de toda sociedad: El MATRIMONIO.

El matrimonio en orden a su naturaleza, fin y destino del hombre, se constituye por la unión voluntaria de un solo hombre y una sola mujer, cuyos vínculos afectivos, espirituales y de intereses, los llevan a la procreación de la prole y así fundar una familia. Sin embargo, el objeto del matrimonio no queda ahí, sino que en su carácter de formadora y transformadora, educa a los hijos para sus relaciones con la sociedad. Esto es a lo que se denomina una comunidad de vida.

Así, la unión se da entre personas, y como consecuencia de las necesidades materiales, también entre los bienes y los patrimonios que no son únicamente materiales.

A este respecto, nuestra legislación ha ido variando el trato a los regímenes económicos del matrimonio. Los códigos de 1870 y 1884 regulaban de una manera semejante esta institución, estableciendo normas minuciosamente elaboradas para su funcionamiento.

(2)

Sin embargo, con la promulgación del código de 1928, su reglamentación cambió. Es menester tener en consideración los acontecimientos sociales acaecidos entre el código de 1884 y el vigente de 1928, como son: la revolución mexicana, la promulgación de la Ley Sobre Relaciones familiares de 1917, la introducción del divorcio a nuestra legislación, etc., hechos que han influido en ese aspecto.

Nuestro estudio se ciñe a la naturaleza de la denominada sociedad conyugal, que como lo sostendremos más adelante, de sociedad no tiene sino el nombre, así como a las características diferenciadoras con otras instituciones que la hacen una institución sui generis. No obstante de que las normas relativas a la sociedad conyugal ordenen la aplicación supletoria de las reglas del contrato de sociedad (art. 183) eso no le da su naturaleza.

CAPITULO I

Evolución histórica de los bienes en el matrimonio

A.-Roma

B.-Francia

C.-España

A.-ROMA**CONCEPTO Y NATURALEZA DEL MATRIMONIO**

La naturaleza del *matrimonium* en Roma, ha sufrido variaciones en las diversas épocas, lo cual hace difícil una definición válida para toda su evolución. Es el caso por ejemplo, que en la época clásica el *matrimonium* constituyó una situación o *status* socialmente vinculante y dotado de efectos jurídicos pero no un vínculo contractual. Aunque las fuentes romanas emplean a veces una terminología contractual y hablan de *matrimonium contractum*, pero sin sentido técnico-jurídico, puesto que el *matrimonium* no es un *negotium* (o actividad lucrativa), del cual pueda nacer una *obligatio* y la *actio* consiguiente.

Las dos grandes definiciones que llegan hasta nosotros (Justiniano y Modestino), destacan y acentúan el modo especial del matrimonio, que es precisamente la intimidad y la comunidad de vida, ideal e intencionadamente perpetua y que supone también una interdependencia tanto de derecho humano como divino. El matrimonio entre los romanos fue siempre severante monogámico la intención ética de constituir un consorcio perpetuo excluye de un modo absoluto la agregación de condiciones o términos.

La definición de Justiniano reza así: *VIRI ET MULIERIS CONIUNCTIO INDIVIDUAM CONSUETUDINEM VITAE CONTINENS*; y

Modestino lo define así: *NUPTIAE SUNT CONIUNCTIO MARIS ET FEMINAE ET CONSORTIUM OMNIS VITAE, DIVINI ET HUMANIS IURIS COMUNICATIO*.

De lo anterior, podemos decir, que el *matrimonium* romano, es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea, de procrear y educar hijos y de constituir además entre los

(5)

cónyuges una comunidad perpetua e íntima bajo todos los conceptos. Tal intención es denominada *affectio maritalis*.

La celebración del matrimonio no tiene necesidad de ninguna forma jurídica en el derecho histórico, aunque se acompañe de fiestas y ceremonias que varían con la transformación de los tiempos y de las costumbres.

El matrimonio romano era, el vivir juntos con intención marital, y si concurren estas dos circunstancias, hay matrimonio, sino no, no existe. Este no era como el actual matrimonio de la legislación mexicana, una relación establecida por el consentimiento inicial. El consentimiento era (en el *matrimonium*) duradero y continuo, no solamente inicial, por eso los romanos, mas que *consensus*, lo llaman *affectio*, que indica una voluntad con ese carácter. Por lo tanto, el principio del matrimonio revela claramente la existencia de dos requisitos: la cohabitación y la intención marital. Este requisito intencional y ético de la *affectio maritalis* se demuestra mediante las declaraciones de los cónyuges mismos o de los parientes y amigos, pero más que nada mediante su manifestación exterior, o sea, el honor matrimonii, que es el modo de tratarse, en todas formas, como en la sociedad se deben tratar dos cónyuges conservando la mujer, la posición social del marido y la dignidad de esposa.

REQUISITOS PARA SU CELEBRACION

Las nupcias legítimas se llaman *iustae nuptiae* o *legitimum matrimonium* y para su celebración se requiere:

a).- LA CAPACIDAD CIVIL O *CONNUBIUM* O *IUS CONNUBII*.

Es la capacidad que solamente los ciudadanos romanos tenían para contraer matrimonio legítimo o *iustum*, con arreglo al *ius civile*. Se trataba sin duda de un impedimento mantenido por los pontífices para conservar el

(6)

privilegio de casta de los patricios, evitando la mezcla de sangre (*turbatio sanguinis*). Con la aparición de la *Lex Canuleia* de 445 a.C. se autoriza ya el matrimonio entre patricios y plebeyos, cosa que no sucedía entre libres y esclavos, ya que estos no eran sujetos de derecho y la unión que de hecho se produjese siendo parte de una persona esclava, constituía un *contubernium* y la subsistencia del mismo dependía del propietario.

Con la extensión de la ciudadanía romana, concretamente desde la *Constitutio Antoniniana* del 212 d.C. el *connubium* perdió su verdadero sentido.

Por lo tanto el *connubium*, más que un requisito, era la base misma para la existencia de una unión conyugal legítima en Roma.

b).- CAPACIDAD NATURAL FISICA Y MENTAL.

Es decir, que sean sexualmente capaces: el hombre mayor de catorce años; la mujer mayor de doce. Así mismo el *cunucio* no podía celebrar *iustae nuptiae*.

Capacidad mental para consentir, el *furiosus* (demente) no podía contraer matrimonio.

c).- Requisito básico es EL CONSENTIMIENTO de los contrayentes, si son *sui iuris*, y si aun se encuentran bajo la *patria potestas*, también de su *paterfamilias*. El nacimiento del vínculo matrimonial era rodeado de algunas formalidades tradicionales como el solemne ingreso de la mujer en la casa del marido y la continuidad del mismo en la convivencia habitual de los cónyuges, rodeando a la comunidad conyugal en todo momento de la dignidad correspondiente. (*honor matrimonii*).

d).- Un requisito de legitimidad era la MONOGAMIA. Durante el derecho clásico se reafirma este principio. *Gayo I, 63 NEQUE EADEM*

DUOBUS NUPTA ESSE POTEST, NEQUE IDEM DUAS UXORES HABERE.

e).- Otro requisito es la EXOGAMIA, es decir que los cónyuges no formaran parte de la misma familia. La terminología de las fuentes da a entender que la esposa (uxor) procede de fuera del núcleo doméstico y es introducida a la casa del marido (deductio in domum mariti) con una ceremonia que prueba la iniciación del matrimonium.

f).- Que entre los cónyuges no exista relación alguna de tutela. Sólo después de terminar la tutela y rendir cuentas, el ex-tutor puede casarse en iustae nuptiae con su ex-pupila.

g).- Otro requisito es, en su caso, que la viuda deje pasar un determinado tempus luctus para evitar la turbatio sanguinis, requisito que se extendió a la mujer divorciada.

En el derecho postclásico, bajo la apariencia de que nada fundamental había cambiado, parece descubrirse una concepción nueva del matrimonio, consistente en considerarlo como un vínculo permanente. El consensus que sigue considerándose como requisito esencial tiene ahora el sentido de acto inicial constitutivo de un vínculo permanente. De ahí que incluso desaparecida la convivencia conyugal no se considera que haya cesado el vínculo que une a los cónyuges, ya que han manifestado su recíproco consentimiento en el acto inicial del matrimonio. En este momento, la noción de matrimonio se acerca más a la idea de contrato en cuanto se hace surgir de un acuerdo o convenio del cual el vínculo matrimonial deriva su eficacia.

Después en el derecho postclásico, no se exige ya el comubium para que exista el matrimonium iustum o legitimum, pero persiste el consensus, aunque ahora es simplemente inicial y establece el vínculo conyugal permanente.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO

El matrimonio romano es, ante todo, fuente de derechos y deberes entre los cónyuges mismos, así tenemos como efectos del matrimonio que:

a).- Los hijos del *matrimonium legitimum*, eran considerados ciudadanos y personas *in potestate* del *paterfamilias*. Si el padre era un *filius familias*, los hijos quedarían sometidos a la potestas del *paterfamilias*. Radicaba en el *cunubium* la consecuencia de que el *filius* siguiera la condición del padre. *Semper cunubium efficit, ut qui nascitur patris conditioni accedat*. Gayo I, 180.

b).- Los cónyuges se deben fidelidad. La fidelidad aparece como una antigua exigencia. El derecho romano trata más severamente a la esposa que al marido, ya que la infidelidad de aquélla, introduce sangre extraña en la familia. En caso de relación extraconyugal, aparte del *repudium*, el marido podía intentar contra la esposa una acusación de adulterio. Así, tenemos que la *Lex Iulia Adulteris*, creó un tribunal especial considerando a la infidelidad como una *crimina pública*. Por el contrario, la mujer no podía intentar acusación contra el marido infiel.

c).- La esposa tiene el derecho y deber de vivir con el marido, ya que adquiriría la misma posición social (por ejemplo el rango senatorial) y la condición de *materfamilias*. El marido podía ejercitar el *interdicto uxore exhibenda ac ducenda*, para recuperar a la esposa raptada o si esta se queda, sin su permiso en casa ajena.

d).- En el orden patrimonial los efectos del matrimonio son importantes:

(9)

1.- Se hallaban prohibidas desde época antigua las donaciones entre cónyuges. Sin embargo, considerando que la finalidad de la prohibición era impedir el enriquecimiento de un cónyuge en perjuicio del otro, la interpretación de los juristas fue admitiendo como excepciones los pequeños obsequios y hasta las modestas donaciones destinadas a ciertos fines como los juegos públicos.

2.- Si la mujer cometía una sustracción de bienes del marido, no se le otorgaba a este la *actio furti*, habida cuenta de que la mujer tenía en la **COMUNIDAD CONYUGAL** una cierta posición de dueña.

3.- Existente el matrimonio, todo incremento en el patrimonio de la mujer, de la cual no pudiese determinarse con claridad su origen, se presumía realizado a cuenta del marido, a este principio se conoció como *praesumptio muciana*, el cual prueba que la capacidad patrimonial de la mujer, trató de regularse en paralelo con las demás, es decir, sometidas a la potestas.

e).- Se estableció entre los cónyuges el derecho a alimentos, que se determinan en vista del que los debe y de las necesidades del que los pide. También se establece el derecho de sucesión.

f).- Surgía un parentesco por razón de familiaridad (*ad finitas*) entre cada cónyuge y los parientes cognados (*cognati*) del otro. Este constituye un impedimento para contraer matrimonio entre cualquiera de los cónyuges con los parientes cognados del otro.

g).- En materia civil, la condena que obtenga un cónyuge contra el otro no puede ir más allá de las posibilidades de la parte vencida (*beneficium competentiae*), de manera que la condena puede privar al vencido de sus

(10)

bienes suntuarios, pero debe dejarle el mínimo para poder subsistir de acuerdo a su rango social.

h).- Otro efecto era la exigencia del período de luto (*tempus luctus*) de un año, que la viuda debía observar antes de contraer segundas nupcias. (ya señalado en el título requisitos para la celebración del matrimonio inciso g).

i).- En caso de quiebra o concurso del marido, se presume que cuanto haya adquirido la esposa en el matrimonio, procede del marido y entra en la masa de la quiebra. Si son bienes adquiridos por ingresos propios de la esposa, debe comprobarlo.

LA MANUS

En el antiguo derecho romano también las mujeres casadas solían entrar a formar parte de la familia del marido, supeditándose a la misma potestad y rompiendo todo lo vínculo con la familia de la que procedían. Esta supeditación constituía la *CONVENTIO IN MANUM*, según la cual la esposa (*uxor in manum*) se hacía filiafamilias, quedando sometida al nuevo paterfamilias.

La *conventio in manum* se verificaba solemnemente con formas que acompañaban al matrimonio, la *confarreatio*, la *coemptio* y a falta de estas, el *usus*.

LA CONFARREATIO.- Históricamente la primera forma matrimonial conocida, son las denominadas *nuptiae confarreae*. Era una ceremonia religiosa de una solemnidad única, en honor a Júpiter. Era presidida por un sacerdote y con intervención quizá del *pontifex maximus*, en ella el novio y la novia se hacían recíprocamente con grandes ceremonias,

(11)

sus solemnes interrogaciones y declaraciones, luego compartían el panis ferreus como símbolo de la futura COMUNIDAD DE VIDA. Este complejo rito nupcial formalizaba al mismo tiempo la entrada o incorporación de la mujer en la nueva familia agnaticia bajo la manus mariti. La confarreatio implicaba, por tanto, la unión matrimonial y la creación de un vínculo agnaticio nuevo para la esposa (uxor) colocándola en la posición de los adgnati o descendientes por línea paterna.

LA COEMPTIO.- Constituye también una forma de incorporación de la mujer bajo la manus mariti, aplicando la mancipatio realizada matrimoniu causa. La denominación de coemptio parece aludir a la idea de compra y algunos autores han visto en esta formalidad un residuo de una arcaica compra de la mujer. En efecto es un acto solemne en el que intervienen el antiguo paterfamilias de la novia y el nuevo, fingiendo una compra, puesto que la mancipatio es una imaginaria venditio. Sin embargo, la coemptio, que fue la forma mas usada de la conventio in manum, sólo puede entenderse aunada a las sponsalia. El acto de entrega de la filia actuando el paterfamilias de la novia, como mancipio dans (auctor) y el maritus como accipiens a nombre propio si era sui iuris o a nombre de su padre si se hallaba bajo la potestas, parece suponer una sponsio previa o promesa de la filia, incluso, con la correspondiente dote. En efecto, en los sponsalia o promesa de futuro matrimonio un paterfamilias prometería la hija o una cantidad de dinero a efectos nupciales (percuria aut filia nuptiarum causa). La filia quedaría sometida (sponsa) a la futura entrega (mancipatio matrimonii causa) y el maritus quedaría obligado a acogerla como uxor y a devolver la dote que se constituía también en el acto, respecto a cuya devolución quedaría comprometido.

También la conventio in manum, esta vinculada a la dote. Si la mujer era sui iuris, todos los bienes de ésta, pasaban al marido en condición de dote

(dotis nomine). Se trataba de un acto de adquisición del patrimonio en bloque, de la mujer. Si en cambio ésta era alieni iuris se adquiría la dos dicta con motivo del matrimonio. No se trata de una adquisición en propiedad por el maritus si no de la recepción de bienes dotis nomine, a título de dote para servicio del marido y sostenimiento del matrimonio (ad sustinenda onera matrimonii).

EL USUS. - La manus también puede resultar del usus, este consistió en el ejercicio de facto de la manus mariti durante un año de convivencia ininterrumpida de los cónyuges en la casa marital, con lo cual la uxor cambia su nacionalidad doméstica. Solamente rompiendo durante tres días consecutivos la convivencia podía la uxor evitar la consecuencia jurídico-familiar de incorporación a la manus mariti. "No se trata de una conventio in manum que opera por el mero transcurso del tiempo, como sugieren algunos autores, si no que se necesita para este cambio de la condición jurídica de la mujer, el consentimiento formal del original paterfamilias". *1 Claramente se observa el carácter de ejercicio de hecho de la manus como base para vincular a la uxor, definitivamente, al cabo de un año, a los sacra de la domus y de la familia, colocándola en el grupo agnaticio en posición equivalente a la filia, respecto al propio maritus y si este era a su vez, filius familias su esposa se consideraría en posición de nieta (loco neptis) en relación con el paterfamilias. El usus como dicen algunos autores, venía a ser una aplicación de la noción de usucapio o adquisición de una potestas mediante el ejercicio de hecho de la misma.

En el ius civile se conserva la mención de estas formas de incorporación a la familia agnaticia como ritos jurídicos (uso, farreo, coemptio) que producían un efecto legal de eficacia familiar; pero ya no eran formas necesarias para la existencia del matrimonio como tal. Este existía aunque ninguno de estos ritos jurídico-familiares se realizasen, ya que la parentela

*1 Floris Margadant, Guillermo. Derecho Romano. Ed. Porrúa Mex., D.F. 1988 p.p. 118

agnaticia había sido suplantada por la cognaticia en el edicto del pretor a efectos sucesorios.

Por lo tanto, no hace falta que el acto nupcial venga acompañado de la *conventio in manum* para que exista *matrimonium legitimum*. En el caso de que no se hubiere empleado ninguna de estas formas la mujer no entraba en la familia del marido y permanecía en la propia.

RELACIONES PATRIMONIALES EN EL MATRIMONIO

Desde los tiempos más antiguos, la mujer, en el acto de contraer matrimonio, llevaba consigo un patrimonio o *peculio* a la casa del marido, a lo que desde entonces parecía llamarse *dote*.

La constitución de la *dote* se hallaba supeditada a la realización de un *matrimonium legitimum* el cual operaba como una *condicio iuris*. Esta relación necesaria hacía que la *dote* fuera nula cuando el *matrimonium* lo fuera. Por tanto, los bienes dotales entregados (*dotis dicto*) solamente se entendían transmitidos si *nuptiae fuerint secutae*.

La *dote* tiene su razón de ser inicialmente cuando la mujer se integra bajo la *manus mariti*, pasando a la familia del marido en virtud del *conventio in manum* (*confarreatio*, *coemptio*, *usus*). Los bienes de la *uxor in manum* pasan al servicio de la nueva familia, si se trata de una mujer *sui iuris*. Si la esposa (*uxor*) es *filiafamilias* y se halla *in potestate patris*, al no tener bienes propios la mujer, suele ser establecida la entrega de dinero o cosas a título de *dote* (*dotis causa*).

La *dote* se mira como UN MEDIO PARA SOSTENER LAS CARGAS DEL MATRIMONIO (*ad sustinenda onera matrimonii*) y a la vez, como una CARACTERÍSTICA DISTINTIVA DEL VERDADERO MATRIMONIO FRENTE AL CONCUBINATO.

CONSTITUCION DE LA DOTE

La dote puede constituirse por toda clase de bienes, propiedades u otros derechos reales y créditos, incluso la misma remisión de una deuda.

Una forma de constitución de la dote fue la *dotis dictio*. En el caso del matrimonio realizado mediante la *coemptio* la *dotis dictio* sería una cláusula o *lex in mancipatio dicta* en paralelo con lo que ocurría respecto al *peculium* de un esclavo dado en *mancipatio*. El momento de traspaso de los bienes dotales a la nueva familia se realizaría en el acto mismo de la *coemptio matrimonii causa*. Los bienes dotales quedarían a disposición del marido o del *paterfamilias* de éste, de la misma manera que lo estarían en manos del *tutor mulieris*.

También la dote podía constituirse mediante la *stipulatio* o promesa estipulada de entrega de la misma (*dotis promissio*). Esta es una forma de que el constituyente se obliga mediante el normal contrato verbal. Se trataba de una aplicación mas de la *stipulatio* a la que había de seguir la entrega del dinero o bienes prometidos estipulatoriamente.

La constitución de la dote mediante la transmisión real y efectiva de los bienes se denominaba *dotis datio* y no requiere de formalidades especiales, sino las debidas según la naturaleza del derecho que se debe transmitir.

En época postclásica una Constitución de Teodosio II (428) reconoció como válida la constitución de una dote sin las formalidades señaladas (*dictio*, *promissio* o *datio*) admitiendo que la simple convención bajo cualquier forma de expresión sería suficiente. En el Derecho Justiniano, se admitió como suficiente acto constitutivo de la dote, la declaración escrita en el *instrumentum dotale*.

Al acto constitutivo pueden añadirse diversos pactos (*pacta nuptialia*) que fueran compatibles con la naturaleza de la dote y los derechos de la mujer. Así por ejemplo no se podía pactar la no restitución de la dote o el acrecimiento de los frutos de la dote, puesto que ésta no tenía la función de

ser incrementados, sino de contribuir a soportar las cargas del matrimonio.

Por lo que se refiere al constituyente de la dote, se le denominaba dos profecticia a la dote constituida por el padre de la esposa o por un ascendiente paterno. Durante el Derecho Justiniano la denominación de profecticia se reservó a la constituida estrictamente por el paterfamilias.*2 Era dos adventicia cuando era constituida por un tercero (extreaneus). La dos adventicia cambiaba de denominación y se llamaba dos recepticia, cuando el que la constituía se reservaba el derecho a obtener la restitución de la misma en caso de disolución del matrimonio.

LA DOTE DURANTE EL MATRIMONIO

El tema de la propiedad de la dote durante el matrimonio, sigue siendo tema polémico. La dote como lo dijimos anteriormente, inicia su historia en relación con la conventio in manum y los bienes dotales se colocan, como la esposa, bajo la manus mariti por efecto de la coemptio. Los jurisconsultos sienten que ésta situación no encaja perfectamente con la función de propiedad, ya que si jurídicamente se tiene por cierto que la dote es propiedad del marido, en cambio, bajo el aspecto social se dice que la dote pertenece a la mujer. Quamvis in bonis mariti dotis sit, mulieris tamen est. Por tanto, el marido cumple respecto de la dote una función análoga a la del tutor respecto del patrimonio del pupilo, (el tutor, sin ser propietario, se comporta como dueño de las res pupili).

"Justiniano podía con plena razón afirmar que el traspaso de los bienes dotales a la propiedad del marido, es una sutileza legal, que no puede anular o confundir la verdad de las cosas; y verdaderamente, la conclusión lógica del nuevo ordenamiento, apesar de los textos de los pandectas, sería concebir el derecho del marido como usufructo legal."*3

*2 Apartir de Antonino Caracalla la constitución de una dote se convirtió para los ascendientes de la hija sui iuris o bajo la potestad, una verdadera obligación sancionada por el Derecho Civil. Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional. Mexico D.F. p.p. 44

*3 Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Instituto Editorial Reus. Madrid, España. 1979 p.p. 207.

(16)

La dote es un patrimonio de naturaleza singular, reservado a la mujer, y de cuya administración responde el marido. Así, en el derecho clásico se acentúa la finalidad de subvenir a las cargas del matrimonio como característica de los bienes dotales.

Aunque hasta principios del imperio, el maritus tiene una amplia disposición de los bienes dotales (muebles e inmuebles), sin embargo, bajo Augusto se trataba de proteger los inmuebles de las disipaciones del marido y la ley Julia de Adulteris, restringe los poderes sobre los inmuebles constituidos en dote. Así, durante ésta época:

- El marido no puede enajenar el inmueble dotal sin consentimiento de la mujer

- No puede gravarlos con servidumbres (sólo en tratándose de predios itálicos) o hipotecarlos.

- El marido conservaba el derecho de enajenar el inmueble dotal que había sido estimado, de modo que tuviera la elección de devolver a la disolución del matrimonio, el inmueble mismo o la estimación.

- La prohibición de enajenar, sólo concernía a las enajenaciones voluntarias, y no impedía las necesarias, como la que resulta del reparto provocado por un copropietario del inmueble dotal.

La prohibición de la ley Julia tenía por sanción LA NULIDAD DE LA ENAJENACION.

Posteriormente, Justiniano consagró de manera absoluta la inalienabilidad de la dote inmueble, estableciendo que el marido no podía enajenar ni hipotecar el predio dotal, aún con el consentimiento de la mujer, extendiéndolo también a los fundos provinciales.

LA RESTITUCION DE LA DOTE

La restitución de la dote se introduce en el Derecho Romano, en relación con la disolución del matrimonium (divortium), aplicándose también al caso de muerte del marido.

Generalmente, la restitución tenía lugar sólo después de la disolución, y excepcionalmente, la mujer podía exigirla durante el matrimonio, cuando el marido se hacía insolvente, hasta el grado tal que la dote corriese peligro.

Durante el Derecho clásico, las acciones para pedir la restitución son: la actio ex stipulatu y la actio rei uxoriae y que a continuación explicaremos:

LA ACTIO EX STIPULATU En este caso, se constituía una estipulación entre el constituyente de la dote y el marido, de la cual surgía la actio ex stipulatu para exigir la devolución de los bienes dotales. En dicha estipulación se fijaban los términos de la devolución; así, se restituiría la totalidad de la dote o una parte, así como el motivo de la devolución, ya sea por divorcio o por muerte, etc. Era una acción de estricto derecho. Como cualquier crédito que nace de contrato, ésta acción pasaba a los herederos del acreedor o estipulante.

LA ACTIO REI UXORIAE Esta era una verdadera acción dotal, aparece a fines de la república, concebida con base en la equidad. Procede tanto para la dote profecticia como para la adventicia. Era una acción de derecho común y para ejercitarla no hacía falta invocar acuerdo previo alguno de restitución, pero que sólo podrían ejercitarla: la mujer viuda o divorciada, que para el caso de que se encontrase in potestate, la ejercitaba el paterfamilias junto con su hija (adjuncta filiae persona).

Si la disolución del matrimonium es por causa de muerte de la mujer, la actio rei uxoriae, competia al paterfamilias en tratándose de una dote profecticia. Muerto el paterfamilias, la dote profecticia queda en poder del marido, igualmente que sucede con la dote adventicia cuando se trata de la muerte de la mujer.

En tratándose de la muerte el marido, si este hubiese dejado en su testamento un legado a favor de la esposa con el contenido de la dote, (legatum dotis) la mujer, en virtud del edicto alterutro, podía optar entre el cumplimiento del legado o la restitución de la dote.

La diferencia fundamental entre LA ACTIO EX STIPULATU y LA ACTIO REI UXORIAE es que la primera daba lugar a un juicio estricto y la segunda a un juicio de buena fe, ya que era una acción in bonum et aequum concepta, en la que el Juez tenía reservado el más amplio arbitrio para evaluar las recíprocas relaciones de los cónyuges y fijar la condena quod melius aequis erit.

El arbitrio judicial se manifestaba en las diversas figuras que fueron surgiendo, denominadas retenciones, constituídas por diversas cantidades de bienes dotales, que según las circunstancias, el juez reconocía al marido su retención y que a continuación enumeramos:*4

1.- RETENTIO PROPTER LIBEROS. Esta retención procedía cuando después de sobrevenido el divorcio por culpa de la mujer de su paterfamilias, el marido quedara cargado de hijos, en este caso la cuantía de la retención sería de una sexta parte por cada hijo, sin poder rebasar la mitad de la dote.

2.- RETENTIO PROPTER MORES. Eran resultado de la mala conducta de la mujer. Esta retención ascendía a una octava parte en caso de leviores mores (faltas menos graves) y una sexta parte para los graviores mores (adulterio de la mujer).

*4 Bonfante, Pedro Ob. Cit. p.p. 210

3.- **RETENTIO PROPTER RES DONATAS.** Se aplicaba a las cosas donadas por el marido en contra de las prohibiciones establecidas en las donaciones entre cónyuges.

4.- **RETENTIO PROPTER RES AMOTAS.** Consistía en la retención de una cantidad equivalente al valor de las cosas propiedad del marido y que la mujer ha separado y no restituido. Lo mismo en el caso de que la mujer hubiese sustraído del patrimonio dotal algunos bienes, intentando asegurar la devolución de éstos en caso de divorcio; y

5.- **RETENTIO PROPTER IMPENSAS.** Se refiere a los gastos necesarios realizados en los bienes dotales, los cuales disminuyen la dote de pleno derecho, hasta la concurrencia del gasto. Si son gastos útiles que aumentan el valor de los bienes dotales, el marido tiene derecho a la indemnización, sólo si la mujer lo ha consentido, en caso contrario solo puede retirar las mejoras sin deteriorarlos (*ius tollendi*). Los gastos voluptuarios o de lujo no daban lugar a retención.

El marido tenía a su favor el *beneficium competentiae*, por el cual no sería condenado a pagar mas allá de sus posibilidades mínimas o en el límite de su patrimonio: *in quantum facere potest*. También la mujer acreedora de la dote, gozaba de un *privilegium exigendi*, por el cual debía de ser pagada sobre los bienes del marido con preferencia de los demás acreedores quirografarios, sólo se colocaban antes que ella, los acreedores hipotecarios.

Por lo que se refiere a los términos para la restitución de la dote, salvo cláusula en contrario, la dote consistente en dinero o géneros, es decir, en cosas fungibles, debía ser restituida por el marido en tres plazos anuales (*annua, bima, trima*), excepto que como sanción a sus malas costumbres se le haya retirado esa facilidad, así por ejemplo, el adulterio del marido traía

como consecuencia la pérdida de los tres plazos, o bien que por faltas leves se hayan reducido los plazos a seis meses.

En tratándose de cualquier otra clase de bienes que debió de conservar, debe restituírselos inmediatamente.

REFORMAS DEL DERECHO POSTCLASICO.

Con la célebre constitución del 1 de noviembre del año 530, Justiniano realiza un cambio profundo en el sistema dotal clásico, generalizando el principio de restitución de la dote y estableciendo garantías especiales en provecho de la mujer.

Así, en aquellos casos en que no se haya estipulado expresamente la restitución, Justiniano establece que se presuma hecha la estipulación por la cual la dote deba ser restituida a la mujer o a sus herederos, cualquiera que sea la causa de disolución del matrimonio. Sin embargo el paterfamilias mantiene su derecho sobre la dote *in profectione*, cuya devolución puede demandar junto con su hija.

Constituye también parte de esta transformación el hecho de que Justiniano declaró abolir la *actio rei uxoriae*, dejando subsistente únicamente la *actio ex stipulatu*, que recoge las características de la *rei uxoriae*. Ahora la *actio ex stipulatu* es una acción de buena fe, basada en la equidad.

También desaparecen las retenciones dotales, otorgando derechos al marido para reclamar sólo los gastos o *impensas* necesarios que disminuyen *ipso iure* la dote, concediéndole además acciones para reclamarlos, junto con los gastos útiles (*ius tollendi*). Respecto a los gastos de lujo o voluptuarios aportados a los bienes dotales, el marido puede retirar las mejoras, siempre y cuando no deteriore los bienes y la mujer se niegue a pagar su importe.

(21)

Como los dijimos mas arriba, es en esta constitución en la que consagra de manera absoluta la inalienabilidad de la dote inmueble, de tal suerte que el marido ya no puede enajenar ni hipotecar predio dotal alguno (itálico o provincial) aún con el consentimiento de la mujer.

El marido sigue gozando, como en Derecho clásico, del *beneficium competentiae*, sin embargo, Justiniano le concede un plazo único de un año para restituir la dote mueble. Los inmuebles no estimados deben ser devueltos inmediatamente.

LOS BIENES PARAFERNALES

Eran el conjunto de bienes (joyas, útiles domésticos, vestidos, esclavos, etc.) que la mujer llevaba al domicilio conyugal, eran bienes que no se constituían en dote y que se destinaban al uso personal de la uxor.

Se llegaron a considerar como un *peculium* de la mujer, la cual conserva su propiedad. Eran entregados al marido, ya sea por la mujer o por su tutor.

Para la restitución, en caso de divorcio, toda vez de que no eran bienes dotales, no procedía la *actio rei uxoriae*, sino que la mujer debía intentar la acción correspondiente de acuerdo a la relación comercial establecida en el momento de entregar estos bienes extradotales. Así, podía intentar la *actio depositi*, si hubiera hecho la entrega en calidad de depósito; o bien la *actio reivindicatoria* como propietaria de los bienes; la *actio furti*, si la negativa de devolución constituía un delito. Si en cambio se habían entregado bajo la *datio transmissoria* de la propiedad, podía ejercitar la *conditio* para obtener la restitución.

(22)

Con Justiniano, los bienes parafernales, constituyen una aportación de la mujer con función análoga a la dote, aunque con un régimen distinto al de ésta. Se considera a la mujer propietaria de éstos, y puede ejercitar como tal, todas las acciones propias. El marido debe emplear todos los frutos o intereses en el sostenimiento de las cargas matrimoniales, destinando el uso de los bienes al uso que la mujer prefiera, o bien, conservándolos para ésta. El marido es responsable de su administración, debiendo actuar con la diligencia que pone en sus propias cosas.

B.- FRANCIA

El amplio o breve estudio que del Código Civil francés podamos hacer, es de sumo interés para el Derecho Mexicano, toda vez de que es el antecedente inmediato del código civil español de García Goyena, y ambos, fuente de nuestra codificación civil, desde el proyecto que Don Benito Juárez encargara a Justo Sierra, hasta el actual código civil vigente de 1928.

Baste recordar el largo y rico proceso de formación del código llamado de Napoleón (1804), para señalar la importancia de su estudio.

Anteriormente a la revolución francesa, podemos ver en Francia, dos grandes sistemas económicos del matrimonio: el régimen dotal romano en las regiones del Derecho escrito (*Droit écrit*) y el sistema de comunidad en las de derecho consuetudinario (*Droit coutumier*).^{*5} Bien puede decirse que el norte de Francia se inclinaba casi totalmente a la comunidad y el sur al dotal.^{*6}

En las regiones de Derecho escrito, en mantenimiento de las reglas romanas relativas a la conservación de la dote de la mujer, había producido un régimen denominado "régimen dotal", caracterizado esencialmente por la inenajenabilidad de los bienes dotales de la mujer. Osea que la mujer conservaba sus propios bienes al igual que el marido, y los bienes dotales eran destinados al sostenimiento familiar con la administración del marido.

^{*7}

El concepto de comunidad surge bajo la idea de la *collaboratio*, es decir, bajo la colaboración de los esposos, pero bajo la autoridad del marido (*uxor non est proprie socie sed speratur fore*).

^{*5} El Derecho consuetudinario, comenzó a pasar de su forma verbal, a la forma escrita a principios del siglo XVI. Batiza, Rodolfo. Los orígenes del Código Civil. Ed. Porrúa. México D.F. 1982 p.

^{*6} Bonnacase, Julián. Elementos de Derecho Civil. Ed. Cajica. Puebla, Mex. 1946 p. 284

^{*7} Ripert Georges, Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil según Planiol: La Ley. Buenos Aires, Argentina. Tomo IX. p. 24.

La influencia de los principios romanos, matizados por la doctrina cristiana y los doctores de la iglesia es, según Lefebvre,^{*8} la determinante en la formación consuetudinaria de la comunidad francesa. Aunque en general, podemos observar la compleja influencia de una serie de elementos romano, germánico, cristiano, cuya permanencia y penetración va a estar determinada por el sustrato social y consuetudinario de cada pueblo.

Reforzando la original autoridad marital, más tarde, la mujer ya no es considerada en su calidad de compañera del marido, sino de subordinada a él, y será tratada como incapaz en la unión conyugal.

Aunque en las primitivas redacciones de las costumbres no se dice nada acerca de la incapacidad de la mujer, poco a poco van apareciendo en la práctica, nuevos elementos, de tal suerte que ya las costumbres de 1510 establecen las siguientes disposiciones:

art. 105 Item, une femme etant en lien de mariage ne peut vendre, aliener, hypothéquer son eritage sans l'autorite et le consentement expres de son mari"

art. 106 Item, une femme ne peut etre en jugement sans le consentement de son mari, sinon qu'elle soit separee.

art. 114 Item, une femme etant en lien de mariage ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est separee ou marchande publique, auquel cas elle ne peut obliger touchant le fait et.

De esta manera, se establece que, en tratándose de comunidad de bienes la mujer no puede enajenar u obligarse sin autorización y consentimiento expreso de su marido; contrariamente sucedía cuando se encontraban en separación de bienes.

^{*8} Lefebvre. Le Droit des gens maries. Paris, Francia. 1908 p. 42 s.s.

Una vez transcurrido el período revolucionario, se mantuvo, no obstante, esta situación de la mujer, trascendiendo tan arraigado hasta el período denominado codificador.

Así por ejemplo, en los dos primeros proyectos Cambacères (1793 y 1794), la autoridad marital es silenciada, incluso abolida indirectamente, estableciendo la administración independiente de sus bienes a cada cónyuge con el necesario consentimiento del otro, sea marido o mujer, para los actos de disposición.

Esto generó críticas sobre esta igualdad en el matrimonio, obligando a presentar en su tercer proyecto (1795) el restablecimiento de la prerrogativa del marido.

En este aspecto, el código de Napoleón, aunque no proclama expresamente la incapacidad de la mujer, sí reconoce la necesidad de la autorización marital, tanto en actos judiciales, como extrajudiciales. Y en su título Du mariage, proclama un deber general y vago de obediencia debida por la esposa; pero sí prohíbe el artículo 1388, derogar a la puissance maritale et aux droits du mari comme chef, subsistiendo aun en esta legislación, como principio general, que el marido es el chef de los bienes y actos de la mujer.

Otro de los aspectos trascendentales en la antigua Francia (Ancien Droit Coutumier) es el relativo a la prohibición de las liberalidades entre los cónyuges. En las regiones del Droit coutumier, se negó la posibilidad de toda relación contractual nacida de la libre voluntad de los cónyuges, por el temor de que esas liberalidades no sean moderadas y afecten intereses legítimos (los hijos o la familia entera).

Este aspecto, produce una gran divergencia durante la edad media,

entre las regiones de Droit écrit y las de Droit coutumier, ya que mientras los primeros reciben la regulación romana en su integridad, acogiendo como solución la revocabilidad de las donaciones entre marido y mujer, el derecho de las costumbres francesas toma un giro muy diferente, prohibiendo, como lo dijimos antes, las relaciones contractuales durante el matrimonio.

El legislador revolucionario, no adopta ninguno de los sistemas de las regiones señaladas, sino que implanta un sistema nuevo, y concede una total libertad a los cónyuges en sus recíprocas relaciones económicas, sin establecer la posible revocación de las liberalidades inter vivos.

El código de Napoleón, vuelve con frecuencia a las costumbres tradicionales y comprende que, en principio, tiene como misión sancionarlas. Y sin rechazar las reformas revolucionarias, propone una complementación entre las costumbres tradicionales y las disposiciones del Derecho de la revolución.

EL CODIGO DE NAPOLEON

En 1824 se promulga el código civil francés, llamado a partir de 1807 código de Napoleón. Su misión fundamental fue instaurar en Francia, la unidad jurídica, ante la división de estilos de Derecho (écrit y coutumier) y paralelamente a ellos, un conjunto de ordenanzas reales.

El primer planteamiento para los redactores de este código, fue el elegir el régimen de bienes de los esposos. Si había que eliminar al Droit écrit o al Droit coutumier. Los partidarios de los dos grandes regímenes se encontraron pues en discusión:

"Berlier manifestó: Que dado el carácter nacional de la comunidad, de los felices resultados para la cohesión de la familia y el estrechamiento de

los lazos personales que unen a los esposos... en el régimen de comunidad era el régimen que debía adoptarse."

"En defensa del régimen dotal y como crítica a la comunidad se citó una requisitoria contra este régimen del tribunal de apelación de Mont Pellier, "sólo puede advertirse en él (régimen de comunidad) un caos de obligaciones que con frecuencia las partes contratantes no pueden comprender... es una manzana de la discordia que el norte de Francia quiere arrojar sobre el país, o fruto que la barbarie de los francos recogió indudablemente en los bosques germanos".*9

El código de Napoleón, vigente todavía en Francia, (aunque con múltiples modificaciones) adopta finalmente el sistema de absoluta libertad de contratación para fijar el régimen económico del matrimonio y permite a los cónyuges establecer los sistemas, condiciones y pactos más adecuados para regular económicamente su vida conyugal.

"Solamente impone la condición de que esos pactos y convenios no atenten contra la moral, las buenas costumbres, las leyes, la esencia del matrimonio y a la autoridad respectiva de los cónyuges, ni impliquen, con carácter general, la sumisión a los preceptos de una legislación extranjera.

*10

No obstante en el código existen determinadas fórmulas tipo, llamadas regímenes y de las cuales las convenciones individuales no son sino variantes. Los regímenes que establece son los siguientes:

I.-REGIMENES SIN COMUNIDAD. En los que los bienes de la mujer siguen siendo propiedad de ésta, pero están bajo la administración y goce del marido. La capacidad de la mujer en este régimen, es igual al de la mujer casada bajo el régimen de comunidad.

*9 Citados por Bonnescase. Ob. Cit. Tomo IV p. 999.

*10 Clerigo Luis Fernando. El Derecho de familia en la Legislación Comparada. Unión Tipográfica Hispanoamericana. México D. F. 1984 p. 84.

2.-REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES. En este régimen como en el del anterior se excluye la existencia de una masa común y cada cónyuge conserva la propiedad, el goce y la administración de todos sus bienes. La mujer esta obligada a contribuir con los gastos domésticos.

3.-REGIMEN DOTAL. La mujer aportaba al marido una dote que queda sujeta a la administración y goce del marido. Al principio estos bienes son inalienables, inembargables, imprescriptibles e incedibles. Bajo el régimen dotal, la dote de la mujer conserva su individualidad; constituye un patrimonio dotado de una acción especial y sometido a un estatuto particular. Ahora bien, esta afectación y este estatuto no son eternos; cualquiera que sean los destinos de la unión, llegará un día en que la dote, después de cumplir su misión, tendrá que ser restituida por el marido o sus herederos, a la mujer o a sus herederos.

4. REGIMEN DE COMUNIDAD. "Este se divide en comunidad legal y comunidad convencional. La primera, es la que se aplica cuando los esposos al celebrar el matrimonio no determinan el régimen sobre sus bienes o cuando elegido, éste es anulado posteriormente. La segunda se caracteriza en que la masa de bienes es a veces amplia y otras limitada: amplia cuando se trata de comunidad universal, limitada cuando a la inversa comprende únicamente los gananciales.*11

4.1 COMUNIDAD LEGAL. Su característica esencial es la existencia de una masa común de bienes, la cual se haya colocada entre los bienes propios del marido por un lado y los propios de la mujer por otro. La ley francesa establece que el activo de la comunidad comprende:

a).- El moblaje de los esposos casi en su totalidad.

*11 Bonncase Julián. Ob. Cit. Tomo IV p. 526.

- b).- Ciertos inmuebles; y
- c).- El goce de todos los bienes propios de los esposos.

Sea cual sea la extensión de la comunidad legal, universal o de gananciales, su administración esta sometida a las mismas reglas. El marido es el administrador y todas las facultades le pertenecen, la mujer no tiene ninguna, salvo excepciones en las cuales puede disponer de bienes; para sacar al marido de la cárcel, establecer al hijo en ausencia del marido, etc. El marido puede realizar todos los actos a título oneroso ya sea de administración o de disposición: arrendamientos, ventas, permutas, hipotecas, o constituir servidumbres sin el concurso de la mujer; como salvedad se dispone que sean sin fraude. La donación de bienes está prohibida; la de muebles, cuando es universal y cuando se hace con reserva del usufructo en favor del marido.

Respecto al pasivo, existen tres patrimonios: las deudas comunes a ambos esposos o sea de la comunidad; y los propios, ya sea del esposo o de la mujer, es decir, las deudas personales. Las deudas comunes aunque provengan del esposo, directamente son a cargo de la comunidad.

La comunidad se disuelve por vía de consecuencia: por muerte de uno de los esposos, por divorcio y por la anulación del matrimonio. Por causas que le son propias, se disuelve por: separación de bienes, separación de cuerpos o por ausencia.

Debido a la imutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, consagrada por un principio de absoluta rigidez, en el derecho francés, se necesita sentencia judicial para obtener la separación de bienes que se denomina principal, así como la separación de bienes accesoria, ya que esta es consecuencia de la separación de cuerpos; la última puede pedirla cualquie-

ra de los dos cónyuges, la primera sólo la mujer, pues es una medida protectora que tiene por objeto sustraer de los peligros de perder sus bienes debido al mal uso de los derechos concedidos al marido sobre su fortuna.

A la disolución de la comunidad, el activo y el pasivo, se dividen entre los cónyuges o entre sus herederos, previa deducción de los esposos sobre la masa y de cubrir el pasivo.

El remanente, si lo hay, se divide por partes iguales. Los efectos de la partición, la garantía que resulte de ella y los saldos, están sometidos a todas las reglas establecidas en el título de las sucesiones para la partición entre los herederos.

4.2 COMUNIDAD CONVENCIONAL. Las modificaciones al régimen legal que establecen las partes en la celebración del matrimonio, tiene por objeto, unas veces, aumentar el activo común y otras veces restringirlo. Las cláusulas que aumentan el activo de la comunidad son dos: la moblación y la estipulación de la comunidad universal. La moblación consiste en la convención por la cual se declaran comunes todos los bienes de los esposos, permitida por la ley, es la comunidad universal; los bienes muebles e inmuebles, presentes o futuros forman parte de la comunidad.

Las cláusulas restrictivas, pueden ser expresas o tácitas; las primeras las fijan los esposos al celebrar el matrimonio. Las segundas se dan cuando alguno de los esposos se compromete a aportar un bien o suma determinada.

La administración de la comunidad convencional, sigue las reglas de la legal.

Podemos resumir que, lo que caracteriza a las disposiciones del código de Napoleón, en cuanto al matrimonio, es la comunidad legal y la posibilidad de establecer la comunidad universal; así como los excesivos derechos del marido sobre los bienes de la esposa.

RECIENTES REFORMAS AL CODIGO CIVIL FRANCES

En 1965, el código civil francés sufre una profunda transformación en cuanto a regímenes económicos matrimoniales se refiere.

En efecto, esta reforma tiene como característica el desplazamiento del régimen legal y la exclusión de la ya obsoleta normatividad de la dote.

Esta reforma se inspira en el principio constitucional de la igualdad de sexos, pero sin que por esa preocupación se consiga romper del todo los esquemas tradicionales.

Así por ejemplo, para facilitar la gestión de los bienes, haciéndola individual, la reforma sigue una doble vía:

Por un lado restringe la comunidad, haciendo privativos ciertos bienes aunque hayan sido adquiridos con gananciales. Tal es el caso de las ropas y objetos de uso personal y los instrumentos de trabajo necesarios para la propia profesión.

Por otra parte, considera como bienes privativos a unos bienes que son vocacionalmente comunes, pero que el cónyuge debe conservar en su poder, gobernar y enajenar como si fueran suyos, aunque con la consideración de su futuro destino comunitario, en especie o en valor, y por tanto no en perjuicio de su cónyuge.

De esta manera, cada cónyuge no solo percibe por sí solo y con pleno derecho los frutos y rentas de sus bienes privativos, sino que los retiene y puede disponer de ellos a su arbitrio, mientras no los transfiera o consuma en fraude del otro. Dígase lo mismo de los sueldos, salarios, honorarios y cualquier otra remuneración, o de los beneficios de una empresa individual.

Sin perjuicio de las facultades individuales de cada esposo, la ley francesa, declara el derecho de la comunidad a los "frutos percibidos y no consumidos". Es decir, garantiza a marido y mujer la iniciativa del gasto razonable y la elección de la inversión de los fondos que posee, pero las adquisiciones hechas por él con las economías realizadas sobre los frutos, rentas y salarios, son de la comunidad.

Ahora bien, los bienes ingresados ya en la comunidad, no se gobiernan en Francia, en común. Sino que, tratando de ser realista, el legislador divide estos bienes en dos masas distintas y de muy diverso alcance: de una parte, los gananciales adquiridos por la mujer con sus retribuciones y salarios, que constituyen los bienes reservados de ésta y de otra parte los demás bienes comunes, que sean gestionados por el marido. Cada cónyuge tiene, en relación a los bienes comunes que gestionar el poder de realizar él solo, todos los actos de administración propiamente dicha y, a fortiori, todos los actos conservativos, refiéranse a bienes muebles o inmuebles. Sobre éstos mismos bienes cada uno ejerce por sí el derecho de goce, pudiendo percibir sus frutos, conservarlos entre sus manos y disponer de ellos; y tales bienes quedan obligados por sus deudas.

Cabe señalar por último, que si bien es cierto que en el gobierno de los bienes comunes se sigue hasta el cierto punto el sistema de poder compartido: en cuanto se refiere a la atención de las incumbencias más inmediatas del hogar y de la familia, la ley establece un poder solidario. Según el artículo 222, cada cónyuge tiene la facultad de celebrar él solo los contratos cuyo objeto sea el mantenimiento del hogar o la educación de los hijos, obligando solidariamente al otro cónyuge todas las deudas contraídas que, evidentemente, son carga de la comunidad.

C.-ESPAÑA

El antecedente español en nuestra materia, es de una gran trascendencia, ya que los mismos preceptos que regulaban al matrimonio civil y canónico en ese país, estuvieron vigentes también en territorios hispano-americanos durante la conquista. Su influencia en nuestra codificación civil es, igual que el Derecho Francés, por demás clara.

Vamos a dividir nuestro estudio en tres etapas: Derecho Visigótico, Derecho de Las Partidas y Derecho Actual.

EPOCA VISIGOTICA

Durante este período, se produjo una gran dispersión normativa, por lo que no se pueden deducir unas normas generalizadas que nos proporcionen criterios comunes sobre el tema de las relaciones matrimoniales. No obstante, la aportación del derecho visigodo, fue un factor fundamental tanto en su formulación legal como en su eficacia práctica.

No es sino hasta el siglo V, con la promulgación del código de Eurico, como las leyes visigóticas van a constituir una nueva línea desde el punto de vista del Derecho escrito. Por otro lado, las primeras leyes, no fueron ordenamientos que regularan todas las posibles relaciones familiares, por lo que aquí juegan un papel importante, las costumbres, cuya existencia reconocía la misma ley.

Aunque en el código de Eurico no existía ninguna regulación concreta sobre la posible situación patrimonial de los cónyuges, las características que podemos deducir en el Derecho visigótico en cuanto a las relaciones económico-matrimoniales son las siguientes:

a).- Existía un principio de independencia de marido y mujer, sin contradecir los principios de unión familiar representada por el marido y que se manifiesta en una comunidad de vida.

b).- Esta independencia se manifiesta claramente en diversas normas en las que, se reconoce la distinción de marido y mujer como titulares diferentes de sus propios bienes. Así lo expresa en general, el precepto 4.2.20 del *liber iudiciorum*, sin distinción entre el hombre y la mujer. Principio de independencia patrimonial que se respeta en otras normas.

c).- La independencia patrimonial no se ajusta a esquemas extremos de separación total, pues va siendo conjugada con las primeras notas de una comunidad de bienes creada voluntariamente entre los cónyuges, respecto a la totalidad o a una parte de las adquisiciones hechas durante el matrimonio, y como consecuencia de esta compatibilidad, el respeto a la existencia de ese patrimonio propio de marido y mujer, en el que se basa su independencia y que en definitiva, va a determinar la posible existencia de algunas relaciones contractuales.

d).- Por lo que se refiere al sistema dotal, existe una peculiaridad, ya que en esta época es el marido el que entrega a la mujer en calidad de "arras", la décima parte de sus bienes y otras donaciones de hasta mil sueldos, reconociéndose el derecho de la mujer de plena disposición sobre estos bienes, si no tuviera hijos. *12

e).- En la práctica, observamos la tendencia a la regulación paccionada de las relaciones económicas del matrimonio, con lo que, eludiendo a veces normas legales o supliendo la incompleta regulación, los cónyuges acuerdan libremente las reglas aplicables de funcionamiento y destino de sus bienes.

*12 Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Segunda Edición. México D.F. 1984 p. 91.

f).- La aparición de ordenamientos locales que establecen nuevas normas o modifican viejas costumbres con carácter imperativo, van limitando la libertad paccionada de los cónyuges, por lo que la imposición de condiciones o la obligación de respeto a determinados principios va a ir mediatizando esa libertad.

g).- La penetración de las ideas comunitarias, va a ser consagrada por la norma escrita, aceptando quizá, costumbres generalizadas de acción conjunta y colaboración de marido y mujer respecto a los bienes de la familia. Se reglamenta así, positivamente, los principios de participación en las ganancias comunes y se contemplan los supuestos en que los cónyuges aparecen actuando juntos, no solo sobre el patrimonio común, sino también sobre el patrimonio independiente de cada uno de ellos.

h).- Es en la legislación española en la que se contiene por vez primera "el régimen de comunidad" bajo la forma de sociedad de gananciales, que a la postre es el que ha tenido predominio en el derecho español. Ahora bien, "el régimen matrimonial de los bienes se concebía como una especie de sociedad integrada por los cónyuges, en la cual se distinguían, bienes propios del marido, bienes propios de la mujer y bienes comunes de la sociedad conyugal o gananciales"¹³ que pertenecían por igual al hombre y a la mujer y que a la disolución del matrimonio se habían de distribuir por mitad entre el cónyuge y los herederos del difunto.

i).- Respecto a la situación personal de los cónyuges, ha de tenerse en cuenta, la influencia de la autoridad marital en la libre actuación de la mujer. Por lo que la necesidad del consentimiento del marido para determinados actos de la mujer, obstaculiza el principio de absoluta independencia, pero esto no supone una total incapacidad de la mujer.

¹³ Ots y de Capdequi, José María. Historia del Derecho Español en América y Derecho Indiano. Madrid, España. p. 224.

LAS PARTIDAS

El anhelo de los monarcas españoles de unificar la legislación del reino, logró el esfuerzo más notable en pro de la unificación de Castilla y León, bajo el gobierno de Alfonso X (el Sabio), con la redacción del célebre código de las Siete Partidas, el monumento más notable de la época.

La cuarta partida compuesta de 27 títulos se ocupa del matrimonio y del régimen de los bienes. Establece la dote copiándola servilmente del Derecho Romano.

Así, con la introducción del sistema dotal romano en las Partidas, se consagra la separación de bienes entre los cónyuges. El matrimonio no produce ninguna fusión de patrimonios ni algún otro tipo de comunidad, lo que representa la mayor innovación respecto al tradicional régimen de comunidad de gananciales recogido de los diversos fueros, no obstante, esto no supuso un gran cambio en la práctica en la regulación de las relaciones económico-matrimoniales.

Expresamente se mantiene un respeto a la tradición y a las costumbres locales en la Ley 24 título XI de la cuarta partida, que reconoce en principio la posibilidad de que las partes pacten entre sí la regulación de las donaciones, arras o gananciales obtenidos durante el matrimonio y se mantiene el valor de lo pactado, o en su defecto la costumbre del lugar donde se ha celebrado el matrimonio. (Partida 4.11.24).

Las Partidas presuponen vigente el régimen de gananciales, pero procuraron, sin embargo, limitarlo indirectamente. Si, según la tradicional comunidad, los cónyuges no perdían la propiedad de sus bienes, pero sus productos, incluso los de la dote y las donatio propter nuptias, eran

(37)

gananciales; bajo la nueva ley, calcada del Derecho Romano, el marido hace suyos los bienes dotales y los frutos, con la obligación de sustentar las cargas del matrimonio, y a su disolución, no tenía la mujer más derecho, según las leyes, que el de sacar los bienes que hubiere aportado por cualquier título, y el marido debía sacar no solo sus propios bienes, sino también cuantos hubiere adquirido durante el matrimonio.

La exclusión en Las Partidas, de los principios comunitarios, trae como consecuencia que se considere la propiedad de los bienes, de acuerdo al ajuste de los criterios del Derecho Romano.

Por lo que se refiere a la dote, se distinguen estos bienes en: dotales y los aportados por la mujer fuera de la dote, como extradotales o parafernales, que a tenor de la partida 4.11.17 son "todos los bienes y las cosas que son muebles o raíces que retienen las mujeres para sí apartadamente y no entran en cuanto dote".

El régimen a que se encuentran sometidos estos bienes en este ordenamiento, mantiene su originaria peculiaridad. Constituyendo la finalidad de la dote, la contribución de las cargas matrimoniales, vimos que, aunque la mujer retenga la propiedad, el marido hace suyos los frutos con la obligación de restituir los bienes a la disolución del matrimonio.

Régimen distinto se establece, respecto a los bienes parafernales sobre los que la mujer tiene plenos poderes de administración o disposición, salvo que voluntariamente los entregue al marido para que reservándose ella la propiedad, actúe aquel como administrador de los mismos.

En cuanto se refiere a la cuantía de la dote, debió regularse por la riqueza del padre; y fue tasada expresamente por la novísima recopilación.

Se estableció que la restitución de la dote tenía lugar en dos casos: por muerte de uno de los cónyuges y por divorcio. También Las Partidas establecieron que podía cesar esta obligación en estas tres circunstancias:

1.- Si los contrayentes hubiesen pactado entre sí que, muerto uno de ellos sin hijos, se quedase el otro sobreviviente, la dote o las donaciones hechas por el marido a la mujer.

2.- Si la mujer cometiese adulterio.

3.- Si en algún lugar existiera la costumbre de que a la muerte de la mujer, ganase el marido la dote.

Junto a la aportación a título de dote, para la contribución al sostenimiento de las cargas matrimoniales, se estableció la posibilidad de donaciones propter nuptias del Derecho Romano, análogos a las arras.

EPOCA ACTUAL

El Derecho de familia ha sido un campo de especial cuidado para el actual Derecho español, ya que es la familia principio y fundamento de la sociedad. Así lo concibe la doctrina cuando dice: "la familia se funda esencialmente en el matrimonio: el matrimonio constituye el origen y la base de la familia y ésta, a su vez, como dijera Cicerón de manera incontestable es principium urbis et quasi seminarium republicae".*14

Otro jurista español nos dice: "La familia es aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, ensalza, en la unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la

*14 Martín Martínez, Isidoro. La familia en la Constitución Española de 1978. Universidad Complutense. Madrid, España. 1982. p. 21.

vida."*15 "Por lo dicho, la familia es ante todo una institución. No es un =algo= cualquiera que se volatiliza al más pequeño de los soplos, tiene unas raíces naturales de firme consistencia, como asentada en los lazos de la sangre. Forma una entidad que vive con autonomía y cuyas líneas y directrices fundamentales no pueden ser alteradas sensiblemente por un mero capricho de la voluntad privada.*16

Así, el Derecho de familia contemporáneo español, ha tratado a la familia no solo en las leyes ordinarias, sino en la misma constitución española. Por ejemplo en las tres constituciones aprobadas en este siglo, la de 1931, el Fuero de los españoles de 1945 y la de 1978 se han establecido normas específicas sobre el matrimonio y la familia. También es de señalar que no sólo reconoce en la misma al matrimonio civil, sino también al matrimonio canónico, reconociéndole sólo que la ley canónica otorga efectos al mismo, dada la catolicidad del pueblo español.

La constitución vigente de 1978 establece en sus artículos 32 y 39 respectivamente lo siguiente:

art. 32

- 1.- "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
- 2.- La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y los deberes de los cónyuges, la causa de separación y disolución y sus efectos."

art. 39

- 1.- "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

*15 Novalvos y Pérez-Acevedo. Manuel. Reflexión sobre la familia y sus implicaciones jurídicas. Madrid, España 1989, p.65

*16 Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo IX Barcelona, España 1958 p. 627.s.s. Artículo de Federico Puig Peña.

2.- Los poderes públicos aseguran así mismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil..."

Así mismo el código civil vigente reglamenta de una manera cuidadosa al matrimonio, en cuanto a regímenes económico-matrimoniales se refiere, como a continuación veremos a groso modo.

En su libro IV denominado "De las obligaciones y contratos" título III "Contrato de bienes con ocasión del matrimonio", regula la situación de los bienes de los contrayentes, dándole con esto el carácter de contrato accesorio al matrimonio.

Establece la libertad para elegir el régimen económico que tengan a bien señalar los contrayentes "sin otras limitaciones que las señaladas en este código" (art. 1.315).

Esa libertad para someter su patrimonio a determinado régimen encuentra la limitación del artículo 1.316 de no poder estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente les corresponde a los cónyuges en la familia.

Así también, hasta este momento, el ordenamiento jurídico español, ha venido sosteniendo decididamente, como se desprende de la lectura de algunos artículos, el criterio de que el contrato de capitulaciones matrimoniales, sólo puede concluirse y modificarse antes de la celebración del matrimonio (arts. 1.315, 1.319, 1.320 y 1.321).

Dentro de los regímenes que establece están: el régimen dotal, el régimen de separación de bienes y el régimen de sociedad de gananciales. Señalando a este último con régimen legal cuando establece que: "cuando nada se exprese, se entenderá contraído bajo el régimen de sociedad de gananciales."

CAPITULO II

La legislación mexicana en relación a los bienes en el matrimonio.

**A.-Los códigos civiles de 1870
y 1884.**

**B.-La ley de relaciones
familiares de 1917.**

C.-El código civil de 1928.

A.-LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

El código civil de 1870, entró en vigor el día primero de marzo de 1871 y rigió hasta 1884, época en la que entró en vigor el nuevo código de 1884, heredando éste la regulación jurídica de aquél, sin producirse cambio sustancial alguno por lo que se refiere a regímenes patrimoniales del matrimonio. Sólo introdujo como única innovación importante, el principio de la libre testamentación que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las legítimas.

Así pues, dada la idéntica regulación que en nuestra materia hacen los dos ordenamientos, para efectos de este estudio nos referiremos en lo sucesivo a ambos códigos.

Por lo que se refiere al concepto y características del matrimonio, este se concibió como "la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer que se unen con vínculo **INDISOLUBLE** para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Impuso además a los cónyuges el deber de guardarse fidelidad, de socorrerse mutuamente y contribuir a los objetos del matrimonio.

Con la franca influencia francesa, confirió al esposo la potestad marital sobre la mujer, obligándole a vivir con aquél y a obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos y en la administración de los bienes y a recabar licencia del esposo para comparecer en juicio, para enajenar bienes y para adquirirlos a título oneroso. Como contraprestación obligó al marido a dar protección y alimentos a la esposa.

Esta situación de la mujer, se vió claramente determinada en las relaciones patrimoniales propias del matrimonio y que a continuación revisaremos en cada una de las hipótesis previstas en el ordenamiento.

La regulación de los regímenes económicos se ubicó en el título décimo denominado "Del contrato de matrimonio en relación con los bienes de los consortes" correspondiente al libro III De los contratos. Es decir, se consideró al matrimonio como un contrato. Dicho título constaba de trece capítulos y su contenido regulaba: la sociedad voluntaria, la sociedad legal, la separación de bienes, las donaciones antenupciales y entre consortes y la dote.

Estableció pues como regímenes, la sociedad conyugal y la separación de bienes, con la salvedad de que la sociedad conyugal podía ser voluntaria o legal. La primera se regiría por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan y supletoriamente por las reglas establecidas para la sociedad legal y por las normas relativas a la sociedad común.

Art. 2099 " El contrato de matrimonio PUEDE celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes"

A los pactos que celebraban los esposos a fin de constituir la sociedad voluntaria o bien la separación de bienes, así como su administración, se les denominó capitulaciones, las cuales podían celebrarse antes del matrimonio o durante éste, y comprender no solo los bienes de que eran dueños los esposos al tiempo de otorgarlas, sino también los que llegaran a adquirir después. Una vez celebrado el matrimonio no podían alterarse o revocarse, sino por convenio expreso o por sentencia judicial.

Característica importante para nuestro estudio, resulta la necesidad de otorgar las capitulaciones matrimoniales mediante ESCRITURA PUBLICA y sin este requisito eran consideradas nulas y, en consecuencia no surtían efectos contra terceros.

LA SOCIEDAD VOLUNTARIA

En el caso de la sociedad voluntaria, la escritura pública que la constituía debería estar minuciosamente elaborada, de tal suerte que debería contener:

Un inventario de los bienes que cada esposo aportaba a la sociedad, expresando su valor y en su caso los gravámenes; la determinación del carácter de la sociedad sea universal o sólo parcial; la situación que hubiere de corresponder a los bienes adquiridos durante el matrimonio; la declaración de si la sociedad es sólo de gananciales, determinándose lo que correspondiere a cada cónyuge; las facultades que a cada uno corresponden en la administración de los bienes, así como sus deudas.

LA SOCIEDAD LEGAL

El régimen de sociedad legal era el que entraba en vigor por ministerio de ley y nacía en los siguientes casos:

a).- Cuando los cónyuges al celebrar el matrimonio no capitulaban la sociedad conyugal o la separación de bienes.

b).- Cuando habiendo aceptado uno de dichos regímenes, el acto volitivo en que se apoyaba resultaba nulo.

c).- Cuando el pacto en que se establecía alguno de esos regímenes era ininteligible y resultaba imposible determinar el sentido de la voluntad de los contrayentes.

d).- Cuando de manera directa y expresa es aceptado por los esposos.

En este régimen se preveían dos tipos de bienes, por un lado, los bienes propios de cada cónyuge y por el otro los que formaban el fondo de la denominada sociedad legal. Así por ejemplo, eran propios de cada cónyuge:

a).- Los bienes de que eran dueños al tiempo de celebrarse el matrimonio.

b).- Los bienes que poseían antes del matrimonio, aunque no fueran dueños de ellos, y los llegaron a adquirir por prescripción durante el matrimonio.

c).- Los adquiridos por don de la fortuna, por donación de cualquier especie, por herencia o legado constituídos a favor de uno solo de ellos durante el matrimonio.

Ahora bien, entre los bienes que se establecieron como parte del fondo de la sociedad legal se enumeraron en el artículo 2008 los siguientes:

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

II.- Los bienes que provengan de la herencia, legado o donación hechos a ambos cónyuges sin designación de partes. Si hubiere designación de partes y éstas fueren desiguales, sólo serán comunes los frutos de la herencia, legado o donación.

III.- El precio sacado de la masa común de bienes para adquirir fincas por retroventa u otro título que nazca de derecho propio de alguno de los cónyuges, anterior al matrimonio.

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

V.- 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.

VI.- 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.

VII.- Los frutos, acciones, rentas e intereses percibidos o devengados durante la sociedad, procedente de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los consortes.”*17

*17 Rojas Villegas, Rafael Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa. Mexico 1993. p. 338

(46)

Así mismo, pertenecía al fondo de la sociedad, todo lo adquirido por razón de usufructo, los edificios construidos durante la sociedad con fondos de la misma, sobre suelo propio de alguno de los cónyuges. El tesoro encontrado casualmente, era propio del cónyuge que lo halla. El encontrado por industria, pertenecía al fondo social. Todos los bienes que existían en poder de cualquiera de los cónyuges al hacerse la separación de ellos, se presumían gananciales mientras no se probara lo contrario.

Se estableció que el marido es el legítimo administrador de la sociedad conyugal, mientras no haya convenio o contrato que establezca lo contrario, aunque el dominio y la posesión de los bienes comunes reside en ambos cónyuges durante la existencia de la sociedad. Se consideró como carga principal de la sociedad legal el mantenimiento de la familia, la educación de los hijos comunes y la de los entenados que fueran hijos legítimos y menores de edad.

La mujer sometida a la potestad marital, solo puede administrar por consentimiento del marido o en su ausencia o impedimento. No puede obligar los bienes gananciales sin consentimiento del marido; si, en cambio puede pagar con los gananciales los gastos ordinarios de la familia según sus circunstancias.

El marido puede enajenar a título oneroso los bienes muebles, para el caso de los inmuebles sociales, requiere el consentimiento de la mujer y en caso de oponerse infundadamente, resolverá el juez.

La sociedad legal podía terminar por la disolución del matrimonio o por sentencia judicial. Para su liquidación debe hacerse un inventario de los bienes que formaron la sociedad legal e incluirse también los que deben traerse a colación, por ejemplo: las cantidades pagadas por el fondo social

y que sean carga exclusiva de los bienes propios de cada cónyuge; así como el importe de las donaciones y de las enajenaciones que deban de considerarse fraudulentas.

Hecho el inventario, se liquidarán los créditos pendientes del fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y si hubiere algún sobrante, éste se dividirá por mitad entre los cónyuges. Así mismo, se estableció que en el caso de que el fondo social hubiere tenido pérdidas, el importe de éstas se deducirá por mitad de lo que cada consorte hubiere llevado a la sociedad; y si uno solo hubiere llevado capital, de éste se deducirá el total de la pérdida.

En cuanto a la división de los gananciales, independientemente del importe de los bienes que cada uno haya aportado o adquirido durante el matrimonio, la división sería por mitad.

SEPARACION DE BIENES

Finalmente el régimen de separación de bienes podía estipularse antes de la celebración del matrimonio o durante éste, a través de capitulaciones matrimoniales. Decimos que a través de capitulaciones porque se establecía como régimen legal el de sociedad, y en el caso de que no se estipulara expresamente la separación o la sociedad voluntaria a través de capitulaciones, se entendía contraído el matrimonio bajo el régimen de sociedad legal, sin ser, posiblemente, la voluntad de los contrayentes respecto a sus patrimonios o parte de ellos. Cabe indicar aquí que por esa razón tanto la sociedad como la separación pueden ser parcial o total.

En este régimen los cónyuges conservan la propiedad y la administración de sus bienes muebles e inmuebles y el goce de sus productos. Los cónyuges deben contribuir al sostenimiento de los alimentos, habitación,

educación de los hijos y de las demás cargas del matrimonio, según el convenio; y a falta de éste, en proporción a sus rentas.

La mujer no puede enajenar los bienes inmuebles ni los derechos reales sin consentimiento expreso de su marido, o del juez si la oposición es infundada. Por lo que respecta a los bienes adquiridos durante el matrimonio por título común a ambos cónyuges, y en que no se haya hecho designación de partes, se observará lo dispuesto para los bienes que forman el fondo de la sociedad legal, mientras no se practique la división de los mismos.

La demanda de separación y de sentencia que cause ejecutoria deben registrarse en el oficio del Registro Público. Si cesare la separación por reconciliación de los consortes, en cualquiera de los casos de divorcio, o por haberse señalado la causa en los demás, quedará restaurada la sociedad de gananciales en los mismos términos en que estuvo constituida antes de la separación; a no ser que los cónyuges quieran celebrar nuevas capitulaciones, que se otorgarán conforme a derecho.

La separación puede verificarse por virtud del divorcio voluntario o aunque no haya divorcio, en virtud de alguna causa grave, que el juez califique de suficiente, con audiencia siempre del ministerio público.

Es así como las primeras codificaciones civiles reglamentan de una manera muy minuciosa lo referente a las relaciones patrimoniales entre los esposos, no así, en la norma que a continuación vamos a estudiar.

LA DOTE

Siguiendo la influencia franco-española, estos ordenamientos consagraron esta institución de manera casi idéntica que en el Derecho Romano. E

igual que toda la reglamentación, como lo dijimos antes, el código de 1884 conservó la del código de 1870.

Se consideró como dote a toda aquella cosa o cantidad que la mujer u otra persona en nombre de aquélla, da al marido, con el objeto expreso de ayudarle a sostener las cargas del matrimonio, estableciendo que para su constitución debía hacerse através de escritura pública y contener lo siguiente: el nombre del que la da, del que la recibe y de la persona a cuyo favor se constituye; además la declaración de si el que la constituye es mayor o menor de edad; la clase de bienes que la constituyan expresándose su valor y los gravámenes de cada uno, así como la determinación del futuro de los bienes en caso de restitución.

Por regla general pertenece al marido la administración, el usufructo y la disposición restringida de los bienes. Disponiéndose que el marido tiene los derechos y obligaciones de un usufructuario pudiendo ejercitar todas las acciones reales y personales necesarias para el cobro y administración de la dote.

En el caso de los bienes muebles comunes pertenecientes a la dote, el marido podía disponer libremente de ellos, siempre y cuando responda por su valor. Respecto a los inmuebles dotales, salvo pacto en contrario, el marido puede enajenarlos previa constitución de una hipoteca que garantice la restitución de su valor.

Finalmente, disuelto el matrimonio, se establecía la obligación de devolver la dote a la mujer o a sus herederos.

B.-LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Esta ley fué expedida por Don Venustiano Carranza el 12 de Abril de 1917. Con ella, revolucionó la política legislativa, ya que extrajo del cuerpo civil la materia familiar para darle autonomía. Además porque tenía un grave “vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un congreso al que correspondía darle vida”, según se hizo notar entonces en el órgano de la barra Mexicana de abogados.”*18

Esta ley tuvo especialmente en cuenta: las ideas de igualdad entre consortes en cuanto a sus derechos y deberes; el interés de la especie, para lo cual aumentó la edad requerida para contraer matrimonio y la legalización de ciertas incapacidades; la igualdad de todas las especies de hijos naturales; la constitución de la adopción, institución nueva en nuestro Derecho; el establecimiento del divorcio como disolutivo del vínculo matrimonial, y la substitución del régimen legal de gananciales por el de separación de bienes.

Diremos en primer lugar en cuanto al concepto de matrimonio, que repitió el concepto de los códigos anteriores con la diferencia de la disolubilidad, y que decía así:

“Es el contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

Esta definición, resultado de la secularización absoluta del matrimonio, declara disoluble el matrimonio en razón de su naturaleza de contrato civil.

En segundo término, cabe señalar que, suprimiendo la potestad marital, igualó al hombre y la mujer dentro del matrimonio. Así, confirió a ambos la patria potestad y distribuyó a manera de regla general las cargas del

*18 Sánchez Medel, Ramón. Los grandes cambios en el Derecho de Familia en México. Ed. Porrúa. México 1979 p. 23

matrimonio, al marido le impuso el deber de dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; y a la mujer impuso la obligación de atender los asuntos domésticos, por lo que ella será la especialmente encargada de la dirección de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar.

Por lo que se refiere a los regímenes económicos, estableció sus bases en el capítulo XVIII al que también denominó "Del contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes", determinando la presunción legal del régimen de separación de bienes en el que el hombre y la mujer, al celebrar el contrato de matrimonio conservarían la propiedad y la administración de los bienes que les pertenecen, lo mismo sucedía con los frutos y accesiones de dichos bienes.

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

Afirmó que también eran propios de cada uno de los consortes, los salarios, sueldos, honorarios y ganancias que obtuviere por servicios

personales, por el desempeño de un empleo o en ejercicio de una profesión, o en un comercio o industria.

No obstante, el hombre y la mujer en esta normatividad, pueden convenir en que los productos de todos los bienes que poseen o de alguno de ellos, siempre y cuando se especifiquen, sean comunes y se fije de manera clara y precisa la fecha en que ha de hacerse la liquidación y la presentación de cuentas. También pueden convenir en que los productos de su trabajo, profesión, industria o comercio se dividan entre ellos en determinada proporción, siempre que la mujer tenga en los productos del marido, la misma proporción que ella le conceda en los suyos. La falta en el cumplimiento de las condiciones establecidas en los dos casos anteriores, se sancionaba con la nulidad del contrato.

Consagró la protección de la mujer y la familia, estableciendo que tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios u honorarios, para pagar las cantidades correspondientes a los alimentos de ellos. Y por si esto no fuera suficiente, otorgó derecho preferente para los mismos efectos, sobre los mismos bienes propios del marido, siempre que se liquiden con su valor en primer lugar, los créditos hipotecarios o prendarios legalmente establecidos.

Cuando por título oneroso o gratuito o por don de la fortuna adquirieran los cónyuges bienes en común, la administración correspondía a ambos o a uno de ellos con acuerdo del otro, pero aquél será considerado como mandatario mientras se realiza la división. Se estableció en defensa, especialmente de la mujer, que si dichos bienes eran inmuebles o muebles preciosos sólo podrían enajenarse de común acuerdo.

Tampoco pueden ser enajenados, sino con el consentimiento expreso de ambos consortes, la casa en la que se establezca la morada conyugal, así

como los bienes que le pertenezcan, sean propios de uno de los cónyuges o de ambos. Dichos bienes nunca podrán ser hipotecados o de otra manera gravados ni embargados por los acreedores del marido o de la mujer o de ambos, siempre que dichos objetos no tengan en conjunto un valor mayor de diez mil pesos.

La tendencia de esta ley, fué a diferencia de los códigos anteriores que se encaminaban a la consagración de la comunidad como régimen legal, al establecimiento tajante del régimen totalmente contrario, el de separación de bienes. Tan es así, que en su artículo 4º transitorio dispuso que la sociedad legal derivada de aquéllos matrimonios celebrados bajo ese régimen con anterioridad a esta ley, se liquidaría a petición de cualquiera de los consortes, y de lo contrario, continuaría dicha sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de esa nueva ley.

Esta ley produjo dentro de la doctrina, diversos puntos de vista, desde el que la señala como efecto progresivo de la revolución en el campo del Derecho de Familia, hasta los que señalan a esta ley como atentativa de la familia. Así como lo señaló desde el principio el jurisconsulto Eduardo Pallares, quien opinaba:

“La nueva ley sobre relaciones familiares, es profundamente revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar. Sacude al edificio social en sus cimientos. Sus autores no temieron desafiar a una porción considerable de la opinión pública, ni atraer sobre sí, la ira y las censuras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con lógica implacable.

Sólo son comparables a esta ley, por su importancia política y social, los artículos 3o. y 123 de la flamante constitución: pero mientras estos artículos han provocado intensas discusiones, comentarios periodísticos, conferen-

cias y críticas de todo género, la ley sobre relaciones familiares ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente, algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica. La verdad es que lleva un virus destructor de primer orden... hay mas revolución en dos o tres artículos de esta ley, que en multitud de hechos de armas que parecían de primera importancia.” *19

Lo cierto es que dado el cambio tan brusco de dirección en este ordenamiento, hizo que algunos lo hayan aceptado aun sin darse cuenta de sus efectos a largo plazo, es decir, de los efectos que hoy podemos ver, y solo algunos que conscientes de su papel en defensa de la sociedad y de la familia no dudaron en emitir su juicio sin reservas, condenándola.

C.-CODIGO CIVIL DE 1928

Derogando las disposiciones de la Ley Sobre Relaciones Familiares, el código civil de 1928, reglamenta en forma muy parecida a ésta, el tema de las relaciones económico-matrimoniales.

Estas, están reguladas dentro del título quinto “Del matrimonio” en su capítulo VI denominado “Del contrato de matrimonio con relación a los bienes”. Señalando aquí que de manera errónea heredó de las legislaciones anteriores el hecho de considerar al matrimonio como un contrato, además de que no está previsto en el título referente a los contratos. Complementarias resultan algunas otras disposiciones dentro del mismo cuerpo sustantivo, así por ejemplo, lo establecido en el artículo 98 fracción V, referente a las actas de matrimonio, que nos dice que a la solicitud de matrimonio debe acompañarse el convenio que los pretendientes “deberán” celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio.

Los regímenes previstos en esta legislación son: el de sociedad conyugal (que en nuestro concepto no es una sociedad) y el de separación de bienes, de tal suerte que el artículo 178 de este ordenamiento establece: “El contrato

*19 Sánchez Meda, Ramón. Ob. Cit. p.23

de matrimonio DEBE celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal, o bajo el de separación de bienes'', haciendo aquí incapié en el término DEBE, ya que esto indica que no existe ninguna otra alternativa, ni presunción legal alguna, excepto el régimen mixto que no es distinto a los establecidos, sino una combinación de ellos. A diferencia de los ordenamientos anteriores que empleaban el termino PUEDE, este nuevo concepto es, como dijimos antes, de carácter imperativo.

Para poder establecer cualquiera de los regímenes, así como reglamentarlos, los esposos han de celebrar pactos denominados capitulaciones matrimoniales, que pueden otorgarse antes o durante el matrimonio y comprender no solamente los bienes de que sean dueños en el momento de celebrar los pactos, sino aún los que adquirieran después. Se impone como regla general, que en los mismos se respeten las leyes y los fines naturales del matrimonio, so-pena de nulidad.(arts. 98 fracc.V;179,180 y 182), además de otras regla particulares para cada uno de los regímenes como veremos mas adelante.

EL REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

La llamada sociedad conyugal, nace en el momento de la celebración del matrimonio o bien puede nacer durante éste, pudiendo comprender tanto los bienes presentes hasta ese momento, así como los que adquirieran con posterioridad (art. 184)

Así, la sociedad, teniendo como finalidad la unión de patrimonios con un fin común, se establece para llevar adelante las cargas del matrimonio.

La sociedad conyugal se integra, como lo ordena la ley, de una manera minuciosa (art.189), de tal manera que las capitulaciones matrimoniales que la constituyan deben contener las siguientes declaraciones:

I.- La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y los gravámenes que reporten.

En el caso de que exista un pacto que implique la cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge, se considerará como una donación, sujetándose a lo previsto a ese respecto (art. 192).

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 en 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 se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge.

Aquí cabe recordar que nuestro código prohíbe todo pacto leonino, por virtud del cual uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades; así como el 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 a sus utilidades. (art. 190)

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 que proporción.

Si se estableciera que uno de los cónyuges debe recibir una cantidad fija, el otro consorte o sus herederos están obligados a pagar la cantidad convenida, sin importar si hay utilidades o no en la sociedad.(art.191).

VII.- La declaración terminante acerca de quién debe ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden.

No obstante, se establece que el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal, y que la designación del administrador de la misma, puede ser modificada libremente aún sin expresión de la causa, y en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente (art.194).

Cualquiera de los cónyuges puede pedir la terminación de la sociedad si concurre cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 188.

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.

Los cónyuges no pueden, además, renunciar anticipadamente a las ganancias que resulten de la sociedad, hasta que no se haya disuelto el matrimonio o cambiado de régimen económico- matrimonial, es cuando sí pueden renunciar a las ganancias que les corresponderían.(art. 193)

X.- Las bases para liquidar la sociedad conyugal.

La sociedad conyugal puede cesar sus efectos durante el matrimonio por diversas situaciones previstas en el código, así por ejemplo: la sentencia que declara la ausencia de alguno de los cónyuges, suspende la sociedad (art.195). El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio

(58)

conyugal por uno de los consortes, suspende desde el día del abandono, los efectos de la sociedad, pero sólo en cuanto a esos efectos favorecen al cónyuge que abandono el hogar; los demás efectos quedan subsistentes en contra de éste; y sólo podrán comenzar a favorecerle nuevamente, mediante convenio expreso de ambos cónyuges (art. 196).

La sociedad conyugal puede terminar (art. 197):

- a).- Por voluntad de los cónyuges
- b).- Por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente.
- c).- Por disolución del vínculo matrimonial o por nulidad del mismo.

En este último caso, la sociedad subsiste con todos sus efectos hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria, si los dos cónyuges procedieron de buena fe al contraer matrimonio.

Si sólo uno de los cónyuges ha procedido de buena fe, los efectos de la sentencia no se retrotraerán a la fecha de la constitución de la sociedad, si la continuación de ella, es favorable al cónyuge inocente (art. 199).

Los efectos de la sentencia que declare la nulidad del matrimonio se retrotraerán a la fecha de constitución de la sociedad, si ambos cónyuges procedieron de mala fe, quedando a salvo los derechos de terceros en contra del fondo social (art.200).

d).- A petición de uno de los cónyuges cuando concurre alguna de las circunstancias siguientes:

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

II.-Cuando sin el consentimiento de su cónyuge, el administrador hace sesión de bienes a sus acreedores, pertenecientes a la sociedad conyugal.

III.-Si es declarado en quiebra o concurso el socio administrador.

IV.-Cuando a juicio del órgano jurisdiccional (juez de lo familiar), exista una razón que lo justifique (art. 188)

Una vez disuelta la sociedad conyugal, se procederá a formar el inventario, incluyendo en este, el lecho, los vestidos ordinarios, los objetos de uso personal, etc., a fin de que se paguen en primer lugar los créditos, si los hubiere, contra el fondo social. En segundo lugar se devolverá a los cónyuges lo que cada uno llevó al matrimonio; y si hubiere algún sobrante, se dividirá entre los cónyuges de la manera convenida.

En el caso de que hubiere pérdidas, su importe se deducirá de las utilidades que corresponderían a cada uno, y si sólo uno llevó capital al matrimonio, de éste se deducirá la pérdida total (arts. 203 y 204).

En lo que se refiere a la formación de inventarios y solemnidades de la partición y adjudicación de los bienes, nuestro código sustantivo nos remite a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles.

REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

Es el régimen por virtud del cual, cada cónyuge conserva la propiedad y la administración de sus respectivos bienes, así como de sus frutos y accesiones (art.212). Son también de cada cónyuge los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuviere por servicios personales, por el desempeño de un empleo o en el ejercicio de una profesión, comercio o industria (art.213). Este régimen no presenta mayor dificultad dada su simplicidad.

Puede constituirse a través de capitulaciones matrimoniales que se otorgan antes o durante el matrimonio e igual que en la sociedad conyugal pueden comprender no solo los bienes de que sean dueños al momento de pactarlas sino los que adquieran en el futuro. En este caso, las capitulaciones que la constituyan DEBEN contener un inventario de los bienes de que sean dueños cada esposo al celebrarse el matrimonio, así como de las deudas que tengan cada uno (art. 219).

También la separación de bienes puede constituirse y a sea por convenio de los consortes o por sentencia judicial (art. 207).

La separación de bienes puede ser absoluta o parcial, es decir, que algunos de los bienes de los esposos pueden estar regulados por la separación de bienes y otros por la sociedad conyugal. El problema surge cuando existen bienes que no se contemplan en las capitulaciones del régimen de separación de bienes, ya que es cuando en apariencia se aplica como régimen supletorio la sociedad conyugal cuando el artículo 208 determina que: "...los bienes que no esten comprendidos en las capitulaciones de la separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos."

El maestro Rojina Villegas nos dice que: "En los artículos 207 y 208 se admiten las siguientes posibilidades:

a).-Régimen de separación de bienes pactado en capitulaciones anteriores al matrimonio, comprendiendo tanto los bienes adquiridos con anterioridad al mismo, cuanto los que se adquieran después;

b).-Régimen parcial de separación de bienes, cuando se refiere sólo a los adquiridos con anterioridad al matrimonio, estipulándose sociedad conyugal para los que se adquieran durante la vida matrimonial;

c).-Régimen parcial de separación de bienes, cuando las capitulaciones

(61)

se pacten durante el matrimonio, de tal manera que hubo sociedad conyugal hasta la fecha de las mismas y, posteriormente, separación de bienes; o bien, cabe la situación contraria, es decir, que primero haya existido la separación de bienes hasta la fecha de las capitulaciones y después sobrevenga el régimen de sociedad conyugal.

d).-Régimen mixto en cuanto a que se pacte separación para ciertos bienes, por ejemplo inmuebles, y se estipule sociedad conyugal en cuanto a los muebles."*20

La separación de bienes pactada antes de la celebración del matrimonio, no obliga a otorgarla en escritura pública; pero si se pacta durante el matrimonio, deben observarse las formalidades requeridas para los bienes de que se trate, por ejemplo, en el caso de inmuebles en los que para su validez se requiere de dicha formalidad (art. 210).

Finalmente, respecto a los bienes que a título de donación, herencia, legado o cualquier otro título gratuito, adquieran en común los cónyuges, serán administrados por los dos o por uno de ellos con acuerdo del otro, considerándosele como mandatario, mientras se practica la división.

*20 Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Ed. Porrúa Méx., D.F. 1993 p.334

CAPITULO III

El matrimonio en el código de 1928

A.-Concepto

B.-Elementos de existencia

C.-Elementos de validez

D.-Requisitos para celebrarse

E.-Derechos y obligaciones

F.-Donación entre consortes

G.-Nulidad e ilicitud

H.-Causas de disolución

I.-Finalidades del matrimonio

A.-CONCEPTO

El concepto del matrimonio ha ido variando en la historia legislativa de nuestro país. Así, tenemos por ejemplo la concepción que de él hizo el código de 1870 y que repite el de 1884, y que decían que el matrimonio era "la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Considerándolo como una institución indisoluble y con los fines específicos a que hace referencia.

Posteriormente, la Ley Sobre Relaciones Familiares cambia el concepto tradicional, introduciendo en la legislación el divorcio vincular. Su definición de matrimonio sólo se diferenciaba de la anterior en ese concepto, a saber: "Sociedad legítima de un sólo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." De esta manera es, como lo dijimos en el apartado correspondiente, como el matrimonio se seculariza y toma otras dimensiones.

Finalmente, aunque nuestro código vigente se abstiene de definirlo, interpretando a contrario sensu algunos de los numerales, podemos decir que el matrimonio es la unión de un sólo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y para la ayuda mutua (arts. 147, 148 y 266).

Lo cierto es que el matrimonio hoy, más que un contrato, es una institución que merece nuestro respeto y que además merece la protección del Estado ya que es "la base de la sociedad", denominada por algunos inclusive como "la célula básica de la sociedad."

B.-ELEMENTOS DE EXISTENCIA

En el caso del matrimonio, son de aplicarse los elementos de existencia de cualquiera de los actos jurídicos, es decir, el consentimiento y el objeto ya que no se opone a su naturaleza como lo ordena el artículo 1859. Sin embargo es aquí donde a diferencia de los demás, el matrimonio requiere de una solemnidad tal, que es considerada en la mayoría de las legislaciones como elemento de existencia, como lo revisaremos a continuación.

1.- CONSENTIMIENTO

El consentimiento debe expresarse en dos momentos; el primero a través del escrito que ambos contrayentes deben presentar ante el Juez del Registro civil y en el que deben expresar que es su voluntad unirse en matrimonio (art. 97. fracc. III).

El segundo momento en el que debe expresarse el consentimiento es en el momento mismo de la solemnidad, que será en el lugar, día y hora que para ese efecto señale el Juez del Registro civil (art. 101) y al cual deben concurrir los pretendientes o su apoderado especial, junto con los testigos. En dicha celebración el Juez de Registro civil les pregunta a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, es decir, si dan su consentimiento expresamente, los declarará unidos en matrimonio en nombre de la ley y de la sociedad. (art. 102).

El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo. (art. 1812).

2.- OBJETO.

El objeto consiste en la constitución de una comunidad de vida entre un solo hombre y una sola mujer para el cumplimiento de los fines propios

propios del matrimonio. Y aunque el código no nos dice claramente cuales son esos fines, podemos deducir que se trata de la procreación y educación de los hijos (art. 147) además de socorrerse y ayudarse mutuamente. (art. 162).

3.- SOLEMNIDAD

El matrimonio es el acto solemne por excelencia, en razón de su importancia y su trascendencia. Por eso, la voluntad de las partes no es suficiente para que se constituya el matrimonio, si no que se hace necesario seguir las solemnidades y formalidades especiales fijadas por la ley.

Así, el artículo 146 establece que: "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige". Es decir, debe celebrarse ante el representante del Estado para darle el carácter de público.

Es el artículo 102 el que prescribe las solemnidades que deben cumplirse en la celebración del matrimonio y sin las cuales el acto no existiría, a saber: "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 del 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.

En concreto las solemnidades que deben cumplirse como requisito de

existencia en el matrimonio son cuatro:

- a).- La presencia del Juez del Registro civil, la cual no puede suplirla ningún otro funcionario.
- b).- Las declaraciones de voluntad de los contrayentes emitidas ante el representante del Estado.
- c).- La declaratoria del Juez del Registro civil de que han quedado unidos en legítimo matrimonio y sin la cual no sería válido el matrimonio.
- d).- La redacción del acta de matrimonio que debe levantarse en el mismo acto y en la que se plasman las solemnidades y otras formalidades.

Los requisitos que debe contener el documento (acta de matrimonio) en el que se haga constar el matrimonio, están señaladas en el artículo 103, entre las cuales están:

- 1.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.
- 2.- Si son mayores o menores de edad.
- 3.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres.
- 4.- El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban suplirlo.
- 5.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispense.
- 6.- 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;
- 7.- La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.
- 8.- Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los cónyuges y si lo son, en que grado y en que línea.

(67)

9.- Que cumplieron con las formalidades exigidas por el artículo anterior.

Al final 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 también las huellas digitales de los contrayentes.

Las razón de que la celebración del matrimonio, por disposición de la ley, debe revestir una forma solemne, esencial para su plena eficacia, consiste en que través de tal solemnidad, confiere el Derecho a esa unión, una fuerza jurídica vinculatoria, de la que carece el simple concubinato o cualquier otra unión entre el varón y la mujer.

C.- ELEMENTOS DE VALIDEZ

1.- CAPACIDAD

La capacidad requerida para contraer matrimonio se refiere a dos aspectos, por un lado la salud física y mental de los contrayentes y, por otro a la capacidad volitiva para contraerlo.

Respecto al primero, es el hecho de que la ley los considere aptos física y mentalmente para los fines propios del matrimonio: la procreación y la ayuda mutua. Así, el artículo 148 del código establece que: "Para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido dieciseis años y la mujer catorce..." Sin embargo, dado que la adquisición de la madurez varía de persona a persona, pudiendo ser precoz o retrasada, según una serie de factores, se prevé en el mismo artículo la posibilidad de conceder dispensas de la edad por causas "graves y justificadas." Además de manera indirecta se establecen requisitos y características de esta capacidad física y mental

como son: que no existan hábitos viciosos como la embriaguez habitual, la morfomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de drogas enervantes. Además de establecer la impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias. El idiotismo y la imbecibilidad. (art. 156 fracc. VIII y IX).

Por lo que respecta a la capacidad volitiva para contraer matrimonio y en virtud de que nuestro código contempla como edad mínima para contraer matrimonio una edad menor a la establecida para adquirir la capacidad de ejercicio, los menores de edad requieren además del consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad, es decir, el padre y la madre. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos o del que sobreviva, a falta o por imposibilidad de éstos se requiere del consentimiento de los abuelos maternos (art. 149). Faltando padres y abuelos, se necesita del consentimiento de los tutores, y si faltaren éstos, suplirá el consentimiento el juez de lo familiar competente (art. 150). En el caso de que los ascendientes o tutores niegen su consentimiento, los interesados podrán ocurrir ante la autoridad administrativa a fin de que produzca su consentimiento en suplencia (art. 151).

2.-AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD

El matrimonio es una institución con profunda trascendencia, y es base y fundamento de toda sociedad, por lo que el consentimiento que lo constituya debe estar libre de todo vicio posible.

De esta manera, el código civil establece para todos los actos jurídicos que: "el consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error,

(69)

arrancado por violencia o sorprendido por dolo" (art. 1812) y el matrimonio no puede ser la excepción.

El consentimiento en el matrimonio puede estar afectado por alguno de estos vicios y ser aparente o simplemente no existir. Los vicios que pueden afectarlo son: el error y la violencia o intimidación.

El error puede darse por razón de identidad, es decir, cuando una persona contrae matrimonio con quien no desea contraerlo (art. 235 fracc.I) Este caso puede presentarse sólo cuando el matrimonio se celebra a través de apoderado, ya que es difícil que exista error de identidad cuando comparecen personalmente ambos contrayentes.

La violencia se actualiza "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 contrayente (arts.1819 y 245 fracc.I), de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado"(arts.1819 y 245 fracc.II), pudiendo deducir la acción de nulidad sólo el cónyuge agraviado, dentro de los sesenta días siguientes apartir de que cesó la violencia o intimidación.

En el caso de raptó, la ley presupone la existencia de la fuerza o miedo graves entre el raptor y la raptada, hasta en tanto ésta no sea restituida a un lugar seguro en donde pueda manifestar libremente su voluntad (art.156 fracc.VII).

3.- LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN.

Nuestro código es claro al establecer que: "Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta" (art. 147). sin embargo, el matrimonio

celebrado por personas que por su edad o por sus particulares circunstancias no puedan o no quieran procrear, es totalmente válido, atento a lo dispuesto tanto por el artículo 162 párrafo segundo del código sustantivo, como el artículo 4º constitucional que rezan: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."

También constituye el objeto que debe ceñirse a la licitud, el hecho de contribuir ambos cónyuges a los fines del matrimonio y el socorrerse mutuamente (art. 162 párrafo primero).

La licitud en el matrimonio, se cumple cuando no se contravienen las disposiciones establecidas para su celebración, es decir, en el cumplimiento estricto de cada uno de los requisitos establecidos por la ley.

4.- FORMA

Al lado de las solemnidades que deben cumplirse para la celebración del matrimonio se establecen ciertas formalidades que si bien es cierto no son requisitos esenciales que afecten la existencia del acto, si deben cumplirse ya que afectarían su validez si no se subsanan.

Dentro de estas formalidades se encuentran las que deben cumplirse antes de la celebración y las que han de cumplirse en el momento mismo de la celebración. En cuanto a las primeras, consisten en la presentación de la solicitud de matrimonio ante el Juez del Registro Civil y se encuentran establecidas en los artículos que a continuación transcribimos:

ART. 97 "Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán

un escrito ante el 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 éstos 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 tienen 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 su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciseis años y la mujer mayor de catorce.

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. Sino 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.

Para los indigentes tienen obligación de expedir gratuitamente este certificado los médicos encargados de los servicios de sanidad de carácter oficial.

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 ese convenio ni aún 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 Oficial 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;

VII.-Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.

ART. 100 "El Juez del Registro Civil a quien se presente una solicitud de matrimonio que llene los requisitos enumerados en los artículos anteriores, hará que los pretendientes y los ascendientes o tutores que deben prestar consentimiento, reconozcan ante él y por separado sus firmas. Las declaraciones de los testigos a que se refiere la fracción III del artículo 98 serán hechas bajo protesta de decir verdad, ante el mismo Juez del Registro Civil. Este, cuando lo considere necesario, se cerciorará de la autenticidad de la firma que calce el certificado médico presentado."

(73)

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."

Respecto a las formalidades en el momento de la celebración del matrimonio, se encuentran establecidas junto con las solemnidades en el artículo 103 y de las cuales son solo formalidades del acta de matrimonio las siguientes:

- a).-La declaración de si los contrayentes son mayores de edad.
- b).-Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres de los contrayentes.
- c).-El consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores o de la autoridad que deba suplirlo.
- d).-Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó.
- e).-La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.
- f).-Los nombres, apellidos, estado civil, ocupación, edad y domicilio de los testigos; su declaración si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son en qué grado y en qué línea.
- g).-Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo 102.

D.-REQUISITOS PARA SU CELEBRACION

Dentro de los requisitos para contraer matrimonio se encuentran los previstos en el capítulo segundo denominado "De los requisitos para contraer matrimonio" del mismo título quinto "Del Matrimonio" en el que se establecen los siguientes:

a).-CAPACIDAD FISICA Y MENTAL. Que la mujer haya cumplido catorce años y el hombre dieciseis, es decir, que sean sexualmente capaces. (art.148). No solo en cuanto a que tengan la edad sino también gocen de salud física y no padezcan de impotencia incurable para la cópula; de sífilis; locura y enfermedades crónicas e incurables que además sean contagiosas y hereditarias (art. 156 fracc.VIII).

Capacidad mental para consentir, o sea, que no padezcan de idiotismo, imbecilidad, etc., así como la embriaguez habitual, la morfíomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de drogas enervantes (art.156 fracc.VIII y IX).

b).-CONSENTIMIENTO. En el caso de que el varón o la mujer no hayan cumplido su mayoría de edad, no podrán contraer matrimonio sin el consentimiento de quien ejerza sobre ellos la patria potestad (padre y/o madre, abuelos paternos y/o abuelos maternos o el tutor). Si se niega el consentimiento por estas personas, pueden ocurrir los ente el Jefe del Departamento o los Delegados a fin de que supletoriamente emitan su consentimiento.

Cuando los contrayentes son mayores de edad, el consentimiento debe expresarse en la forma prevenida por la ley, según comentamos en el análisis de los elementos de existencia.

c).-LA EXOGAMIA

Es decir, que no exista entre los contrayentes, parentesco de consanguinidad sea legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente.

En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a 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 obtenido dispensa (art. 156 fracc.III). También se incluye el parentesco por afinidad en línea recta sin limitación de grado.

(75)

d).-Que no haya existido adulterio, judicialmente comprobado (art. 156 fracc. V) entre los cónyuges.

e).-Que no haya existido atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

f).-Que no exista fuerza o miedo graves en los contrayentes, especialmente en la mujer. En caso de raptor, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras esta no sea restituida a lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad.

g).-Que los contrayentes no tengan un matrimonio anterior, subsistente todavía, con persona distinta con la que ahora pretende contraerlo.

h).-Que en el caso de que el adoptante pretenda contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, no exista ya el lazo jurídico resultante de la adopción.

i).- Que la mujer divorciada o que ha sido parte de un matrimonio del que ha sido declarada su nulidad, deje pasar trescientos días contados a partir de la disolución del matrimonio o desde que se interrumpió la cohabitación, excepto en el caso de que en ese término hubiere dado a luz un hijo (art. 158).

j).-Que en tratándose del tutor o curador que desea contraer matrimonio con su pupilo, se obtenga la dispensa correspondiente, la cual no se otorgará, hasta en tanto no haya rendido las cuentas respecto a la tutela o curatela, según el caso, y estas hayan sido aprobadas. En el mismo supuesto se encuentran los descendientes del tutor y del curador. (art. 159)

k).-Que se celebre ante los funcionarios que establece la ley (Juez del Registro Civil) y con las formalidades que exige la misma (art. 146)

l).-Que no se estipulen condiciones contrarias a la perpetuación de la especie y a la ayuda mutua.

E.-DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE ENGENDRA.

El estado matrimonial genera Derechos y Obligaciones para ambos cónyuges en condiciones de reciprocidad e igualdad, los cuales no pueden quedar al arbitrio de los cónyuges, sino que son obligatorios, sea por ministerio de ley o por la naturaleza de la misma institución. De tal manera que se establecen inclusive, sanciones para el caso de su inobservancia.

La doctrina clasifica a los derechos y obligaciones provenientes del matrimonio en tres aspectos, a saber: los que se refieren a las personas de los cónyuges, los que respectan a los hijos del matrimonio y finalmente los que surten efectos en los bienes de los consortes.

Entre los que se refieren a las personas de los cónyuges, se encuentran las siguientes:

a).-El derecho-deber de cohabitación. Establecido en el artículo 163 y que dice: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal..." Este derecho-deberes indispensable para poder cumplir con los deberes de ayuda y socorro mutuo, fidelidad, débito carnal, etc.

Ahora bien, debe considerarse como domicilio conyugal, al lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el que ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales. Al respecto, el maestro Galindo Garfias nos aclara que: "El concepto de domicilio conyugal lleva implícita la idea de que ha de quedar constituido en lugar separado de la casa en que habitaba uno de los consortes, en el seno de la familia de sus padres... recientemente la tesis 3572 pronunciada con motivo del amparo directo 5236/54 publicado en el Boletín de información Judicial, año de 1955 página 570, ha sustentado criterio distinto, afirmando que no puede darse el nombre de domicilio conyugal al hogar de los padres de los cónyuges o de terceras personas en donde éstos vivan juntos; sino que este ha de ser

establecido en otro lugar distinto de aquéllos, para que pueda hablarse propiamente de domicilio de los consortes."²¹ Y el artículo 168 consagra esa igualdad diciendo que: "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."

El incumplimiento de este derecho-deber es causal de la disolución del vínculo matrimonial cuando es por más de seis meses sin causa justificada (art.267 fracc.VIII) o por más de dos años independientemente de la causa (art. 267 fracc.XVIII). Aún mas desde el punto de vista penal, su incumplimiento es tipificado como delito de abandono de personas (art.336 Código Penal).

Finalmente el mismo artículo 163 establece la excepción en su cumplimiento, eximiendo 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, cuando así lo resuelvan los tribunales competentes.

b).-Derecho-deber del débito carnal.

Aunque en realidad la ley no establece de una manera explícita este derecho-deber, sin embargo éste es parte de la misma naturaleza del matrimonio. Puede además inferirse de algunos artículos que lo señalan de una manera genérica. Así por ejemplo el artículo 147 estatuye que: "Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta", por lo que la negación de éste deber, eliminaría por completo la finalidad del matrimonio.

Por otro lado, el artículo 162 ordena claramente el cumplimiento estricto de este deber cuando dice: "Los cónyuges están **obligados a**

²¹ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa. México. D.F. 1994 p. 568

contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente." Por lo que la negativa injustificada y sistemática de uno de los cónyuges para el cumplimiento de esta obligación, es considerada como una injuria grave que inclusive es causa de divorcio (art. 267 fracc.XI).

d).- Derecho-deber de fidelidad

Al igual que el anterior, este aspecto se encuentra implícito en la regulación del matrimonio, ya que no existe precepto legal expreso, que establezca que los cónyuges se deben recíproca fidelidad.

El deber de fidelidad se funda en la naturaleza misma del matrimonio, que exige preservar la moralidad de la familia, el orden público y las buenas costumbres. Es de señalar aquí el acertado punto de vista del maestro Rojina Villegas que nos dice que: "... el ordenamiento jurídico acepta através del concepto "buenas costumbres" las reglas de moral social que tienen vigencia y valor en una sociedad determinada. En consecuencia, por lo que se refiere al matrimonio, es evidente que el principal control en el deber de fidelidad debe buscarse no en preceptos jurídicos consagrados expresamente en un código, sino en las reglas que se derivan de las buenas costumbres imperantes en una sociedad. Aquí tenemos la oportunidad de comprobar la intervención de la moral en el derecho."²²

Ahora bien, la fidelidad no solo implica aspectos materiales o el no sostener relaciones sexuales con una persona diferente a su cónyuge, sino que abarca también la abstención de actos que aunque no lleguen a consumir relaciones eróticas o bien el adulterio, sí impliquen un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge.

La sanción al incumplimiento de este deber es, desde el punto de vista penal, como delito de adulterio, la pena privativa de libertad (art.273 del

²² Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa México D.F. 1993. p.316.

código penal), así como en el delito de bigamia tipificado por el artículo 279 del mismo ordenamiento.

El código civil lo sanciona con el divorcio, cuando establece como causa de este, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges (art. 267 fracc. I), o bien en el caso de los actos que demuestren la falta de consideración al otro cónyuge, puede llegar a constituir una injuria grave, prevista también como causa de divorcio (art. 267 fracc. XI).

d).- Derecho-deber de socorro y ayuda mutua.

Este aspecto se encuentra consagrado explícitamente en el artículo 162 párrafo primero, que establece que: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente."

Ello implica una serie de conductas diversas y permanentes de ayuda entre los cónyuges, y no sólo se refieren al aspecto económico, sino también al aspecto afectivo y moral o como algunos autores lo llaman, espiritual.

Así, los conceptos de "ayuda mutua" y "socorro mutuo" a que se refieren los artículos 147 y 162 respectivamente, van más allá del deber de alimentos, tal como se establece en los artículos 302 y 308 al decir que: art. 302 "Los cónyuges deben darse alimentos..."; y art. 308 "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.", e implican como dice al maestro Galindo Garfias "...todo lo que requiere una vida digna en sentido amplio y no solo para subsistir. El socorro y la ayuda comprenden el elemento espiritual, el consejo, la dirección, el apoyo moral, con los que un cónyuge debe acudir asistir al otro, en las vicisitudes de la vida."*23

*23 Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p. 572

El incumplimiento de este derecho-deber se sanciona desde el punto de vista civil, con la responsabilidad que el deudor alimentista que estuviere ausente o estando se rehusare a darlos, adquiere respecto de las deudas que contraigan los acreedores para adquirir esa exigencia, en la medida estrictamente necesaria y siempre que no se trate de gastos de lujo. (art.322).

Ahora bien, en el caso de que un cónyuge se haya separado del otro, este puede pedir al juez de lo familiar que obligue a aquél a ministrarle alimentos durante el tiempo de la separación en la proporción en que lo venía haciendo, así como responder de los adeudos contraídos para ese efecto. (art.323)

Al respecto el código penal tipifica como delito de abandono de personas, el hecho de abandonar sin motivo justificado a los hijos o al cónyuge, sin recursos necesarios para atender a sus necesidades de subsistencia, estableciendo al abandono de los hijos, como delito perseguible de oficio; y al abandono del cónyuge por querrela de parte agraviada. Independientemente de otros delitos que puedan resultar de la omisión (arts. 336, 336 bis, 337, 338 y 339 del código penal).

Los efectos del matrimonio respecto a los hijos podemos resumirlos en los que a continuación enumeramos:

a).-Se establece el derecho irrenunciable a alimentos (arts. 321 y 389 fracc. II) y demás asistencia, imponiendo para ello diversas modalidades, según el caso concreto. Así por ejemplo, en el caso de divorcio ejecutoriado, se procede a la división de los bienes comunes, tomando las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los cónyuges divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta llegar a la mayor edad. (art. 287).

(81)

Como garantía de que se cumpla con esta obligación, se establece el derecho preferente de los cónyuges y los hijos, sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia, pudiendo inclusive, demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos esos derechos (art. 165).

b).-Se otorga la calidad de hijos nacidos de matrimonio a aquéllos que conforme al artículo 340 lo prueben con la partida de su nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres.

c).-Se presumen hijos de matrimonio aquéllos nacidos después de ciento ochenta días contados a partir de la celebración del matrimonio, y a aquellos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, provenga esta de nulidad, de muerte del marido o de divorcio. En el primer y último de los casos, el término contará desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial (art.324).

d).-El derecho de los hijos nacidos de matrimonio de llevar el apellido de sus padres y de participar en la sucesión hereditaria (art.389).

e).-La adquisición del estado de hijos nacidos de matrimonio, por parte de los hijos habidos sin la celebración del mismo, si proviene el matrimonio subsecuente de los padres (art. 354).

Finalmente, respecto a los efectos del matrimonio en los bienes de los consortes, ya se estudiaron en lo relativo a los regímenes económicos en el capítulo segundo, y en cuanto a las donaciones, lo haremos en el siguiente inciso.

F.- DONACIONES ENTRE CONSORTES.

En este tema de las donaciones analizaremos dos momentos en que pueden llevarse a cabo. Primero, las donaciones hechas antes de la celebración del matrimonio, llamadas también antenuptiales; y después las que se realizan durante la vigencia del matrimonio mismo.

DONACIONES ANTENUPTIALES

Las donaciones antenuptiales, son los regalos, obsequios y enajenaciones en general, que antes de la celebración del matrimonio, hace uno de los futuros cónyuges al otro, o los que hace un tercero a uno de ellos o a ambos, en consideración al matrimonio que ha de celebrarse (arts.219 y 220). De tal suerte que quedarán sin efecto si el matrimonio no llegara a realizarse (art..230).

El código establece, no obstante, una limitante a la autonomía de la voluntad del donante, cuando se tratare de un cónyuge, consistente en que la donación no podrá exceder de la sexta parte de los bienes del donante, y en caso de no sujetarse a esta disposición, el exceso se considerará inoficioso, es decir, no surtirá efecto alguno.

Las donaciones hechas por un tercero, sólo se considerarán inoficiosas en los mismos terminos que lo fueren las comunes, es decir, en cuanto perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a aquellas personas a quien los debe conforme e la ley (arts. 222 y 2348).

Para realizar el cálculo de la parte inoficiosa de la donación hecha por uno de los cónyuges, el consorte donatario o sus herederos, tienen la facultad de elegir ya sea la época en que se hizo la donación o bien la del fallecimiento del donador (art.223).

Para que la donación antenupecial sea válida, sólo se requiere la declaración unilateral de voluntad del donante, sin que sea necesario que el o los donatarios produzcan su aceptación expresa (art.225).

Las donaciones antenupeciales no son revocables por sobrevenir hijos al donante (art.226). En el caso de que el donante sea uno de los cónyuges, la donación no es revocable por ingratitud, pero si es revocable y se entienden revocadas, por el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario. Si el donante es un extraño, tampoco son revocables por ingratitud, a no ser que la donación haya sido hecha a ambos esposos y los dos sean ingratos (arts.227 y 228).

DONACIONES ENTRE CONSORTES

Son las que un cónyuge hace al otro durante la vigencia del matrimonio legalmente constituido. Obvio es que para que puedan realizarse debe estar regido bajo el régimen de separación de bienes.

Para su validez, es necesario que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos, es decir, que no sean inoficiosas (art.232) y si lo fueren, podrán reducirse hasta el límite que no cause perjuicio a ese derecho.

Es característica de esta donación, que puede ser revocada, mientras subsista el matrimonio, siempre que a juicio del juez exista causa justificada para ello (art.233).

Finalmente, las donaciones entre consortes, a diferencia de las donaciones comunes, no pueden anularse por la superveniencia de hijos del donante (art.234).

G.-NULIDAD E ILICITUD EN EL MATRIMONIO.

Como cualquier otro acto jurídico, el matrimonio puede estar afectado de nulidad, sea por causas anteriores al mismo o por el incumplimiento de las formalidades establecidas en la ley para su celebración.

Sin embargo a diferencia de los demás actos jurídicos, el matrimonio recibe una especial regulación en materia de nulidad, consagrada dentro del mismo título quinto, del matrimonio, en su capítulo IX, en los artículos que van del 235 al 265.

Necesario es, decir que esta regulación especial se explica en función de la naturaleza misma del matrimonio. Al respecto, la maestra Sara Montero nos explica que: "Las razones para regular de una manera especial las nulidades del matrimonio son de diversa índole: 1º La importancia del matrimonio como fundamento jurídico de la familia; 2º Los requisitos de validez difieren de los actos jurídicos en general. Así, la capacidad admite una edad inferior a la señalada como mayoría de edad civil (dieciocho años)...los vicios de la voluntad operan de manera diferente al acto jurídico en general: el error es sólo error de identidad, no puede darse la mala fe, dolo ni lesión; la violencia, además de la genérica, admite un matiz propio: el rapto; la licitud consiste en que los consortes no estén dentro de los supuestos de las prohibiciones legales para contraer matrimonio (impedimentos). En cuanto a las formalidades tan particulares de esta institución, la omisión de ellas, cuando no constituyan solemnidades, normalmente no producirán nulidad..."*24 Las razones esgrimidas por la autora son a nuestro juicio, contundentes para fundar en ellos el porqué de la regulación especial para el matrimonio en materia de nulidad, sobre todo la primera de ellas, que no es otra cosa que tomar en consideración la naturaleza y trascendencia del matrimonio.

*24 Montero Duñalt, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa México D.F. 1991 p.175

Las causas de nulidad se encuentran claramente definidas en el artículo 235 que a la letra dice: ART. 235 "Son causas de nulidad de un matrimonio:

- I.- El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra.
- II.- Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156.
- III.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.

La nulidad que se puede producir es absoluta o relativa. En la mayoría de los casos previstos en nuestra legislación se produce la nulidad relativa y sólo en dos casos que además se tipifican como delitos, la ley aplica la nulidad absoluta, como ahora lo veremos.

El matrimonio contraído en contravención a lo dispuesto por el artículo 156 fracción III, es decir, cuando exista sea parentesco de consanguinidad en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado o colateral igual, o bien parentesco de afinidad en línea directa, produce la nulidad absoluta y en consecuencia esta acción puede ser ejercitada por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes o por el Ministerio Público inclusive, según lo estatuye el artículo 242, quienes lo pueden hacer en cualquier momento en virtud de que esta acción es imprescriptible y no cabe la convalidación por ratificación tácita o expresa.

Con el ánimo de proteger a la familia y al género humano, también el código penal tipifica como delito de incesto al matrimonio contraído bajo esa circunstancia.

En tratándose del matrimonio en el que exista algún parentesco susceptible de dispensa, si ésta se obtiene después de celebrado el matrimo-

nio, aunque se haya declarado la nulidad, el artículo 241 establece que si reconocida la nulidad, los cónyuges quisieran espontáneamente reiterar su consentimiento por medio de un acta ante el juez del Registro Civil, el matrimonio quedará revalidado surtiendo sus efectos desde el día en que se contrajo primero.

El segundo caso de nulidad absoluta tiene su antecedente en la fracción X del artículo 156, cuando enumera como impedimento para contraer matrimonio, el hecho de existir un matrimonio anterior con persona distinta con quien ahora se pretenda contraer. Si se celebra bajo esa circunstancia, la acción de nulidad puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo, o bien por el Ministerio Público, según lo manda el artículo 248, no fijando además para su ejercicio término de prescripción alguno y no pudiéndose convalidar el segundo matrimonio por ratificación expresa o tácita.

También aquí, el código penal protege a la familia, señalando como delito de bigamia en el artículo 279, el hecho de que alguna persona estando unido con otra en matrimonio no disuelto o declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales.

A continuación revisaremos los demás casos de nulidad que prevé el artículo 235 fracción II y que son los siguientes:

a).- El error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio. Aunque en realidad es difícil que se dé en virtud de que el matrimonio como acto solemne requiere de la comparecencia de los dos contrayentes, la ley prevé el caso de que pueda contraerse a través de apoderado, y sólo en este caso podría llegar a darse esta hipótesis, produciendo la nulidad relativa ya

que la acción de nulidad sólo puede deducirla el cónyuge engañado, inmediatamente que lo advierta, si no lo hace, se tiene por ratificado su consentimiento quedando subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule (art. 236).

b).- La falta de edad requerida por la ley y que no haya sido dispensada. Sin embargo, dado que esta causa se funda en la presunción de ineptitud fisiológica, la minoría de edad de los cónyuges, puede dejar de ser causa de nulidad sea por que haya hijos entre los cónyuges o bien porque hubieren llegado a la mayoría de edad aunque no haya hijos, si ninguno intentó la nulidad. La acción compete exclusivamente a los cónyuges (art.237).

c).- La falta de consentimiento de quien deba otorgarlo para que el menor pueda contraer matrimonio, genera nulidad relativa. La acción únicamente puede ejercitarla aquél o aquellos a quienes correspondía otorgar dicho consentimiento y sólo dentro de los treinta días contados apartir de que tengan conocimiento del matrimonio. (arts.238 y 240).

El matrimonio así contraído puede convalidarse si transeurre el término citado, o bien, si hay ratificación expresa o tácita dentro del mismo término. Esta ratificación tácita puede manifestarse si se hace alguna donación a los hijos en consideración al matrimonio; si se recibe a los consortes a vivir en su casa; si se presenta a la prole como legítima al registro civil, o practicando otros actos que a juicio del juez sean tan conducentes al efecto, como los expresados (art.239).

d).- El adulterio judicialmente probado entre las personas que pretenden contraer matrimonio. En este caso, la acción de nulidad puede ejercitarla el cónyuge ofendido y el Ministerio Público, cuando el matrimonio anterior se ha disuelto por divorcio; y sólo el Ministerio Público si aquél se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido.

El término para promover la nulidad es de seis meses, contados a partir de la fecha en que contrajeron el matrimonio los adúlteros (art.243).

e).- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre, constituye también causa de nulidad relativa, y que puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses a partir de la celebración del nuevo matrimonio (art.244).

f).- El miedo y la violencia graves, como lo estatuye el artículo 245, son causa de nulidad del matrimonio cuando:

I.- Importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

II.- 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.- El miedo o la violencia hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio. En esta hipótesis, la acción sólo puede ser deducida por el cónyuge agraviado y dentro del término de sesenta días contados a partir de que cesó la violencia o intimidación.

g).- Si el matrimonio se contrajo en contravención a la fracción VIII del artículo 156, es decir, cuando alguno de los cónyuges padeciese de enfermedades como la embriaguez habitual, morfínomanía, eteromanía, uso indebido y persistente de drogas enervantes, impotencia incurable para la cópula, sífilis, locura y demás enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas o hereditarias, la acción de nulidad debe ejercitarse dentro del término de sesenta días contados a partir de la fecha en que se celebró el matrimonio, y compete exclusivamente a los cónyuges. (art.246).

(89)

h).- Cuando alguno de los cónyuges estuviese afectado por el idiotismo o la imbecilidad, su consorte o el tutor del incapacitado únicamente, podrán ejercitar la acción de nulidad del matrimonio, no estableciendo la ley término alguno, no por eso dejando de producir la nulidad relativa.

Finalmente, los casos de nulidad de la fracción III del artículo 235 se refieren al caso de la falta de formalidades que establece la ley para el acto de celebración del matrimonio en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103, en los que la acción pueden ejercitarla ya sean los cónyuges o cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio o el Ministerio Público inclusive.

No obstante, en el caso en que se haya otorgado el acta matrimonial, no se admitirá demanda de nulidad por inobservancia de formalidades, cuando aunado a ella exista posesión de estado matrimonial.(art.250).

Dentro de la misma regulación especial en materia de nulidades del matrimonio, encontramos algunos principios que, como lo dijimos antes, le son aplicables en razón de su importancia Así encontramos por ejemplo que:

1).-Que la acción de nulidad de matrimonio es personalísima, es decir, sólo puede ejercitarla aquél a quien la ley se lo concede expresamente (art.251).

2).-Que la acción de nulidad no es transmisible, sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquél a quien heredan.

3).-Se parte de la presunción de que el matrimonio es válido hasta en tanto una sentencia ejecutoria lo declare nulo. (art.253).

4).-Que la nulidad del matrimonio no puede quedar a criterio de los cónyuges, por lo que no podrán celebrar transacción o compromiso en árbitros.(art.254).

5).-Que el matrimonio nulo se presume contraído de buena fe, y para

destruir esta presunción se requiere prueba plena. (art.257).

Ahora bien, entre las consecuencias jurídicas que trae consigo la declaración de nulidad del matrimonio, encontramos las siguientes:

A).- Las que se refieren a los cónyuges.

Desvincula a los cónyuges, destruyendo desde su origen las relaciones jurídicas a que dió lugar la celebración del matrimonio, dejándolos en aptitud de contraer nuevas nupcias, sin otra restricción que el término de trescientos días en el caso de la mujer, para evitar la posible confusión de la paternidad. Este caso no se aplica a la bigamia.

En el caso del matrimonio contraído de buena fe y que es declarado nulo, sus efectos pueden subsistir en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y durante los trescientos días después de la declaración de nulidad o desde la separación de los consortes.(art.255).

Cuando ambos cónyuges procedieron de buena fe, el matrimonio produce todos sus efectos civiles entre los consortes hasta antes de la sentencia de nulidad. En cambio, si sólo ha habido buena fe en uno de ellos, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos. (art.256)

Si la mujer estuviere en cinta al declararse la nulidad del matrimonio, deben tomarse las precauciones necesarias para certificar que el hijo del que quedó preñada, nazca dentro de los plazos legales, para establecer la paternidad del que fué el marido. (art.263).

B).- Los que se refieren a los bienes.

El artículo 261 estatuye que una vez declarada la nulidad, se procederá a la división de los bienes comunes. Los productos repartibles se dividirán entre los ex-cónyuges en la forma convenida en las capitulaciones matrimoniales, sólo si ambos procedieron de buena fe. Si en cambio sólo uno de ellos actuó con buena fe, a éste se aplicarán dichos productos íntegramente. Cuando hubiere mala fe en ambos, se aplicarán esos productos a favor de los hijos.

Por lo que se refiere a las donaciones, las que fueron hechas por un tercero, podrán ser revocadas. Las que hizo el cónyuge inocente al culpable, quedarán sin efecto, quedando obligado éste a la devolución de las cosas objeto de la donación con todo y sus productos. Quedan subsistentes las que el cónyuge culpable hizo al cónyuge inocente. Finalmente, si la mala fe se manifestó en ambos, las donaciones hechas entre sí, quedarán a favor de los hijos si los hubiere, sino, no podrán hacerse reclamación alguna. (art.262).

C).- Las que se refieren a los hijos.

Independientemente de que si hubo buena fe en uno o ambos consortes, la declaración de nulidad de matrimonio produce efectos civiles en favor de los hijos. (art.256).

Toda vez de que la nulidad desvincula a los cónyuges, el cuidado y custodia de los hijos, quedará en la forma y términos que de común acuerdo propongan el padre y la madre, siempre que a criterio del juez sea conveniente según las circunstancias del caso (art.259). Esta determinación puede modificarse en todo tiempo por el juez, atendiendo a nuevas circunstancias (art.260).

Una vez ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal actuará de oficio, enviando copia certificada de ella al juez del registro civil ante quien pasó el matrimonio, para que se haga la anotación

de la parte resolutive de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marcó la copia, anotación que se hará en el margen del acta.

ILICITUD DEL MATRIMONIO

El matrimonio ilícito es aquél que se celebra sin que se haya cumplido alguno de los requisitos que no están sancionados con la nulidad. Sin embargo, el matrimonio ilícito es un acto jurídico perfecto en cuanto a sus elementos esenciales y por lo tanto válido.

Las causas de ilicitud del matrimonio se encuentran establecidas en el artículo 264 del código civil, y comprenden:

Art. 264 "Es ilícito pero no nulo el matrimonio:"

a).- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa. Es decir, en el caso de que uno o ambos contrayentes no tengan la edad requerida por la ley, y cuando exista un parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

b).- Cuando no se ha 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.

El primer caso se refiere a la existencia entre los cónyuges, de un vínculo de tutela o curatela y cuya autorización aún no se ha dado.

En el segundo, la mujer que no ha dejado pasar los trescientos días después de que se ha disuelto el primer matrimonio (por nulidad, divorcio o muerte del marido) para contraer el segundo, contrae este de manera ilícita.

Finalmente el tercer caso previsto en esta fracción, se refiere al caso de

divorcio, sea contencioso o voluntario, según el cual, en tratándose del divorcio contencioso, el cónyuge que haya dado lugar a él, sólo podrá contraer nuevas nupcias, pasados dos años desde la fecha en que se decretó el divorcio; y en el divorcio voluntario, es indispensable que haya transcurrido un año.

Respecto a las sanciones a que se hacen acreedores: los que infrinjan estas disposiciones, los mayores de edad que contraigan matrimonio con un menor sin autorización de los padres de este, del tutor o del juez en su caso, y los que autoricen esos matrimonios, el artículo 265 establece que incurrirán en las penas previstas en el código de la materia.

H.-CAUSAS DE DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL.

Como ya lo apuntamos en la parte histórica de este trabajo, el divorcio vincular es introducido en nuestra legislación por Don Venustiano Carranza a principios de este siglo, plasmándolo en la conocida como Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 y en la cual se basa nuestro actual código civil.

El matrimonio puede disolverse ya sea por muerte de uno de los esposos o por divorcio. Este último es el motivo de nuestro estudio en esta parte.

El divorcio vincular es la disolución de un lazo conyugal válido, en razón de alguna causal prevista en la ley, decretado por la autoridad competente (Juez de lo Familiar o Juez del Registro Civil, según el caso) y que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro matrimonio. Su esencia la encontramos definida en el artículo 266 del código civil.

El divorcio vincular puede clasificarse en: divorcio necesario y divorcio por mutuo consentimiento. Este último puede ser administrativo o judi-

cial. Se prevee también en nuestra legislación una figura que se cife únicamente a la separación de cuerpos, sin disolver el vínculo matrimonial y algunas obligaciones. Ahora veremos cada una de sus clasificaciones, sus requisitos y consecuencias.

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

El divorcio que se funda en el mutuo consentimiento puede ser, como lo dijimos antes, de carácter administrativo o judicial. En ambos casos, no podrá promoverse, sino después de un año de la celebración del matrimonio (art.274).

El divorcio administrativo procede cuando ambos consortes, mayores de edad, convengan en divorciarse, no tengan hijos y de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

Se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil, comprobando que son casados y mayores de edad, manifestando de manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges a ratificarla en quince días. Hecha la ratificación, el juez los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta de matrimonio.

Cuando se compruebe que los cónyuges que obtuvieron así el divorcio, tengan hijos, no hayan liquidado la sociedad conyugal o son menores de edad, dicho divorcio no surtirá efectos, además de hacerse acreedores a las penas que imponga el código de la materia (art.272).

Es divorcio judicial cuando los cónyuges que han decidido divorciarse no se encuentran en ninguno de los supuestos anteriores y ocurren ante el Juez competente (Juez de lo familiar), según lo previene el código adjetivo.

Su procedencia se encuentra regulada en los artículos que van del 674 al 682 del código de procedimientos civiles, y para lo cual se requiere la presentación del acta de matrimonio y las de nacimiento de sus menores hijos, así como el convenio a que se refiere el artículo 273 del código civil y que deberá contener lo siguiente:

I.-Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

II.-El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

III.-La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

IV.-En los terminos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.

V.-La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad.

Una vez hecha la solicitud, el juez citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y a la cual los cónyuges deben ocurrir

personalmente y no por medio de procurador, y en la que les exhortará a procurar su reconciliación. Si no lograra avenirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento (arts. 275 C.C. y 675 C.P.C.)

Durante el procedimiento, los cónyuges podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado (art.276). Si dejaren pasar mas de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente.

Si los cónyuges insistieren en su propósito de divorciarse, a pesar de la primera junta, el tribunal citará a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de quince días de solicitada, en la que volverá a exhortarlos. Si no lograre la reconciliación y a criterio del juez quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia declarando disuelto el matrimonio y decidirá sobre el convenio presentado (art.676 C.P.C.).

Respecto al convenio presentado por los cónyuges, si el Ministerio Público se opone a su aprobación por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime pertinentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que manifiesten si las aceptan, dentro de los tres días siguientes. Si no aceptan, el juez resolverá en la sentencia lo que con arreglo a la ley proceda, cuidando garantizar los derechos de los hijos.

No podrá decretarse la disolución del matrimonio sin que se apruebe el convenio a que se refiere el artículo 273.

Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento, el juez mandará remitir copia de ella al Juez del Registro Civil del lugar donde se efectuó el matrimonio y al de nacimiento de los divorciados, para los efectos de los artículos 114, 116 y 291 del código civil.

DIVORCIO NECESARIO

La acción de divorcio debe hacerse valer ante el juez competente, por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar. El artículo 267 nos señala las causas en las que puede fundarse la demanda de divorcio y que son las siguientes:

Art. 267 "Son causas de divorcio:"

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

El cónyuge inocente, puede invocar esta causal, dentro de los seis meses contados desde que tuvo conocimiento del acto en que hace consistir el adulterio.

En este caso no es necesario que el juez de lo familiar tenga que esperar una sentencia de orden penal. Tampoco es necesario que el cónyuge ofendido haya tenido que hacer su querrela, sino que en virtud de la autonomía de la jurisdicción civil, las pruebas que se aporten para el adulterio en el juicio de divorcio, pueden ser valoradas libremente. Las pruebas han de ser directas, objetivas, no es admisible la prueba presuncional.

II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

Para la procedencia de esta causal, es necesaria la declaración judicial

de ilegitimidad del hijo. Conforme al artículo 324 del código civil, se presumen hijos de los cónyuges, los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio. Y contra esa presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros cientoveinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

A contrario sensu, si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días contados a partir de celebrado el matrimonio, puede ser declarado hijo ilegítimo.

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

No es necesario en esta causal, que medie sentencia de orden penal declarando responsable del delito de lenocinio al esposo, ya que esta causal se aplica mas ampliamente en materia civil, al referirse a la simple propuesta del marido.

El término para su caducidad es el genérico de seis meses establecido en el artículo 278.

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

Se refiere a la provocación de un cónyuge hacia el otro para que cometa un delito, o cuando realice violencia física, a través de fuerza, tortura, dolor, privación de libertad, o violencia moral mediante amenazas para que se cometa el delito.

También aquí se aplica el término genérico de prescripción de seis meses.

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

Los actos inmorales del marido o la mujer con el ánimo de corromper a los hijos, comprende también los delitos. Ya sean dirigidos a los hijos de ambos o de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio, debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones (art.270). Es indiferente si los hijos son mayores o menores de edad. Ahora bien, aún cuando la corrupción de los hijos no se dé como resultado, la causal de divorcio existirá de todas maneras.

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.

En esta causal y la anterior es clara la necesidad de la disolución del vínculo matrimonial, sin embargo, el cónyuge sano que no quiera pedir el divorcio, podrá solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistente las demás obligaciones creadas por el matrimonio. (art.277).

Esta disposición es la que constituye una mera separación de cuerpos sin que se disuelva el vínculo matrimonial.

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

El concepto separación a diferencia del concepto abandono, permite pensar que puede darse el caso de la separación de un cónyuge del domicilio conyugal, sin que por ello deje de cumplir con sus obligaciones alimentarias,

de tal suerte que se separa y no abandona a sus familiares, sin incurrir en el ilícito que tipifica el código penal.

Sin embargo, en la mayoría de los casos se aplica el concepto separación como si se tratara de un abandono, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado el criterio siguiente: "La palabra abandono, regida por las voces "domicilio conyugal" no puede referirse únicamente a la materialidad de la casa, de la morada que se habita, sino que, por una figura del lenguaje se toma el continente por el contenido, es decir, la morada que se habita, por el cónyuge y sus hijos tratándose por lo mismo de un abandono de personas, de cosas y obligaciones; de un acto voluntario por el cual, uno de los cónyuges deja de prestar al otro y a los hijos, la protección y auxilio que natural y civilmente está obligado a prestarles. En consecuencia, el consorte que, dejando al otro y a sus hijos, no cumpla con la obligación que legalmente le corresponde, abandona jurídicamente el domicilio conyugal." Amparo directo 3616/1956; Dir. 1071/63.

IX. - La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.

En esta fracción y en la anterior se consagra quizá la obligación primera del matrimonio y de la cual se desprenden las demás: la cohabitación o la vida en común. Sin ésta, no puede darse ni el débito carnal, ni la fidelidad, ni los hijos, ni el ejercicio de la patria potestad por ambos padres, etc.

Para invocarla es necesario que haya existido una causa bastante para pedir el divorcio, y que esa causa origine la separación del hogar conyugal por parte del cónyuge inocente. Si éste no entable demanda de divorcio en el término de un año apartir de la separación, la ley concede acción al cónyuge que dió origen a la causa de separación para que pueda demandar el divorcio con fundamento en esta causal.

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia.

Si por la ausencia de uno de los cónyuges dejan de realizarse los fines naturales del matrimonio, la ley concede la acción al otro cónyuge a fin de evitarle perjuicios junto con los hijos y a terceros, inclusive. Para la procedencia de esta causal es necesario la exhibición de la resolución judicial en que se declare sea la ausencia o la presunción de muerte. Finalmente el juicio de divorcio en base a dicha resolución concluirá con la sentencia que declare expresamente la disolución del matrimonio.

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.

Esta causal comprende las expresiones, acciones, actos, conductas, que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa de tal gravedad que atentan contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges y que hagan imposible la vida conyugal.

Los tres conceptos que encierra, quedarán a criterio del juzgador, respecto a su gravedad y su efecto de hacer imposible la convivencia conyugal, teniendo en cuenta su educación, cultura y medio social. Así, la sevicia son los malos tratos que revelan crueldad excesiva y que hacen imposible la vida conyugal, por ejemplo: el atentado violento a la integridad física del cónyuge, a su libertad, a su salud, etc.

Las amenazas son los actos que generan en una persona el temor de un mal inminente sobre sí, sobre sus bienes, o sobre la persona o bienes de sus seres queridos.

Finalmente las injurias son las expresiones y acciones realizadas con el

ánimo de hacer una ofensa o manifestar desprecio. Al respecto la S.C.J.N. ha emitido la siguiente jurisprudencia: DIVORCIO, injurias como causal de. "En materia de divorcio la injuria no es solo una expresión de desprecio o de invectiva, sino toda conducta o hecho que ultraje a uno de los cónyuges. Se trata de un concepto elástico cuya comprobación debe obtener el prudente arbitrio del juzgador, examinando las circunstancias de cada caso en particular. Su existencia, entonces, no depende de la estimativa de los interesados, pues ello sería contrario a principios de técnica jurídica." Compilación de jurisprudencia de la S.C.J.N. tomo II pág. 705.

Los tres conceptos que encierra esta fracción quedarán a criterio del juzgador respecto a su gravedad y su efecto de hacer imposible la convivencia conyugal, teniendo en cuenta para ello la educación, cultura y el medio social de los cónyuges.

El término para promover el juicio de divorcio con fundamento en esta causal es de seis meses a partir de la fecha en que se profirió la injuria, la amenaza o la sevicia.

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

Para la procedencia de esta causal es necesario que se demuestre la negativa injustificada del cónyuge de cumplir con las obligaciones de contribución, cooperación y asistencia, tanto alimentaria como en materia de educación. En segundo término debe demostrarse que ese incumplimiento sea de tal gravedad que revele en el cónyuge culpable una actitud de pro-

profundo desapego, abandono o desestimación al cónyuge inocente y a sus hijos, que haga imposible la vida conyugal.

No es necesario que se agoten previamente los procedimientos tendientes a obligar al deudor alimentista a cumplir con su obligación, sino que puede demandarse directamente el divorcio.

La última parte de esta causal se refiere a la desobediencia o desaeato sin justa causa a la sentencia ejecutoriada que el juez dicte resolviendo algún desaeuerdo surgido entre los cónyuges en cuanto al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que les pertenecen.

XIII.- La acusación caluminosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

Para la procedencia de esta causal es necesario, en primer lugar, que haya una calumnia, que se declare en sentencia penal ejecutoriada, que el acusado es inocente, y en segundo lugar, se requiere que el delito respecto del cual se le considere inocente, sea de aquellos que se sancionan con una pena cuyo término medio aritmético sea mayor de dos años.

El término de seis meses para la interposición de la demanda de divorcio comenzará a correr a partir de que cause ejecutoria la sentencia que le declara inocente.

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

Hasta en tanto no haya sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge que cometiere el delito una pena mayor de dos años de prisión, no se podrá

configurar esta causal de divorcio. Siempre y cuando el delito no sea político pero sí infamante.

XV.- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Requisito indispensable es el hecho de que el juego, la embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas amenazan causar la ruina de la familia, no sólo ruina económica sino moral, o constituya un constante motivo de desavenencia conyugal.

Corresponderá al juez calificar si la armonía conyugal se ve alterada al grado de hacer imposible la convivencia conyugal.

XVI.-Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

Para efectos exclusivamente del divorcio, el hecho de que uno de los cónyuges cometa un delito, cualquiera que este sea, ya que no hay delitos que dejen de ser punibles por el matrimonio, se convierte en una causal de divorcio, siempre que a juicio del juzgador se haya tipificado un delito que tenga señalada una pena de más de un año de prisión.

XVII.-El mutuo consentimiento.

Respecto a esta fracción sólo nos queda señalar la importancia que tiene la autonomía de la voluntad. Ya quedó comentado este aspecto en el capítulo relativo al divorcio por mutuo consentimiento de carácter judicial.

XVIII.-La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

Quando se ha perdido toda posibilidad de cohabitación y el sentido de los deberes de socorro y ayuda mutua que se deben los cónyuges, la ley legitima a los dos cónyuges, inclusive al que provocó la separación, para que pueda invocar esta causal de divorcio.

Ninguna de estas causales previstas en el artículo 267, puede alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito.

El artículo 268 señala también como causa de divorcio el hecho de que un cónyuge demande el divorcio o la nulidad de su matrimonio y no pruebe su acción o se desista de la demanda sin la conformidad del demandado, otorgando acción al cónyuge demandado o absuelto para efectos de demandar el divorcio con base en esta causal, pero sólo podrá ejercitarla, pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante dicho tiempo los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

Ahora bien, el juicio de divorcio puede terminar en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiese sentencia ejecutoriada siempre y cuando exista la reconciliación de los cónyuges, o bien, el cónyuge que no haya dado lugar al divorcio otorgue el perdón a su consorte. En este último caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a que se refirió el perdón y motivaron el juicio anterior; pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente. (art.281).

MEDIDAS PROVISIONALES

Nuestro código señala atinadamente en su artículo 282 que: "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes

a).- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el código de procedimientos civiles;

b).- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

c).- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso;

d).- Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta;

e).- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

I.- FINALIDADES DEL MATRIMONIO COMO BASE DE LA FAMILIA.

En este rubro no nos vamos a referir a los derechos ni a las obligaciones que trae aparejadas el estado matrimonial, que como vimos anteriormente son de suma importancia, sino que comentaremos en forma breve, algunas de las finalidades que nos parecen por demás trascendentes y por ello dignas de tomarse en cuenta.

Como lo hemos dicho ya en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, "la familia constituye el núcleo básico y fundamental de la sociedad, es la primera comunidad humana". Por ello:

LA FAMILIA ES FORMADORA DE PERSONAS.- Es la encargada de formar la persona de los hijos, en lo físico y en lo espiritual. Es ahí donde

adquieren los valores, las virtudes, la Fe. La presencia del padre y la madre con su carácter distinto y complementario, generan el clima de confianza, intimidad, respeto y libertad que garantizará la formación de personalidades fuertes y equilibradas en los hijos.

LA FAMILIA ES TRANSFORMADORA.- Es el instrumento eficaz para comunicar valores, para la humanización y personalización de la sociedad. Si en ella se transmiten la honestidad, el respeto, el trabajo, la solidaridad, etc., estaremos asegurando mejores ciudadanos, mejores gobernantes, mejores familias. La educación que en ella se imparta debe ser integral, personal y social para que sus miembros puedan incorporarse a la sociedad y transformarla, buscando mejores formas de vida y formas de organización más justas.

LA FAMILIA ES EDUCADORA DE LA FE.- Partiendo de la base de que el hombre es religioso por naturaleza, la función de la familia es formar en la Fe a los hijos. La educación en la Fe transmitida a través del testimonio es más profunda y sólida. De ahí que la iglesia católica le haya dado la nominación de "pequeña iglesia doméstica" en el Concilio Vaticano II.

Son éstos sólo algunos de los fines de la familia que están entre los más importantes.

En nuestro país encontramos consagrados algunos de estos principios en la denominada "Epístola de Melchor Ocampo" que aunque en gran parte por desgracia es letra muerta, no obstante representa los valores que en ella se transmiten. He aquí la Carta de Melchor Ocampo:

"Declaro en nombre de la ley y de la sociedad, que quedan ustedes unidos en legítimo matrimonio, con todos los derechos y prerrogativas que

la ley otorga y con las obligaciones que impone; y manifiesto: "Que éste es el único medio moral de fundar la familia de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Este no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aun mas de lo que es cada uno para sí. El hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar, y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte mas delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe la débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él y cuando por la sociedad se le ha confiado. La mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo, propia de su carácter. El uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura, y ambos procurarán que lo que el uno se esperaba del otro al unirse con el no vaya a desmentirse con la unión.

Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas.

Nunca se dirán injurias, por que las injurias entre los casados deshonran al que las vierte, y prueban su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratarán de obra, porque es villano y cobarde abusar de la fuerza.

Ambos deben prepararse con el estudio, amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia, para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. La doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su afecto, hará sus suerte próspera o adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o el castigo, la ventura

o desdicha de los padres. La sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le hacen dándole buenos y cumplidos ciudadanos; y la misma censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño o por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último que cuando la Sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de los padres, sino que sólo debían haber vivido sujetas a tutela, como incapaces de conducirse dignamente se duele de haber consagrado con la autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse por sí mismos hacia al bien".

MELCHOR OCAMPO

México, Julio de 1859.

CAPITULO IV

Necesidad de reformar el termino sociedad conyugal.

**A.-La copropiedad en el
código civil.**

**B.-La sociedad en la ley
general de sociedades
mercantiles de 1933 y
en el código civil.**

**C.-Diferencias fundamentales
con la sociedad conyugal.**

D.-Propuesta del sustentante.

A.- LA COPROPIEDAD EN EL CODIGO CIVIL.

La copropiedad es una institución que se encuentra establecida en nuestra legislación y con la cual se ha querido equiparar a otra gran institución como lo es la sociedad conyugal. Sin embargo la sociedad conyugal tiene, a nuestro juicio, características y naturaleza propias.

Cuando nuestro código civil señala, en tratándose de la copropiedad que: "Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a dos o más personas." (art. 938); y en relación a la sociedad conyugal establece en el artículo 194 que: "El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad.", parece como si ambas instituciones fueren idénticas o que una es el género y la otra la especie, fortaleciendo con ello la confusión que se comenta. Además, el hecho de que en el capítulo VI del título cuarto de la copropiedad se empleen conceptos como el de comunidad, complementa la confusión.

En primer lugar nos ocuparemos de revisar la teorías que existen para tratar de explicar la estructura de la copropiedad, entre ellas tenemos a la teoría tradicional o clásica, la teoría moderna y la teoría germánica.

TEORIA CLASICA.- esta teoría otorga a cada copropietario la propiedad de una fracción de la cosa. Concibe a la copropiedad como una propiedad individual múltiple, sin embargo como la cosa no esta dividida aún, la propiedad sólo puede ser concebida sobre la cuota intelectual o ideal, que se individualizará cuando se haga la división.

Como variante de esta teoría se espresa que el derecho de propiedad no se da sobre la cosa sino sobre el derecho.

TEORIA MODERNA.-Precede del derecho individual de la cuota y

asigna al copropietario, como equivalente del derecho de copropiedad, la proporción según la cual las utilidades o las pérdidas de la cosa van a ser imputadas a cada copropietario. Es decir, representa un estado de equilibrio que hace posible la coexistencia de derechos iguales, sobre la misma cosa, limitándose por la existencia de los derechos de los demás.

TEORIA GERMANICA. - esta teoría se entiende de tal manera que no puede hablarse de una misma cosa en función de propiedad individual y de copropiedad al mismo tiempo, ya que ambas se excluyen. La cosa pertenece a la colectividad, pero cada miembro tiene una participación que le permite gozar y disfrutar de la cosa. Cada copropietario tiene un derecho sobre la totalidad de la cosa; pero su derecho es un derecho de propiedad. A ninguno de los copropietarios le pertenece una cuota ya sea real o intelectual. La cuota viene a representar lo que se denomina "pars domini" y no la llamada "pars rei" (parte del dominio de la cosa y no de la cosa misma). En consecuencia a ningún copropietario corresponde el derecho de pedir la división ya que no es propietario de ninguna cuota.

Nuestro derecho positivo opta por la teoría tradicional, considerando a la copropiedad como una propiedad individual, pro-indiviso, y en la que aunque concurren varias personas, cada titular aparece con una personalidad propia y no englobada en una personalidad distinta como ocurre en las sociedades.

Reconoce el completo y absoluto derecho de propiedad que los titulares tienen sobre una parte alícuota de la cosa común (art.943). La parte alícuota es una parte ideal determinada desde el punto de vista mental aritmético, en función de una idea de proporción, y que como lo establece el artículo 950, el derecho de propiedad implica que su titular puede disponer libremente de ella y de sus frutos y utilidades, pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla

y aún substituir otro en su aprovechamiento, excepto cuando se trate de un derecho personal.

En el caso en que alguna parte alícuota vaya a ser enajenada, la ley prevé dos casos para su formalidad, a saber:

a).-En tratándose de que el comprador sea uno de los condueños, la venta puede hacerse sin ningún requisito.

b).-Cuando la enajenación se hace a un extraño a la copropiedad. En este caso los condueños gozan del derecho del tanto para adquirirla (arts. 950 y 973), por lo que se les deberá notificar por medio de notario o judicialmente sobre dicha venta, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurrido dicho plazo sin haber interés alguno de la copropietarios, se pierde ese derecho.

Ahora bien, en el caso de que varios copropietarios hicieren uso de ese derecho, se dará preferencia al que represente mayor parte, y si fueren iguales las partes de los copropietarios interesados, la venta se hará al que designe la suerte. (art.974).

Si no se cumple con la formalidad de la notificación notarial o judicial, la venta hecha al tercero no producirá efecto legal alguno. (art. 973).

Nuestro código civil vigente prevé como fuentes del régimen de copropiedad, al contrato celebrado entre los copartícipes o bien a la ley o disposición especial.

En el primer caso, cuando la copropiedad tiene como causa la imposibilidad de que una sola persona adquiriera todo un bien, o cuando se trata de bienes comunes para satisfacer necesidades también comunes, como sucede especialmente cuando el bien es indivisible y pertenece a varios copro-

pietarios, los copropietarios pueden hacer sus propias convenciones en las que determinarán con claridad las bases para la distribución de las cargas, de los beneficios, la administración, etc.

En el segundo caso, es decir, cuando no existe contrato, se establecen normas supletorias que la regirán, y en este caso se estará a lo dispuesto en estas disposiciones que venimos comentando.

La copropiedad en las normas supletorias supone la existencia de titularidades cualitativamente iguales de todos los copartícipes, ya que como se dijo anteriormente, cada titular es condueño de toda la cosa sujeta a ese régimen. Al respecto el artículo 942 del código civil señala en su segundo párrafo que las porciones de los partícipes se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, aplicando la presunción a los beneficios y cargas al establecer que: "El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas porciones.

En cuanto a su uso y disposición, cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copropietarios usarla según su derecho.

Por lo que se refiere a la administración de la copropiedad, como ha quedado asentado, puede estar estipulada en el contrato de los partícipes o estar regulada por las normas supletorias.

En este último caso se establece que en la administración se tomarán como obligatorios todos los acuerdos de la mayoría de los partícipes (art.946), los que deberán representar la mayoría de copropietarios y la

mayoría de intereses (art.947). Si no hubiere mayoría, el juez oyendo a los interesados, resolverá lo que debe hacerse dentro de lo propuesto por los interesados.

Finalmente, con respecto a la extinción de la copropiedad, el artículo 939 señala que los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso, sino solo en los casos en que por la misma naturaleza de las cosas o por determinación de la ley, el dominio sea indivisible.

Entre las causas de extinción de la copropiedad, podemos enumerar las siguientes:

a).-Por división de la cosa. Cada con dueño tiene una acción llamada *actio communi dividundo* para solicitar la división de la cosa común. Si la cosa es divisible, deberá dividirse (art.939) y si la cosa no es divisible o no admite cómoda división, y los partícipes no convienen en que sea adjudicada a uno de ellos, se procederá a su venta y repartición de su precio entre los interesados (art.940).

b).-Por destrucción o pérdida de la cosa.

c).-Por enajenación de la cosa.

d).-Por la consolidación o reunión de todas las cuotas en un solo copropietario (art.976).

e).-Por la renuncia o abandono de todos los copropietarios.

La división de la cosa común, no perjudica a tercero, el cual conserva los derechos reales que le pertenecen antes de hacerse la partición.

B.- LA SOCIEDAD EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES DE 1933 Y EN EL CODIGO CIVIL.

Es el contrato de sociedad que establece nuestra legislación civil y mercantil, hacia el que nos remite de manera genérica las disposiciones relativas a la llamada "sociedad conyugal". Así, el artículo 183 reza "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 contrato de sociedad."

Sin embargo para poder entender esta institución, ahora nos corresponde entrar a su estudio (como lo hicimos anteriormente con la copropiedad) tanto en la reglamentación civil como en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las sociedades en general, se clasifican en sociedades civiles y mercantiles; en sociedades de personas y de capitales; regulares e irregulares, y en nacionales y extranjeras. La primera de las clasificaciones es a la que para efectos de nuestro estudio nos referiremos por su relevancia.

LA SOCIEDAD CIVIL.

La sociedad civil es el contrato por virtud del cual los socios se obligan a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común lícito y posible, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituye una especulación comercial (art.2688 C.C.).

Al respecto el Maestro Rojina Villegas señala: "Podemos definir la sociedad civil como una corporación privada, dotada de personalidad jurídica, que se constituye por contrato celebrado entre dos o mas personas, para la realización de un fin común, lícito, posible y preponderantemente económico, mediante la aportación de bienes o industria, o ambos, siempre

y cuando no lleve a cabo una especulación comercial, ni adopte forma mercantil."²⁵

El contrato de constitución de la sociedad, es un contrato formal, ya que debe hacerse constar por escrito, e inscribirse en el Registro Público para que pueda surtir efectos contra terceros (arts. 2690 y 2694 C.C.). Además de que debe hacerse constar en escritura pública, la aportación por parte de los socios, de los bienes que para ello exigen esa formalidad.

La falta de forma prescrita por la ley, otorga el derecho a los socios de pedir la liquidación de la sociedad en cualquier tiempo, y para el caso en que esta no sea solicitada. A sabiendas de la falta de forma, el contrato produce todos sus efectos entre los socios, los cuales no la pueden alegar contra terceros que hayan contratado con la sociedad (art.2691).

Para la celebración del contrato de sociedad, el artículo 2693 nos señala los requisitos que deberá contener y que son:

- a).-Los nombres y apellidos de los otorgantes que son capaces de obligarse;
- b).-La razón social;
- c).-El objeto de la sociedad;
- d).-El importe del capital social y la aportación con que cada socio debe contribuir.

Después de la razón social, deberán agregarse siempre las palabras "Sociedad Civil". (art. 2699)

Para la modificación de alguno de los requisitos del contrato, solo podrá hacerse con el consentimiento unánime de todos los socios (art. 2698). Y en virtud de que la finalidad común de la sociedad civil debe ser preponderantemente económica pero sin ser una especulación mercantil,

²⁵ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo sexto Vol. II pág. 323

una sociedad que bajo la forma de sociedad civil se dedique a realizar actos mercantiles en forma habitual o que su finalidad sea la realización de actos de especulación mercantil, se considerará una sociedad mercantil irregular y por lo tanto quedará sujeta a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Respecto a los socios se establece que estos deben gozar de capacidad general para contratar y obligarse, los cuales pueden hacer su aportación a la sociedad ya sea en dinero u otros bienes y entonces se llamarán socios capitalistas; o bien, su aportación puede ser en servicios o en su industria, llamandose en este caso socios industriales (art.2689).

Salvo que se pacte expresamente lo contrario, la aportación de bienes que hagan los socios implica la transmisión del dominio de los mismos.

Las aportaciones en atención al momento de su aportación pueden ser iniciales, y son las que aportan los fundadores de la sociedad, o bien posteriores o suplementarias que son las que se decretan posteriormente con el fin de aumentar el capital social (art. 2703).

Como una medida de seguridad para la sociedad, el código establece que todo socio está obligado al saneamiento para el caso de evicción respecto a los bienes que aporte a la sociedad, quedando obligado en los términos de una compraventa. Ahora bien si su aportación consistió en el aprovechamiento de bienes determinados, estará obligado en términos de un arrendamiento (art. 2702).

Para que los socios puedan ceder sus derechos, requieren del consentimiento unánime de los demás socios. Así también, para la aceptación de nuevos socios, salvo que en ambos casos se haya pactado lo contrario (art.2705).

En este sentido, los socios gozan del derecho del tanto que deberán ejercitar dentro del término de ocho días, contados a partir de que reciban la notificación del que pretende enajenar. Para el caso de que varios socios hicieron uso de este derecho, les corresponderá según la proporción que representen de la sociedad (art. 2706).

Para la exclusión de socios, se requiere que exista una causa grave establecida expresamente en los estatutos, además del acuerdo unánime de todos los socios (art. 2707), responsabilizando al socio excluido de la parte de las pérdidas que le corresponda, pudiéndole inclusive retener su capital y utilidades, hasta concluir las operaciones pendientes para poder realizar la liquidación correspondiente. (art. 2708).

ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CIVIL.

La administración de la sociedad puede conferirse a uno o varios de los socios. En este último caso, es decir, cuando son varios los encargados indistintamente de la administración, y no se haya declarado que los mismos deberán de proceder en común acuerdo, cada uno podrá practicar por separado los actos administrativos que considere oportunos (art. 2714). Si por el contrario, se convino que deberán actuar juntos, sólo podrán actuar individualmente cuando consideren que puede resultar un perjuicio grave e irreparable para la sociedad (art. 2715).

Ahora bien, cuando la admistración no se haya limitado a alguno o algunos de los socios, todos tendrán derecho a concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, tomando en este caso las decisiones por mayoría (art. 2719).

Los socios administradores garantizarán las obligaciones sociales de

manera subsidiaria con su responsabilidad ilimitada y solidaria; y los demás socios sólo estarán obligados hasta el monto de su aportación, salvo convenio en contrario (art. 2704). No obstante, cuando la mayoría de los administradores contraigan obligaciones sin conocimiento de la minoría o contra su voluntad expresa, deberán considerarse válidas, pero los que las hayan contraído responderán personalmente a la sociedad de los perjuicios que ellas puedan causarle (art.2717).

Por cuanto al momento de la designación del administrador, esta puede hacerse en la escritura misma de la constitución de la sociedad; y en este caso su revocación sólo podrá realizarse con el consentimiento de todos los socios, a no ser que sea judicialmente, por dolo, culpa o inhabilidad.

También podrá nombrarse al administrador, posteriormente a la constitución de la sociedad, pudiendo revocarlos en este caso, por mayoría de votos. (art.2711).

Respecto a las facultades de los administradores, éstos podrán ejercer todas aquéllas que fueren necesarias al giro y al desarrollo de los negocios objeto de la sociedad. Salvo convenio en contrario, necesitan autorización expresa de los demás socios para realizar los siguientes actos:

- a).-Para enajenar los bienes de la sociedad, si ésta no se ha constituido con ese objeto;
- b).-Para empeñarlos, hipotecarlos o gravarlos con cualquier otro derecho real;
- c).-Para tomar capitales prestados.

Cuando hubiere facultades que no se hayan concedido a los administradores, éstas las ejercerán todos los socios, resolviendolos en este caso por mayoría de votos (art.2713).

Sin embargo cuando los socios administradores contraigan compromisos que excedan de sus facultades, en nombre de la sociedad, sin ser ratificados por ésta, sólo obligarán a la sociedad en razón del beneficio que haya recibido.

Las cuentas serán presentadas por los administradores, siempre lo solicite la mayoría de los socios, aún cuando no se trate de la época convenida en el contrato de sociedad (art.2718).

Finalmente, cuando la sociedad designe socios especialmente encargados de la administración, los de más socios no podrán contrariar ni entorpecer sus gestiones, ni impedir sus efectos. Sin embargo, aunque se haya hecho tal designación, todos los socios tienen en todo tiempo, el derecho de examinar el estado de los negocios sociales, pudiendo exigir la presentación de libros, documentos y papeles, para poder hacer las reclamaciones pertinentes.

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CIVIL.

La disolución de la sociedad civil puede tener como causales las siguientes:

a).-Por consentimiento unánime de todos los socios;

b).-Por haberse cumplido el término prefijado en el contrato de sociedad.

Cuando cumplido el término ésta continúe funcionando, se entenderá prorrogada su duración por tiempo indeterminado, sin necesidad de nueva escritura social (art.2721).

c).-Por realización completa del fin social, o por haberse vuelto imposi-

sible la consecución de su objeto;

d).-Por muerte o incapacidad de uno de los socios que tengan responsabilidad ilimitada por los compromisos sociales, salvo que en la escritura constitutiva se haya pactado que la sociedad continúe con los sobrevivientes o con los herederos de aquél. En este caso se procederá a la liquidación de la parte que corresponda al socio difunto, para entregarla a su sucesión (art. 2722).

e).-Por la muerte o incapacidad del socio industrial, siempre que su industria haya dado nacimiento a la sociedad;

f).-Por la renuncia de uno de los socios, cuando se trate de sociedades de duración indeterminada y los otros socios no deseen continuar asociados, siempre y cuando su renuncia no sea maliciosa o extemporánea. Se considera maliciosa la renuncia cuando el socio que la hace pretende aprovecharse exclusivamente de los beneficios o evitarse las pérdidas que todos los socios deberían recibir o reportar en común con arreglo al convenio (art.2723). Será extemporánea la renuncia cuando al hacerla, las cosas no se hallan en su estado íntegro y la sociedad puede ser perjudicada con la disolución que originaría dicha renuncia (art.2724).

g).-Por resolución judicial;

h).-Cuando la mayoría de socios ha aprobado un aumento de capital y los que no están de acuerdo deciden separarse de la sociedad (art.2703).

Para que la disolución de la sociedad surta efectos contra terceros, es necesario que se haga en el Registro de Sociedades. Sin embargo esto no modifica los compromisos contraídos con aquéllos (art.2725).

LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CIVIL

Una vez disuelta la sociedad, debe procederse a la liquidación inmedia-

tamente. Salvo pacto en contrario, deberá realizarse dentro del plazo de seis meses. Y ha de realizarse por todos los socios o por los liquidadores nombrados por ellos (art.2727).

La liquidación debe hacerse en el siguiente orden y con las reglas siguientes:

a).-Realización o venta de los bienes sociales;

b).-Pago de las deudas sociales.

Cuando no quedaren bienes suficientes para cubrir los compromisos sociales y devolver sus aportes a los socios, el déficit se considerara pérdida y se repartirá entre los socios en la forma convenida, y a falta de convenio proporcionalmente a sus aportes.

c).-Reembolso de las aportaciones de los socios;

Salvo pacto en contrario, ni el capital social ni las utilidades pueden repartirse sino después de la disolución de la sociedad y previa liquidación respectiva (art.2729).

d).-Distribución del remanente que tendrá el carácter de utilidades.

Si solo se hubiere pactado lo que debe corresponder a los socios por utilidades, en la misma proporción responderán de las deudas (art.2731).

Cuando al terminar la sociedad en la que hubiere socios capitalistas e industriales, resultare que no hubo ganancias, todo el capital se distribuirá entre los socios capitalistas.

Si el socio industrial contribuyó también con cierto capital, se considerarán el capital y la industria separadamente (art.2733). Si solo lo hizo con industria y ésta no se hubiere estimado, ni se hubiere designado cuota que por ella debiera recibir, se aplicarán las siguientes reglas:

(125)

a).-Si el trabajo del industrial pudiera hacerse por otro, su cuota será la que corresponda por razón de sueldos u honorarios y esto mismo se observará si son varios los socios industriales;

b).-Si el trabajo no pudiere ser hecho por otro, su cuota será igual a la del socio capitalista que tenga más;

c).-Si solo hubiere un socio industrial y otro capitalista, se dividirán entre sí por partes iguales las ganancias;

d).-Si son varios los socios industriales y están en el caso del inciso b, llevarán entre todos la mitad de las ganancias y la dividirán entre sí por convenio y, a falta de éste, por decision arbitral.

Salvo que se pacte lo contrario, los socios industriales no respoderán de las pérdidas (art.2735).

NULIDAD DE LA SOCIEDAD CIVIL.

En virtud de que la ley prescribe que la finalidad común de la sociedad debe ser lícita, su inobservancia tiene como sanción la nulidad de la misma, y hace que los socios sólo puedan recibir el reembolso de sus aportaciones, una vez pagadas las deudas sociales, pero sin derecho a percibir utilidades, las cuales se destinarán a los establecimientos de beneficencia pública del lugar del domicilio de la sociedad (art.2692).

También será nula la sociedad en la que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a uno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros (art.2696).

Tampoco podrá estipularse que a los socios capitalistas se les restituya

su aporte con una cantidad adicional, haya o no ganancias, sopena de nulidad de la misma sociedad (art.2697).

Finalmente señalaremos como una característica trascendente para nuestro estudio, que la sociedad no solo genera derechos y obligaciones para los socios, sino que **da nacimiento a una persona moral** distinta a la de los socios, y que tiene nombre propio o razón social; patrimonio propio y concretamente un capital social, distinto del patrimonio individual de los socios, además de órganos propios para la formación y ejecución de la voluntad social (la asamblea y los administradores).

LA SOCIEDAD MERCANTIL

El concepto de sociedad mercantil, lo podemos deducir a contrario sensu de la definición que hace el código civil de la sociedad civil, en virtud de que la legislación mercantil no hace definición alguna . Así, la sociedad mercantil es el contrato por el que los socios se obligan a combinar sus recursos o esfuerzos (bienes o servicios) para la realización de un fin común de carácter especulativo-comercial.

Las únicas formas que puede adoptar la sociedad mercantil, son las siguientes:

- a).-Sociedad en nombre colectivo;
- b).-Sociedad en comandita simple;
- c).-Sociedad de responsabilidad limitada;
- d).-Sociedad anónima;
- e).-Sociedad en comandita por acciones; y
- f).-Sociedad cooperativa.

La ley específica del código de comercio que las reconoce y rige es la

Ley General de Sociedades Mercantiles que establece una reglamentación específica para cada una de ellas, sin embargo nos avocaremos al estudio de las reglas generales de toda sociedad mercantil.

Su acta o escritura constitutiva deberá hacer constar los siguientes requisitos:

- a).-Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas y que morales que constituyan la sociedad;**
- b).-El objeto de la sociedad;**
- c).-Su denominación o razón social;**
- d).-Su duración;**
- e).-El importe del capital social;**
- f).-La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a estos y el criterio seguido para su valorización;**
Cuando el capital sea variable, así se expresará, indicándose el mínimo que se fije.
- g).-El domicilio de la sociedad;**
- h).-La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;**
- i).-El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;**
- j).-La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;**
- k).-El importe del fondo de reserva;**
- l).- Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente;**
- m).-Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.**

Los estatutos de la sociedad, los constituirán todos estos requisitos y

las demás reglas que se establezcan en la escritura para la administración y funcionamiento (art. 6º L.G.S.M.).

Aun cuando la ley deja en libertad la voluntad de los contratantes para determinar los términos del contrato, establece sin embargo, normas supletorias para su funcionamiento, así por ejemplo, cuando no se estipule en la escritura constitutiva la forma de administrarse, ni las facultades de los administradores o se omitan inclusive las bases para liquidar la sociedad, se aplicarán las normas relativas de la Ley General de Sociedades Mercantiles. (art. 8º L.G.S.M.).

La escritura en que se haga constar la constitución de una sociedad mercantil, deberá hacerse ante notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones (art. 5º).

Si la escritura no se hubiese otorgado ante notario, pero contuviere los siete primeros requisitos, cualquiera de los socios tendrá acción para demandar el otorgamiento de la escritura correspondiente.

De la misma manera, cualquier socio tendrá acción para demandar el registro de la escritura correspondiente al Registro Público de Comercio, cuando no se haya registrado dentro de los quince días siguientes a su fecha (art. 7º).

Característica importante para nuestro estudio resulta el hecho de que las sociedades mercantiles constituidas conforme a las prescripciones anteriores, **tienen personalidad jurídica.**

Sin embargo también se les reconocen sus efectos a las llamadas sociedades mercantiles irregulares, es decir, a aquellas que constandingo o no en escritura pública, y que no hayan sido registradas en el Registro Público de Comercio, se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, concediéndoles también la ley, su personalidad jurídica.

En este caso, se establece que las relaciones internas entre los socios se regirán por las disposiciones del contrato social, y a falta de éste, por las disposiciones generales y especiales de la L.G.S.M., según la clase de sociedad de que se trate.

Respecto a las personas que realicen actos jurídicos en nombre y representación de una sociedad irregular, para con terceros, en el caso en que resultaren perjudicados éstos, aquéllos responderán solidaria, subsidiaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido.

Los socios no culpables de la irregularidad podrán exigir el pago de daños y perjuicios a los culpables y a los que actuaren como representantes o mandatarios de la sociedad irregular (art. 2º).

Respecto a los socios, éstos deben gozar de capacidad general para contratar y obligarse, y sus aportaciones se extenderán traslativas de dominio, salvo pacto en contrario (art. 11).

El socio que aporte uno o más créditos, siempre responderá de la existencia y legitimidad de ellos, así como de la solvencia del deudor en la época de la aportación (art. 12).

El nuevo socio de una sociedad ya constituida, responde de las obligaciones sociales contraídas antes de su admisión, aún cuando se modifique la razón social o la denominación. (art. 13).

El socio que se separe o que fuere excluido quedará responsable para con los terceros de todas las operaciones pendientes al momento de la separación o exclusión. La sociedad podrá retenerle su capital y utilidades hasta concluir dichas operaciones, para poder proceder después a la liquidación del haber social que le corresponda.

ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.

Sin contravenir a la ley o al contrato social, el administrador o administradores podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad; quienes tendrán la representación de toda la sociedad mercantil (art. 10)

Toda sociedad podrá aumentar o disminuir su capital, siempre que se cumpla con los requisitos que la ley exige, según la naturaleza de la sociedad de que se trate.

La reducción de capital social efectuada mediante reembolso a los socios o liberación concedida a éstos de exhibiciones no realizadas, se publicará por tres veces con intervalos de diez días en el periódico oficial de la entidad federativa en la que tenga su domicilio la sociedad.

Sin embargo, los acreedores de la sociedad podrán oponerse judicialmente a la reducción, desde el día en que se haya tomado la decisión y hasta cinco días después de la última publicación.

En este caso la reducción quedará suspendida hasta en tanto no se paguen los créditos de lo opositores, se garanticen los mismos o cause ejecutoria la sentencia que declare infundada la oposición. (art. 9).

Respecto a la inscripción de la escritura constitutiva y las reformas de la sociedad mercantil en el Registro Público de Comercio, se harán mediante resolución judicial, la cual se solicitará ante el juez de Distrito o el de primera instancia de la jurisdicción del domicilio de la sociedad (art. 260). Hecha la solicitud, el juez dará vista al Ministerio Público por el término de tres días, y desahogado el traslado, citará para la audiencia dentro de los tres días siguientes, en la que se recibirán pruebas y se dictará resolución que

ordene o niegue el registro.

Habiendo causado ejecutoria la resolución, el registrador procederá a hacer el registro correspondiente.

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.

Independientemente de que la Ley General de Sociedades Mercantiles establece la forma en que ha de liquidarse la sociedad mercantil, según su naturaleza, establece también reglas generales para los mismos efectos señalando que: Las sociedades se disuelven:

- a).-Por expiración del término fijado en el contrato social;
- b).-Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar este consumado;
- c).-Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley;
- d).-Por que el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que la ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona;
- e).-Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

En los últimos cuatro casos, cuando la sociedad compruebe la existencia de las causas de disolución, se inscribirá ésta en el Registro Público de Comercio. Si apesar de existir la causa, ésta no se inscribiere, cualquier interesado puede ocurrir ante la autoridad judicial a fin de que por vía sumaria ordene el registro de la disolución.

Cuando a juicio de un interesado se haya hecho el registro de la disolución sin que haya habido causa legal, dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, puede demandar ante la autoridad judicial la

la autoridad judicial, la cancelación del registro (art. 232).

Vencido el plazo para el que fue constituida la sociedad y hecho el acuerdo sobre la disolución o comprobada la existencia de una causa de disolución, los administradores no podrán realizar nuevas operaciones so pena de su responsabilidad solidaria respecto a las operaciones efectuadas (art 233).

LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.

La sociedades aún después de ser disueltas conservarán su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación.

Hecha la disolución, la sociedad se pondrá en liquidación, que estará a cargo de uno o más liquidadores que hayan sido nombrados en el contrato social o designados por acuerdo de los socios.

Sino se hubieren inscritos en el Registro Público de Comercio los nombramientos de los liquidadores, continuarán los administradores en el desempeño de su encargo. Hecho el nombramiento de los liquidadores, los admistradores les entregarán todos los bienes, libros y documentos de la sociedad, levantándose inventario del activo y pasivo.

Cuando exista pluralidad de liquidadores, deberán actuar en conjunto (art. 239), quienes ejercerán las siguientes facultades, salvo acuerdo de los socios o las estipulaciones del contrato social:

- a).-Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución;
- b).-Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba;
- c).-Vender los bienes de la sociedad;

- c).-Liquidar a cada socio en su haber social;
- d).-Practicar el balance final de la liquidación, que deberá someterse a la discusión y aprobación de los socios en la forma que corresponda según la naturaleza de la sociedad.
- e).-Obtener del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, una vez concluida la liquidación.

Sin embargo, los liquidadores mantendrán en depósito los libros y papapeles de la sociedad, por el término de diez años después de la fecha en que se concluya la liquidación.

Ninguno de los socios podrá exigir de los liquidadores la entrega total del haber que le corresponda, pero sí la parcial que sea compatible con los intereses de los acreedores de la sociedad, mientras no estén extinguidos sus créditos pasivos o se haya depositado su importe si se presentare inconveniente para hacer su pago.

El acuerdo sobre la distribución parcial deberá publicarse en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, y los acreedores de la sociedad tendrán el derecho de oposición.

La liquidación se hará de acuerdo a las estipulaciones del contrato social o bien, al acuerdo de los socios al acordarse o reconocerse la disolución.

La distribución de las utilidades se hará de conformidad con el contrato social y sólo a falta de éste, la ley establece la forma de distribución, de acuerdo a la naturaleza de la sociedad mercantil de que se trate. (arts. 246 y 247).

NULIDAD DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.

La sociedad mercantil es nula y se procederá a su inmediata liquidación, cuando tenga un objeto ilícito o ejecute habitualmente actos ilícitos, a petición de cualquier persona o del Ministerio Público inclusive, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar.

La liquidación se ceñirá a la realización del activo social para hacer el pago de las deudas, y el remanente se aplicará al pago de la responsabilidad civil y en caso de que no exista ésta, a la beneficencia pública de la localidad donde haya tenido su domicilio la sociedad. (art. 3).

Finalmente es de señalarse que la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé la posibilidad de que diversas sociedades se fusionen, inscribiendo dicha operación al Registro Público de Comercio. Así mismo establece la posibilidad de que las sociedades se transformen, es decir, que las sociedades establecidas bajo cualquiera de las formas que prevé la ley, pueden adoptar otro tipo legal.(arts. 222 al 228).

C.-DIFERENCIAS FUNDAMENTALES CON LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Como lo hemos venido comentando a lo largo de nuestro estudio, consideramos que la sociedad conyugal cuenta con características que aunque se asemejan a otras instituciones, sus características diferenciadoras la hacen una institución única, con una naturaleza diferente.

Para iniciar diremos que la sociedad conyugal es un pacto o convenio estrictamente bilateral que celebran únicamente los futuros cónyuges o los cónyuges mismos, de carácter formal, ya que debe constar por escrito a través de las capitulaciones matrimoniales (art. 98 fracc. V; 99, 103 fracc. VIII) y que es accesorio ya que para su existencia se requiere de la existencia del matrimonio o su inminente celebración.

Respecto a las características que la diferencian de otras instituciones, las iremos revisando a continuación.

LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA COPROPIEDAD

Las diferencias fundamentales que ponen de manifiesto la naturaleza jurídica distinta de estas dos instituciones son:

a).-La copropiedad se genera cuando una cosa o un bien pertenecen PRO INDIVISO a varias personas, estableciéndose la existencia de partes idealmente determinadas desde el punto de vista mental aritmético (partes aliequotas) y sobre las cuales los copropietarios tienen un derecho completo y absoluto para disponer de ellas, de sus frutos y utilidades e incluso para enajenarlas, cederlas o hipotecarlas (art.950).

Mientras que la llamada sociedad conyugal se integra por bienes bien

(136)

determinados, aportados por uno de los cónyuges, y haciéndose constar en las capitulaciones matrimoniales que al efecto se realicen (art. 189 fraccs. I y II). Su aportación a la sociedad no es traslativa de dominio, salvo que así se pactare, ya que como lo establece el artículo 204 si se disuelve la sociedad deben devolverse a los cónyuges sus aportaciones, sino que su aportación tiene como finalidad el sostenimiento de las cargas del hogar, aunque para la disposición de dichos bienes se requiera de la anuencia del otro cónyuge parte de la comunidad. (art. 168), o bien, de la liquidación de la sociedad.

b).-Mientras que la copropiedad se integra por bienes presentes, en la sociedad conyugal se pueden estipular bienes que adquieran los cónyuges en el futuro (art. 189 fracc. VIII).

c).-La copropiedad es un contrato plurilateral de carácter principal y que se encuentra regulado por el capítulo VI del título cuarto de la propiedad, libro segundo de los bienes. En cambio la denominada sociedad conyugal es un convenio o pacto accesorio y estrictamente bilateral, que para su existencia requiere del contrato de matrimonio y se encuentra regulado en el libro primero de las personas, dentro del capítulo V Del Matrimonio.

d).-La copropiedad puede tener como causa la indivisión de un determinado bien; y la sociedad conyugal únicamente tiene como origen el acuerdo voluntario de los cónyuges o futuros cónyuges.

e).-En la copropiedad los acuerdos se toman por mayoría de socios o de intereses (arts. 946 y 947). En la sociedad conyugal por consentimiento unánime de ambos cónyuges, sin importar el porcentaje de su aportación.

f).-En la reglamentación de la copropiedad se establece el derecho del tanto para el caso de que alguno de los copropietarios quisieran enajenar su

(137)

parte alícuota (arts. 950 y 973) sancionando la falta de su cumplimiento con la nulidad. No así en el caso de la sociedad conyugal en el que no se establece el derecho del tanto, sino que se requiere únicamente del consentimiento del otro cónyuge.

g). -Finalmente la forma en que puede terminar la copropiedad (art. 976) es por división de la cosa sujeta a ese régimen, por su destrucción o pérdida, por su enajenación, por haber adquirido uno de los copropietarios todas las partes alícuotas o por abandono o renuncia de los copropietarios.

En tratándose de la sociedad conyugal, ésta puede terminar por voluntad de los consortes; y debe terminar por la extinción del matrimonio a cuya existencia se encuentra supeditado. Así mismo puede terminar por voluntad de uno de los consortes cuando se encuentra en alguno de los supuestos del artículo 188, es decir, cuando el administrador pone en riesgo el patrimonio de la sociedad conyugal; cuando aquél se excede en sus facultades; cuando es declarado en quiebra o concurso; y por cualquier otra causa que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.

En el caso de la copropiedad la acción para darse por terminada es una acción real de división que tiene todo condueño consagrada en el artículo 939. No así la sociedad conyugal que para darse por terminada se requiere de una acción personal que debe ejercitar cualquiera de los cónyuges.

Por las razones antes comentadas no se debe considerar a la sociedad como una copropiedad, ni tampoco se pueden aplicarle supletoriamente las disposiciones relativas a la copropiedad, en virtud de que la sociedad conyugal tiene una naturaleza distinta y merece una regulación diferente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación corrobora este criterio al

señalar que:

"La sociedad conyugal no está regulada por las disposiciones expresas que norman la copropiedad, pues por una parte, es una comunidad de bienes sui generis y, por otra, el artículo 183 del código civil expresamente remite a las disposiciones relativas al contrato de sociedad, al faltar capitulaciones matrimoniales (Amparo directo 2135-71. Ena Laesen de Vázquez. 3 de Julio de - 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa).

LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA SOCIEDAD CIVIL.

La determinación expresa del artículo 183 nos remite de manera genérica a las normas relativas al contrato de sociedad para el efecto de regular lo que no estuviere expresamente estipulado en las capitulaciones que constituyan la sociedad conyugal.

Después de haber estudiado a fondo las características de cada una de estas instituciones, nos corresponde ahora señalar las siguientes diferencias:

a).-En primer lugar la sociedad civil es un contrato plurilateral de carácter principal (art. 2688), mientras que la sociedad conyugal es a nuestro juicio un pacto como lo define la ley o un convenio, en el que sólo pueden intervenir estrictamente las personas de los cónyuges, es decir, es estrictamente bilateral. Además, su existencia depende de la celebración de otro contrato, el de matrimonio, por lo que se considera accesorio.

b).-En segundo termino, la sociedad civil establece como requisito que se debe hacer constar en la escritura pública de constitución, el nombre o razón social de dicha sociedad (art. 2693 fracc. II). La sociedad conyugal

(139)

en cambio no requiere de denominación o razón social alguna. (art. 189).

c).-Característica diferenciadora de mucha relevancia es el hecho de que el contrato de sociedad civil celebrado con las formalidades que establece la ley, dá nacimiento a una persona moral distinta a la de los socios y tiene sus propias características como son: nombre, patrimonio, capital social, etc.

La sociedad conyugal en cambio, no genera persona moral alguna distinta a la de los cónyuges, en virtud de que su finalidad no es preponderantemente económica ni especulativa, sino que única y exclusivamente el sostenimiento de las cargas del hogar. Además los cónyuges no tienen una doble función como cónyuges y como socios, sino que la ley los trata como consortes que son.

d).-Consecuencia de la característica anterior es el hecho de que el contrato de sociedad civil debe hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público (art. 2690 y 2694).

Y en la denominada sociedad conyugal aunque los artículos 185 y 186 señalan que las capitulaciones deben hacerse constar en escritura pública, debemos considerar que las mismas deben hacerse sólo cuando los cónyuges pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten ese requisito, además de que en realidad esto no ocurre.

Así también aunque se señala que deben inscribirse en el registro público de la propiedad, esto tampoco ocurre en la realidad. Y no ocurre en virtud de que es incompatible con su finalidad y su naturaleza.

Además el registro público de la propiedad se refiere a derechos reales sobre inmuebles y no al acto que da nacimiento a la sociedad conyugal. Su

inscripción implicaría además la necesidad de reformar la reglamentación del registro público.

Si se registraran las capitulaciones matrimoniales de las sociedades conyugales, se estaría reconociendo titularidades a la sociedad conyugal, otorgándole erróneamente personalidad jurídica y atribuyéndole simultáneamente fines preponderantemente económicos, cuando no es ni su función ni su naturaleza.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido el siguiente criterio:

Sociedad Conyugal, formalidades de la. - La constitución de una sociedad conyugal y la alteración de ella que comprenda la aportación efectiva de bienes inmuebles o la posibilidad de adquirirlos en el futuro, debe constar en Escritura Pública e inscrita en el Registro Público de la Propiedad, para que surta efectos contra terceros. Esto se explica fácilmente porque obedece a la necesidad de garantizar los derechos de los terceros que contraten con los cónyuges y evitar que sean defraudados en la ocultación de capitulaciones matrimoniales que comprendan transmisiones de bienes inmuebles o alteraciones por exclusiones o inclusiones posteriores. Por lo tanto si al momento de constituirse la sociedad conyugal en escrito privado los consortes no se hicieron transmisión alguna de bienes inmuebles, es legalmente innecesaria la forma de escritura pública, eficaz y lícita la escritura privada. (Amparo directo 6792/60/2º Emilio Obregón - Renner. 11 de Julio de 1962. Mayoría de 4 votos).

e).-Requisito indispensable de la sociedad civil es el hecho de que para que un nuevo socio pueda ingresar, debe hacer su correspondiente aportación, sea en capital, en bienes o servicios. En cambio en la sociedad conyugal uno solo de los cónyuges puede aportar bienes a la misma o ninguno de ellos.

(141)

f).- En la sociedad civil los socios pueden ser socios capitalistas o socios industriales según su aportación y en la sociedad conyugal no tienen la calidad de socios sino de consortes.

g).- La sociedad civil tiene un órgano de decisión (la asamblea) y un órgano de ejecución (la administración). Los administradores pueden ejercer todas aquellas facultades que fueren necesarias al giro y al desarrollo de los negocios objeto de la sociedad.

La sociedad conyugal integrada por dos cónyuges no cuenta con órganos de decisión y ejecución. Sin embargo aún cuando la ley establece como requisito designar al cónyuge administrador (art. 189 fracc. VII) así como sus facultades, en la gran mayoría de matrimonios esto no opera. Además se señala que el cónyuge administrador tendrá sólo el carácter de mandatario.

h).- En las decisiones de la sociedad civil cada socio tiene representación en base al monto de su aportación. En la sociedad conyugal la participación de cada consorte es igual, con independencia del monto de su aportación.

i).- Una vez celebrado el contrato de constitución de la sociedad civil, éste no podrá ser modificado sino por consentimiento unánime de los socios (art. 2698).

La sociedad conyugal puede modificarse ya sea por voluntad de ambos consortes o de uno solo de ellos, cuando existan causas bastantes para ello (art. 188).

j).- En la sociedad civil, los socios gozan del derecho del tanto, para el

caso de que alguno de los socios quisieran enajenar su haber social.

En tratándose de la sociedad conyugal no se establece este derecho ya que en primer lugar no tiene el carácter preponderantemente económico ni especulativo. En segundo término porque la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio corresponde a ambos cónyuges en igualdad de circunstancias. Y sobre todo porque el código establece que el contrato de compraventa entre cónyuges, sólo puede celebrarse cuando el matrimonio está sujeto al régimen de separación de bienes. (art. 176).

k).-En la sociedad civil los socios pueden ceder sus derechos con el consentimiento previo y unánime de los demás coasociados (art.2705).

En la sociedad conyugal todo pacto que importe cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge, será considerado como una donación quedando sujeta a la reglamentación respectiva a ese contrato.

Finalmente es necesario señalar el criterio que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"La sociedad conyugal, si bien tiene semejanzas con el contrato de sociedad, no es idéntica a él, puesto que esta tiene personalidad jurídica propia, distinta de la de los socios, y persigue fines económicos; en cambio, aquella, según su naturaleza, no es sino una verdadera comunidad de mera conservación y aprovechamiento mutuo; una propia comunidad de intereses, que responde adecuadamente a los cónyuges que unen sus personas y sus intereses. Esta comunidad por principios de equidad y justicia, consecuentes con la situación de mutua colaboración y esfuerzos que vincula a los cónyuges, les da derecho igual sobre los bienes, de manera que como partícipes tanto en los beneficios como en las cargas, sus partes serán por mitad y serán las disposiciones legales sobre copropiedad las aplicables para resolver las cuestiones que surjan sobre el particular." (S.J.F. Sexta Epoca T. VIII pág. 216. S.J.F. Sexta Epoca T. XI pag. 196).

LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA SOCIEDAD MERCANTIL.

Para el efecto de que nuestro estudio sea completo, no obstante que de las consideraciones hechas en el apartado anterior se desprende que la sociedad conyugal es de un naturaleza sui generis y por lo tanto no le son aplicables las disposiciones de la sociedad civil; revisaremos ahora las diferencias fundamentales con la sociedad mercantil, que en nuestro concepto son con mayor razón inaplicables a la institución objeto de nuestro estudio.

Enseguida enumeraremos someramente las siguientes diferencias fundamentales:

a).-En primer lugar el contrato de sociedad mercantil tiene una finalidad especulativa, y la sociedad conyugal tiene como única finalidad el sostenimiento de las cargas del matrimonio.

b).-Además el contrato de sociedad mercantil es principal y plurilateral, mientras que la sociedad conyugal es un pacto accesorio al matrimonio y estrictamente bilateral.

c).-El contrato de sociedad mercantil debe hacerse constar en escritura pública (arts. 5 y 7 L.G.S.M.) y los requisitos que debe contener son incompatibles con la sociedad conyugal como son: razón social, objeto, duración, domicilio, etc. (art.6 L.G.S.M.).

d).-La sociedad mercantil tiene una personalidad jurídica distinta a la de los socios (art.2 L.G.S.M.). La sociedad conyugal en cambio no cuenta con personalidad jurídica alguna. Además de que la primera debe inscribirse en el Registro Público del Comercio.

e).-La sociedad mercantil puede estar constituida por personas físicas y/o personas morales (art. 6 fracc. I L.G.S.M.). La sociedad conyugal sólo puede integrarse solo por las personas físicas de los cónyuges.

f).-Para que los socios puedan ingresar a la sociedad mercantil requieren hacer su correspondiente aportación a la misma. En la sociedad conyugal puede haber o no aportación de los cónyuges.

g).-La sociedad mercantil puede adoptar las formas prescritas en la Ley General de Sociedades Mercantiles (art. 1º L.G.S.M.). La sociedad conyugal no tiene sino una sola modalidad.

h).-La sociedad mercantil cuenta con órganos de decisión y ejecución (art.142 L.G.S.M). En la sociedad conyugal son los mismos cónyuges quienes deciden y ejecutan.

i).-La sociedad mercantil emite acciones de ganancia a cambio de las aportaciones de los socios. La sociedad conyugal no tiene fines especulativos y por lo tanto no emite acciones gananciales.

j).-Una vez constituida la sociedad mercantil, puede aceptarse la integración de nuevos socios (art.13 L.G.S.M). La sociedad conyugal sólo surte efectos entre los cónyuges.

k).-La sociedad mercantil puede fusionarse y/o transformarse (art. 222 L.G.S.M.). La sociedad conyugal no admite fusión con otra sociedad conyugal ni de otra naturaleza y/o transformarse en otro tipo de sociedad.

l).-A la muerte de uno de los miembros de la sociedad mercantil puede continuarse con sus herederos (art. 32 L.G.S.M.). La sociedad conyugal

(145)

termina por la muerte de uno de los cónyuges sin poder continuar con sus herederos.

m).- La sociedad mercantil se constituye por socios. La sociedad conyugal por cónyuges.

De las anteriores consideraciones podemos concluir que aunque el artículo 183 del código civil nos remite genéricamente a las disposiciones relativas al contrato de sociedad, ha quedado de manifiesto que las normas de la sociedad mercantil no son de su aplicabilidad, en virtud de las diferencias formales y sustanciales de ambas instituciones.

D.- PROPUESTA DEL SUSTENTANTE

El matrimonio tiene tanto en la doctrina extranjera como en la mexicana concepciones y efectos por demás trascendentes. Así por ejemplo Castán Tobeñas jurista español lo define desde el punto de vista civil como "la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia", también en este sentido Lacruz Berdejo lo define como: "unión irrevocable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida", considerando al matrimonio más que como un contrato como una institución que constituye la célula básica de la sociedad que implica la unión de un solo hombre y una sola mujer, que se produce en el más amplio de los sentidos (cuerpo, espíritu, bienes e intereses).

No obstante, la creciente destrucción del matrimonio que es el único medio moral de fundar una familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo, tal y como lo reza la epístola de Melchor Ocampo, ha hecho que la ley la regule como una institución más inclusive, sin tener en cuenta la trascendencia que tiene en la vida y formación del hombre. Así por ejemplo, por lo que toca al régimen económico del matrimonio, en tratándose de la sociedad conyugal, textualmente dispone: "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 contrato de sociedad.**", remitiéndonos así de normas que se refieren a las PERSONAS (libro primero) a las normas que se refieren a las OBLIGACIONES (libro cuarto). Además de que dichas normas (de la copropiedad, de la sociedad civil y de la sociedad mercantil) como ha quedado demostrado anteriormente, no le son aplicables en forma alguna, por ser contrarias a su estructura, su finalidad y su naturaleza.

Es necesario además diferenciar aquéllas instituciones que nacen para

el hombre (que le sirven para su bien-estar) y aquéllas que nacen del hombre mismo, de su propia naturaleza (que le sirven para su bien-ser). Así pues, el concepto de "sociedad conyugal" además de ser inaplicable por lo que se refiere a la sociedad (sea civil o mercantil) por cuanto a sus normas se refiere, como se señaló, se opone también a su naturaleza, en virtud de referirse a una institución que busca el progreso y desarrollo material del hombre, mientras que el matrimonio además de ser parte de la naturaleza del hombre, es el medio por el cual a través de la vida familiar, recibe y transmite la moral, el respeto, la autoestima, la educación en los valores, la Fe, etc., por lo que ninguna otra institución podrá; suplirla en su función de formadora y transformadora de hombres y de sociedades. Por lo tanto consideramos necesaria la revisión de las normas relativas al matrimonio en base al espíritu que la inspira.

También derivada de la deficiente reglamentación que el código civil hace de la sociedad conyugal, es la verdadera confusión de la mayoría de los cónyuges al momento de contraer matrimonio, quienes, como señala el maestro Sanchez Meda, firman el machote del acta de matrimonio casi mecánicamente, y "casi en todos los casos el Juez del Registro Civil, se limita a recabar la firma de los contrayentes al calce de una forma o machote impreso, donde en forma muy lacónica e incompleta se establece el régimen de sociedad conyugal. Ahora bien en ese machote o forma impresa no se contienen cláusulas sobre puntos concretos que expresamente deben acordar los mismos cónyuges (art. 189) y que no tienen disposiciones supletorias adecuadas y suficientes en la sociedad civil (art. 183 in fine) ni en otras disposiciones del código civil en vigor, el cual suprimió el régimen de sociedad legal que de manera minuciosa y completa reglamentaban los códigos civiles anteriores de 1870 y 1884." *26

*26 Sanchez Meda, Ramón. De los contratos civiles. Ed Porrúa. México 1988 p. 322

Otra de las confusiones a que se presta la reglamentación de la sociedad conyugal es respecto a si la aportación a la denominada sociedad conyugal se hace en pleno dominio o sólo por lo que respecta a su aprovechamiento, así el artículo 204 señala que: "Terminado el inventario se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los dos consortes en la forma convenida."; y entre tanto el artículo 212 establece que: "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 accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos." y cuya interpretación a contrario sensu señala que en tratándose de la sociedad conyugal, sino existieran capitulaciones matrimoniales como sucede en la mayoría de los casos, los cónyuges no conservan la propiedad de sus bienes, considerándolos mismos que por el simple hecho de contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, adquieren u otorgan el cincuenta por ciento de los bienes que llevan al matrimonio considerándolos erróneamente que se constituye inclusive una verdadera copropiedad.

En base a las anteriores consideraciones nos permitimos hacer las siguientes propuestas:

a).-La revisión de la reglamentación relativa al matrimonio, específicamente por lo que se refiere a la sociedad conyugal, para el efecto de que se pueda reglamentar de manera más completa y no tener que recurrir a normas supletorias que por otro lado le son incompatibles, tomando en cuenta su naturaleza y el espíritu que las inspira.

b).-La revisión de la reglamentación relativa al registro civil a fin de implementar los mecanismos pertinentes para que en el caso del matrimo-

nio celebrado bajo el régimen denominado hasta ahora de sociedad conyugal, por ningún motivo se celebre sin las capitulaciones matrimoniales respectivas, aún cuando los inminentes cónyuges alegen no contar con bienes para su celebración. Esto implica una labor persuasiva y completa de parte del juez del registro civil que tiene ya bajo su responsabilidad la celebración de un acto tan importante que podríamos decir que es posiblemente el más importante en la vida de una persona.

c).- Acorde a la naturaleza del matrimonio que como ha quedado de manifiesto no se compara con ninguna otra de las que rige nuestro código civil, aunado a la intención de los cónyuges de formar una común unidad de vida (comunidad) en relación a sus bienes inclusive, LA REFORMA AL ARTICULO 178 que a la letra dice: "El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes" para quedar como continuación: **"El matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de comunidad conyugal de bienes o bajo el de separación de bienes."**

d).-Consecuentemente se propone LA REFORMA de todos y cada uno de los artículos en los que se contiene la expresión "Sociedad conyugal" para quedar con la expresión **COMUNIDAD CONYUGAL DE BIENES.**

CONCLUSIONES

Del estudio y análisis que hemos realizado a lo largo de estas páginas, de una institución tan importante y trascendente como lo es el matrimonio, así como de los regímenes económicos que lo regulan, podríamos concluir que:

PRIMERA.- El matrimonio ha sido desde siempre, la forma de estructurar a la sociedad, no obstante las variaciones y trato que ha recibido en las diversas épocas. Así, desde la época romana, el matrimonio se concibió como toda una institución que se constituía no solo por un consentimiento inicial, sino que era necesaria la llamada *affectio maritalis*, que era la intención de los cónyuges de fundar una comunidad perpetua e íntima bajo todos los conceptos.

Desde entonces, los cónyuges preveían el sostenimiento de las cargas del matrimonio, llevando incluso al mismo, bienes para ese efecto, cabe mencionar aquí la figura concreta de la dote, cuya función era precisamente el sostenimiento de las cargas del matrimonio.

SEGUNDA.- Nuestra patria no ha sido la excepción, el matrimonio ha sido considerado como una institución fundamental de la sociedad y que sólo hasta la regulación del código de 1884 fué INDISOLUBLE.

Respecto a los regímenes patrimoniales, en los códigos de 1870 y 1884 fueron regulados de una manera minuciosa, estableciendo las modalidades de: sociedad conyugal, sociedad legal y separación de bienes, regulando inclusive la figura de la dote.

Sin embargo, el código civil vigente de 1928, no recogió el estilo de la regulación de aquéllas legislaciones, estableciendo como regímenes económicos del matrimonio, la sociedad conyugal y la separación de bienes, que con la consigna de respetar la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, deja lagunas que generan confusión en la naturaleza de ésta institución.

Así por ejemplo, se establece como requisito para contraer matrimonio, la exhibición de las capitulaciones matrimoniales para constituir tanto el régimen de sociedad conyugal como el de separación de bienes, atento a que el artículo 208 establece como régimen supletorio, la sociedad conyugal respecto de los bienes que no se incluyan en la constitución de la separación de bienes.

TERCERA.- Además, dentro de los errores que ésta legislación contiene, está el termino "sociedad" entendiéndose de los regímenes patrimoniales del matrimonio, que en nuestro concepto es por demás erróneo y ha causado mayor confusión, cuando genéricamente nos remite a las normas relativas al contrato de sociedad, para aplicarlas cuando algo no estuviere expresamente estipulado.

De ello se deriva la confusión de los cónyuges sobre si su aportación es traslativa de dominio o únicamente se transmite su aprovechamiento; si automáticamente se constituye una copropiedad sobre los bienes aportados; si los inmuebles forman parte de la sociedad conyugal aún cuando no se constituye con la formalidad de la escritura pública; si son válidas las capitulaciones aún cuando no se inscriban en el registro público, etc.

Por eso, la comparación en la naturaleza y trato que la ley otorga al

régimen de sociedad conyugal como pacto accesorio al matrimonio, a la copropiedad y a la sociedad, sea esta civil o mercantil, son diferentes e incompatibles, por las razones expuestas en su momento.

CUARTA.- Respecto a la naturaleza del matrimonio, es necesario señalar que es una institución que por su función a través de la historia de la humanidad como formadora y transformadora de hombres y mujeres para la sociedad, ha sido parte de la naturaleza del hombre, es decir, que las relaciones que de él emanan, sean éstas personales, sociales, familiares, económicas, etc., surgen para el bien-ser del hombre, a diferencia de otras instituciones, como es el caso de la sociedad entre otras, que nace para el bien-estar del mismo.

QUINTA.- Estamos convencidos de que las características diferenciadoras de la denominada hasta ahora sociedad conyugal, hacen de ella una institución sui géneris, que no es de ninguna manera comparable con alguna otra. Por lo tanto, partiendo el principio de que: "EL NOMBRE NO HACE A LA INSTITUCION, SINO SU NATURALEZA", es necesario y urgente hacer la revisión correspondiente de la legislación para hacer las correcciones debidas en cuanto al concepto de sociedad conyugal, para denominarse: **COMUNIDAD CONYUGAL DE BIENES.**

BIBLIOGRAFIA

- 1.-Aguilar Carvajal, Leopoldo. Contratos Civiles. Ed. Porrúa. México 1988.
- 2.-Aguilar Gutiérrez, Antonio. Derecho de Familia. U.N.A.M. Instituto de Derecho Comparado. México 1967.
- 3.-Arce y Cervantes, José. Derecho de Familia. U.N.A.M. México 1978.
- 4.-Barrera Graf, Jorge. Sociedades Mercantiles. Ed. Porrúa México 1983.
- 5.-Batiza, Rodolfo. Los orígenes del código civil. Ed. Porrúa. México 1982.
- 6.-Bonnetcase, Julián. Elementos de Derecho civil. Ed. Cajica. México 1993.
- 7.-Bonfante, Pedro. Derecho Romano. Ed. Porrúa México 1976.
- 8.-Chavez Ascencio, Manuel. Derecho de familia. Ed. Porrúa. México 1984.
- 9.-Clérigo Luis, Fernando. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Unión Tipográfica Hispanoamericana. México 1984.
- 10.-Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la historia del derecho en México. Ed. Porrúa México 1984.
- 11.-Eugene, Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional México 1980.
- 12.-Floris Margadant, Guillermo. Derecho Romano. Editorial Esfinge México 1986.
- 13.-Fuenteseca, Pablo. Derecho Privado Romano. Ed. Porrúa México 1988.
- 14.-Galindo Garfias, Ignacio. Derecho civil. Edit. Porrúa México 1994.
- 15.-Herrero García Jose Maria. El matrimonio. U.N.A.M. 1982.
- 16.-Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia. Ed. Porrúa. México 1993.

- 17.-Lomelí G., Antonio. Ensayo sobre el verdadero carácter jurídico del matrimonio. U.N.A.M. 1983.
- 18.-Martin Martínez, Isidoro. La Familia en la Constitución Española de 1978. Universidad Complutense. Madrid, España 1982.
- 19.- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa México 1990.
- 20.- Novalvos y Pérez-Acevedo, Manuel. Reflexión sobre la Familia y sus implicaciones jurídicas. Madrid, España 1989.
- 21.-Ortiz Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Ed. Porrúa México 1988.
- 22.-Ots y Capdequi, Jose María. Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano. Madrid, España. 1970.
- 23.-Pío XI. Carta Encíclica Casti Connubii. 1930.
- 24.-Ripert Georges, Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil según Planiol. Ed. La ley, Buenos Aires, Argentina
- 25.-Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil. Mexicano Ed. Porrúa México 1993.
- 26.- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Ed. Porrúa México 1993.
- 27.-Sánchez Medal, Ramón. De los contratos civiles. Ed. Porrúa México 1991.
- 28.-Sánchez Medal, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México. Ed. Porrúa México 1979.
- 29.-Tena Ramírez, Felipe. Leyes fundamentales de México. Ed. Porrúa México 1988.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- 1.-Andrade Diaz, Manuel. Anales de Jurisprudencia. Año XIX Tomo LXXVIII 2ª época Julio-Agosto y Septiembre 1953. México D.F.
"Sociedad conyugal y Separación de bienes"
- 2.-Espin Canovas, Diego. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Nueva Epoca No. 1 1978 Madrid, España.
"El Derecho de Familia en la constitución y su repercusión en el código civil"
- 3.-Floris Margadant, Guillermo. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo VI No. 23 México D.F. 1956.
"Matrimonio y concubinato en el Derecho romano"
- 4.-Lacruz Berdejo, Jose Luis. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año XCVIII No. 1 Enero 1950 Madrid, España.
"Entorno a la naturaleza Jurídica de la comunidad de gananciales del código civil"
- 5.-Lacruz Berdejo Jose Luis. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Año XXXIX No.424-425 Sept.-Oct. 1963 Madrid, España.
"Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral"
- 6.-Pacheco, Alberto. Revista de Derecho Notarial Mexicano. Vol. II No. 5 Sept. 1958 México D.F.
"Régimen supletorio del contrato de matrimonio"
- 7.-Puig Peña, Federico. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona España 1958.
- 8.-Sánchez Medal Ramón. Revista de Derecho Notarial. Año XVII No. 52 Sept. 1973 México D.F.
"Naturaleza Jurídica de la Sociedad Conyugal"

(156)

LEGISLACION

- 1.-Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.**
- 2.-Ley General de Sociedades Mercantiles.**
- 3.-Código Penal para el Distrito Federal**